



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación
Pública, bajo acuerdo número 2006205 de fecha 13 de junio de 2006

Derecho y Verdad

De la crisis del iuspositivismo al ascenso de la antropología jurídica

Tesis que para obtener el grado de

Maestro en Ciencias Jurídicas

Sustenta el

Lic. Juan Francisco Díez Spelz

Director de tesis

Dr. Hugo Saúl Ramírez García

A Dios,

*A mis padres Juan Francisco y Sandra,
mi hermano Fernando y toda la familia,*

A la Universidad Panamericana,

A mis amigos,

*En especial un agradecimiento al director de la tesis,
Dr. Hugo Ramírez por todos sus consejos y apoyo.*

Índice

Introducción	7
Capítulo I	13
LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO	13
1.1 El positivismo jurídico	14
a) El positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del derecho.....	23
b) El positivismo jurídico como teoría.....	25
c) El positivismo jurídico como ideología.....	27
1.2 La crisis del positivismo jurídico	30
Capítulo II	41
LA ANALÍTICA, EL POSITIVISMO INCLUYENTE Y EL NO-POSITIVISMO	41
2.1 Escuela analítica	43
a) Hart y el contenido mínimo del derecho natural.....	45
b) Joseph Raz	51
c) Carlos S. Nino.....	53
2.2 Escuela del positivismo incluyente	57
a) William Waluchow	58
b) Jules Coleman	61
c) Owen Fiss	65
2.3 Escuelas no positivistas	67
a) Ronald Dworkin	67
b) Robert Alexy	72
Capítulo III	77
LA VERDAD EN EL DERECHO	77
3.1 Sobre la posibilidad de verdad ontológica en el derecho	77
3.1.1 La verdad <i>en</i> y <i>sobre</i> el derecho. La verdad lógica y sus límites para el ámbito jurídico	82
3.1.2 La verdad <i>del</i> derecho. Una aproximación desde la ontología	86
a) Verdad ontológica y teoría jurídica.....	88
b) El equilibrio propuesto por Fuller.....	92
c) La verdad jurídico-ontológica en Radbruch.....	94
d) La verdad jurídico-ontológica en Alexy.....	98
3.2 ¿Cómo comprender la verdad ontológica en el derecho? Una aproximación metodológica	100
a) El derecho como campo de sentido.....	101
b) El derecho desde el método analógico	104
c) Punto de vista del participante.....	107
d) La verdadera existencia, la verdadera esencia y la verdadera verdad del derecho.....	110
CAPÍTULO IV	113

A LA VERDAD DEL DERECHO DESDE LA ANTROPOLOGÍA	113
4.1 A la verdad en el derecho desde la antropología	114
4.1.1 Por qué la antropología	115
4.1.2 Antropología: positiva o filosófica	118
a) Antropología positiva	118
b) Antropología filosófica	121
4.2. <i>Humanitas</i>: arqueología de antropología filosófica	123
4.2.1 Desarrollo histórico	123
4.2.2 <i>Humanitas</i> : conciencia de pertenencia e identidad	127
4.2.3 <i>Humanitas</i> : fundamento y razón para actuar	128
4.3 Antropología jurídica contemporánea: el significado moral de humanidad en Jesús Ballesteros	133
4.3.1 El pensamiento y la antropología jurídica de Jesús Ballesteros	133
4.3.2 Derecho y verdad desde la antropología	139
Conclusiones	143
Fuentes biblioherográficas.....	151

Introducción

El problema sobre la verdad ha inquietado a diversos pensadores a lo largo de la historia. Desde si podemos conocer “algo” a si esto que conocemos es verdad ha sido un tema recurrente en la filosofía porque dependiendo de la respuesta o solución que se dé al mismo se desprenderán consecuencias distintas con efectos en la vida de las personas. Podemos intuir de manera natural que el que las otras personas, la sociedad o el gobierno se dirijan a nosotros con la verdad es una exigencia necesaria para el desarrollo de la vida humana; lo mismo que, del otro lado de la moneda, nosotros como individuos adoptemos el mismo compromiso.

Lo falso, es decir, lo contrario a la verdad, ya sea por error o con intención, socaba los cimientos de las relaciones, así como que atenta contra el intelecto, pues genera únicamente apariencias que, engañando a sus destinatarios, los lleva a adoptar conductas o acciones que de otro modo no hubieran sido posibles. Imaginemos por ejemplo el caso de un billete falso que parece verdadero. Su uso necesariamente generará error, y producirá circunstancias sin fundamento y, por supuesto, daño a muchas personas.

En el plano de la *praxis*, la verdad es condición de compromiso y de confianza, tanto para el conocimiento como para la acción, y es un fenómeno que se demuestra entre los hombres (solo para los seres humanos es relevante la verdad por la posibilidad de lo falso o la mentira), pero siempre en contextos coexistentiales; a través de la relación que tenemos con los otros. De manera sencilla y sin agotar el problema, podemos decir que el compromiso que supone necesariamente la verdad es una exigencia para auténticas relaciones humanas, porque la mentira es equiparable a privilegiar la voluntad o los propios intereses frente a los comunes y a los de otros.

De hecho, el conocimiento puede ser falso ya sea porque se refiere a una cuestión totalmente distinta o inexistente a lo que se refiere el lenguaje, pero la mayor de la

veces decir que “algo” es falso es sostener que lo mismo pretende ser algo que no es, no que no exista, y detrás de esto suele intervenir la voluntad de un agente que pretende engañar al resto, poniendo en peligro las auténticas relaciones humanas.

Sin embargo, este problema ha generado distintas discusiones sobre si puede existir objetividad en la verdad o la misma es subjetiva y por lo tanto depende de la interpretación que cada uno tenga. En esta investigación no abordaremos de manera directa este debate, más bien partiremos del hecho de que la verdad es necesaria en contextos sociales, que es una, y que la búsqueda de la misma debe desarrollarse colectivamente, primordialmente porque la misma interesa a todos, no por intereses particulares sino comunes.

El derecho es un fenómeno social y cultural necesario para la existencia de grupos humanos. En las relaciones colectivas, entre distintos individuos con diversas necesidades e intereses, deben de existir reglas claras de comportamiento que identifiquen los derechos y las obligaciones que todos los sujetos tienen ya sea en lo general o en particular con el fin de poder sostenerlas, con miras a la justicia y al bien común. Todos somos participantes de estos contextos, independientemente del sistema u ordenamiento particular al que pertenezcamos, porque el derecho va más allá de un conjunto definido de normas; son exigencias y deberes de trato que se desprenden de la común humanidad.

Se sostendrá durante la presente investigación que indistintamente como observadores y participantes en lo jurídico, nos interesa de manera muy clara que las reglas, leyes, sentencias y demás manifestaciones concretas del derecho sean verdaderamente jurídicas y por lo tanto obligatorias.

Es por esto que entran en relación la verdad y el derecho. Aun cuando llega a sostenerse que las normas por ser lenguaje prescriptivo y no descriptivo no pueden ser ni verdaderas ni falsas sino válidas o inválidas, durante el presente

trabajo se sostendrá que es posible hablar de verdadero o falso derecho dependiendo del contenido mandado, prohibido o permitido por las normas. Como la verdad tiene implicaciones profundas en las relaciones humanas el derecho, que es una manifestación normativa de relaciones entre personas, para ser realmente obligatorio debe ser verdadero. La inquietud por este tema, o más bien su importancia, deriva a *contrario sensu* del hecho de que distintas manifestaciones normativas a lo largo de la historia han demostrado que lo prescrito por las mismas no era derecho, e incluso hoy en día pueden encontrarse ejemplos de lo mismo, o al menos existe la posibilidad de que así sea.

De esta manera, la hipótesis que procurará ser demostrada a lo largo de esta tesis es que puede predicarse verdad o falsedad de lo jurídico, es decir, que puede haber verdadero o falso derecho (derecho y no derecho, respectivamente) dependiendo del contenido que el mismo prescribe a sus destinatarios. Por ser la verdad una condición de relaciones sociales e interpersonales auténticas, se sostiene que el fundamento del verdadero derecho debe residir en la antropología, esto es, que ante la posibilidad de un falso derecho, con el fin de evitar el mismo y regir nuestras acciones por el verdadero derecho, éste debe de responder a las exigencias derivadas de la humanidad de sus destinatarios, lo que supone la necesidad de un reconocimiento pleno por el otro, así como condiciones de no discriminación y no violencia.

¿Cuál es entonces el derecho verdadero? Como tal no puede decirse que existe una sola posibilidad de conductas prescritas para ser verdaderamente jurídicas. En principio lo mandado por autoridades competentes debe ser obedecido siempre que cumplan con condiciones de igualdad y reconozcan la humanidad de todos los destinatarios, sin privilegiar intereses particulares. Así, lo que puede justificarse en un determinado momento es que una norma en específico no cumpla con estas exigencias y, de comprobarse esto, poder declarar a la misma como falso derecho, por lo que esto tendría el efecto de que perdiera obligatoriedad.

De cualquier manera, las aproximaciones al tema de la verdad y el derecho y particularmente para responder a la pregunta ¿qué es el derecho?, son notoriamente distintas, y han evolucionado dependiendo de escuelas y pensadores. Conscientes de esta circunstancia es por la cual los dos primeros capítulos de la tesis dan cuenta del desarrollo de estas ideas partiendo de las concepciones positivistas hasta las no positivistas.

Así, el primer capítulo está pensado para describir el problema del positivismo jurídico, pues para dicha corriente de pensamiento es derecho (verdadero o válido y por lo tanto obligatorio) únicamente aquel publicado en una norma formalmente vigente promulgada por autoridad competente. El positivismo privilegia el valor de la seguridad jurídica, pero puede correrse el riesgo de que mande o permita contenido antijurídico, pero que para ellos seguirá siendo derecho. Para lo cual, partiendo del hecho de que el positivismo puede ser una forma de aproximarse a lo jurídico, una teoría del derecho o una ideología –misma que concibe como justo cualquier contenido normativo independientemente de sus efectos- esto de acuerdo a la clasificación de Norberto Bobbio, se sostiene que derivado de estos riesgos, primordialmente la vertiente ideológica del positivismo se encuentra en crisis, lo que da lugar a la reflexión más seria sobre el problema de la verdad en el derecho.

Ciertamente, a raíz de la crisis del positivismo jurídico, se han desarrollado teorías jurídicas que, permitiendo una mayor inclusión de otras realidades diversas a las estrictamente formales en el derecho, dan respuestas más desarrolladas en estos términos a la pregunta sobre qué es derecho y cuándo es obligatorio el mismo (o deja de serlo). De esta manera, en el capítulo dos se tratan por un lado las teorías analíticas-anglosajonas del derecho en el siglo XX, principalmente a través del pensamiento de H.L.A Hart, Joseph Raz y por filiación el de Carlos S. Nino. También estudiaremos las propuestas de los llamados “positivismo incluyentes”, por lo que nos referiremos al pensamiento de W. Waluchow, J. Coleman y O. Fiss.

En este capítulo se abordan también posturas no positivistas, particularmente de Ronald Dworkin y Robert Alexy. El derecho no es solo reglas y formas de lenguaje, debe referirse a principios y atender al argumento de la corrección.

Están estos dos últimos autores de acuerdo en que no toda manifestación normativa es por lo tanto derecho, pero a nuestro juicio no basta con sostener que el derecho debe tener contenido moral para ser verdadero, sino que debe hacerse un análisis más detallado del tema de la verdad para poder sostener la hipótesis de la investigación. Por ello, el tercer capítulo tiene como objetivo clarificar a qué tipo de verdad nos referimos al procurar un derecho verdadero, y cómo podemos acercarnos metodológicamente a la misma.

Así, el tercer capítulo de la investigación hace un contraste entre la verdad lógica y la ontológica, para clarificar el hecho de que para acercarnos al tema del derecho verdadero, debemos tender a las exigencias de la segunda. La verdad lógica (adecuación a través de juicios del entendimiento a la realidad y la estructura interna de los sistemas) no es suficiente, pues se mantiene únicamente a nivel del pensamiento, pero el derecho es “algo” que existe y que es. Por eso debe comprenderse el mismo como un objeto que responde a un arquetipo que sirve para justificarlo como realmente obligatorio en el caso concreto. De esta manera, se explicará por qué el derecho comprendido de esta manera es un campo de sentido que se construye desde el método analógico, teniendo en cuenta que para que se sostenga el argumento siempre debe entenderse al ser humano como participante del mismo y nunca como observador, para finalmente asimilar que una cosa es el derecho que existe, otra el derecho que es y otra el derecho verdaderamente jurídico.

El *quid* de la investigación se manifestará en el cuarto y último capítulo porque la verdadera verdad del derecho se descubre a través de un fundamento antropológico. No puede hablarse de la misma en abstracto, sino siempre referenciada al ser de lo humano, porque no es otra cosa que una concreción de

las exigencias que se derivan de su dignidad. Pero la antropología que debe fundamentar al derecho no es aquella social o cultural, sino la que cuenta con una base filosófica, lo que permite preguntarnos verdaderamente por las exigencias comunes a todos los seres humanos por su naturaleza. Más adelante en ese mismo capítulo se estudiará la figura de la *humanitas Romana* como una manifestación histórica con consecuencias actuales de las exigencias que la humanidad de los sujetos otorga a lo jurídico, y cómo las mismas son un criterio de veracidad en el derecho. Por último, se abordará también el pensamiento de Jesús Ballesteros, como una aproximación contemporánea a la necesidad de recuperar al sujeto para lo jurídico, ante las deficiencias que se encuentran en el mismo si sólo se lo trata como un producto cultural basado en la formalidad.

Este trabajo tiene como antecedente la inquietud del autor por la autenticidad de los derechos humanos, misma que fue plasmada en su tesis de licenciatura donde se realizó un análisis sobre la misma a través de la aproximación ontofenomenológica propuesta por Sergio Cotta y que ahora se encuentra publicada por la Universidad Complutense de Madrid. A raíz de esa investigación surgió la idea de, con el fin de proponer un acercamiento más serio al tema, dar un paso previo y reflexionar sobre el problema de la verdad en el derecho en general, con base antropológica, porque solo si es posible sostener que existe el no-derecho, se puede plantear en lo particular la cuestión de si un derecho concreto es o no auténticamente jurídico, o responde a las exigencias del mismo.

Estamos conscientes por tanto de que el tema de la relación entre derecho y verdad es sumamente amplio, y que no puede agotarse en un momento dado, sino que el mismo exige compromisos que deben actualizarse en la práctica y de manera progresiva, pero consideramos que los esfuerzos realizados en esta investigación son valiosos para contribuir al debate en torno al mismo, sobre todo para seguir haciendo patente la relevancia de considerarlo como juristas, porque tenerlo en cuenta supone la constatación del tomar en serio lo que significa luchar por el derecho.

Capítulo I

LA CRISIS DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Para comenzar el presente análisis es pertinente aseverar y sostener la tesis de que el positivismo jurídico es una corriente iusfilosófica que, si bien en un primer momento no parece comprender o abarcar una concepción acabada sobre la verdad en el derecho, en el fondo sí sostiene una idea sobre el mismo, en específico porque responde a la pregunta “¿qué es el derecho?”, e identifica por lo tanto su objeto de estudio. Para el iuspositivismo, por lo tanto, y como se verá durante el desarrollo de la descripción del mismo, hay un “derecho que es”, que resulta verdadero por lo tanto, y que para que lo sea, debe cumplir con ciertos requisitos que lo harán plenamente jurídico, al menos desde un punto de vista formal.

Así, puede ciertamente sostenerse que para el iuspositivismo jurídico hay criterios formales que sirven para identificar de manera clara y distinguir entre lo que es derecho y lo que no lo es y, por lo tanto, con la posibilidad de calificar a un enunciado prescriptivo como derecho: perteneciente a un ordenamiento jurídico si cumple con ciertos requisitos formales de creación y sociales de aprobación. Sin embargo, como ya se verá, en este capítulo se pretende demostrar que éstas son razones insuficientes para catalogar como jurídico a un enunciado prescriptivo, y que no pueden ser definitorias de lo “auténticamente jurídico”. El jurista debe profundizar de una manera más detallada en los criterios que definen lo verdaderamente jurídico, hecho que se vislumbra a partir del momento en que entra crisis el positivismo jurídico precisamente.

Sin embargo, para dar cuenta de esta realidad, y del hecho de que el iuspositivismo, si bien admite un “derecho que es”, ha supuesto un obstáculo para comprender a cabalidad la íntima comunicación entre la verdad y el derecho, se considera oportuno hacer una descripción del positivismo jurídico como realidad

teórica, hecho que ayudará a comprenderlo de mejor manera y a tratar posteriormente el tema de su crisis.

1.1 El positivismo jurídico

El positivismo jurídico como corriente iusfilosófica es heredero de la tradición positivista iniciada por Augusto Comte. La sociedad ha transitado por tres niveles o estados intelectuales, partiendo del teológico o ficticio, para pasar al metafísico y abstracto y llegar finalmente, después de un proceso progresivo al estado científico o positivo, donde el espíritu humano, reconociendo que es imposible obtener nociones absolutas, renuncia a buscar el origen y destino del universo y a conocer las causas íntimas de los fenómenos, para descubrir únicamente de manera racional las relaciones invariables de sucesión y similitud del universo. El ideal del progreso humano, al arribar al estado positivo, es poder representar todos los fenómenos observables, como casos particulares de un solo hecho general¹. Sin embargo, el mismo autor reconocerá que para el caso de las ciencias sociales, como el derecho, la llegada al estado positivo es diferente pues cuenta con más obstáculos. Debe crearse una física social que procure el arribo de estas ciencias al nivel positivo².

Esta es la razón de ser, o los orígenes de la corriente iusfilosófica que estudiaremos, para la cual sólo los hechos y no las ideas son reales, siempre y cuando además se llegue a las mismas a través de un método científico³. Por lo tanto, las ideas que comenzaron a forjarse entre los siglos XVIII y XIX tuvieron como objetivo epistemológico el lograr conocer el derecho como dato que pudiera representar la realidad, y fuera cognoscible indubitablemente para todos. Es por esto que era necesario fijar un objeto claro e identificable de lo que sería derecho, con el fin de generar certeza epistemológica de lo que verdaderamente sería

¹ Cfr. Comte, Augusto. *Curso de filosofía positiva; primera y segunda lecciones*. Buenos Aires, Editorial Aguilar, 1973, p. 36.

² Cfr. *Ibidem*, pp. 47 y 48.

³ Cfr. D'Agostino, Francesco. *Filosofía del Derecho*. Bogotá, Editorial Temis, 2007, p. 95.

jurídico y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento, tanto para el destinatario como para el intérprete.

Con este objetivo, el origen de la tradición positivista, como forma de comprender el derecho parece que se construyó sobre la base de dos corrientes filosóficas aparentemente opuestas desde el punto de vista metodológico:

- (a) El empirismo inglés, representado particularmente por John Austin, mismo que propone partir de los hechos para conocer el derecho, es decir, sostendrá que sólo es verdadero derecho aquella realidad que tenga un sustento fáctico, que podemos identificar con la voluntad del legislador al establecer el derecho positivo o “puesto”.

Es de especial interés considerar que Austin entiende que el “[o]bjeto propio de la jurisprudencia en cualquiera de sus diferentes ramas es el derecho positivo; entendiendo por Derecho positivo o Derecho estrictamente así llamado, el Derecho establecido o *positum* en una comunidad política independiente por la voluntad expresa o tácita de su soberano o gobierno supremo”⁴, donde el hecho que sirve como punto de partida claro para conocer el derecho es la voluntad del soberano.

- (b) Por otro lado, el pensamiento kantiano y neokantiano, especialmente a partir de la obra de Hans Kelsen, que proponen entender el derecho a partir de la idea filosófica del mismo materializado en normas jurídicas cognoscibles y válidas⁵. Es derecho el derecho positivo que se encuentra en las normas de justicia (sólo aquellas que se refieren a otros) que encuentran un valor gracias a una norma de reconocimiento y creadas por una autoridad competente⁶.

⁴ Austin, John. *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*. México, Editora Nacional, 1974, p. 27.

⁵ Cfr. Sánchez, Luis Manuel. *Después del positivismo; Re-sustantivando el derecho*. México, Editorial Fontamara, 2011, p. 16.

⁶ “La “teoría pura del derecho” se pregunta también por el fundamento de validez de un orden jurídico positivo, es decir, de un orden obligatorio creado por la ley o la costumbre y eficaz de

Siguiendo a Kant en este punto, Kelsen sostendrá que, si bien se debe actuar de acuerdo con un imperativo categórico que supondrá el elevar o considerar la acción de cada uno como máxima universal de conducta, ésta no debe seguir ningún contenido determinado, por lo que será solo la voluntad la que la guíe, permaneciendo en terrenos meramente formales. Para el jurista alemán, “[l]o que se exige entonces no es otra cosa que la legalidad de la acción, su conformidad con una norma general”⁷ que será por sí misma válida y de obligatorio cumplimiento.

En ambos casos, el objetivo es abandonar los problemas filosóficos acerca de la legitimidad, para centrarse en aquellos de legalidad, so pretexto de la validez⁸, ya que la mera legalidad se constituye en el hecho que puede ser cognoscible y que se comprende como “idea de lo jurídico”. La ley se constituye entonces como el paradigma epistemológico al que es necesario referirse para hablar de verdadero derecho. Cualquier realidad que traspase los límites eminentemente legales, por la inseguridad epistemológica que supone, no podrá concebirse como auténtico derecho, ni generar los efectos sancionatorios o coercibles a él atribuidos.

El iuspositivismo jurídico, a través de esta aproximación epistemológica, que tiende al reconocimiento exclusivo de la norma como manifestación del derecho, pretende acercarse al mismo sin hacer referencia a ninguno de los valores a los que solía orientarse previamente salvo, en todo caso, a la seguridad jurídica, que será el referente axiológico de la corriente iusfilosófica analizada⁹. Con una base meramente empirista, se configura una actitud frente a la filosofía y teoría jurídica que se convierte en antimetafísica¹⁰, por alejarse de fundamentos de este

manera general. Ahora bien, da una respuesta no categórica, incondicional, sino solamente hipotética, es decir, condicional. Dice esta teoría: *si se considera válido el derecho positivo, se supone que hay que comportarse como prescribe la constitución primitiva, conforme a la cual el orden jurídico positivo ha sido creado*”. Kelsen, Hans, “Justicia y Derecho Natural”, en Kelsen, Hans, *et.al., Crítica del Derecho Natural*. Madrid, Taurus, 1966, p. 162.

⁷ *Íbidem*, pp. 52 y 130.

⁸ Cfr. Sánchez, Luis Manuel. *Después del positivismo...*, *Op. Cit.*, p, 30.

⁹ Cr. *Íbidem*, p. 61.

¹⁰ Cfr. Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. México, Editorial Fontamara, 1991, p. 11.

carácter, con la ilusión de afincarse en terrenos más seguros sólo por considerar a la ley o a la norma como realidad última de manifestación de lo jurídico.

Así, el problema central en el debate para definir cuál es el concepto del derecho desde posturas iuspositivistas, frente a aquellas que lo hacen en el derecho natural, es el de la relación entre derecho y moral. Si analizamos lo que significa el positivismo jurídico reconoceremos que lo que busca es definir y comprender al derecho alejado de cualquier manifestación ya sea de carácter moral o de carácter metafísico. Las teorías positivistas defienden la “tesis de la separación”, que sostiene que el concepto del derecho debe definirse de forma que ningún elemento moral sea incluido¹¹ en el mismo porque lo privaría de certeza. Por lo tanto, lo que el derecho “es” depende solamente en aquello que ha sido promulgado y/o es eficaz y por tanto comprobable. La corrección del contenido no cuenta en ningún sentido¹². Derecho es aquella realidad prescriptiva promulgada formalmente por una autoridad con miras a su aplicación efectiva.

De acuerdo con Norberto Bobbio, el positivismo jurídico es “...aquella corriente que no admite la distinción entre derecho natural y derecho positivo y afirma que no existe otro derecho que el derecho positivo”¹³, es decir, la norma y sus pretensiones de seguridad y eficacia, creadas de acuerdo al procedimiento correcto, independientemente del contenido que las mismas consagren. El que el derecho sea únicamente aquella realidad prescriptiva que supere ciertos criterios formales de existencia previamente definidos por el mismo derecho, es un rasgo definitorio del iuspositivismo.

Sin embargo, no hay un solo positivismo¹⁴, sino que existen varias corrientes dentro del mismo pero todas, de acuerdo con Rodolfo Vigo, con una decidida actitud antimetafísica, con una preocupación científica, y sin entrar a discusiones

¹¹ Cfr. Alexy, Robert. *The Argument from Injustice; A reply to Legal Positivism*, New York, Clarendon Press-Oxford, 2002, p. 3.

¹² Cfr. *Íbidem*, p. 4.

¹³ Bobbio, Norberto. *El problema del Positivismo Jurídico*. México, Fontamara, 1991, p. 68.

¹⁴ Cfr. Orrego Sánchez, Cristóbal. *Análisis del derecho justo; la crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

estériles¹⁵. Así, por ejemplo, podemos recurrir a la Escuela Histórica Alemana, con representantes como Gustavo Hugo y Savigny, misma que considera a lo jurídico como un hecho histórico que surge de manera espontánea e irreflexiva, y que el intérprete sólo debe identificar. De acuerdo con este último autor, “[s]i preguntamos ahora cuál es el sujeto, en cuyo seno tiene su realidad el derecho positivo, encontraremos que este sujeto es el pueblo. En la coincidencia común de éste, vive el derecho positivo, por lo cual puede ser llamado *derecho del pueblo*”¹⁶. El derecho es, para Savigny y la Escuela Histórica, una manifestación del “espíritu del pueblo”; de su voluntad histórica determinada. Sin embargo, es importante destacar que este derecho, para ser tal, debe expresarse necesariamente a través de la ley, como regla promulgada por la autoridad suprema de un Estado. Todo el derecho se reduce a la expresión de instituciones que consagran el *poder* subjetivo del individuo, cuyo origen reside en una regla¹⁷.

Por otro lado, si analizamos a la Escuela de la Exégesis, el derecho será concebido como un hecho normativo absolutamente racional deductivamente producido por el poder legislativo del Estado. En ambos casos se observa que el derecho es entendido como el producto de un proceso formal de creación, ya sea más o menos voluntario, donde la concepción de la justicia y del fin ha desaparecido de lo jurídico y de la preocupación de los juristas¹⁸. El derecho es entonces un hecho identificable racionalmente, y verdadero jurídicamente siempre que cumpla con ciertos requisitos determinables a través del conocimiento empírico, sin importar el contenido prescrito en el mismo.

En el positivismo jurídico de la Escuela de la Exégesis se busca encontrar ciertos principios racionales que sean la fuente y fundamento de todo derecho y que, además de ser universales, sean cognoscibles por todos los seres humanos de

¹⁵ Cfr. Vigo, Rodolfo Luis. *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, p. 155.

¹⁶ Savigny, M.F.C. *Sistema del Derecho Romano Actual, Tomo I*. Madrid, Centro Editorial de Góngora, Segunda Edición, S/A, p. 69.

¹⁷ Cfr. *Íbidem*, pp. 65-67.

¹⁸ Cfr. Vigo, Rodolfo Luis. *Visión crítica...Op. Cit.*, p. 155.

manera clara y con unidad. Estos principios se desprenderán de cometarios estrictos al código, y su validez o juridicidad se verificará si emanan de la voluntad del legislador, porque es la única posibilidad con la que se cuenta para que los mismos sean hechos cognoscibles, independientemente del contenido por conocer y así, alejados de toda referencia moral¹⁹. Los únicos valores tomados en cuenta para un ordenamiento de este tipo serán la plenitud, la claridad y la coherencia, que son, si lo vemos con calma, valores eminentemente formales, que entrarán en crisis posteriormente como ya veremos, al menos en su calidad de valores absolutos²⁰.

La principal característica de la Escuela de la Exégesis de acuerdo con el estudio crítico que de la misma realiza Julien Bonnecase, es que se manifiesta un culto excesivo por la ley y no por el derecho. Sólo la ley será derecho, por lo que la fe en la propia virtud de la ley será suficiente para actualizar las exigencias de la juridicidad. En particular, fue la codificación en Francia la que propició el reconocimiento de la legislación como única posible fuente del derecho. El espíritu de esta escuela está bien resumido en la famosa frase atribuida al catedrático Bugnet quien sostuvo en uno de sus cursos que “Yo no conozco el Derecho Civil, yo enseño el Código Napoleón”²¹.

Otras características de la Escuela de la Exégesis de acuerdo con Bonnecase son: (a) el afán de buscar, como única forma posible de interpretación del texto legal, la intención del legislador²²; (b) su carácter eminentemente Estadista, es

¹⁹ Cfr. Orrego Sánchez, Cristóbal. *Analítica del derecho justo...Op. Cit.*, p. 84.

²⁰ Cfr. *Íbidem*, p. 86.

²¹ Cfr. Bonnecase, Julien. *La escuela de la exégesis en Derecho Civil*. México, Porrúa, 1944, p. 27 y 47-48. Señala Bonnecase a pie de página que, si bien tuvo acceso a los manuscritos del curso en el que Bugnet acuñó la frase, en los mismos no se encuentra la misma textualmente. Más bien, su empleo actual lo atribuye a que ésta fue rescatada de algún comentario del curso y comunicada por tradición “de boca en boca”.

²² De acuerdo con el profesor español Juan Antonio Martínez Muñoz, “[l]a escuela de la exégesis acudió a la noción de voluntad del legislador como contenido dispositivo que había que buscar y entender en la letra de la ley, obviando la posibilidad de que la ley deba entenderse independientemente de las intenciones de su autor...”. Martínez Muñoz, Juan Antonio. *El conocimiento del derecho*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2012, p. 45. Por otro lado, Francois Génay, uno de los primeros pensadores franceses anti-positivistas de principios del siglo XX identificó particularmente esta característica como definitoria de la Escuela de la Exégesis al decir que “...todo está reducido a esto: dar todo su alcance al pensamiento del legislador contenido

decir, la identificación del Estado a través del legislador, como el único posible creador de derecho; (c) el hecho de fundamentar lo jurídico en principios superiores a la ley, pero negando todo efecto a los mismos porque finalmente será la ley el criterio jurídico definitivo aun cuando atentara contra éstos, en lo que encuentra Bonnacase un ilogismo y una paradoja y; (d) la recurrencia al argumento de autoridad, es decir, a fundamentar los escritos en lo dicho previamente por otros representantes de la Escuela²³.

De especial interés es identificar estas condiciones en el texto de un pensador de la Escuela de la Exégesis. En este caso nos remitimos al profesor Laurent quien, en su Tratado de Principios de Derecho Civil Francés, mismo que cuenta con 33 tomos, al referirse a la posibilidad de interpretación del derecho señala lo siguiente:

“Supongamos que la ley ha sido dada en la formas prescritas por la constitución; votada por las dos cámaras; sancionada por el rey y publicada legalmente. Es indudable que el juez tiene derecho de examinar si el acto, cuya aplicación se le pide, es una ley. Desde que han sido observadas las formas constitucionales hay ley, y el juez está obligado a aplicarla. La ley es la expresión de la soberanía nacional; y como tal obliga a los tribunales tanto como a los particulares. Cuando se dice que el juez está encadenado por la ley, equivale a decir que no tiene el derecho de someterla a su inspección, que no le es permitido examinar si está en armonía con los principios de lo justo que Dios tiene grabados en nuestra conciencia. Por cierto que el legislador debe cuidar que las leyes que da, no violen la justicia eterna. Si formase una ley injusta, carecería esta de autoridad moral; pero esto no relevaría al juez del deber de aplicarla. Si el juez pudiese juzgar la ley, si pudiera rehusarse a aplicarla, la ley no sería ya lo que debe ser, una regla obligatoria para toda la sociedad; no habría ya ley”²⁴.

en los textos”. Gény, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid, Editorial Reus, 1925, p. 26.

²³ Cfr. Bonnacase, Julien. *Introducción al Estudio del Derecho*. Bogotá, Editorial Temis, 1982, pp. 144-152. Aun cuando este autor es crítico de la Escuela de la Exégesis, no supera sus planteamientos, pues considera a la justicia únicamente como adecuación al texto de la ley, es decir, del derecho, tal como puede observarse a continuación: “*El derecho es, pues (...) el precepto, y la justicia, la aplicación del precepto (...) [algunos] ven el precepto en la justicia y la aplicación en el derecho (...). La noción de derecho domina todas las manifestaciones jurídicas, y la justicia no es sino la obediencia a esta noción de derecho, elemento supremo del orden social*”. *Íbidem*, p. 5.

²⁴ Laurent, F. *Principios de Derecho Civil Francés, Tomo I*. México, Imp. Y Lit de F. Barroso, Hermano y Compañía, 1893, pp. 62-63.

Así, sólo la ley es derecho, y será auténticamente jurídica y por lo tanto de obligatoria observancia para la Escuela de la Exégesis si la misma ha sido creada de acuerdo con los procedimientos establecidos para tal efecto. El juez sólo puede comprobar que efectivamente está en presencia de verdadero derecho, es decir, de una ley válida. Sería ideal que ésta responda a un ideal de justicia, pero si no lo hiciere, de cualquier forma deberá aplicarse atendiendo a la voluntad del legislador. La ley es entonces el referente para calificar la juridicidad de un acto, independientemente del contenido que la misma prescriba. La ley es el verdadero derecho. Esta idea es común, como podrá comprobarse, a todos los sectores positivistas.

Por su parte, la teoría kelseniana del derecho, aun siendo positivista, parte de distintos presupuestos pero con efectos parecidos. Hans Kelsen formula la tesis del positivismo jurídico relativista, donde no niega que habrá contenidos morales dentro del derecho, pero estos serán criterios que se determinan subjetivamente, por lo que no puede decirse que haya un contenido que se identifique con “lo jurídico”, y así la calificación de una determinada realidad como “derecho” residirá en la cualidad que ésta tenga como perteneciente al ordenamiento derivado de requisitos formales que se van obteniendo de normas superiores²⁵.

Incluso la principal preocupación de Kelsen en la *Teoría Pura del Derecho* es la identificación de aquello que realmente es derecho. Así, sostendrá que el hecho regulado no es en sí mismo jurídico, sino que requiere que esté contemplado en una norma. La norma, entonces, supone el elemento definitorio de lo jurídico, y será tal siempre que se incluya en un ordenamiento jurídico de acuerdo con normas específicas que se dotan mutuamente de significado, es decir, hay normas que regulan la creación de otras normas, y de esa manera se actualiza la validez de éstas²⁶.

²⁵ Cfr. *Íbidem*, p. 89.

²⁶ Cfr. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, Quinta Edición, 1986, pp. 17-18.

El pensamiento de Hans Kelsen puede, de acuerdo con Cristóbal Orrego, resumirse principalmente en los siguientes puntos: a) tiende a una separación entre el ser y el deber ser, b) la explicación del sistema jurídico como un orden normativo coactivo donde existe una norma superior que se reconoce como norma fundamental hipotética que impele a obedecer toda disposición jurídica por el hecho de pertenecer al mismo, c) la identificación de una rígida separación entre el derecho y la moral para lograr la existencia de un sistema puro, d) por lo tanto la imposibilidad de juzgar axiológicamente al derecho, e) la equiparación entre Derecho y Estado, así como f), en el ámbito internacional reconocer al mismo como un sistema unitario de normas²⁷.

En cuanto a H. L. A. Hart, distinguido profesor de la Universidad de Oxford, con una clara tendencia iuspositivista, hay que destacar que para él el derecho tiene necesariamente un carácter imperativo y voluntarista, que proviene de fuentes sociales donde, por supuesto, el contenido de las mismas no es relevante. Por esto mismo considera que es muy importante el aspecto de la separación entre derecho y moral, reflejándose en una semántica no valorativa proveniente del no cognitivismo ético. Además supone discrecionalidad judicial y un deber moral absoluto de obedecer el derecho. Las normas son para él razones para la acción, misma que deberá ajustarse al contenido que las mismas tengan²⁸.

Para Hart, son verdaderamente jurídicas aquellas normas que cumplan con los requisitos generales a través de una “regla de reconocimiento”, misma que ayudará a identificarlas plenamente como “derecho”. Dicha regla según el autor sirve para remediar justamente la falta de certeza que pudiera generar al jurista o al destinatario normativo la pregunta por ¿qué o cuál es el derecho? Por eso, la norma primaria identificada como tal debe estar respaldada por un criterio que la reconozca como verdaderamente jurídica y, por lo tanto, obligatoria²⁹.

²⁷ Cfr. Orrego Sánchez, Cristóbal. *Análítica... Op. Cit.*, p. 90.

²⁸ Cfr. *Íbidem*, pp. 91-92. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, *passim*.

²⁹ Cfr. Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 117.

Sin embargo, quien hace la mejor descripción del positivismo jurídico es el jurista italiano Norberto Bobbio. Él se considera a sí mismo como positivista científico, pero defensor de ciertos valores sustantivos expresados como derechos humanos y por lo tanto iusnaturalista hasta cierto punto porque en realidad reconocerá sólo a la norma como fuente de los mismos. Así se convierte en un positivista ideológico moderado, reconociendo a la paz, pero siempre a través del ordenamiento jurídico positivo con una adhesión débil a los derechos humanos³⁰.

Pero lo que nos interesa en este momento es la caracterización que del positivismo jurídico realiza este autor italiano, al identificar tres implicaciones del mismo, que no necesariamente se dan en todos los positivismos: como una forma de acercarse al estudio del derecho, como teoría y como ideología. A continuación haremos una breve referencia a cada uno de estos con el fin de realizar una descripción más detallada del positivismo jurídico

a) El positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del derecho

El positivismo jurídico como modo de acercarse al estudio del derecho, se encarga en un primer momento de delimitar el objeto de investigación de lo jurídico, distinguiendo claramente entre el derecho que es y el derecho que debe ser³¹, es decir, entre un derecho que considerará verdadero y otro que sólo es aparente. Únicamente tendrá carácter jurídico el primero, y será derecho precisamente porque en su producción de siguen ciertos procedimientos formales que le doten de tal carácter. El derecho que debería ser, por no estar contemplado en una norma, no goza de carácter jurídico. La labor del jurista deberá enfocarse sólo entonces en el derecho que está contenido en la norma, y no de cualquier otra manifestación ideal.

Sin duda a esta posición se le llega a conocer como aproximación “científica” gracias a que elimina cualquier concepción finalista que lleve a pronunciar juicios

³⁰ Cfr. Orrego Sánchez, Cristóbal. *Análisis del derecho justo...Op. Cit.*, p. 93-94.

³¹ Cfr. Bobbio, Norberto, *El problema...Op. Cit.*, pp. 40-41.

de valor, ya que estos estarán en otro ámbito, pero no en el jurídico, ya que no pueden por ese simple hecho ser obligatorios. Así, es una aproximación objetiva que se abstiene de tomar postura frente a la realidad observada. Asume frente al derecho una actitud a-valorativa o éticamente neutral. Puede ser calificada como “jurídica” toda aquella regla o norma que se derive de hechos verificables, como la creación normativa o la repetición de costumbres, independientemente de su correspondencia con un sistema –no verificable- de valores, tales como el bien común, la justicia, los derechos de libertad o el bienestar³².

Aclara Bobbio que el hecho de que el positivismo jurídico deba enfocarse únicamente en el estudio del derecho que es, del derecho “verdadero”, no niega el hecho de que exista un derecho distinto al positivo; de hecho existe y es el derecho que “debería ser”, pero no es derecho en la misma medida que el positivo, es decir, no merece ser catalogado como jurídico en igualdad de circunstancias, por la dificultad de acercarse a su estudio. Al no estar vigente, se pierde el interés de que sea objeto de investigación científica y, por lo tanto, no es en sí mismo obligatorio³³. Claramente se observa entonces, que el positivismo jurídico, desde las bases de su consideración epistemológica sostiene que existe un “derecho verdadero”, que será el único que deberá estudiarse científicamente y aplicarse, por estar basado en datos fácticos. Cualquier otra consideración no sobre lo que “es” sino sobre lo que “debería ser” es sólo aparentemente jurídica.

De acuerdo con Pedro Serna, esta primera aproximación al positivismo jurídico supone la verificabilidad empírica del objeto, es decir, responder a la pregunta “¿qué es el derecho?”. Así, una cosa es el derecho realmente existente y otra el derecho ideal o justo, no existiendo entre ambos ninguna conexión conceptual, porque “...la moralidad, y más concretamente la justicia, no constituyen un ingrediente necesario del Derecho más allá de las coincidencias que de hecho puedan producirse; por tanto, la definición de Derecho puede y debe establecerse

³² Cfr. *Íbidem*, p. 42.

³³ Cfr. *Íbidem*, p. 43.

prescindiendo de su justicia o injusticia, y el estudio del Derecho debe llevarse a cabo mediante un modelo de análisis conceptual no-valorativo”³⁴.

En resumidas cuentas, esta forma de concebir al positivismo jurídico puede caracterizarse como la identificación de aquella realidad a la que podremos verdaderamente llamar “derecho” sin abandonar los parámetros jurídicos que deben arrojarlo. Como veremos, el saber qué es derecho o qué es lo jurídico nos ayudará a comprender sobre todo el fenómeno de la obligatoriedad de los preceptos y del fundamento de la misma. Sin embargo, no todo el positivismo consiste en determinar qué es el derecho, por lo que veremos las otras dos implicaciones que Bobbio encuentra respecto del mismo.

b) El positivismo jurídico como teoría

En segundo lugar, como teoría, el positivismo jurídico vincula el fenómeno jurídico a la formación de un poder soberano capaz de ejercitar la coacción, es decir, el Estado, quien además cuenta con el monopolio de la producción del derecho³⁵. No basta sólo con identificar cuál es el objeto de estudio de lo jurídico y por lo tanto decir qué es “derecho”, sino que es necesario identificar también los orígenes de esta realidad, y así complementar lo dicho en la primera acepción del mismo reconociendo que es derecho aquél que es porque fue producido por el poder estatal y llevado así al terreno de lo empírico, susceptible de ser conocido por los operadores y destinatarios del mismo. No por nada, el mismo Bobbio asegura que existe un nexo fáctico e histórico entre la primera implicación del positivismo jurídico y esta segunda³⁶.

Comprender o acercarse al positivismo jurídico como teoría supone reconocer, de acuerdo con el profesor Bobbio, las siguientes características al mismo:

³⁴ Serna, Pedro. *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos; de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. México, Porrúa, 2006, p. 16.

³⁵ Cfr. Bobbio, Norberto. *El problema...Op. Cit.*, p. 43.

³⁶ Cfr. *Íbidem*, p. 44.

- a) *Teoría de la coactividad*: de acuerdo con esta característica, el derecho es un sistema de normas que se aplican por la fuerza, con un contenido sancionatorio, o bien, está compuesto por normas que reglamentan el uso de la fuerza.
- b) *Teoría imperativa*: todas las normas jurídicas son necesariamente mandatos, por lo que gozan de un carácter imperativo. Los que sostienen estas tesis negarán la calidad de “jurídico” a las permisiones.
- c) *Teoría de la supremacía de la ley (tesis legalista)*: la principal fuente del derecho para el positivismo jurídico como teoría es la ley. Si el derecho pretende expresarse de alguna otra manera, siempre y cuando esté reconocida, ésta será una fuente subsidiaria o aparente.
- d) *Teoría del sistema (tesis de la plenitud del ordenamiento y de su coherencia)*: un ordenamiento jurídico, para ser tal, tendrá que ser pleno y coherente, es decir, carecer tanto de lagunas como de antinomias o contradicciones entre sus normas específicas.
- e) *Teoría de la actividad del jurista o juez como esencialmente lógica (tesis de la aplicación mecanicista o logicista)*: El operador del derecho, de acuerdo a esta aproximación, deberá aplicar el mismo de una manera mecánica a través de un silogismo de subsunción donde sus premisas se adecuen de manera perfecta para, de un supuesto dado inferir necesariamente una consecuencia jurídica³⁷.

De esta manera, la vinculación del derecho a su origen potestativo o estatal implica que necesariamente tendrá una sanción para garantizar su cumplimiento de manera coactiva, esto por la intrínseca naturaleza de carácter imperativo de la norma que, formulada en forma de ley será superior a cualquier otra manifestación de lo jurídico, pero de una ley que está inserta en un ordenamiento que a su vez es pleno y coherente, es decir, donde todas las conductas prohibidas están contempladas y no se contradicen sus disposiciones y, por eso mismo, deberán

³⁷ Cfr. *Íbidem*, p. 45.

ser aplicadas de manera lógica al caso concreto de violación al mismo, donde se atribuirá una sanción al supuesto ilícito, y así se cierra el círculo del positivismo como teoría, que puede resumirse como que el derecho es creado por el Estado para contemplar sanciones que se imputarán de manera lógica a los actos que contradigan ya sea una ley o al ordenamiento en su conjunto. Y como vemos, permanece en un círculo que parece autojustificarse a sí mismo.

Por esto mismo, se considera que el positivismo jurídico como teoría, que va muy unido al positivismo jurídico como forma de estudiar y acercarse al derecho en cuanto al contenido, no explica a cabalidad el fenómeno jurídico pues parece autorreferencial al menos en la forma. Sin embargo, como lo único que se está haciendo en este momento es una descripción de esta corriente iusfilosófica, se explicará a continuación la siguiente fase o manifestación del mismo.

c) El positivismo jurídico como ideología

Por último, Norberto Bobbio identifica que el positivismo jurídico puede responder también a una vertiente ideológica, lo que supone que los pensadores iuspositivistas que aceptan estas tesis, creen en ciertos valores por los cuales se reconozca al derecho que es, por el sólo hecho de existir, no sólo su catalogación como “verdadero derecho” tal como lo hace la primera aproximación, sino que se lo considera dotado de un valor positivo, prescindiendo de cualquier correspondencia con el derecho ideal, esto es: por el sólo hecho de existir, el derecho que es, es decir, el positivo; el emanado de una voluntad dominante y legítima, es justo³⁸.

Esto quiere decir que, ideológicamente, el criterio para definir la justicia o injusticia de las leyes, coincide absolutamente con el que se adopta para identificar su validez o invalidez formal. Ya que el derecho es un conjunto de reglas impuestas por el poder en una determinada sociedad, por el sólo hecho de existir y por

³⁸ Cfr. *Íbidem*, p. 47.

emanar de los procedimientos formales establecidos para tal efecto, se le considerará como justo y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento, independientemente del contenido o valor moral de las reglas que consagra. Si procede de la voluntad dominante y legítima, el derecho es justo, entre otras cosas porque a través de él se obtienen fines deseables, como el orden, la paz o la certeza pero, insistimos, es justo independientemente del contenido prescrito en sí. Por tanto, las normas tienen que ser obedecidas por sí mismas en conciencia, sólo por el hecho de haber superado el examen de ciertos criterios de forma que las dotarán de validez³⁹.

Así pues, comprender al derecho como ideología supone equiparar la existencia o validez formal del mismo, por haber sido aprobado por los procedimientos y autoridades legitimadas para tal efecto, con su justicia. El derecho que es, es justo necesariamente y, por lo tanto, obligatorio.

Agustín Squella lo dirá también al reconocer que "...positivista es todo aquel que adopta frente al derecho una actitud éticamente neutral, esto es, que acepta como criterio para distinguir una norma jurídica de una que no lo es ciertos datos verificables objetivamente y no la mayor o menor correspondencia con un determinado sistema de valores"⁴⁰. Así, el derecho que es, es justo necesariamente, pues podemos referenciarlo a criterios objetivos, independientemente de la mayor o menor correspondencia del mismo con valores o criterios más objetivos de justicia.

El profesor Norbert Hoerster, en su libro *En defensa del positivismo jurídico*, para reconocer la primacía de la aproximación ideológica como definitoria del positivismo jurídico, distinguirá primero las cinco tesis que se le atribuyen al

³⁹ Cfr. *Íbid.*

⁴⁰ Squella, Agustín. *Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos*. México, Editorial Fontamara, 1998, p. 13.

positivismo jurídico, siendo estas la tesis de la ley, la de la neutralidad, la de la subsunción, la del subjetivismo y la del legalismo⁴¹.

De entre estas, las que mejor definen al positivismo jurídico son las de la neutralidad y el subjetivismo. Destaca particularmente la tesis de la neutralidad, que supone que las normas jurídicas, por el solo hecho de existir, son consideradas como justas, porque las mismas no pueden hacer ninguna referencia directa a valores morales. Así, la tesis de la neutralidad implica que el derecho vigente puede tener cualquier contenido, de manera que "...el iuspositivista aboga, pues, por una estricta separación entre la atribución de la validez jurídica y la formulación de valoraciones ético-normativas"⁴².

De acuerdo con el profesor Francisco Carpintero, fue Anselm Feuerbach quien primero sentó el postulado de que las leyes positivas concuerdan necesariamente con la razón o justicia, es decir, con la tesis ideológica a la que se refiere Bobbio. Aun cuando ahora se llegue a considerar a la justicia como un dato subjetivo, en aquella época era imprescindible equiparar al derecho positivo con la justicia, con el fin de que se justificara su obligatoriedad. Carpintero sostendrá además que este discurso goza de una fuerte brillantez retórica, que produce resultados inmediatos porque sintonizan con las expectativas del momento, pero que en realidad está vacío de contenido⁴³.

En resumidas cuentas, para describir al positivismo jurídico, siguiendo a Norberto Bobbio, debemos comprender que el mismo goza al menos de tres perspectivas de análisis: una forma de aproximación al estudio del derecho, una teoría de lo jurídico y como ideología. De acuerdo con este profesor italiano, cada una no se implica con la otra, es decir, que puede haber pensadores iuspositivistas que

⁴¹ Cfr. Hoerster, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2000, p. 11.

⁴² *Ibidem*, p. 12.

⁴³ Cfr. Carpintero, Francisco. *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*. Madrid, Editorial Actas, 1993, pp. 131-132.

sostengan una tesis pero no las otras dos⁴⁴. Sin embargo, se sostiene que, si se estudian las tres tesis, se encuentra necesariamente una conexión entre las mismas. La primera nos ayuda a comprender el objeto de estudio de lo jurídico: el derecho que es. La aproximación del positivismo como teoría clarifica el origen de este “derecho que es” como el producido por el Estado, y la última, la tesis ideológica reconoce como “justo” a todo este “derecho que es” por el sólo hecho de existir.

Ciertamente, la tesis ideológica supone el culmen, desde nuestro punto de vista, de la tesis positivista, por reconocer definitivamente al “derecho que es” como verdaderamente existente y verdaderamente justo a la vez, independientemente del contenido que el mismo consagre. Sostener esta tesis puede ser peligroso, sobre todo en términos de la obligatoriedad de cumplimiento que se desprende de la validez formal de la norma. Si el jurista no analiza el contenido de las normas con las que trabaja, y lo califica o no de jurídico, cualquier conducta podrá ser reclamada legítimamente, sin importar su calidad intrínseca, con el riesgo de que, cumplimentándola se pueda dañar al otro. Es por esto que a continuación se realizará un análisis sobre la crisis de la tesis ideológica, que puede identificarse en la actualidad.

1.2 La crisis del positivismo jurídico

La crisis del positivismo jurídico, específicamente si nos referimos a la vertiente ideológica del mismo, comienza en un momento histórico bien definido. Después de la Segunda Guerra Mundial, el ideal legalista de que la obediencia a la ley debía ser ciega simplemente por el hecho de ser ley independientemente de su contenido, comienza a desmoronarse debido a que este mito, si se lleva hasta el extremo, puede correr el riesgo de identificarse con posturas totalitarias⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. Bobbio, Norberto. *El problema...Op. Cit.*, p. 40.

⁴⁵ Cfr. Orrego Sánchez, Cristóbal. *Analítica del derecho justo...Op. Cit.*, p. 87.

De acuerdo con Carlos Massini, la crisis de la vertiente ideológica del positivismo jurídico a partir de 1945 puede explicarse a través de tres causas. En primer lugar, en las que identifica como causas *ético-políticas* se debe mencionar la reacción moral que causó en muchos pensadores los excesos de los totalitarismos comunista y nacionalsocialista, por sus métodos y recursos legales que excluían a categorías enteras de personas de la condición de sujetos de derecho a través de normas que además eran opresivas, excluyentes y criminales⁴⁶.

Por otra parte, en el ámbito *jurídico-institucional* se comienza a observar que los tribunales, principalmente en Estados Unidos o incluso en Alemania, empiezan a tomar en consideración pautas o estándares éticos para justificar sus decisiones y resolver, como destacaba en sus trabajos Ronald Dworkin, los “casos difíciles”, imprimiendo una racionalidad en las sentencias que superaba lo contemplado únicamente por la norma. Además, destaca el uso más recurrente de los derechos humanos, como recursos jurídicos que imprimían un carácter objetivo al contraste de validez normativa y que tendían a universalizarse, así como la ya notoria internacionalización del derecho⁴⁷, con lo que se lograba un consenso sobre un estándar objetivo de normas que impediría dar cualquier contenido al derecho interno, pues el mismo debía adaptarse a estos criterios.

En tercer lugar, en el campo de lo estrictamente *intelectual*, el positivismo ideológico también entró en crisis porque se cuestionó la exclusividad del método científico-empirista para estudiar el derecho, pues éste se limita sólo al tratamiento de cuestiones lógico-semánticas sin relevancia social, interés moral ni repercusión intelectual. Con esto, se comienza un movimiento de rehabilitación de la filosofía práctica, que buscará preguntarse en el caso concreto por la justicia y prudencia del contenido de la norma, superando al mero positivismo y a sus correlatos tales como el emotivismo, el imperativismo o el sociologismo⁴⁸.

⁴⁶ Massini Correas, Carlos I. *Filosofía del Derecho*, Tomo I: El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005, p. 217.

⁴⁷ Cfr. *Íbidem*, p. 218.

⁴⁸ Cfr. *Íbidem*, p. 219.

Esta rehabilitación de la razón práctica es consecuencia también de la superación del positivismo filosófico, que reduce la realidad a su dimensión fáctica u óntica, es decir, a considerar como verdadero sólo aquello que puede conocerse a través de métodos empíricos. Jesús Ballesteros es atinado al señalar que el tránsito hacia una concepción ontológica y metafísica para el conocimiento del derecho es también un factor para abandonar las tesis atribuidas al positivismo ideológico. Esto supone considerar de nuevo necesario el realizar un análisis ontológico del “ser” del derecho o de lo jurídico para poder atribuirle criterios de verdad o falsedad, y no tomar como cierto sólo lo que aparece a primera vista como derecho⁴⁹.

Muy atinadas son las palabras de Rodolfo Vigo al referirse a este tema, cuando dice que,

“Pareciera que los fracasos jurídicos de la humanidad plasmados en los diferentes regímenes autoritarios sufridos en el siglo XX y la tremenda experiencia de las dos guerras mundiales, han alertado a los juristas sobre los peligros de creer que el derecho es una especie de receptáculo capaz de juridizar cualquier contenido, todos igualmente válidos, reconociendo en su coercibilidad, garantizada por el poder estatal, la nota esencial y definitoria del derecho”⁵⁰.

Lo que comienza a vislumbrarse, después de que se reconocieron los extremos a que podía llegarse con regímenes totalitarios que utilizaban el derecho con esta misma idea de que el mismo sería justo por el hecho de estar consagrado en una ley, es la insuficiencia que presenta el mismo para explicar la realidad jurídica y la irrealidad de que la razón por la que una determinada norma sea tal, sea únicamente formal.

Así, de acuerdo con Pedro Serna, esta crisis del positivismo ideológico se traduce en que no resulta socialmente admisible el hecho de que se sostenga la justicia, obligatoriedad y el correlativo deber de obediencia a una norma perteneciente a cualquier ordenamiento jurídico, independientemente de cuáles sean los valores o

⁴⁹ Cfr. Ballesteros, Jesús. *Sobre el sentido del derecho*. Madrid, Tecnos, 2007, pp. 90-91.

⁵⁰ Vigo, Rodolfo Luis. *Visión crítica... Op. Cit.*, p. 158.

antivalores que la misma consagra o contempla. Insiste este profesor en que los valores formales, tales como el orden o la seguridad jurídica no bastan ni son razón suficiente para la obediencia al derecho porque podría ocurrir que el contenido de la norma ataque o desconozca la libertad personal, la no discriminación por motivos de raza⁵¹ o cualquier otra violación a los elementos esenciales de algún derecho humano.

Como prueba de lo anterior el profesor Serna presenta el hecho de que "...si la sentencia, para ser producida, o la ley para ser aplicada, no contiene en su interior todos los elementos, sino que *necesita* recurrir a juicios valorativos, conscientes o inconscientes, de índole política o moral, es decir, necesita trascender el límite que se ha trazado previamente, habría que aceptar que los confines del Derecho se han trazado mal, que el Derecho no se reduce al sistema normativo..."⁵² y, por lo tanto, el mero hecho de su existencia formal no podría equipararse necesariamente a su justicia, ni podría afirmarse categóricamente que todo el derecho por estar puesto debe de obedecerse por esa única razón.

Por esto, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XX se sostiene que la validez de las normas jurídicas puede en ocasiones no venir determinada por su origen, por el hecho de su promulgación, ni por la forma en que ha tenido lugar⁵³, sino que debe atenderse al contenido o materia que consagra el texto positivo particular, o el conjunto de un determinado ordenamiento jurídico.

Incluso puede decirse, junto con Andrés Ollero, que aunque sólo se reconozcan como jurídicas las normas positivas, se debe admitir que en el texto normativo aún no está puesto el derecho, sino que el mismo se comprende a través de interpretación en los supuestos prácticos en los que se manifiesta. El texto

⁵¹ Cfr. Serna, Pedro. *Filosofía del Derecho y paradigmas...* Op. Cit., p. 23.

⁵² *Íbidem*, p. 42.

⁵³ Cfr. *Íbidem*, p. 50.

normativo se propone al lector para que lo interprete en un contexto valorativo⁵⁴ que deberá atender al contenido tanto del mismo como de la realidad.

Así pues, respecto al fenómeno que venimos planteando, el profesor Ollero mencionará certeramente que “[l]a crisis del positivismo jurídico no se plantea ya tanto por considerarlo indeseable -como ocurrió en la última postguerra- como por constatar que es inviable en la práctica. Se considere o no deseable que la seguridad sustituya a la justicia, el derecho positivo no está paradójicamente en condiciones de garantizarla en las dosis pretendidas”⁵⁵. Sostener que el derecho es justo u obligatorio únicamente por razones formales conlleva el peligro de fundamentar lo jurídico en un voluntarismo que podría equipararse a un absolutismo encubierto⁵⁶.

Reconocer como justo cualquier contenido jurídico únicamente por encontrarse contemplado formalmente en una norma, limita la capacidad de análisis por parte del jurista, y puede tener consecuencias que acarreen la marginación de ciertas personas. Además, no garantiza el que la justicia material se actualice en el caso concreto. Por supuesto, son estas razones las que llevan a confirmar la tesis de la crisis de esta postura, e impelen al jurista a reflexionar de manera profunda en el caso práctico para identificar las consecuencias de lo dicho por la norma.

Y es que particularmente se debe tomar en cuenta que los efectos de reconocer a una norma como justa, se equiparan al hecho de considerarlos como obligatorios. Una norma justa, por el hecho de serlo, independientemente de la razón a la que distintas teorías se adscriban será, por ese sólo hecho, es de obligatorio cumplimiento, y acarreará una sanción o consecuencia desfavorable en caso de que no ocurra.

⁵⁴ Cfr. Ollero, Andrés, "La crisis del positivismo jurídico. (Paradojas teóricas de una rutina práctica)", en *Persona y Derecho*, No. 28, 1993, p. 213.

⁵⁵ *Ídem*, p. 217.

⁵⁶ Cfr. *Ídem*, p. 245.

Si una norma, con un determinado contenido es válida y, por lo tanto, considerada como jurídica, lo lógico es que los efectos de este reconocimiento del enunciado normativo como “verdadero derecho” sea darle plena eficacia a las prescripciones que consagra, impeliendo a los destinatarios normativos a cumplir con los mismos, apegándose a las consideraciones o al carácter deóntico de las mismas, ya sea de obligación, prohibición o permisión.

Sin embargo, se observa que algunas aproximaciones iuspositivistas, con el fin de salvar la posible contradicción entre el reconocimiento como “verdadero derecho” de un enunciado prescriptivo y el contenido posiblemente adverso que consagra, sostienen una aproximación débil a la obligatoriedad de su contenido y su posterior obediencia u observancia, hecho que nos parece contradictorio.

Así, sostienen algunos que las “obligaciones jurídicas” que se desprenden de las prescripciones normativas no pueden entenderse en un sentido fuerte, es decir, que de ellas se deriven exigencias absolutas de comportamiento para los destinatarios de las mismas, sino solo en un sentido débil que consistirá únicamente en una “opción” de conducta que tendrá el fin de evitar la aplicación de la consecuencia negativa que la norma consagre⁵⁷. Esto es tanto como decir que el contenido deóntico de la norma realmente no tiene como objetivo el prescribir un comportamiento intentando generar una conducta específica en los destinatarios, sino únicamente pretende que éstos eviten una sanción, abandonando, desde mi punto de vista, todo fin realmente jurídico en las mismas. ¿Cuál sería entonces la razón por la cual se consagra en la norma un determinado contenido prescriptivo y no otro?

Pero continúa Squella sosteniendo que la obligación que se desprende de las normas es meramente jurídica y no moral, queriendo decir que cualquier contenido que se le asigne a las mismas desde procedimientos formales de creación será válido por ese sólo hecho, desprendiéndose del mismo algún tipo de obligación

⁵⁷ Cfr. Squella, Agustín. *Positivismo Jurídico...Op. Cit.*, pp. 29-30.

débil que estará respaldado únicamente por sanciones, independientemente que en un momento posterior se realice un análisis moral del contenido de las prescripciones tenidas ya como jurídicamente válidas y, por lo tanto, de obligatorio cumplimiento⁵⁸.

Lo que resulta interesante en este punto es destacar que, al hacer este autor la distinción entre la validez jurídica y moral de las prescripciones normativas válidas, reconocerá que, si bien por un lado nos encontramos con normas existentes y válidas jurídicamente hablando, la obligación de obedecer u observar dichas disposiciones descansará en la calidad moral de las mismas⁵⁹, hecho que claramente genera una división o rompimiento de la unidad del fenómeno jurídico-normativo, pues podemos estar en presencia de “derecho verdadero” no obligatorio, lo que indudablemente se configura como una *contradictio in terminis*, ya que resta eficacia a la formulación normativa de la obligación. Como ya se tratará más adelante, si ocurriera un caso como este, no podríamos hablar propiamente de “verdadero derecho”, pues el abandono de contenido jurídico de una determinada disposición y, por lo tanto, si se niega la obligatoriedad de cumplimiento frente al mismo, no estaríamos en ningún momento en presencia de auténtico derecho, sino sólo de uno aparente.

Igualmente contradictorio, de acuerdo al análisis que se viene realizando, resulta la afirmación que Norbert Hoerster realiza al sostener que un asunto es la existencia del derecho, es decir, su validez, y otro el aspecto de la obligatoriedad. Dice que “...el iuspositivista, es decir, el partidario de la tesis de la neutralidad, que no impone al concepto de derecho ninguna limitación de contenido, tiene la mejor de las razones para dejar abierta la cuestión de la *obligatoriedad* de las normas jurídicas respectivamente vigentes”⁶⁰, enfatizando en este punto la distinción entre la validez jurídica del enunciado prescriptivo, que será justo y “jurídico” por su inclusión formal en el ordenamiento, pero no necesariamente obligatorio por la

⁵⁸ Cfr. *Íbidem*, p. 33.

⁵⁹ Cfr. *Íbidem*, p. 37.

⁶⁰ Hoerster, Norbert. *En defensa del...Op. Cit.*, p. 17.

calidad de su contenido. Por supuesto, al respecto cabe el cuestionamiento sobre la congruencia de estas afirmaciones, pues qué sentido tiene reconocer como jurídica y justa una prescripción que en sí misma no es de obligatorio cumplimiento derivado de su intrínseca juridicidad (o al menos presunta juridicidad).

Incluso viendo lo sostenido por estos autores, quienes pretenden salvar la conveniencia del positivismo puro a través de la distinción tanto de los momentos de la existencia formal del derecho por un lado, contrastándolo con el de la obligatoriedad del mismo, puede observarse, en estas afirmaciones, otra manifestación de la crisis del positivismo jurídico en su vertiente ideológica. De acuerdo con esta, es justa y jurídica cualquier norma reconocida formalmente como derecho, por lo que es una contradicción sostener que, si bien es justo lo que dice la norma desde un punto de vista jurídico, no lo sería desde el moral y, por lo tanto, no resulta de obligatorio cumplimiento. Lo que se observa es que también en sectores positivistas se comparte la idea de que no todo contenido normativo merece realmente el nombre de “derecho” por los efectos que puede conllevar en la práctica, violentando principios básicos o derechos humanos.

La tesis ideológica del positivismo jurídico no puede sostenerse si es que se realiza una aproximación profunda a los contenidos del derecho. No toda conducta prescrita por una norma es verdaderamente jurídica y, por supuesto, no todo contenido normativo es justo sólo por haberse reconocido en un ordenamiento jurídico de manera formal. Si bien es importante la identificación de obligaciones desde un punto de vista formal, el análisis del jurista no puede permanecer en este plano. Será verdaderamente profundo si se pregunta por el auténtico derecho, por lo auténticamente jurídico, pues de esta manera pueden evitarse los riesgos que el totalitarismo conceptual o ideológico acarrea, así como que se rehabilita la razón práctica para la identificación, de manera más atinada, de lo justo en el caso concreto.

El positivismo jurídico está en crisis; su idea debe ser superada, y sus contenidos identificados de una manera más definida. Se puede hablar entonces de

prescripciones verdaderamente jurídicas, justamente porque existe la posibilidad de que las conductas mandadas, prohibidas o permitidas no lo sean. Queda clara esta posibilidad, porque se constata la diversidad de contenidos que pueden ser prescritos por la norma y se verifica que no todos pueden, realmente, ser calificados como derecho.

El positivismo jurídico, sobre todo de acuerdo con su vertiente ideológica efectivamente considera que existe el “verdadero derecho”, homologándolo sólo a aquel que ha sido promulgado por una autoridad competente, siguiendo los requisitos formales que se exigen para tal por el mismo ordenamiento. Sin embargo, pensamos que es esta una aproximación muy limitada al estudio del auténtico derecho, que nos llevan a visualizar una realidad únicamente de manera parcial. El derecho no es sólo forma, sino también contenido, y la calificación del mismo como justo o injusto corresponde también a la ciencia jurídica. Así, una verdad a medias no es verdad.

Basándonos únicamente en estos criterios, sostenemos el hecho de que el positivismo aspira a dar una definición parcial de derecho. Este dato ha propiciado de manera clara también el desarrollo de la crisis del positivismo jurídico. Debemos darnos cuenta que el objeto del conocimiento del derecho es más amplio, por lo que la constatación de esta crisis a partir de esta evidencia, abre las puertas al desarrollo de una epistemología jurídica más acabada que se atreva realmente a tratar la verdad de una forma más contundente.

Es, por tanto, un verdadero reto para el jurista considerar esta situación, adoptando una actitud crítica frente al derecho y en general frente al ordenamiento y dispuesto a abandonar la presunta simplicidad que el positivismo acarrea, para enfrentarse a la siempre compleja labor que el oficio del jurista supone, al interpretar y analizar tanto el contenido de la norma, como la aplicación de la misma.

Sentadas ya las bases y presupuestos de este trabajo, lo que resta es hacer una descripción del estado de la cuestión, y realizar una propuesta sobre cuáles son los criterios que pueden utilizarse para reconocer al derecho como verdaderamente jurídico.

Capítulo II

LA ANALÍTICA, EL POSITIVISMO INCLUYENTE Y EL NO-POSITIVISMO

En el capítulo anterior se hizo una descripción de las distintas vertientes para describir el positivismo jurídico propuestas por Norberto Bobbio, y de cómo el mismo se encuentra en crisis a partir de la Segunda Guerra Mundial, sobre todo en su carácter ideológico. Esto quiere decir que no puede ya aceptarse que cualquier contenido normativo sea jurídico y por lo tanto obligatorio sólo porque haya sido establecido por una autoridad legitimada para crear derecho, sino que debemos poner atención en el contenido que el mismo presenta para poder afirmar de manera categórica su carácter de “verdadero derecho”.

Dichos criterios serán tratados en el siguiente capítulo, donde se hará un análisis de lo que significa que una disposición normativa sea auténticamente jurídica, pues se mostrarán algunas bases para poder contrastarlas. Por lo pronto es suficiente reconocer el hecho de que existe siempre la posibilidad de que una prescripción o mandato, por su contenido, no sea verdaderamente jurídico o genere dudas acerca de su auténtica juridicidad aunque esté formalmente creado por autoridad competente.

Por lo que respecta al presente capítulo, lo que haremos es una aproximación al estado de la cuestión sobre este tema, de acuerdo a lo que sostienen distintas corrientes iusfilosóficas o sobre teoría del derecho, a la luz de las contribuciones de sus principales representantes. Entre éstas se encuentra por un lado la corriente analítica de corte anglosajón donde se analizará el pensamiento de dos profesores de Oxford: H.L.A Hart y Joseph Raz, así como a Carlos S. Nino, autor argentino de filiación anglosajona, preocupado por temas analíticos pero también constructivistas. En segundo lugar abordaremos a la corriente del positivismo incluyente, con representantes como W. Waluchow, J. Coleman así como a O. Fiss. Por último se analizarán las aportaciones de las así llamada escuela no-positivista, representada principalmente por Ronald Dworkin y Robert Alexy. De

cada uno de estos autores se intentará dilucidar, en primer lugar, si para ellos es relevante el tema de la verdad en el derecho así como la forma en la que abordan y resuelven el problema.

Cualquier clasificación es provisional, y nunca es absoluta. Incluir a cada uno de estos pensadores en las corrientes mencionadas responde por un lado a otras clasificaciones que también lo han hecho así⁶¹, pero además a una decisión de nuestra parte de realizarlo de esta manera atendiendo a los resultados de la investigación. En el caso de Carlos S. Nino, por ejemplo, aun cuando principalmente su pensamiento sea constructivista, se lo incluye en la corriente analítica por su interés en el lenguaje y su formación anglosajona, o en el caso de Owen Fiss se detectan matices de positivismo incluyente en su pensamiento.

Se han escogido estas corrientes, porque son una manifestación de la crisis del positivismo jurídico que describíamos en el capítulo anterior. Tanto la escuela positivista incluyente como la no-positivista, pregonan en sus postulados que el positivismo puro y neutro no puede seguir siendo sostenido, por lo que debe abrirse un camino a la moral y a la corrección, pero sin olvidar el papel que el derecho positivo guarda en el ámbito de lo jurídico. No se autonombran “iusnaturalistas” seguramente para no caer en un extremo, o por comprender mal el naturalismo en el ámbito del derecho. Pero llámense como se llamen, pensamos que algo tienen que decir con respecto al tema planteado. Lo mismo las corrientes analíticas, que son primordialmente formales, pero donde hay pensadores que han reconocido que las formas lingüísticas con las que trabajan, deben de tener un determinado contenido para ser calificadas como “verdadero derecho”. Empecemos, pues, con estas últimas, para analizar también las otras corrientes enunciadas.

⁶¹ Por ejemplo, Vigo, Rodolfo. *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991, o Bautista Etcheverry, Juan. *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente; Un estado de la cuestión*. México, IIJ-UNAM, 2006.

2.1 Escuela analítica

La escuela o corriente analítica del derecho, es una aproximación a la realidad jurídica que primordialmente se desarrolla en el ámbito de la filosofía del derecho de países anglosajones, por lo que hay que tomar en cuenta para su estudio, que la concepción del derecho que caracteriza a la tradición jurídica anglosajona es eminentemente judicialista o juriscéntrica, pues la actividad judicial, para la misma, es fundamental para el nacimiento del derecho⁶².

Esto queda claro por ejemplo, en el caso de los jueces Coke y Blackstone, estandarte de la cultura del precedente en Inglaterra. Este último, por traer a colación nuestro tema, sostuvo sin embargo, que no sólo había que hacer caso a la sentencia en cuanto pieza del lenguaje, sino que la misma debía estar de acuerdo con la razón, porque de lo contrario, es decir, estando contra ésta o siendo patentemente injusta, lisa y llanamente deja de ser derecho⁶³. Esta es una forma sencilla de comprender el derecho anglosajón, donde queda claro que cualquier norma debe de estar acorde a un determinado contenido.

Sin embargo, la escuela analítica no toma en cuenta estos presupuestos. En realidad lo que pretenden autores como Hobbes, Bentham y sobre todo John Austin durante el siglo XIX es hallar la realidad de lo jurídico, más que en el precedente y en la razón, en el concepto de autoridad, ya que es ésta quien realmente se constituye como fuente del derecho. Con esto surge la corriente analítica⁶⁴.

John Austin, quien es considerado el creador de esta corriente, se inspira principalmente en autores como Savigny, y especialmente Nikolaus Falk, ambos profesores alemanes. Su intención es que el derecho se comprenda de manera general, a través de conceptos y métodos lógicos que tomen en cuenta a la

⁶² Cfr. Martínez Muñoz, Juan Antonio. *El conocimiento jurídico*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 3ª Edición, 2012, p. 312.

⁶³ Cfr. Laclau, Martín, "Los supuestos del pensamiento jurídico en los países de habla inglesa", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social (Asociación Argentina de Derecho Comparado)*. Número 7, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, p. 36.

⁶⁴ Cfr. *Íbidem*, p. 37.

autoridad como fuente del derecho, y no a la costumbre ni al precedente. De Falk toma Austin la idea de que “la teoría del derecho solo puede constituirse, por tanto, por el desarrollo analítico de conceptos dados y por la relación jurídica entre ellos (...) análisis estrictamente lógico de aquellos hechos que se dan en toda sociedad civil, y de aquí se deduce el carácter de generalidad que revisten las verdades jurídicas así halladas”⁶⁵.

La escuela analítica, por lo tanto, adopta un método llamado precisamente “analítico”, por la forma en la que se aproxima al estudio del derecho, pretendiendo realizar un estudio preciso de los conceptos generales con los que trabaja el jurista, donde la relación entre los mismos sea absolutamente lógica, y no haya contradicciones. Es, ante todo, un método que utiliza al lenguaje como herramienta, y al que se puede dotar de cualquier contenido.

Influido por la escuela histórica, hereda una noción formal del derecho que comienza a convivir con el sistema de precedentes propio del derecho anglosajón. De esta manera, el objetivo de la corriente es el estudio del derecho positivo histórico, desde dos perspectivas: la primera es la jurisprudencia particular, que aborda el análisis del contenido del orden jurídico, y la segunda conocida como jurisprudencia general, que estudia la estructura del derecho. Propiamente esta segunda es, *strictu sensu*, la mecánica de la corriente analítica pues, mediante el análisis, se intenta descubrir el sistema de conceptos formales que se hallan presentes en todo el derecho, y que son extraídos de la experiencia jurídica⁶⁶.

En definitiva, Carlos S. Nino comprende a la filosofía del derecho analítica o conceptual, como aquella disciplina encargada de esclarecer cuestiones epistemológicas, conceptuales y lógicas relevantes para la comprensión de los

⁶⁵ Cfr. *Íbidem*, p. 42. Citando *Juristische Encyclopädie auch zum Gebrauch bei academischen Vorlesungen*, Kiel, 1821, p. 90.

⁶⁶ Cfr. *Íbidem*, p. 43.

fenómenos jurídicos y del razonamiento jurídico⁶⁷, de acuerdo con el método que hemos descrito.

Para caracterizar la respuesta que la corriente analítica da al problema que nos hemos planteado, es decir, si puede o no existir “verdadero derecho”, abordaremos el pensamiento al respecto de tres autores que pueden ser considerados como miembros de la escuela, no por lo que dicen, sino por la forma de decirlo. Dos de ellos profesores ingleses de la Universidad de Oxford: H.L.A Hart y Joseph Raz, y el otro Carlos Santiago Nino, de Argentina, con el fin de ver la experiencia analítica en el ámbito latinoamericano.

a) Hart y el contenido mínimo del derecho natural

En este apartado nos centraremos en describir cuál es la visión que el filósofo del derecho anglosajón H.L.A Hart tiene acerca del derecho, en específico para responder si para él hay algo tal como “verdadero derecho”. Así pues, para abordar esta concepción debemos hacer, con ánimo de síntesis, referencia al menos a dos aspectos centrales de la teoría de Hart: en primer lugar a que el derecho es un conjunto de normas primarias y secundarias, respaldadas por una regla de reconocimiento, y en segundo lugar a que este autor comienza a distinguir, por un lado, entre el “estar obligado” y el “verse obligado” a realizar una determinada conducta, y a sostener la existencia de un contenido mínimo de derecho natural.

Comencemos por el primer punto. Respondiendo a la pregunta de si existe “verdadero derecho”, Hart sostiene que sí. Éste es el conjunto de normas primarias, que obligan, prohíben o permiten realizar una conducta, y secundarias, aquéllas que regulan el cambio, adjudicación y sobre todo reconocimiento de las normas primarias en un sistema dinámico⁶⁸. Interesa particularmente la última de

⁶⁷ Cfr. Nino, Carlos S. *Algunos modelos metodológicos de “Ciencia” Jurídica*. México, Fontamara, 1999, p. 97.

⁶⁸ Cfr. Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ª Edición, 2012, 99-123 (cap. V).

las normas secundarias, es decir, las de reconocimiento, pues son las que nos permiten saber qué enunciados prescriptivos sí forman parte del sistema jurídico y por lo tanto, son derecho. La regla de reconocimiento debe ser conocida por los operadores jurídicos y ellos actuar en consecuencia. La misma está contenida en algún texto o costumbre, pero raramente expresada como regla. Más bien son los criterios que sirven para identificar como derecho a un enunciado prescriptivo⁶⁹.

El problema de la regla de reconocimiento es que no cuenta con un contenido claro, pues incluso el mismo Hart sostiene que puede haber conflicto entre lo que dice la autoridad, y el acuerdo general de la sociedad⁷⁰. En cualquiera de los casos, la regla de reconocimiento depende del punto de vista interno, es decir, de quien acepta la regla como obligatoria para él, y no del externo o del observador que describe el sistema⁷¹.

La regla de reconocimiento serán entonces aquellos criterios, tanto formales como materiales que permiten a una determinada sociedad identificar como derecho a ciertas prescripciones o normas en general y, por lo tanto, obligarse por las mismas. Seguramente, un elemento característico de estas reglas de reconocimiento será que las mismas sean emitidas por una autoridad competente y legitimada para tal tarea, independientemente del contenido que asuman.

Sin embargo, como ya se mencionó, la regla de reconocimiento se queda muy corta para ayudar de manera definitiva al observador (ya sea interno o externo) a identificar aquellas prescripciones o disposiciones que efectivamente son derecho, porque finalmente serán aquellas emitidas por el parlamento o en general la autoridad competente. Quedarse en este punto es, para John Finnis, un alto en las investigaciones que pretenden encontrar otras razones jurídicamente relevantes

⁶⁹ Cfr. *Íbidem*, pp. 125-127.

⁷⁰ Cfr. *Íbid.*

⁷¹ Cfr. *Íbidem*, p. 128.

para continuar, no continuar o modificar la práctica en la que consiste esta regla, es decir, la posibilidad de analizarla críticamente⁷².

Para Finnis, el remitirse únicamente a esta “regla de reconocimiento”, como si fuera una teoría jurídica de libro para explicar el derecho, no incluye un compromiso con el valor del mismo, por lo que puede ser que describa o indique cuáles son las normas que promulgó el parlamento o la autoridad, pero no sirve para detectar una conexión articulada entre estos elementos o, sobre todo, para explicar qué es lo que hace que el derecho sea derecho⁷³.

El derecho para Hart en este sentido, es aquel promulgado por la autoridad competente, y de acuerdo a la regla de reconocimiento. Más allá de esto, critica a quienes pretenden identificar al derecho con la moral. Fuera de algunos aspectos que comienza a desarrollar, el contenido del derecho, en general, puede ser cualquiera siempre que cumpla con los requisitos antes expresados. La moral y el derecho no se identifican, entre otras cosas por el distinto carácter de su contenido obligacional y por eso, para este jurista, decir que una norma injusta no es una norma jurídica, es tan paradójico como decir que “las leyes no son derecho” o “el derecho constitucional no es derecho”⁷⁴.

Podría parecer entonces que para Hart no hay más derecho que aquel que se adecúe a la regla de reconocimiento. Y en principio, así es. Sin embargo, algunos datos de su teoría nos permiten intuir que acepta de algún modo la posibilidad de la inclusión de otros criterios para identificar a lo jurídico y, por lo tanto, que el “verdadero derecho” no sea sólo aquel mandado por la autoridad, sino que debe el mismo de cumplir con algunos requisitos adicionales, de carácter débil, pero que traspasan el mero mandato.

⁷² Cfr. Finnis, John, “Sobre los caminos de Hart: el derecho como razón y como hecho”, en Kramer, Matthew H., *et. al.* (Compiladores). *El legado de H.L.A Hart; Filosofía jurídica, política y moral*. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 46.

⁷³ Cfr. *Íbid.*

⁷⁴ Cfr. Hart, H.L.A. *El Concepto...Op. Cit.*, pp. 9-10.

Por un lado, Hart es enfático y reiterativo en sostener que no es lo mismo “verse obligado a” que “estar obligado a” realizar una determinada conducta⁷⁵. Sin duda el tema de la obligación es fundamental para comprender lo jurídico, pero deben hacerse algunos matices. Puede haber ciertos mandatos respaldados por amenazas de daño para el destinatario que lo hacen “verse obligado” a realizar algún acto, por ejemplo, entregar el dinero durante algún asalto para evitar el perjuicio, pero que de ninguna manera pueden catalogarse como derecho. “Verse obligado” a realizar algo no es, por ningún motivo, derecho. Esto debido a que la amenaza de sanción es externa, y la prescripción de la conducta no está amparada por la regla de reconocimiento. El auténtico derecho, para nuestro autor, será aquel por el cual el destinatario normativo “está obligado” a llevar a cabo la conducta en específico. El derecho obliga realmente a hacer algo.

La distinción ahora apuntada puede parecer meramente formal, sin embargo pensamos que de alguna manera contempla cuestiones de fondo. Las amenazas no aceptables, o que privan a uno sin razón de algo, no pueden ser catalogadas como derecho. Sin duda la autoridad competente puede emitir alguna orden de este tipo, y en principio debería ser acatada, pero pienso que la distinción de Hart nos permite siempre cuestionarnos sobre si realmente se tiene la obligación de hacer lo mandado.

Como se decía, esta intuición es sumamente débil si lo que se pretende es trascender los criterios o razones formales para identificar una prescripción como derecho, pero es un pequeño avance, desde nuestro punto de vista, para acercarnos a comprender lo que realmente es derecho. De cualquier manera, no es el paso más definitivo que da Hart hacia este terreno. Para estudiarlo de una manera más completa, debemos hablar ahora del contenido mínimo de derecho natural.

⁷⁵ Cfr. *Íbidem*, p. 103.

Intuye Hart que los enunciados sociales y jurídicos, para ser descritos de manera adecuada, no deben ser solo definidos o catalogarlos como hechos, sino comprender que su verdad depende, de cierta forma, de que los seres humanos y el mundo en el que viven conserven, con su existencia, las características salientes que hoy tienen⁷⁶. Por eso, acepta Hart, el derecho no puede tener cualquier contenido. De hecho será inválido si vulnera las condiciones mínimas y esenciales del ser humano y el mundo que lo rodea, es decir, su vulnerabilidad, la igualdad aproximada entre todos los seres humanos, el altruismo limitado, los recursos igualmente limitados, así como la comprensión y fuerza de voluntad limitadas que todos poseemos. A esto le llama el contenido mínimo de derecho natural.

Las normas y el derecho por lo tanto pueden tener cualquier contenido, siempre y cuando no vulnere estas características humanas. Todos deben tener, dice, un mínimo al menos de protección frente a los demás⁷⁷. En palabras de este pensador analítico inglés,

“A veces la tesis de que hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral no quiere decir más que esto: que un *buen* sistema jurídico tiene que adecuarse en ciertos puntos, tales como los que hemos mencionado ya en el último apartado, a las exigencias de la justicia y de la moral”⁷⁸.

Así, Hart, como Hobbes, pretende encontrar este “contenido mínimo” en las características del hombre y de su medio. El hombre es vulnerable, tiene una igualdad natural aproximada a los otros y un altruismo limitado que deben ser respetados por el derecho como reglas estáticas. También cuenta con recursos y fuerza de voluntad limitadas, que deben influir al derecho como reglas de derecho natural dinámicas dependiendo del caso o circunstancias concretas⁷⁹.

⁷⁶ Cfr. *Íbidem*, pp. 246-247.

⁷⁷ Cfr. *Íbidem*, p. 248.

⁷⁸ Cfr. *Íbidem*, p. 253.

⁷⁹ Cfr. M.D. Bayles, *Hart's Legal Philosophy*, Londres, Kluwer Academic Publishers, 1992, pp. 117-118.

De cualquier manera, hay que tomar en cuenta que Hart no indica que el “contenido mínimo” deba ser necesariamente de carácter moral atendiendo a la justicia. Más bien, de acuerdo con la observación de Luis Manuel Sánchez, éste es de tipo pragmático, fundado más bien en el autointerés de los miembros y dirigido a proteger su supervivencia. Sigue siendo una teoría sobre reglas y no sobre principios, pues la tesis del “contenido mínimo” no es necesaria para la existencia del derecho sino para su viabilidad⁸⁰.

David Lyons nos ayuda a resumir la postura de Hart al respecto, ya que reconoce que para ella:

“Las autoridades consideran a todas las reglas <<válidas>> del sistema como pautas que deben ser seguidas por la sociedad en su conjunto. Sin embargo, cuando prácticas claramente contrarias a derecho son arbitrariamente toleradas y ejecutadas por las autoridades, el resultado es un conflicto significativo de actitudes que compromete los fundamentos del sistema jurídico”⁸¹.

Para Hart, entonces, el “verdadero derecho” es aquel que sigue a la regla de reconocimiento socialmente aceptada, independientemente de lo que la autoridad legitimada para emitir las normas considere oportuno incluir como obligación real en las mismas. Sin embargo, no cualquier contenido puede ser jurídico, o más bien hace viable al sistema. Debe de adecuarse al menos mínimamente a un derecho natural, aunque este sea bajo coordenadas pragmáticas. Son como podemos ver, intuiciones interesantes las del profesor de Oxford, pero insuficientes si queremos realizar una aproximación completa a lo que es auténticamente jurídico.

⁸⁰ Cfr. Sánchez, Luis Manuel. *Después del positivismo; Re-sustantivando el derecho*. México, Editorial Fontamara, 2011, pp. 66 y 67.

⁸¹ Lyons, David, “El afianzamiento jurídico de la antijuridicidad”, en Kramer, Matthew H., *et. al.* (Compiladores). *El legado de H.L.A Hart; Filosofía jurídica, política y moral*. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 60.

Puede sostenerse, por lo tanto, que el problema de la verdad en el derecho o sobre lo verdaderamente jurídico es relevante para Hart, pues dedica una gran parte de su obra a su dilucidación, comprendiendo como tal aquel que es válido de acuerdo a la regla de reconocimiento socialmente aceptada, y viable en su cumplimentación.

b) Joseph Raz

Otra aproximación destacable desde la perspectiva analítica la podemos encontrar en el pensamiento de uno de los discípulos más conocidos del Hart. Nos referimos al profesor Joseph Raz. Este autor es categórico al describir qué es el derecho, si asumimos que éste cuenta con un carácter eminentemente normativo:

“Las normas son cosas cuyo contenido es descrito por algún enunciado normativo y tales enunciados son verdaderos si las normas existen, *i.e* si son válidas; y no son verdaderos si las normas no existen, *i.e.* si no son válidas”⁸².

El derecho está contenido para Raz en las normas, y existe si estas lo hacen. Sólo basta con comprobar este dato fáctico, es decir, que la norma existe y es válida de acuerdo con criterios formales y sociales, para poder otorgarle el calificativo de jurídica. Toda norma jurídicamente válida es parte del sistema y viceversa. Esto quiere decir que el derecho se reduce a la identificación de un sistema jurídico determinado, comprender sus criterios de validez, y observar si una norma pertenece al mismo. El mérito moral del contenido normativo, lo que puede ser equiparado a si es justo, no tiene ningún papel para la concepción que este pensador tiene sobre el derecho⁸³. Él mismo lo dice de una manera muy clara al hablar sobre la validez jurídica y establece que:

⁸² Raz, Joseph. *La autoridad del derecho; Ensayos sobre derecho y moral*. México, UNAM, Segunda edición, 1985, p. 188.

⁸³ Cfr. *Íbidem*, pp. 191-192.

“La validez jurídica de una norma es establecida no por argumentos sobre su valor y justificación, sino, más bien, mostrando que se conforma a criterios de validez establecidos por algunas otras normas del sistema, las cuales pueden ser llamadas reglas de reconocimiento”⁸⁴.

En este aspecto en particular vemos que sigue a Hart, pero de cierto modo añade a la teoría de la regla de reconocimiento el hecho de considerar al derecho como un sistema social, seguido por una comunidad y por eso, la fuente del derecho no es la autoridad sino la sociedad, dependiendo enteramente de fuentes fácticas⁸⁵.

Además, para responder a la pregunta que nos hemos planteado, hay que mencionar también que para Raz se puede saber qué es el derecho sin saber si está justificado, por lo que se pueden establecer normas sin necesidad de adoptar ningún compromiso con la justificación, ya sea moral o de algún otro carácter⁸⁶. Cualquier contenido jurídico establecido en una norma es derecho, si resulta verdadero que pertenece al sistema. De esta forma, las normas se constituyen como razones para el actuar del destinatario⁸⁷, por lo que estará obligado por las mismas, y serán buenas razones por pertenecer al ordenamiento únicamente.

Las normas son razones para el actuar del tipo de “A es una razón para x para hacer B”, si A, es decir, la norma es verdadera, válida y perteneciente al sistema. La acción B sólo deberá realizarse si A forma parte del sistema jurídico, independientemente del contenido de la misma, es decir, de la calidad moral sustantiva de B. Sólo por existir el vínculo entre A, la norma, B, el contenido y x, el destinatario, la obligación de x de hacer B existirá, y será una razón para su actuar, aun cuando B no esté justificado⁸⁸. La razón no se encuentra en B, sino en A, y en el vínculo que se establece entre los otros dos elementos.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 193.

⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 196.

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 202.

⁸⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 303.

⁸⁸ Cfr. Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, “Norma jurídica”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. *El derecho y la justicia*. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Segunda Edición, 2000, p. 144.

Para Raz, entonces, un sistema jurídico determinado es un conjunto de razones para la acción. Es importante determinar, por supuesto, qué razones efectivamente son jurídicas, pero esto implica para el autor que lo son para el sistema jurídico en cuestión, porque no puede haber derecho más allá del mismo, Para este fin, razones jurídicas para la acción son aquellas que pertenecen a un sistema jurídico determinado y siguen sus reglas de creación, adecuándose a la regla de reconocimiento de aquél, y que serán aplicadas y reconocidas por un sistema de tribunales, quienes están obligados a tomarlas en cuenta y, por lo tanto, sancionar su incumplimiento.

Para Raz es también relevante preguntarse por lo que el derecho es, no en términos de verdad, pero sí en el ámbito de la existencia y de su validez social. Así, el derecho para Raz es un sistema de razones reconocidas y aplicadas por instituciones jurídicas aplicadoras autoritativas, con un fundamento que las dota de validez y contenido únicamente basado sobre hechos sociales, sin poder recurrir a argumentos morales⁸⁹.

c) Carlos S. Nino

El prestigiado jurista argentino Carlos Santiago Nino (1943-1993), es también un referente de la corriente analítica por filiación académica. Aun siendo argentino, tuvo contacto con el derecho anglosajón, específicamente con la escuela analítica al doctorarse en la Universidad de Oxford, y dar clases de manera recurrente en la Universidad de Yale. Se dedicó principalmente a tratar temas sobre la teoría y la filosofía del derecho.

Aun pudiéndolo englobar dentro de la corriente analítica por filiación y, sobre todo por su interés en el lenguaje, el contenido de su discurso es constructivista. Esto quiere decir que sostiene que como garantía de la moral hay que recurrir al consenso intersubjetivo, obtenido en una discusión moral, ya que el que en

⁸⁹ Cfr. Raz, Joseph. *El concepto de sistema jurídico*. México, UNAM, 1986, pp. 254-255.

general todas las personas estén de acuerdo sobre algo es una garantía de imparcialidad⁹⁰.

En cuanto a lo que él concibe como derecho verdadero o auténtico, hay que considerar que su trabajo lo ha llevado a separarse de las tesis positivistas absolutas y acercarse a parámetros morales construidos por parámetros como la democracia que deberán ser la fuente y criterio de validez de las normas que regirán el actuar social.

Reconoce Nino que para el positivismo “puro”, el derecho es un fenómeno social que puede identificarse exclusivamente sobre ciertas propiedades formales y fácticas, sin necesidad de adoptar ninguna postura valorativa⁹¹. El lenguaje ordinario, al hablar del “derecho” se refiere a cierto fenómeno social que es independiente de la apreciación valorativa del mismo. Por eso, para él, la filosofía del derecho debe tomar en consideración estas bases y proponerse realizar una reconstrucción racional del uso puramente descriptivo de la expresión “derecho”, pero abandonando las tesis escépticas del positivismo, ya que éstas no ayudan a hacer un análisis profundo de lo jurídico⁹². Deja claro entonces que el derecho debe ser “algo” y no solo “cualquier cosa”. Y esto puede hacerse sin abandonar los postulados positivistas de que el derecho es aquel creado por la autoridad competente. Es compatible, por tanto, ser positivista y hacer elaboraciones axiológicas sobre el contenido del derecho.

Sin embargo, las consideraciones axiológicas particulares a las que se puede recurrir para establecer o valorar el contenido del derecho no son absolutas, y deben por lo tanto ponerse en balance con otros criterios como la necesidad de evitar soluciones gravemente injustas⁹³, que son igualmente consideraciones

⁹⁰ Cfr. Nino, Carlos S. *El constructivismo ético*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 15.

⁹¹ Cfr. Nino, Carlos S. *Algunos modelos metodológicos de “Ciencia” Jurídica*. México, Fontamara, 1999, p. 75.

⁹² Cfr. *Íbidem*, pp. 77-78.

⁹³ Cfr. *Íbidem*, p. 91.

morales para comprender la esencia de lo jurídico. Así, es importante tanto acudir a las valoraciones comunes sobre las disposiciones jurídicas, como a la justicia de las mismas, al menos para evitar la injusticia grave o extrema.

Las normas, como se sabe, tienen el efecto de ser de obligatorio cumplimiento, por lo que sostiene Nino que cuando a través de la filosofía del derecho nos preguntamos por la obligatoriedad de las normas jurídicas, nos cuestionamos por su obligatoriedad moral, es decir, por lo principios morales que establecen, bajo ciertas condiciones, que se deben obedecer tales normas⁹⁴. El primer contacto con la moral del derecho es, pues, la obligación del sujeto de obedecer la norma válida misma que para ser tal debe cumplir con ciertas condiciones morales, que no tienen como tal que ver con su contenido, sino con su construcción a través de un procedimiento democrático. Nino es enfático al establecer que,

“El origen democrático de una norma, nos proporciona razones para creer que hay razones para realizar el contenido de la norma. En proporcionarnos esas razones reside la superioridad moral de la democracia, ya que tenemos razones para hacer aquello que tenemos razones para creer que tenemos razones para hacer”⁹⁵.

Así pues, de acuerdo con Carlos S. Nino, las normas son derecho y por lo tanto se constituyen en razones para la acción como diría Raz, si éstas han sido creadas a través de un procedimiento democrático, porque es la democracia, a través de la construcción de conceptos y de prescripciones la que dota de moralidad, valor o juridicidad al derecho.

La validez de las normas no surge de ellas mismas, sino del procedimiento democrático de creación. Además, las normas se conocen para el autor primero porque los hechos que suponen la emisión de las mismas, por la obediencia que se les debe y el control de la coacción de quienes las emiten. Al igual que Raz,

⁹⁴ Cfr. Nino, Carlos S. *El constructivismo...Op. Cit.*, p. 115.

⁹⁵ *Íbidem*, p. 133.

estas realidades fácticas son las que nos permiten identificar a las normas jurídicas. Contrario a lo que sostendría por ejemplo Hans Kelsen, la validez de la norma no se puede desprender de otra norma, porque el deber ser de aplicar la norma en cuestión derivaría del hecho de que podemos identificar a la otra norma, lo que se constituye en una imposibilidad, pues se derivaría el deber ser (la norma) de un hecho (identificar a la norma como válida)⁹⁶.

Para Nino, ya sea que se utilice un lenguaje descriptivo o normativo, el derecho tiene necesariamente conexión con la moral, aunque siempre habrá que hacer referencia a quien formule el derecho, pues ese dato es clave para poder predicar la validez del mismo. El profesor argentino lo dice de la siguiente manera,

“...cualquiera que sea el concepto de derecho que se usa hay una relación conceptual estrecha entre derecho y justicia. Si se emplea un concepto normativo de derecho las normas jurídicas son juicios que derivan de principios morales válidos que dan legitimidad a ciertas autoridades y de juicios descriptivos de lo que esas autoridades han resuelto. En este sentido las normas jurídicas son subclase de juicios morales que se distinguen por el tipo especial de principios morales y de juicios descriptivos de derecho, las normas jurídicas consisten en el *hecho* de que la formulación es llevada a cabo con la intención de que ella misma incida en las razones del destinatario para realizar la conducta a que el juicio hace referencia; o sea que aun en el empleo de un concepto descriptivo de derecho, hay una referencia indirecta a juicios morales o de justicia, aunque, a diferencia de la que está implícita en el concepto normativo de derecho, esa referencia no involucra un compromiso con la validez de tales juicios sino con el mero hecho de que alguien los formule”⁹⁷.

Los principios morales a los que Nino hace referencia son los que dan legitimidad a la autoridad que promulga el derecho, por lo que haciéndolo ésta a través de un

⁹⁶ Cfr. Nino, Carlos S. *Derecho, Moral y Política I*. Buenos Aires, Gedisa, 2007, p. 196.

⁹⁷ *Íbidem*, p. 171.

proceso democrático, la norma es válida, verdaderamente jurídica y por lo tanto obligatoria, buscando incidir en la conducta del destinatario. El derecho es auténtico si lo formula quien debe formularlo a través del procedimiento adecuado para tal efecto. El problema es que no se cuestionan los criterios morales que otorgan legitimidad a la autoridad, ni el contenido de las normas, por lo que observamos que Nino llega a una visión parcial de la conexión entre derecho y moral. Si bien identifica una realidad a la que podemos catalogar como “verdadero derecho”, se queda corto en los alcances que la misma tiene y los requisitos de contenido con los que debería de cumplir⁹⁸.

2.2 Escuela del positivismo incluyente

La escuela o corriente del positivismo incluyente tiene como trasfondo el debate entre el positivismo de H.L.A Hart y el no-positivismo de Ronald Dworkin. El primero, como ya se vio, sostiene una aproximación exclusivamente normativista al derecho, comprendiendo como tal las reglas. Sin embargo, Dworkin considera que existen además principios, y que estos son los que otorgan una dimensión de peso e importancia a lo jurídico. El positivismo no reconoce a los principios porque éste sólo reconoce la existencia de una obligación jurídica cuando hay una práctica y respaldo social, tal como enfáticamente lo sostiene Raz⁹⁹.

Con el fin de conciliar las dos posturas, juristas como Soper y Lyons comenzaron a hablar del positivismo jurídico incluyente, que se constituye de esta manera en un intento de hacer compatibles los principios jurídicos y la incorporación de valores al derecho, con los postulados del positivismo. Juan Bautista Etcheverry

⁹⁸ Esta línea de pensamiento contrasta con Kelsen, quien sostiene que para que se pueda dar la democracia se tienen que satisfacer los requisitos de que esta sea relativa y escéptica. Cualquier decisión tomada por la mayoría debe ser respetada y es obligatoria, independientemente de su corrección o no. Esta postura se equipara a los postulados del relativismo filosófico. Kelsen, por lo tanto, es enfático al establecer la intrínseca relatividad y escepticismo que debe caracterizar a la democracia. Nino, como pudo observarse, tiene otra visión sobre la misma. Cfr. Kelsen, Hans. *¿Qué es justicia?* México, Editorial Ariel, 1992.

⁹⁹ Cfr. Bautista Etcheverry, Juan. *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente; Un estado de la cuestión.* México, IJ-UNAM, 2006, pp. 13-15.

de manera clara, al describir al positivismo jurídico incluyente, reconoce que para las posturas positivistas, la atención a requerimientos morales es un asunto contingente, relativo a hechos sociales que se incorporan a la norma de reconocimiento¹⁰⁰. El positivismo incluyente acepta la inclusión de principios morales al derecho, sin abandonar las tesis positivistas.

Para el positivismo incluyente, la moral política, utilizada para evaluar, criticar y justificar las leyes es el criterio para determinar lo que es derecho válido. Así, Juan Bautista Etcheverry sostiene de la siguiente manera la tesis de la compatibilidad entre los postulados positivistas y el principialismo de Dworkin:

“Lo que distingue al ILP (Inclusive Legal Positivism) de otras versiones del positivismo jurídico es su afirmación de que los estándares de moral política, es decir, la moral que usamos para evaluar, justificar y criticar las instituciones sociales, sus productos y sus actividades –como pueden ser las leyes-, pueden y son los que determinan la existencia, el contenido y el significado del derecho válido”¹⁰¹.

De esta manera, la corriente del positivismo incluyente es una versión del positivismo jurídico hartiano que busca responder a los ataques de Dworkin, y buscando que exista una compatibilidad entre ambas teorías; entre la norma o regla y los principios que deben ilustrar al ordenamiento jurídico¹⁰². Para describir las mismas, recurriremos a los postulados de autores representantes de la corriente, tales como William Waluchow, Jules Coleman y Owen Fiss.

a) William Waluchow

William Waluchow es profesor en la universidad de McMaster y fue discípulo de Hart en Oxford. Cree de manera clara que el positivismo no está necesariamente en desacuerdo con postulados morales, sino que existe una íntima conexión entre

¹⁰⁰ Cfr. *Íbidem*, p. 100.

¹⁰¹ *Íbidem*, p. 99.

¹⁰² Cfr. *Íbidem*, p. 9.

ambos en una diversidad de formas distintas¹⁰³. Reconoce que, sin embargo, para la teoría excluyente, estos postulados no forman parte del derecho por lo que no cuentan para determinar la validez del derecho y su autenticidad en un momento determinado¹⁰⁴.

Pero él rechaza el positivismo excluyente, por lo que sostiene de manera enfática que,

“De acuerdo con los positivistas incluyentes, los cuestionamientos constitucionales de la validez basados en normas de moral política ilustran que la validez jurídica puede depender, y a veces efectivamente depende, de su conformidad con tales normas, socavando así la tesis del positivismo excluyente de que solo las fuentes pueden determinar el contenido del derecho [ley o jurisprudencia]”¹⁰⁵.

La moral que ilustra a las normas jurídicas para que las mismas sean válidas es la moral política, cuyo contenido no siempre es claro, pero que se identifica con las creencias sociales que sirven para comprender la sociedad en un momento dado, y que encuentran su base en la Constitución. Son ciertos hechos que deben tomarse en cuenta para la formación del derecho, porque “...los sistemas jurídicos normalmente advierten que siempre hay factores contrapuestos en juego, y que ignorarlos puede dejarnos vulnerables a los riesgos del formalismo”¹⁰⁶.

El reto del positivismo incluyente para Waluchow es reducir la brecha entre la validez meramente formal, y la moral y aceptabilidad racional del contenido normativo, tomando en cuenta los factores sociales en juego. Así, no cualquier norma formalmente válida sería derecho, sino que de alguna manera debe tomar en cuenta la concordancia de la misma con la moral política o constitucional

¹⁰³ Cfr. Waluchow W.J, “Validez, moral y la función de guía del derecho”, en Kramer, Matthew H., *et. al.* (Compiladores). *El legado de H.L.A Hart; Filosofía jurídica, política y moral*. Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 127.

¹⁰⁴ Cfr. *Íbidem*, p. 130.

¹⁰⁵ *Íbidem*, p. 131.

¹⁰⁶ *Íbidem*, p. 136.

imperante, pues el derecho no puede perder la capacidad para guiar las acciones de sus destinatarios¹⁰⁷.

Si se detecta desde la óptica del positivismo jurídico (ya sea excluyente o incluyente) una discordancia entre una norma y una determinada moral tiene efectos. El positivista excluyente podría inaplicar la norma y crear un estado de derecho distinto. El incluyente dirá que el juez descubrió una ausencia preexistente de validez jurídica¹⁰⁸. Waluchow lo expresa de la siguiente manera:

“Supóngase que se puede argumentar razonablemente que una ley que me resulta aplicable en cierto caso de hecho contradice una norma moral controvertible que se halla en la constitución o en una carta de derechos. En la versión excluyente el juez debe considerar si debe invalidar la ley cuando ella se aplica a mi caso. Si, a su juicio, la ley viola la norma moral, debe ejercitar su poder para anularla, para declarar que ella deja de ser válida. En la explicación incluyente, en cambio, el juez debe considerar, no si debería invalidar la ley, sino si ésta ya es inválida debido a un conflicto con la norma moral superior”¹⁰⁹.

La validez de la norma se comprende entonces desde el momento de su creación. Si tiene un contenido acorde con la moral política, es entonces válida. Si no, de inicio es inválida, al contrario que para el positivismo excluyente quien considerará que la norma es válida a menos que en el momento de aplicación de la misma se determine que no genere la obligación que prescribe.

La postura de Waluchow sobre el derecho es acorde con la tesis de la consistencia o la compatibilidad entre los presupuestos morales y la validez de las normas jurídicas. Uno debe ser, de acuerdo con él, sumamente cuidadoso al caracterizar el positivismo. El mismo, en su versión incluyente o débil, asume que hay ciertos elementos morales que deben tomarse en cuenta para poder hablar de

¹⁰⁷ Cfr. *Íbidem*, pp. 137-138.

¹⁰⁸ Cfr. *Íbidem*, p. 138.

¹⁰⁹ *Íbidem*, p. 139.

“verdadero derecho”, pero sin caer en los postulados del iusnaturalismo. El positivismo excluyente no se sostiene, pero no hay que abandonar las tesis del mismo del todo, sino permitir la entrada de elementos que nos ayuden a calificar la validez y autenticidad de las normas cualquiera que su contenido pueda ser. Reclama Waluchow que por estas razones, su aproximación a la experiencia jurídica desde el positivismo incluyente sea observada y tomada en cuenta¹¹⁰.

En resumidas cuentas, para Waluchow el derecho no puede reducirse únicamente a su carácter positivo por los riesgos que esto acarrearía, por lo que lo auténticamente jurídico deberá aceptar elementos externos que lo doten de tal carácter, siendo verdadero derecho el que es coherente con la moral positiva, es decir, con las creencias generalizadas en la sociedad sobre lo que es correcto, basándose, al igual que Nino en un intersubjetivismo moral.

b) Jules Coleman

El profesor norteamericano Jules Coleman es otro importante representante de la corriente del positivismo incluyente. Su tesis sobre la objetividad mínima o modesta a la que se debe recurrir para el conocimiento de lo jurídico es muy relevante para la comprensión de los postulados sobre lo auténticamente jurídico. Pero antes de explicarla hay que hacer algunas precisiones.

Específicamente Coleman hace una distinción *a priori* entre el positivismo negativo y el positivismo positivo. El primero puede equipararse con el positivismo excluyente donde, por ningún motivo, puede aceptarse la posibilidad de que para su validez o efectividad se recurra a algún principio moral. El criterio para determinar lo que sí es derecho es la regla de reconocimiento, que no permite que el mismo sea controvertido¹¹¹.

¹¹⁰ Cfr. Waluchow, W. “Herculean Positivism”, *Oxford Journal of Legal Studies*, 5, núm. 2, 1984, p. 210.

¹¹¹ Cfr. Coleman, Jules, “Negative and Positive Positivism”, *Law Journal of Legal Studies*, 11, núm. 1, 1982, pp. 143 y 163. Juan Bautista Etcheverry lo describe de la siguiente manera: “...el positivismo jurídico [en su vertiente negativa] es aceptable sólo con que podamos imaginarnos un

Por su parte, el “positivismo positivo” admite la tesis de que el derecho es, de suyo, controvertido, lo que significa que puede recurrirse a los principios jurídicos para resolver disputas o determinar aquello que sí tiene carácter de “jurídico”. Sin embargo, esto demuestra, para el “positivista positivo” o incluyente, que el derecho es esencialmente convencional, pues son los actores sociales los que determinan su contenido y adecuación a los criterios de juridicidad, sin caer de esta manera en la discrecionalidad, ya que deberán estar influidos por los principios jurídicos¹¹².

El positivismo positivo puede, por un lado, basarse en hechos duros, es decir, aquellos no controvertidos como fundamento de juridicidad, pero esto rechazaría el principialismo de Dworkin por lo que no es idóneo, porque el derecho es intrínsecamente controvertido, o puede basarse también en una regla social, donde los agentes sociales promueven la convención, y aceptan los principios como reglas para actuar y determinar la juridicidad¹¹³.

De aquí se deriva la necesidad de reconocer que el derecho debe de atender a la objetividad como criterio para identificar su validez, pero que esta no puede ser una objetividad fuerte que rechace la posibilidad de consenso, ni tampoco “mínima”, que permita por lo tanto, recurrir a fuentes sociales basadas en la convención para reconocer lo que es derecho.

Para una objetividad “fuerte”, el objeto, sentido u objetivo de un enunciado nunca depende de quien lo interpreta, mientras que la objetividad “mínima” nos muestra que lo que parece correcto para la mayoría, determina lo que es correcto en un momento dado. La opinión o consideraciones de la mayoría, se constituyen en el objeto al que hay que atender para reconocer la validez y corrección de una norma¹¹⁴.

sistema jurídico que no tenga en principio moral como condición de validez jurídica”. Bautista Etcheverry, Juan. *El debate...Op. Cit.*, p. 145.

¹¹² Cfr. Cfr. Coleman, Jules, “Negative and Positive...Op. Cit.”, pp. 172-163.

¹¹³ Cfr. *Íbid.*

¹¹⁴ Cfr. *Íbidem*, pp. 155-156.

Pero entre una objetividad fuerte que no permite interpretación y una mínima que se basa únicamente en las consideraciones de una mayoría, Coleman propone una “objetividad modesta”. Si bien para ésta es muy importante la opinión de la mayoría, debe de estar fundamentada en condiciones epistémicas ideales, que den marco a las creencias de la mayoría, y reconozca que deben ser coherentes entre ellas, así como estar apoyadas en principios. Esta es una aportación interesante, pues reconoce Coleman que no cualquier convención a la que llegue la mayoría es valiosa, pero que deben ser tomadas en cuenta aquellas que se dieron en condiciones tales que puedan ser consideradas. Estas condiciones pueden ser, por ejemplo, aquellas que se hayan dado en contextos democráticos como sostendría también Nino. El problema que incluso Coleman reconoce es que debe determinarse cuáles son las “condiciones epistémicas ideales” en que debe darse el consenso de la mayoría. Este es un reto que debe asumir la práctica jurídica¹¹⁵.

Al fin y al cabo Coleman es consciente de que la corriente del positivismo jurídico incluyente sostiene que no hay inconsistencia entre los elementos centrales del positivismo y la existencia de criterios morales de legalidad. Por un lado puede reconocerse que tanto la legitimidad de la autoridad que crea el derecho como el hecho de que el mismo consiste en crear razones para el actuar a través de obligaciones y derechos suponen una conexión con la moral, pero no puede decirse que el deber o derecho que se crea en una norma en específico y para una situación determinada sea un argumento moral, sino eminentemente “positivo”¹¹⁶.

El positivismo jurídico incluyente comparte con el excluyente un compromiso hacia la convencionalidad como criterio de legalidad. Éste está basado en hechos

¹¹⁵ Cfr. Coleman, J. y Leiter, B., “Determinacy, Objectivity and Authority”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 142, 1993, p. 637. Aldo Schiavello reconoce también la dificultad de definir qué es la “objetividad modesta” pero, aun cuando él tampoco lo ha logrado de manera absoluta, es optimista al decir que no es imposible. Cfr. Schiavello, Aldo, “Modest objectivity ed interpretazione del diritto”, *Comunicazione: convegno “VII Colloquio internazionale italo-spagnolo su Il Ragionamento giuridico”*, Trapani, 22-23, septiembre de 2000, p. 55.

¹¹⁶ Cfr. Coleman, Jules. *The practice of principle; In defence of a pragmatist approach to legal theory*. New York, Oxford University Press, 2003, p. 67 y 72.

sociales y no en argumentos morales. El positivismo incluyente permite sólo que en algunas ocasiones la moralidad de una norma cuente como condición de su legalidad, sin dejar claro en qué ocasiones esto es permitido y en cuáles no¹¹⁷.

De cualquier modo, aun cuando el criterio para determinar la juridicidad de una norma depende en una norma social o convencional, principalmente la norma de reconocimiento, si ésta contempla el hecho de que la moralidad es una condición para la legalidad, entonces la moral es, sin duda, una condición para la legalidad en el sistema que así lo contempla. En caso contrario, los criterios de moralidad no serían aplicables. En pocas palabras, el positivismo jurídico incluyente abre la posibilidad de que sean considerados principios morales a fin de determinar la juridicidad de las normas, pero no es un hecho necesario¹¹⁸.

Y no lo es porque no se abandona la creencia de que las razones para el actuar que contemplan las normas, siguiendo a la regla de reconocimiento, tienen un contenido que es independiente de cualquier razón moral. En otras palabras, las normas pueden prescribir cualquier contenido, vaya o no acorde con parámetros de tipo moral. Además, Coleman sostiene que para calificar como “derecho”, las normas no tienen necesariamente que ser capaces de guiar la conducta, al menos desde un punto de vista conceptual¹¹⁹. Así, los criterios de juridicidad de las normas siguen recayendo en el ámbito formal.

La puerta se abre para poder ir más allá de lo formal, sólo acudiendo al principio de racionalidad social. Es decir, que el contenido vaya acorde con las preferencias de las personas que forman parte del grupo social que se regula, independientemente de qué preferencias se trate, o de cómo se puedan identificar claramente¹²⁰. El positivismo incluyente de Coleman, por lo tanto, falla al dar respuesta a estas interrogantes.

¹¹⁷ Cfr. *Íbidem*, p. 107.

¹¹⁸ Cfr. *Íbidem*, p. 108.

¹¹⁹ Cfr. *Íbidem*, pp. 120 y 133.

¹²⁰ Cfr. Coleman, Jules L. *Riesgos y daños*. Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 39.

En Coleman también hay preocupación por la verdad en el derecho, o lo que realmente es derecho, manifestado en la detección de la fuente consensual que pueda determinar lo que es correcto entre lo controvertido, es decir, lo que es jurídico y digno de protección. La sola opinión de una mayoría no basta para calificar de jurídico un contenido normativo; ésta debe darse en condiciones ideales. Falta definir cuáles son estas condiciones ideales, y si verdaderamente pueden catalogarse como una fuente de objetividad.

c) Owen Fiss

Interesante es también el pensamiento del profesor Owen Fiss de la Universidad de Yale. Para él, el derecho es una idea que busca alcanzar valores públicos a través de un proceso racional. Sin embargo, el procedimiento “racional” necesario para alcanzar estos fines, no es perfecto, pues no puede prevenir la manipulación que ciertas partes involucradas hagan para lograr sólo sus intereses. Como cualquier institución humana, el derecho es imperfecto. Para este autor, se debe recurrir, en específico a través del procedimiento de adjudicación, a buscar la sabiduría colectiva que será la base para dar contenido concreto a los valores constitucionales, y a las respuestas que deban darse a los casos concretos¹²¹.

El derecho, como una expresión de la razón pública que provee de estructura a la vida en sociedad y que hace posible y real el orden constitucional¹²², se fundamenta principalmente en los intereses generales o colectivos del grupo al que regula. Por supuesto, debemos tener muy en cuenta la existencia de una constitución como documento fundante del ordenamiento jurídico, que contempla la existencia de valores que son muy relevantes para el ejercicio del derecho y para entender lo que el mismo es, tales como la libertad, la equidad, la propiedad o la seguridad¹²³. Pero a estos principios hay que dotarlos de contenido, y por eso debe recurrirse a esta sabiduría colectiva; a los intereses que posee la

¹²¹ Cfr. Fiss, Owen, “*Bush v. Gore and the Question of Legitimacy*”, en *The Law as it could be*. New York University Press, 2003, p. 242-3.

¹²² Cfr. Fiss, Owen. *The Law as it could be*. New York University Press, 2003, pp. ix y xiii.

¹²³ Cfr. *Íbidem*, p. 2.

sociedad en su conjunto, para determinar qué sí es derecho y qué no, es decir, para identificar lo auténticamente jurídico.

Las similitudes con el pensamiento de Coleman son muy claras, y en general con el positivismo incluyente. El derecho es el que se encuentra en el ordenamiento jurídico, en normas tanto legislativas como jurisdiccionales, pero sin un contenido concreto, más bien, debe de recurrirse a lo que le interesa a una sociedad a través del consenso en un momento determinado para poder justificar como jurídico un contenido normativo específico, procurando trascender los intereses particulares de un individuo o grupo, ya que basarse sólo en estos acarrea una imperfección en el ordenamiento en general, o más bien, a una manipulación del mismo.

Queda claro, pues, que para Fiss el derecho es un orden que tiende a la perfección, aun siendo imposible alcanzarla, sólo si toma en cuenta intereses colectivos, por lo que puede haber derecho inauténtico si sólo se atiende a criterios individuales. Es por eso que, para el autor, permitir que la pasión juegue un rol importante en el proceso de decisión es inconsistente con los fines propios de lo jurídico: la imparcialidad y la obligación de justificar las decisiones concretas a través de razones que sean aceptadas por la profesión y por el público¹²⁴.

Como puede verse, el verdadero y auténtico derecho es, para Fiss, aquel que se fundamenta en una razón que es congruente, no con la pasión o el interés de un individuo particular o grupo, sino con el de la sociedad en general como ente colectivo, y por lo tanto pretende ser imparcial. No cualquier contenido es aceptado como jurídico, sino sólo aquel que cumpla con estas condiciones, que se deriven de un proceso de justificación por parte del operador jurídico, particularmente del juez.

El marco para que se dé esto debe ser el de la verdadera democracia, es decir, aquella donde se satisfagan condiciones de igualdad entre sus miembros¹²⁵. Sólo

¹²⁴ Cfr. *Íbidem*, p. 220.

¹²⁵ Cfr. Fiss, Owen M. *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona, Gedisa, 1999, p. 24.

en un marco de auténtica igualdad se puede comprender qué es el auténtico derecho, que no será pura forma, sino que es un orden que tiene que procurar la realización de ciertos valores, que a su vez deberán estar de acuerdo con los intereses generales de una sociedad en particular. Lo que no queda claro es si este contenido tiene pretensiones de universalidad, o si hay otros parámetros que nos puedan ayudar a juzgar el contenido axiológico del derecho como bueno o malo, más allá de la mera adecuación a un fenómeno sociológico.

Si bien Fiss está interesado por el problema de la verdad en el derecho, este interés es indirecto, pues no se centra en averiguar qué es el derecho en términos de verdad, sino en dilucidar quién establece el derecho verdadero, y los procedimientos y fuentes que este ente usa, ya sea el legislador al crear leyes o, sobre todo, el juez al resolver casos y dictar sentencias.

Con esto hemos dado somera cuenta de las principales aportaciones que el “positivismo incluyente” hace a la teoría del derecho, y sobre todo a la comprensión de lo que el derecho “es”. Debemos ahora dar otro paso preliminar y analizar las aportaciones de corrientes que se consideran a sí mismas como “no-positivistas”.

2.3 Escuelas no positivistas

a) Ronald Dworkin

Probablemente Ronald Dworkin sea de los principales autores contemporáneos que sostiene una concepción del derecho desde una perspectiva “no-positivista”, es decir, donde la positivación de una norma no es el criterio determinante para considerarla como jurídica, sino que de una manera clara la misma debe de cumplir con ciertos requisitos materiales. Para este filósofo del derecho, el derecho está por lo tanto íntimamente ligado a la moral, y sostiene enfáticamente que los juicios morales son susceptibles de ser conocidos como verdaderos o falsos.

Los juicios éticos afirman lo que la gente debería hacer para vivir bien, a lo que debería aspirar y alcanzar en su vida, en coordinación con otros. Si estos ideales se concretan en el plano moral, se diría que un juicio de este tipo plantea una afirmación de cómo la gente debe tratar a otra gente, con lo que se llega al reconocimiento de un principio práctico. Sólo si el trato al otro considerado como igual respeta su dignidad estaremos en presencia de juicios morales verdaderos y, en último término, de normas jurídicas auténticas, ya que, para Dworkin, “[l]a pregunta vital no es si los juicios morales o éticos pueden ser verdaderos, sino cuáles lo son”¹²⁶.

Con esta afirmación, este autor deja claro el hecho de que los esfuerzos intelectuales del intérprete no deben estar encaminados a dilucidar si los juicios morales, es decir, aquellos que prescriben una conducta como “buena”, son o no verdaderos, sino que da por sentado que pueden serlo. De esta manera, el trabajo que se debe realizar es el de analizar en el caso concreto cuáles de estos juicios sí son verdaderos y cuáles no. Lo mismo debe hacerse con el derecho. Pero lo que hace que un argumento moral sea adecuado o no, es que exista otro argumento moral en favor de su adecuación¹²⁷. Por lo pronto con esta respuesta no queda claro, en el pensamiento de Dworkin cuál sería el punto final o el fundamento último para determinar la verdad o falsedad de un juicio moral, ocurriendo lo mismo con las normas jurídicas. Si el fundamento o la base para sostenerlo es otro juicio moral, la cadena sucesiva de juicios morales debería llevar a algún punto de partida.

Parece que poco después, en su libro *Justicia para erizos*, da una respuesta a esta interrogante, sosteniendo que es la gente o la sociedad quien debe decidir qué es verdad, justificando la convicción en un marco de diversidad¹²⁸. Puede interpretarse que sólo los valores que acepten de manera consistente todos los miembros de la sociedad, serán los que otorgarán un marco “verdadero” a los

¹²⁶ Dworkin, Ronald. *Justicia para erizos*. México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p.44.

¹²⁷ Cfr. *Íbidem*, p. 57.

¹²⁸ Cfr. *Íbidem*, p. 69.

juicios morales, por lo que será la aceptación de la mayoría y no la objetividad propia del valor o de la práctica la que se configurará como criterio de veracidad.

Sin embargo, desarrolla Dworkin de una manera más detallada este punto al enfatizar que para ello se requiere una epistemología general integrada, haciendo supuestos sobre lo que es verdadero para testar las teorías sobre el modo de predicarlo. Las bases para conocer lo que es moral o lo que es auténticamente jurídico no puede residir en convicciones concretas o particulares, en deseos o intereses, sino en la aceptación general de una “verdad”, porque la misma beneficia a todos de alguna manera y no sólo a unos pocos, aun cuando la misma no sea agradable en el caso particular¹²⁹.

Por este motivo, si las razones para aceptar una afirmación son buenas, por ser congruentes con el interés general de la sociedad, se debe estimar que se está en contacto con la verdad del asunto, y con el hecho de que esta verdad no es un accidente, sino una cuestión esencial¹³⁰. Dworkin encuentra entonces una referencia a la verdad objetiva de juicios morales y jurídicos a través del análisis de la comunicabilidad de los valores en el marco social.

Es por eso que enfáticamente sostiene el profesor de la Universidad de Oxford que “[c]uando un juicio de valor es verdadero, debe haber una *razón* por la cual lo es. No puede ser *solo* verdadero”¹³¹. A diferencia de las ciencias duras o empíricas, en las ciencias prácticas y el mundo del valor, a reconocer la verdad de un asunto no se llega por evidencia, sino por alegación, es decir, a través de la discusión y análisis de ciertas posturas con una finalidad clara: la de individualizar el caso de manera crítica, atribuirle al mismo un paquete de propósitos o fines y el de buscar la realización de dicho paquete de propósitos¹³². Esto proporcionará el sustento objetivo y la garantía para sostener que un juicio de valor es verdadero, por lo que se constituirá en la razón de ser del mismo, hecho que no puede

¹²⁹ Cfr. *Íbidem*, p. 110.

¹³⁰ Cfr. *Íbidem*, p. 129.

¹³¹ *Íbidem*, p. 147.

¹³² Cfr. *Íbidem*, pp. 150 y 167.

dejarse sólo a los vaivenes de la voluntad, sino que debe recurrir de manera firme a la identificación de las razones de su existencia.

Los principios son las razones que hacen que una norma sea válida y, por lo tanto, jurídica, y su fundamentación no sólo en la comunicabilidad de los mismos, sino en la identificación de sus fines con la intención de aplicarlos a un caso concreto, es un indicador de su objetividad y de que se puede acudir a ellos para juzgar la verdad o falsedad de una norma. Por supuesto, la mera inclusión del enunciado al ordenamiento positivo no es jamás suficiente para dotar de carácter jurídico a una prescripción. Recordemos, esto es precisamente la crisis del positivismo.

Los principios encuentran el campo más fértil de aplicación en los llamados “casos difíciles”, que son aquellos que no se resuelven con una regla que se aplica en la forma de “todo o nada”, sino que requieren un proceso de análisis más profundo que dote de contenido a las decisiones que se puedan llegar a tomar. Es por ello que no puede recurrirse a los intereses de una mayoría “democrática” para resolverlos, sino a los principios, que tomarán en cuenta que no cualquier contenido es válido, y que la búsqueda de la “mejor solución” apegada a la verdad es el objetivo del operador jurídico¹³³.

Parecería que esta última afirmación se contradice con lo que se sostenía previamente acerca de que es una mayoría democrática la que determina lo que es derecho. Pero el pensamiento dworkiniano no es consensualista. Si bien el marco de acción de lo jurídico se da en el contexto de coexistencia humana donde se muestra la comunicabilidad de las decisiones tomadas, no es el consenso en sí mismo quien fundamenta lo jurídico. Esto porque la democracia debe cumplir con requisitos de igualdad, equidad, justicia y sobre todo integridad. Que sea íntegra significa que en la misma deben regir ciertos principios consistentes que ayuden a comprender lo humano en el marco de la personificación social. Por eso no cualquier respuesta a un problema jurídico es derecho, sino que debe ir acorde

¹³³ Cfr. Dworkin, Ronald, “Hard Cases”, en *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975), *passim*.

con las exigencias propias de la integridad y los principios basados en la realidad¹³⁴.

Dworkin es claro al considerar que no sólo se requiere que los principios ilustren como razón práctica la solución de casos difíciles, sino que deben ser también un criterio en el que se sustente la acción legislativa, pues le impone a estos órganos la responsabilidad y el deber de perseguir en la creación de leyes, tanto los derechos individuales como los fines colectivos que definen el bienestar social y que, en conjunto, conducen a la obtención de un “derecho verdadero”¹³⁵.

No puede comprenderse realmente la obligación jurídica, que es el efecto más importante del “derecho verdadero” sin dar razón de la importancia de los principios, pues las soluciones justas que se deriven de la interpretación de los mismos serán tales sólo si el contenido que aportan estos es tomado en cuenta y por lo tanto encaminado a obtener resultados auténticamente jurídicos, que serán aquellos que puedan ser comunicables entre los miembros de la sociedad¹³⁶.

Por lo anterior, puede concluirse que para Dworkin, los juicios de valor y las normas jurídicas pueden ser susceptibles de verdad, y que se llega a la misma a través de los principios, comunicables entre la sociedad, y con ciertos fines que deben ser realizados en la práctica. El derecho puede ser perverso, y este es el que carece de una justificación válida para poder ser realmente obligatorio¹³⁷. Solo puede ser considerado como jurídico, por lo tanto, aquella realidad normativa justificada en la integridad y descubierta a través de un proceso de interpretación que se fundamente en principios que sirvan como directrices al actuar humano y que sean comunicables entre los integrantes de una sociedad en específico y de toda la humanidad, es decir, que atiendan a los intereses de todos ellos, y estos reconozcan la obligatoriedad del precepto basados en su propia condición.

¹³⁴ Cfr. Calsamiglia, Albert, “El derecho como integridad: Dworkin”, Working Paper n. 25, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 1990, *passim*.

¹³⁵ Cfr. Dworkin, Ronald, “Hard... *Op. Cit.*”, p. 1085.

¹³⁶ Cfr. Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Editorial Ariel, 2014, p. 80.

¹³⁷ Cfr. Dworkin, Ronald. *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa 1992, p. 82.

b) Robert Alexy

Para el jurista alemán Robert Alexy, el debate en torno al concepto del derecho es un debate acerca de lo que el derecho es¹³⁸, siendo enfático en que una buena teoría del derecho debe tomar en cuenta tres elementos que pertenecen a la naturaleza completa del mismo: el de la legalidad conforme al ordenamiento, el de la eficacia social y el de la corrección de contenido. Sólo concibiendo estos tres aspectos puede comprenderse al derecho como tal y, en particular, a lo verdaderamente jurídico. Así como las teorías positivistas son incompletas por sólo recurrir al elemento de la legalidad formal y de la eficacia social, es igualmente irrelevante sostener que sólo el elemento de la corrección moral es importante. Los tres elementos deben integrar la concepción de lo que verdaderamente es derecho¹³⁹. Esta es la tesis para comprender la teoría de Alexy.

Hay que tomar en cuenta además que el derecho puede ser visto ya sea desde el punto de vista del observador o del participante. Esta distinción que ya había sido introducida por otros autores como Hart¹⁴⁰, es fundamental para descubrir la visión que Alexy tiene sobre el derecho, en específico su enfoque no-positivista. Así, el observador del derecho se cuestiona, desde fuera, cómo se resuelven los problemas de acuerdo con las normas de un ordenamiento dado. La función del mismo es meramente descriptiva, esto es, preguntarle a la norma qué contempla, cómo lo resuelve y si la solución dada a un determinado problema realmente se cumple, esto es, si es socialmente eficaz¹⁴¹.

¹³⁸ Cfr. Alexy, Robert. *The Argument from Injustice; A reply to Legal Positivism*, New York, Clarendon Press-Oxford, 2002, p. 5.

¹³⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 13 y Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2004, p. 21.

¹⁴⁰ Al hablar de la "regla de reconocimiento" Hart distingue entre quien concibe al derecho desde el punto de vista interno, y por lo tanto está obligado frente al mismo, y quien lo conoce desde el punto de vista externo. Cfr. Hart, H.L.A. *El concepto...Op. Cit.*, p. 128.

¹⁴¹ Cfr. Alexy, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2008, p. 96.

Al observador externo del derecho no le interesa nada más. Sin embargo al menos por el momento habría que poner en tela de juicio el hecho de que realmente podamos ser observadores de lo jurídico, despojándonos de nuestro papel de participantes. Sólo en este caso se sostiene la posibilidad o idoneidad de cuestionarnos únicamente por el “qué” de la norma, y no por su finalidad o su corrección.

La observación de Alexy se completa en el momento de reconocer que sobre todo hay que acudir al punto de vista del participante del derecho, es decir, de aquel que no sólo describe lo que ocurre en el ordenamiento o lo que contemplan las normas, sino que aparte es un sujeto o destinatario normativo y, por lo tanto, se encuentra obligado a cumplir con estas disposiciones. Comprendiéndonos como participantes estaremos al pendiente de que la respuesta que otorga la norma a un hecho en específico sea correcta, y no aceptaremos cualquier contenido jurídico como auténtico sólo por ser emitido por la autoridad o porque realmente se cumpla¹⁴².

Ante esto, el profesor Alexy distingue entre dos posibles visiones sobre lo jurídico: una restrictiva y otra comprensiva. La primera se conforma con entender al derecho únicamente como aquello que ha sido expedido por una autoridad y avalado por el cumplimiento social o eficacia, que en general se logrará por la sanción. Esta es la perspectiva positivista del derecho, que no se cuestiona por la validez del contenido normativo. La visión comprensiva justamente tendrá que acudir a cuestionarse por la corrección del derecho, que dependerá de la corrección moral, con lo que se confirma una conexión del derecho con la moral. Sólo como participantes podemos abarcar y buscar una definición auténtica de lo jurídico, que definitivamente debe contemplar el ámbito de la corrección moral; de lo bueno y de lo malo¹⁴³.

¹⁴² Cfr. *Íbid.*

¹⁴³ Cfr. *Íbid.*

Por supuesto, Alexy no olvida que el derecho es coercitivo, es decir, debe contar con el elemento autoritativo y el de la sanción. El elemento formal en lo jurídico es esencial, pero quedarse en este aspecto es limitado y no puede equipararse con una visión completa del mismo. La relación entre el derecho y la moral se manifiesta en el hecho de que el ordenamiento jurídico no puede atentar contra sus propios fines, por ejemplo, decir que él mismo es injusto. Esto sería caer, en términos del autor, en una contradicción performativa. Por otro lado, detecta la necesidad de que existan razones morales para llegar a soluciones auténticamente jurídicas, cuando se agoten aquellas que contempla el ordenamiento positivo como tal. Pero sobre todo la pretensión de corrección eleva una dimensión ideal en el derecho que contrasta con la autoritativa, porque "...la falta de corrección moral implica la falta de corrección jurídica"¹⁴⁴.

Estas razones más profundas que deben ilustrar al derecho, más allá de su sola manifestación positiva se comprenden solo desde la óptica de la validez moral. Para esto se requiere que no sólo se diga "moral", sino que esté efectivamente justificado a través de criterios racionales, que impliquen la corrección del contenido. Esta labor es primordialmente del operador jurídico que es aparte un participante en el marco del derecho, y quien debe tomar en cuenta esta validez moral junto con la validez sociológica y legal para tener una visión completa de lo jurídico¹⁴⁵.

El derecho, por lo tanto, cuenta con una doble naturaleza, por un lado la coercitivo autoritativa y por el otro la de la corrección. Sólo uniendo ambas habrá para Alexy una comprensión auténtica del derecho. Fácil es describir el elemento autoritativo, porque se habla de lo que se ve, sin juzgar críticamente su idoneidad. Como participantes nos damos cuenta que es necesario hacerlo, y por eso requerimos de razones que determinen no sólo la existencia de la norma, sino la validez material de su contenido. Esas afirmaciones a su vez deben estar justificadas racionalmente. En este punto sería válido preguntarnos por cuáles serían estas

¹⁴⁴ *Íbidem*, p. 94.

¹⁴⁵ Cfr. Alexy, Robert. *The Argument...Op. Cit.*, p. 87.

razones. Alexy contesta que son los derechos fundamentales incluidos en el ordenamiento, pues los mismos sirven como criterios para juzgar la validez del mismo¹⁴⁶.

En Alexy comienza a comprenderse entonces que el respeto a la dignidad humana, en forma de derecho y por lo tanto con la posibilidad de ser exigido son razones adicionales que añaden el elemento de la corrección al derecho. Son aquellos derechos humanos llevados al derecho positivo, pero que cuentan con una base material, ideal y crítica que ilustra las decisiones del operador jurídico-participante¹⁴⁷.

Sólo habrá derecho auténtico si se toman en cuenta estos criterios como definitorios para establecer la verdad de lo jurídico y los efectos que ello conlleva. Quedémonos con esta idea, pues servirá como punto de partida y de conexión con los postulados del siguiente capítulo.

¹⁴⁶ Cfr. Alexy, Robert. *Derecho y razón práctica*. México, Fontamara, 2010, pp. 40 y 44.

¹⁴⁷ Cfr. Alexy, Robert, "Los derechos fundamentales", en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 24-31.

Capítulo III

LA VERDAD EN EL DERECHO

En el presente capítulo expondremos la propuesta que planteamos para poder comprender la juridicidad verdadera del derecho, como condición para la ciencia jurídica que pretenda conocer progresivamente mejor a su objeto. Para lo cual, se comenzará argumentando que es posible hablar de “verdad” en el derecho, comprendiendo su aspecto ontológico, y no únicamente desde terrenos meramente lógicos. Esto es, sostendremos que es posible predicar verdad de lo jurídico, pero siempre y cuando se comprenda el contexto desde el cual puede hacerse, es decir, no desde la perspectiva del derecho como enunciado normativo únicamente, sino considerándolo como objeto, como un arquetipo, como una idea que está presente en la realidad y que sirve de contraste para poder juzgar o valorar enunciados o hechos como propiamente jurídicos. En las siguientes páginas ahondaremos sobre esta distinción.

3.1 Sobre la posibilidad de verdad ontológica en el derecho

Cuando nos acercamos al análisis del tema de la verdad en el derecho pueden surgir muchas preguntas relativas a qué es a lo que nos estamos refiriendo. Hablar en general de “verdad” puede resultar equívoco, pues hay distintas realidades a las que se les puede atribuir esta calidad. Esto se torna aún más complejo cuando lo que estamos estudiando es un fenómeno como el Derecho.

Germán Sucar y Jorge Cerdio plantean esta dificultad de una manera clara, pero a la vez desafiante, al reconocer que en este contexto debe distinguirse de si lo que se habla es de la verdad *del* derecho, de la verdad *en* el derecho o de la verdad *sobre* el derecho, siendo la primera de estas distinciones la que pretende asignar valores de verdad a la normas jurídicas, la segunda la relativa a la calificación como verdaderos o falsos a los enunciados jurídicos normativos efectuados por los operadores jurídicos, o sobre los enunciados fácticos, o sobre la existencia o

no de una norma jurídica y la tercera, es decir, la verdad *sobre* el derecho, la que se predica de los enunciados propios de la ciencia jurídica¹⁴⁸.

Todos estos son ámbitos distintos de lo jurídico: las normas jurídicas como tal y los hechos jurídicos que deben ser interpretados; y los enunciados que predica la ciencia jurídica sobre el derecho, ya sea sobre normas o instituciones. Pero en todos estos casos puede hablarse de verdad. Toda verdad debe tener una referencia o fundamento para poder contrastar lo dicho con la realidad, o más bien comprender lo que la cosa o fenómeno es, o lo hace ser auténticamente lo que es.

Si hablamos de verdad *del* derecho, lo que deberemos buscar son aquellas normas jurídicas que tengan como contenido propio una obligación para los destinatarios de las mismas de decir y comportarse apegados a valores de verdad. Es decir, según Sucar y Cerdio, esta es la referencia al tratamiento jurídico de la verdad, por ejemplo a través de la tipificación del fraude o el perjurio, la prohibición de declarar falsamente o el rechazo e invalidez de documentos falsos. La verdad como valor prescrito por el derecho, de forma que podría catalogarse más bien como verdad "*para* el derecho", ya que propiamente se pronuncia sobre el valor que tiene la verdad como contenido normativo *para* el derecho en su manifestación práctica, buscando materializarse en conductas concretas.

Siguiendo a los autores, en el caso de la verdad *sobre* el derecho, lo que calificaremos será la adecuación o verdad lógica de los enunciados de la ciencia jurídica, esto es, que verdaderamente se refieran al objeto que estudian. Este tipo de verdad es propio de la Ciencia Jurídica¹⁴⁹. Pero sin lugar a dudas, el aspecto más problemático y que debemos de atender con más detalle será el de la verdad

¹⁴⁸ Cfr. Sucar, Germán y Cerdio Herrán, Jorge (Eds.). *Derecho y Verdad II*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 14.

¹⁴⁹ La Ciencia Jurídica, o Ciencia del Derecho tiene como objeto estudiar al Derecho Positivo, esto es, a las normas positivas que integran un ordenamiento, pues describe, muestra y analiza cuál y cómo es el Derecho Vigente, construyendo instituciones y conceptos jurídicos fundamentales y de sistematización del ordenamiento jurídico. Cfr. De Lucas, Javier (Dir.), *et. al. Introducción a la teoría del derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch México (Edición mexicana a cargo de Ramírez García, Hugo Saúl), 2012, pp. 352-353.

en el derecho, es decir, si podemos calificar a una norma por su contenido como jurídica o no, atendiendo a criterios materiales y no solo formales.

Pero antes de continuar quisiéramos proponer un reajuste en la nomenclatura empleada por Sucar y Cerdio para referirse a estos tres fenómenos veritativos. Así, a la verdad como contenido prescrito por el derecho le llamaremos verdad *en* el derecho, o más bien *para* el derecho (en vez de *del* derecho) por concentrarse en la importancia que tiene para el mismo el que sus destinatarios se comporten de acuerdo con la verdad *en* el ámbito jurídico. Estamos de acuerdo que a la verdad que tiene que ver con la Ciencia Jurídica se le continúe llamando “verdad *sobre* el derecho”, pero tratándose de la verdad que clasifica normas o actos, por su contenido como realmente jurídicos o no, pensamos que es más adecuado llamarle “verdad *del* derecho”, pues se refiere a la caracterización auténtica de lo jurídico, comprendiendo a tal fenómeno como un objeto clasificable, *del* que puede predicarse verdad o falsedad.

De esta manera, tendríamos que identificar estos tres estados de la verdad jurídica:

- a) La verdad *en* el derecho, como la prescripción de comportamientos que deben adecuarse a la verdad como valor, así como la posibilidad de predicar verdad derivada de procesos de subsunción, es decir, una verdad en el plano lógico en la que se manifiesta un silogismo que concluye a partir del contraste entre una norma y un hecho.
- b) La verdad *sobre* el derecho, que es propia de los enunciados de la Ciencia Jurídica, que pretende explicar el derecho, y en particular un ordenamiento concreto a través de conceptos generales; y
- c) La verdad *del* derecho, misma que permite poder calificar normas, actos o cualquier aparente manifestación del derecho como realmente apegada a los fines del mismo y, por lo tanto, como verdaderamente jurídica o no. Es

esta una referencia al ser *del* derecho, y por lo tanto es estudiada desde la ontología jurídica.

Aun cuando sostendremos que estas tres formas de explicación de la verdad se conectan entre sí, se afirma que esta última es el fundamento de las otras dos. Por eso la analizaremos con mayor detalle y cuestionaremos su posibilidad. Para eso nos tenemos que preguntar siempre, por un lado, por la definición de la verdad, por su valor y en el caso concreto, por la posibilidad o no de conocerla¹⁵⁰. La aproximación a este tema debe siempre hacerse con una actitud filosófica, que nos permita reflexionar de manera profunda sobre los orígenes y fines de cualquier fenómeno, y sobre la adecuación auténtica o verdadera de éstos a aquéllos.

La filosofía, que suele en general clasificarse, de acuerdo con Johannes Hessen, en metafísica, teoría de los valores y teoría de la ciencia, aborda el tema de la verdad y sobre todo del conocimiento de la verdad, a través de dos ámbitos: por un lado el ontológico (o teoría del conocimiento) y por el otro desde la lógica. Como se analizará con más detalle en el siguiente apartado, la lógica busca y estudia al pensamiento correcto, desde un punto de vista formal. Así pues, la verdad estudiada desde la lógica buscará encontrar una relación entre lo pensado y la realidad, a través de una estructura que permita llegar a conclusiones que se sigan de las premisas en un razonamiento (la verdad *en* el derecho). Sin embargo, la verdad no puede agotarse en el ámbito de la lógica por su carácter eminentemente formalista. Para ello, se debe atender a la estructura ontológica de los fenómenos que se conocen y se expresan. Esto se logra a través de la ontología o teoría del conocimiento que es el enfoque que se pregunta por la verdad del pensamiento, es decir, por la concordancia del mismo con el objeto y particularmente, por la autenticidad del mismo en cuanto tal (verdad *del* derecho)¹⁵¹.

¹⁵⁰ Cfr. Suar, Germán y Cerdio... *Op. Cit.*, p. 15.

¹⁵¹ Cfr. Hessen, Johannes. *Teoría del conocimiento*. México, Editorial Época, 2008, p. 15.

Con esto se quiere decir que no basta con que pensemos de forma correcta y estructurada. El contenido de lo pensado es el criterio último de verdad, por un lado a través de la adecuación del pensamiento al mismo pero, sobre todo, por la comprensión de lo que se está conociendo en un contexto determinado, porque sólo así podrá expresarse y juzgarse lo que se conoce como verdadero o falso. En otras palabras, sólo tengo un conocimiento verdadero cuando el sujeto cognoscente se encuentra en condiciones de distinguir entre un objeto ontológicamente verdadero y otro que no lo es.

Partamos del supuesto de que la verdad existe, y que una proposición verdadera (sea descriptiva o prescriptiva, como las normas jurídicas) no agota toda la realidad. Comprender ontológicamente como verdadera o falsa a cualquier proposición, implica reconocer su parcialidad, que es otra forma de decir que existe de determinada manera y que puede ser lo que pretende ser en ese contexto dado. Lo que convierte a esto en verdadero es el conjunto de “razones de ser”¹⁵², es decir, de fundamentos que lo justifican y lo hacen razonable.

En las próximas páginas se argumentará por qué es válido hablar de verdad *del* derecho desde criterios de razonabilidad, pero haciendo énfasis en las limitaciones de abordar el tema sólo desde la perspectiva lógica, o verdad *en* el derecho (corrección del pensamiento), con el fin de sostener que el estudio de este tema debe hacerse buscando la “verdad ontológica” del derecho, ya que es la única que puede responder de manera suficiente a las inquietudes sobre lo que el derecho realmente es. Para efectos de este estudio sostenemos que la verdad de los enunciados de la Ciencia Jurídica, por tratarse de contrastarlo con lo prescrito por un ordenamiento dado, es decir, la verdad *sobre* el derecho, se engloba en el ámbito de la lógica, por lo que se analizarán primero estas dos: la verdad *en* y la

¹⁵² Cfr. Gómez Álvarez, José Enrique, *et. al. En torno a la verdad y los derechos humanos; Una invitación a la reflexión*. México, Universidad Anáhuac, 2001, pp. 26-28.

verdad *sobre* lo jurídico en un mismo apartado, y posteriormente se dedicará uno sólo a la verdad *del* derecho (verdad ontológica).

3.1.1 La verdad *en* y *sobre* el derecho. La verdad lógica y sus límites para el ámbito jurídico

Para la verdad entendida desde el ámbito de la lógica, "...la idea, el juicio, la proposición, etc., se llaman verdaderos si corresponden a la cosa (...) verdaderos en este (...) sentido sólo lo son las ideas, los juicios, las proposiciones, pero no las cosas del mundo"¹⁵³. Por eso esta concepción de la verdad asume como presupuesto el que puede predicarse la misma solamente sobre productos del pensamiento. Un enunciado puede juzgarse como verdadero si expresa de manera al menos aparente lo que se observa en la realidad, es decir, se adecua a la misma, y se expresa de manera correcta.

Sin embargo, no hay que perder de vista que el objetivo de la lógica es primordialmente estudiar el pensamiento en sí mismo, y reducirlo hasta su esqueleto básico, con el fin de analizar esquemas y detectar contradicciones dentro del mismo. La verdad que se desprende de la lógica tal como se la ha descrito no toma en cuenta la verdad como atributo de las cosas o fenómenos que se conocen, sino sólo la manera en que se expresan. Esto, de acuerdo con Martin Hollis es una aproximación válida, pero limitada, ya que se centra en el descubrimiento de pruebas intrínsecas al pensamiento mismo, pero no en la evidencia de lo que se intenta probar. La lógica no justifica; no da razones últimas¹⁵⁴.

Múltiples son los intentos por rechazar que el derecho pueda ser comprendido en términos de verdad, o aquellos que únicamente aceptan que las proposiciones normativas sean juzgadas como verdaderas en el ámbito lógico. Si nos remitimos al pensamiento de Kelsen podremos observar con claridad esto al corroborar que

¹⁵³ Bochenski, J. M. *Introducción al pensamiento filosófico*. Barcelona, Editorial Herder, 1976, p. 44.

¹⁵⁴ Cfr. Hollis, Martin. *Invitation to Philosophy*. Oxford, Blackwell Publishing, Segunda Edición, 2003, pp. 26-52.

uno de los atributos definitorios de lo jurídico, además de ser puro, es que el ordenamiento en concreto sea *uno, pleno y coherente*. Sobre todo la coherencia entre las normas es una manifestación de la verdad lógica del derecho, que tendrá como único objetivo la no contradicción entre los contenidos (sean los que sean) de las normas o de los enunciados sobre las normas. La superación de estos problemas para Kelsen atiende también a criterios formales (jerarquía, posterioridad o especialidad)¹⁵⁵. Así pues, la aproximación positivista, representada por este autor, acepta únicamente la verdad lógica como criterio de juicio sobre su objeto de conocimiento¹⁵⁶.

En el caso de Kelsen esta manifestación epistemológica tiene como fundamento último y prueba el concepto de “norma hipotética fundamental”, misma que se constituye como un presupuesto lógico para considerar como válido un ordenamiento jurídico. Si no se presume esta validez inicial, simplemente el ordenamiento no existe, o no lo hace jurídicamente¹⁵⁷. El carácter hipotético de la norma tiene como finalidad el establecer una condición de existencia que llama a una petición de principio: la estructura lógica intrasistema que debe ser coherente, una y plena solamente se sostiene en el reconocimiento social de la misma porque, de suyo, no se sostiene.

Así pues, podemos ver ahora cómo la postura de acercamiento al derecho aceptando como único criterio de verdad a la estructura interna del mismo puede darse tanto en el ámbito meramente normativo dentro de un ordenamiento jurídico dado, en el de la aplicación normativa, donde será la persuasión o la identificación

¹⁵⁵ Cfr. Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México, Editorial Porrúa, 2015, pp. 214-215.

¹⁵⁶ Esta perspectiva se vislumbra ya desde la antigua Grecia donde podemos observar intentos por comprender el derecho únicamente desde la perspectiva lógica, primordialmente desde la esfera de la retórica. Emiliano Buis relata que la experiencia del *logos* del derecho en aquella época se enfocaba en la solución de conflictos producidos por la lucha de posiciones antitéticas sobre un asunto específico, donde cada una de estas posiciones pretende ser más verdadera que la otra. La determinación de esta pretensión corresponderá a los jueces quienes seguramente fallarán por la propuesta que los persuade más, y no por la que en sí sea más justa o jurídica. Cfr. Buis, Emiliano J., “Ficciones y p(ersu)asiones de la verdad: la retórica judicial de la *aletheia* en el derecho griego arcaico y clásico”, en Sucar, Germán y Cerdio Herrán, Jorge (Eds.). *Derecho y Verdad II*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 308.

¹⁵⁷ Cfr. Kelsen, Hans. *Teoría...Op. Cit.*, p. 59.

formal de contradicciones el criterio para resolver un asunto o en la descripción y análisis del ordenamiento incluso (Ciencia Jurídica). Si bien esto es cierto, como hemos venido sosteniendo, no es suficiente para comprender a cabalidad lo jurídico.

Sólo si asimilamos las limitaciones que acarrea el absolutizar el criterio lógico de la verdad como adecuación de un enunciado a la realidad y su corrección interna podemos dar un paso más allá para la comprensión de lo auténticamente jurídico. Sin duda la “verdad” y la “falsedad” son propiedades de las proposiciones, como sostiene Michael Dummett, pero deben llevarse más allá de la mera manifestación del pensamiento¹⁵⁸. Como sostiene este autor,

“...aquello en lo que consiste la verdad de un enunciado siempre juega el mismo papel en la determinación del sentido de este enunciado y debe ser posible una teoría de la verdad en el sentido de una explicación de cuál es este papel”¹⁵⁹.

Se sostiene que el sentido de los enunciados en general y, por supuesto, en el ámbito jurídico a través de las normas o los hechos interpretados o la descripción de las normas, no puede encontrarse en sí mismos. Debemos trascender la comprensión únicamente lógica de las proposiciones con las que trabajamos, pero sin negar la importancia que esta aproximación conlleva. Pero antes debemos hacer algunas precisiones en torno a la naturaleza del lenguaje jurídico: las relaciones entre el lenguaje prescriptivo y la verdad.

En este contexto hay necesariamente que partir del supuesto de que el derecho se expresa primordialmente a través de normas que son en sí mismas enunciados prescriptivos, es decir, que buscan influir en la conducta de los sujetos destinatarios de las mismas a través ya sea de obligaciones, prohibiciones o

¹⁵⁸ Cfr. Dummett, Michael. *La verdad y otros enigmas*. México, Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 65.

¹⁵⁹ *Íbidem*, p. 72.

permisiones que se expresan de manera hipotética, planteando un supuesto y una consecuencia para la acción.

Por esta razón, hay que tener presente que la naturaleza de los enunciados normativos y, con ellos, del derecho en general, no es igual que el de las proposiciones meramente descriptivas, de las que su verdad o falsedad puede predicarse de manera categórica realizando un cotejo entre lo dicho y la realidad (como en la Ciencia Jurídica). No sucede lo mismo con enunciados de *deber ser*, ya que en sí mismos son enunciados posibles, cuya constatación no puede darse *a priori*.

En el ámbito de los enunciados normativos, o normas únicamente, no puede por lo tanto hablarse propiamente de “verdad”, al menos en el mismo sentido que ocurre con las proposiciones descriptivas. Tamayo y Salmorán reconoce que tratándose de normas o enunciados deónticos no se puede aplicar la técnica ni de la falsación ni de la verificación; pueden ser válidos o vigentes, pero nunca verdaderos o falsos¹⁶⁰.

Sin embargo, es cierto que, al contrario de lo que sucede con afirmaciones científicas (o descriptivas), los enunciados normativos tienen un carácter interpretativo, como ya lo sostiene Ollero¹⁶¹, por lo que, al no haber una constatación clara entre lo dicho y la realidad, no pueden ser meramente verdaderos. Pero hay que tomar en cuenta que, de acuerdo con Ronald Dworkin, las disposiciones jurídicas “...solo pueden ser verdaderas en virtud de una justificación interpretativa que se base en un complejo de valores, ninguno de los cuales puede tampoco ser meramente verdadero”¹⁶². Es más, dirá también este autor que “[c]uando un juicio de valor es verdadero, debe haber una *razón* por la

¹⁶⁰ Cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando. *La ciencia jurídica y su carácter empírico; Notas sobre los enunciados jurídicos y su prueba de falsabilidad*. México, Ediciones Coyoacán, 2013, p. 19.

¹⁶¹ Cfr. Ollero, Andrés, "La crisis del positivismo... *Op. Cit.*, p. 213.

¹⁶² Dworkin, Ronald. *Justicia para erizos*. México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 194.

cual lo es. No puede ser *solo* verdadero”¹⁶³, y con esto se confirma que efectivamente puede predicarse la verdad de un enunciado normativo (o de valor), siempre y cuando exista una razón que sostenga la idoneidad de la prescripción.

Por su carácter eminentemente interpretativo, los enunciados prescriptivos de los que se conforma primordialmente el derecho no pueden juzgarse como verdaderos, o auténticamente como jurídicos de acuerdo a su estructura interna. Si bien hemos confirmado que los mismos como tal no son verdaderos o falsos por la adecuación a la realidad (al no describir la misma), el que requieran de razones para justificarse nos lleva a plantear preguntas sobre éstas, que serán los criterios de verdad que configurarán tanto los enunciados normativos, como los fácticos, así como los enunciados sobre normas, como auténticamente jurídicos.

Por lo tanto, la mera lógica formal, o verdad lógica, encerrada en sí misma, es una manifestación que no responde a cabalidad a las exigencias del derecho, por no otorgar razones que ayuden a interpretarlo más allá de su estructura. Por supuesto, y en esto coincidimos con Carlos Cossío, el primer paso para el análisis jurídico consiste en otorgarle forma lógica, auxiliándose de la estructura normativa, pero si nuestro objetivo epistemológico acerca del derecho es trascender lo dicho y preguntarnos por la justicia de las decisiones adoptadas en el derecho, debe hacerse algo más, un esfuerzo mayor, para procurar comprender la realidad regulada, y esto es un problema de fundamentación¹⁶⁴.

3.1.2 La verdad *del* derecho. Una aproximación desde la ontología

Los esfuerzos intelectuales de carácter epistemológico que adoptemos como juristas deberán sin duda tener como objetivo la comprensión y conocimiento de lo jurídico más allá de sus muy necesarias estructuras formales. Por eso se sostiene que es importante conocerlas, pero con el afán de trascenderlas, para buscar la auténtica juridicidad de sus mandatos.

¹⁶³ *Íbidem*, p. 147.

¹⁶⁴ Cfr. Cossio, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires, Librería El Foro, 2007, pp. 201-203.

Siguiendo a Werner Goldschmidt, prestigioso filósofo que se ha dedicado al estudio de la verdad en el ámbito del derecho, hemos de reconocer que la lógica jurídica es un medio sumamente relevante, que tiene como finalidad poner a nuestra disposición las estructuras necesarias para captar la realidad jurídica, por lo que, enfatiza el autor, “[p]or regla general, pues, debe adaptarse la lógica a la ontología”¹⁶⁵. El pensamiento debe tender al ser de lo conocido, adoptándolo como objetivo de conocimiento. Es por esto que nuestros esfuerzos nos llevan ahora a describir otro tipo de verdad: la ontológica, que, a diferencia de la verdad lógica, se pregunta por lo que las cosas son en sí mismas. En nuestro caso nos preguntamos por lo que el derecho es en sí mismo, y no sólo por cómo se expresa.

Comenzando pues, la descripción en general de los que es este tipo de verdad, Ángel Martínez Pineda dirá que la verdad ontológica “...es la misma entidad de las cosas en cuanto se asemejan o conforman a su idea ejemplar o arquetipo, con aptitud para conformarse con el entendimiento humano”¹⁶⁶, ya que las cosas son el objeto del entendimiento, es decir, de la verdad lógica a la que ya hacíamos referencia.

De esta manera y haciendo la distinción con el tipo de verdad ya referido, para analizar correctamente el que ahora reflexionamos, Millán Puelles dice que,

"Verdad y falsedad lógicas son las que atañen a la intelección; verdad y falsedad ontológicas, las que corresponden a las cosas en tanto que objeto del entendimiento. **Así, ontológicamente falso es lo que posee las condiciones para poder ser falsamente entendido.** Por ejemplo, una moneda falsa es algo apto para "ser juzgado" verdadera moneda. Claro es que la moneda falsa no es falsa en sí, fuera de toda intelección posible. En

¹⁶⁵ Goldschmidt, Werner. *Justicia y verdad*. Buenos Aires, Editorial "La Ley", 1978, p. 220.

¹⁶⁶ Martínez Pineda, Ángel. *Filosofía de la verdad jurídica*. México, Editorial Porrúa, 2004, p. 24.

sí misma y de suyo, es verdaderamente lo que es, y posee también las condiciones para poder ser rectamente entendida. Su falsedad ontológica es accidental, porque no está basada en su esencia, sino en la semejanza que posee con lo que es una auténtica moneda"¹⁶⁷.

No hace falta que la cosa exista o que sea, porque todas las cosas en sí mismas son, sino que al existir debe corresponderse ella misma a la idea que pretende amparar, es decir, ser lo que realmente es. No basta con ser, sino ser o existir con las condiciones necesarias para ser correctamente entendida. Las normas jurídicas, podríamos preliminarmente decir, son algo, se manifiestan, pero para ser verdaderamente jurídicas deben responder a una idea o arquetipo que las diferencie.

Es por esto que hablar de la verdad jurídico-ontológica del Derecho y preguntarnos por lo que es auténticamente jurídico, es definitivamente hablar de fundamentos¹⁶⁸, o de criterios de verdad, o razones que justifiquen plenamente lo que quiere aparecer como lo que pretende ser. Sin embargo, aceptar esto no es sencillo para la teoría jurídica. De hecho hay distintas aproximaciones al derecho que niegan esta posibilidad. Por eso a continuación haremos referencia en primer lugar al papel de la verdad para la teoría jurídica, para posteriormente analizar las aportaciones teóricas de dos juristas: Gustav Radbruch y Robert Alexy. Finalmente sintetizaremos lo dicho en ciertos criterios que nos permitan ver cómo comprender la verdad ontológica *del* derecho desde una perspectiva metodológica.

a) Verdad ontológica y teoría jurídica

Para la teoría jurídica en general es un presupuesto de aceptación común el que existe un objeto llamado "derecho". Si esto no fuera así, carecería de sentido el

¹⁶⁷ Millán Puelles, Antonio. *Fundamentos...Op. cit.*, pp. 436-437. Énfasis añadido.

¹⁶⁸ Cfr. Cossio, Carlos. *Teoría...Op. Cit.*, p. 192.

hacer “teoría del derecho”. Además de que existe este objeto, es claro que sobre el mismo se puede “teorizar” o reflexionar, lo que en otras palabras significa definir lo que es derecho, es decir, el objeto, y así poder sostener si una norma, ordenamiento, práctica o institución jurídica son o no jurídicos propiamente; legales o ilegales, además de describirlos fácticamente. Así pues, en el mismo hecho de hablar de “Teoría del Derecho” o de teorías del derecho, está implícita una forma de acercarse al problema ontológico de lo jurídico¹⁶⁹.

Sin embargo, sin afán de ser exhaustivos, hemos de tener presente que la respuesta a este problema no es unánime, por lo que aun cuando toda teoría jurídica debe tener una concepción sobre lo que es el derecho, existen ciertas aproximaciones que podemos llamar *teorías de la irrelevancia* que sostienen que no es necesario ni posible dar respuesta a estos planteamientos desde una postura ontológica, y por lo tanto no es factible hablar de “verdadero derecho”.

Así por ejemplo, para John Austin, la jurisprudencia o teoría del derecho tiene como objeto únicamente al derecho positivo emitido por una autoridad competente y reconocida, constituido por normas que se constituyen en un ordenamiento lógicamente coherente, que puede compartir ciertas características con otros sistemas similares, pero que se encierra en sí mismo y donde el criterio de verdad no será el contenido de lo prescrito en sí mismo, sino únicamente el dato fáctico de la existencia del ordenamiento por un lado, y la pertenencia de una norma o ley al mismo¹⁷⁰.

Para Joseph Raz es claro que “[l]a validez jurídica de una norma es establecida no por argumentos sobre su valor y justificación, sino, más bien, mostrando que se conforma a criterios de validez establecidos por algunas otras normas del sistema,

¹⁶⁹ Cfr. Bix, Brian H. *Jurisprudence: Theory and context*. Londres, Thompson Reuters, 2015, p. 9.

¹⁷⁰ Cfr. Austin, John. *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*. México, Editora Nacional, 1974, pp. 27-28. Entre las nociones comunes que se presentan para Austin en distintos ordenamientos jurídicos se encuentran las de ilícito, deber, derecho, libertad, castigo y reparación. De cualquier manera estas nociones cumplen una función clasificatoria. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Ilícitos atípicos*. Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp. 13-14.

las cuales pueden ser llamadas reglas de reconocimiento”¹⁷¹, por lo que la identificación del objeto de estudio de la teoría jurídica debe constatar no argumentos ontológicos, sino verificar únicamente criterios lógicos de pertenencia de una norma a un sistema reconocido.

Incluso hay visiones que, al margen de la teoría propiamente jurídica sostienen que eventos tales como el Holocausto fueron plenamente jurídicos; que el derecho no debe atender a contenidos sino que debe únicamente verificarse su existencia y efectividad. Un ejemplo claro de esto lo encontramos en los postulados de David Fraser, quien afirma que lo ocurrido durante el Holocausto respondió a exigencias plenamente jurídicas, no existiendo una discontinuidad entre el derecho anterior al nazismo y lo mandado por normas del régimen. La existencia del sistema, independientemente del contenido de sus normas, es el criterio para identificar lo jurídico y lo legal¹⁷².

Lo justo para estas concepciones se identifica como conformidad con la ley, o con la existencia de un ordenamiento jurídico reconocido, por lo que es irrelevante preguntarse por el ser del derecho, o por algo que vaya más allá de la existencia y la efectividad de un sistema. De acuerdo con David Lyons, esta concepción genera un problema grave para la teoría del derecho pues “[e]stas afirmaciones revelan una concepción radical de la justicia. En primer lugar, si son correctas, entonces estaremos totalmente confundidos cuando describamos las leyes como injustas e incluso cuando las denominemos justas”¹⁷³ por lo que no tiene sentido hablar de leyes injustas.

¹⁷¹ Raz, Joseph. *La autoridad del derecho; ensayos sobre derecho y moral*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 193.

¹⁷² Fraser, David. *Law after Auschwitz*. Durham, Carolina Academic Press, 2005 *passim*, citado por Peña Freire, Antonio, “¿Fue Auschwitz legal? Legalidad, exterminio y positivismo jurídico”, en *Isonomía; Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), No. 45, Octubre 2016, pp. 15-16. Incluso el autor del artículo reconoce que estas concepciones se deben a que no existe una comprensión rigurosa sobre la legalidad.

¹⁷³ Lyons, David. *Aspectos morales de la teoría jurídica; Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*. Barcelona, Editorial Gedisa, 1998, p. 33.

Por esta razón, si bien es importante comprender las razones por las que existen teorías que consideran irrelevante a la verdad ontológica para el estudio del derecho, y cuyos postulados han sido ya explicados en capítulos anteriores, es objeto de este trabajo sostener que una identificación plena del objeto de estudio de la teoría jurídica, es decir, de lo auténticamente jurídico, es posible a través de reconocer que el derecho puede ser verdadero desde una perspectiva no sólo lógica sino también ontológica, lo que supone a su vez que hay manifestaciones de lo jurídico que pueden ser ontológicamente falsas. A estas aproximaciones las llamaremos *teorías abiertas*.

Estas teorías abiertas en general reconocen que, si bien es necesaria la comprensión sobre lo jurídico como sistema, el mismo no se autojustifica, sino que se requieren razones externas que permitan comprender al mismo como verdaderamente jurídico. Un ejemplo de esto puede observarse en la figura de la “norma de reconocimiento”. No todos los casos de acuerdo con autores como Ronald Dworkin pueden resolverse con normas, y debe recurrirse a principios. Para identificar los mismos como “derecho”, no puede recurrirse a una norma de reconocimiento del tipo hartiano o kelseniano, sino a otros criterios de justificación que deben ser verdaderos, o responder cuando menos a las exigencias de lo jurídico en el caso concreto¹⁷⁴. Esto se logra aceptando que se puede predicar “verdad ontológica” del derecho y por supuesto, a través de un esfuerzo constante por encontrarla.

De acuerdo de nuevo con Johannes Hessen, el conocimiento puede o no ser verdadero. El objeto o fenómeno que se conoce está más allá de la verdad o la falsedad, porque determina estos criterios del conocimiento mismo. El atender al objeto y no sólo al producto o resultado del conocimiento, es alcanzar la certeza de la verdad de lo que se dice o sostiene¹⁷⁵. Para este autor, la lógica y la ontología deben de coordinarse para resolver el tema del conocimiento verdadero,

¹⁷⁴ Cfr. Dworkin, Ronald, “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en *La Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 158.

¹⁷⁵ Cfr. Hessen, Johannes. *Teoría...Op. Cit.*, p. 22.

ya que como factores del pensamiento siempre intervienen el sujeto, la imagen y el objeto. En este proceso epistemológico, la mera lógica (imagen), o la psicología (sujeto) no resuelven el problema. Se debe siempre atender al objeto, pero sin prescindir de los otros elementos. Tan inválido es caer en un *logicismo* como en un *ontologismo*¹⁷⁶. El equilibrio es siempre el factor a tomar en cuenta para comprender la esencia de los fenómenos que se conocen.

b) El equilibrio propuesto por Fuller

No debe perderse de vista que el que un ordenamiento jurídico posea coherencia interna y referencia a criterios de verdad, es un primer paso para buscar la verdad ontológica en el derecho. Esta relación de equilibrio la comprendió con especial precisión el profesor norteamericano Lon L. Fuller al postular las ocho *desiderata* como criterios que permiten hablar de lo verdaderamente jurídico a través de la moral interna del derecho, es decir, que las normas deben ser generales, estar promulgadas, no ser retroactivas, ser claras, coherentes, no requerir la realización de conductas imposibles, constancia y permanencia en el tiempo, así como la congruencia entre la acción oficial y la regla declarada¹⁷⁷.

Esos requisitos aparentemente sólo formales, aun cuando en principio responden a exigencias lógicas, revisten una importancia tal que, de acuerdo con Fuller, si alguno de ellos no está presente, se observa un resultado normativo contrario a derecho, porque el mismo debe funcionar como una “estable reciprocidad de expectativas entre el creador del derecho y el destinatario”¹⁷⁸.

Ciertamente el que los ocho requisitos propuestos por Fuller sean una vía para comprender una moral interna en el derecho no ha sido un postulado exento de críticas. Autores tales como Hart sostienen *grosso modo* que al tratarse de

¹⁷⁶ Cfr. *Íbidem*, p. 23.

¹⁷⁷ Cfr. Fuller, Lon L. *The Morality of Law*. Yale Law School, 1969, pp. 46-91.

¹⁷⁸ *Íbidem*, p. 209.

cánones meramente formales, la valoración moral del resultado creador de un acto jurídico de acuerdo con las ocho *desiderata* no garantiza que el mismo sea moralmente adecuado, pues “es compatible con una enorme iniquidad”¹⁷⁹. En el fondo, la crítica se refiere a que la propuesta de Fuller tiende a hablar más de la eficacia que de la moralidad del derecho. Sin embargo, hay que considerar que el el respeto de estos requerimientos internos busca precisamente fines morales que dan lugar a la justicia, como el mismo autor lo señala en respuesta a sus críticos¹⁸⁰.

Tomemos uno por ejemplo. El requisito o canon de que las normas, para ser derecho, no pueden requerir conductas de imposible realización. Esto es cierto para el caso de actos que una persona físicamente no es capaz de desarrollar, como saltar dos metros o caminar sobre el agua, porque el resultado siempre sería una sanción (no habría posibilidad de cumplimiento), pero incluso nos podemos atrever a sostener que también lo es para dilemas morales en los que, aun pudiendo realizarse físicamente la acción, el ponerse en tal estado derivaría en un necesario incumplimiento del derecho y de la justicia, como el elegir entre esclavizarse o asesinar a una persona. Esto sin hablar de los otros requisitos que garantizan de cierta forma no sólo su eficacia sino, como consecuencia directa, una estructura de seguridad jurídica que es auténticamente compatible, no con cualquier contenido, sino con aquel que responde a las exigencias propias de la igualdad de trato a todos los destinatarios.

Precisamente estos elementos identificados a partir de Fuller, como la igualdad o la seguridad jurídica, pero en relación con la justicia y la naturaleza del derecho, se concretan en el equilibrio entre la verdad lógica y la ontológica que persiguen las así llamadas “teorías abiertas”. Es por eso que a continuación se analiza el pensamiento de dos autores que desarrollan estas exigencias de una manera

¹⁷⁹ Hart H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ra edición, 2012, p. 256.

¹⁸⁰ Cfr. Fuller, Lon L. *The Morality...Op. Cit.*, p. 200-202.

profunda e incluso determinante para la aproximación contemporánea a este tema.

c) La verdad jurídico-ontológica en Radbruch

Con el fin de especificar de una manera más clara el contenido de las teorías abiertas, recurrimos en este estudio a los postulados de Gustav Radbruch, iusfilósofo alemán del siglo XX. El contexto histórico que le tocó vivir a este autor, en específico la Segunda Guerra Mundial y la posguerra, fue un aliciente para el desarrollo de una teoría que tiene como base el conflicto y relación entre dos valores propios del derecho. Uno, centro de atención de las *teorías de la irrelevancia*, el de la seguridad jurídica como elemento configurador de lo jurídico. El otro, más propio de las *teorías abiertas*, el de la justicia, como exigencia fundamental del derecho para ser tal.

Sin embargo, preocupado también por alcanzar un equilibrio entre ambos, y por los riesgos que puede acarrear cualquiera de los extremos, Radbruch sostiene que el conflicto entre estos dos valores "...debió resolverse con la primacía del derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse "como falso derecho" y ceder el paso a la justicia"¹⁸¹.

De esta forma, remitiéndonos a la famosa fórmula Radbruch, que puede expresarse de manera sencilla como "la injusticia extrema no es derecho" nos da mucho que pensar para analizar el problema de la crisis del positivismo ideológico y, por lo tanto, poder afirmar que no todo contenido prescriptivo es realmente jurídico y debe ser obedecido, es decir, no todo lo que aparece como jurídico, realmente lo es. Aun cuando la observancia del derecho positivo debe ser la

¹⁸¹ Radbruch, Gustav. *Relativismo y derecho*. Bogota, Editorial Temis, 2009, p. 34-35.

prioridad, esto no justifica cualquier contenido, que deberá ser juzgada desde el punto de vista de la justicia, aunque un poco de esta pueda ser sacrificada en aras de la seguridad jurídica. Es decir, a través de esta locución, Radbruch procura responder a una inquietud que ha sido objeto de múltiples disquisiciones en torno a la naturaleza del derecho. Si éste debe responder primordialmente a exigencias formales de seguridad, o preocuparse por el contenido obligacional que se observa en sus mandatos, por los efectos y la calidad moral de los mismos.

Esta fórmula, que de alguna manera había sido ya expresada por otros autores como San Agustín y Santo Tomás de Aquino¹⁸², a decir de José Antonio Seoane ha devuelto a la actualidad la cuestión de la validez y de la obediencia al derecho tratándose de normas que después de un análisis serio resultan injustas por su contenido. Se plantean de nuevo los interrogantes propios del pensamiento clásico tales como si ha de obedecerse la ley injusta o cuál es la naturaleza de ese deber¹⁸³ si es que existiera, y superando así los esquemas reducidos de un positivismo ideológico tomado al pie de la letra.

A partir de la segunda posguerra hubo miradas que, retomando ciertos elementos de la doctrina clásica (aunque con sus diferencias)¹⁸⁴ trajeron de nuevo a la mesa de análisis la inquietud por cuestionarse acerca de lo que es jurídico o no es

¹⁸² San Agustín, en *De libero arbitrio* afirmará que "Pues a mí me parece que no es ley la que es injusta". Por su parte, Tomás de Aquino, de una manera más precisa y matizada dirá que "la ley positiva humana [...], si en algo está en desacuerdo con la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de la ley [*non est lex sed legis corruptio*]" (Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I-II q. 95 a. 2 c) donde podrá decirse que la ley injusta no es ley en sentido propio, sino que es imperfecta (*secundum quid*). Cfr. Seoane, José Antonio, "La doctrina clásica de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación", en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, No. 6, 2002, p. 762-3.

¹⁸³ Cfr. *Íbidem*, p. 761.

¹⁸⁴ "Junto a las diferencias existen elementos comunes entre la doctrina de la *lex iniusta* y la fórmula de Radbruch. Su objetivo es indicar cómo reaccionar o responder ante la ley injusta. Ambas son intentos de respuesta a diversos interrogantes: ¿es la ley injusta un caso del Derecho y por qué?; y, singularmente, ¿cómo ha de actuarse ante una norma injusta? Las preguntas y las respuestas se duplican en ambas doctrinas: en la fórmula de Radbruch, al trazarse una frontera entre la ley injusta y la ley extremadamente injusta, y en la tradición clásica, al existir normas injustas cuya obediencia ha de acatarse y otras en las que no". Seoane, José Antonio, "La doctrina clásica... *Op. Cit.*, p. 782.

jurídico, atendiendo a un criterio axiológico, sin descuidar el ámbito de la seguridad jurídica y las ventajas del derecho positivo.

En este punto Radbruch será enfático al afirmar que "...cuando nunca se procuró la justicia, donde la igualdad, que integra el núcleo de la justicia, se negó conscientemente a la regulación del derecho positivo, allí la ley no es sólo "derecho incorrecto", sino que carece por completo de la naturaleza del derecho, pues no se puede definir el derecho, inclusive el derecho positivo, de otra manera que como una orden y estatuto, que de acuerdo con su sentido están determinados a servir a la justicia"¹⁸⁵.

Para el iusfilósofo alemán la juridicidad en sentido estricto, es decir, el atributo de una norma o sistema de ser plenamente jurídico, no puede residir en que se adecue a las exigencias de un ordenamiento, porque esto sería tautológico, sino que debe atenderse a la adecuación del mismo a la justicia como previa y superior a la ley. La médula de la justicia es la igualdad, pero sobre todo la equidad, es decir, la constatación de la juridicidad de normas o conductas en el caso concreto dependiendo del trato que se dé a las personas involucradas. El objetivo del derecho es brindar las condiciones de posibilidad para el desarrollo y cumplimiento de los deberes morales, otorgando a todos la mayor cantidad de libertad para satisfacer esas exigencias¹⁸⁶.

Tanto la justicia como la seguridad jurídica, y con ello el derecho como objeto, deben de comprenderse más allá de un fin, pues el mismo, en palabras de Radbruch, no puede estar al servicio de una finalidad concreta. Interpretando las palabras del autor alemán, sostenemos que se refiere particularmente a que el derecho no puede supeditarse a una ideología, ni a la mera utilidad, pues eso sería un servilismo que atentaría contra la naturaleza del derecho, que debe responder a las exigencias propias de la humanidad, al trato igual y la

¹⁸⁵ Radbruch, Gustav. *Relativismo...Op. Cit.*, p. 35.

¹⁸⁶ Cfr. Radbruch, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 31-39.

maximización de la libertad. Cualquier otra pretensión sería acudir a la arbitrariedad, independientemente de la forma que adopte¹⁸⁷.

De acuerdo con John Finnis, que una ley extremadamente injusta no sea derecho significa lo siguiente en este contexto: (i) que existe un mandato histórico/sociológico que tiene el carácter de derecho para una comunidad, es decir, que los mismos lo reconocen como tal, al menos en un primer momento pero, (ii) ese mandato es injusto, derivado de la aplicación de un razonamiento práctico, esto es, hay razones justificadas que llevan a dicha conclusión por lo que, (iii) el mandato no es obligatorio realmente y, por lo tanto, no debe de ser obedecido¹⁸⁸.

El *quid* en esta explicación que desentraña el sentido de la fórmula Radbruch es el alcanzar la conclusión, a través del razonamiento práctico de que un determinado mandato es injusto, o existen razones justificadas para sostenerlo. Para poder afirmarlo debe haber una realidad o arquetipo de lo jurídico con que contrastar en cada caso concreto para poder o no predicar su juridicidad, o al menos ciertas exigencias o requisitos que el mandato tiene que satisfacer.

Radbruch no se mostró ajeno a este problema. La igualdad y equidad son condiciones necesarias para comprobar y justificar la obligatoriedad y juridicidad de una norma o conducta. En el fondo, estas dos exigencias responden a requerimientos propios de la humanidad, por lo que sin duda este autor propone un nuevo acercamiento a la antropología identificándola como fundamento del derecho gestando, en palabras de Rodolfo Vigo “el nuevo concepto jurídico de “humanidad” que se apoya en el amor al hombre y en los “valores supranacionales de la cultura””¹⁸⁹.

¹⁸⁷ Cfr. *Íbidem*, pp. 43-44.

¹⁸⁸ Cfr. Finnis, John. *Natural Law & Natural Rights*. Oxford, Oxford University Press, Second Edition, 2011, p. 365.

¹⁸⁹ Vigo, Rodolfo Luis, “La axiología jurídica de Gustav Radbruch”, en *La injusticia extrema no es derecho; De Radbruch a Alexy*. México, Editorial Fontamara, 2008, pp. 39-40.

De hecho, la idea de humanidad para nuestro autor se proyecta en tres distintos sentidos: “como el amor al hombre, contra todo lo que sea crueldad inhumana; como la dignidad humana, en contra de toda inhumana humillación; como la formación del hombre, en contra de toda aniquilación inhumana de la cultura”¹⁹⁰, de donde se desprenden exigencias que debe cumplir el derecho en general y los mandatos o normas en lo particular.

Sin embargo, la teoría de Radbruch no está exenta de críticas y comentarios. A continuación analizaremos una de ellas que, aun cuando comparte la inquietud con el iusfilósofo alemán en torno a la verdad ontológica en el derecho, lo hace desde una perspectiva distinta. Es el caso de Alexy.

d) La verdad jurídico-ontológica en Alexy

El también filósofo del derecho alemán Robert Alexy retoma el tema sobre la naturaleza del derecho justamente a partir de la fórmula Radbruch, de la que hace un análisis que a continuación explicamos, para proponer después su postura acerca de la verdad jurídico-ontológica a través del “argumento de la corrección”.

Así pues, según Alexy, esta fórmula puede dividirse en dos partes. En la primera, llamada “fórmula de la intolerancia” se establece que las normas positivas pierden su validez jurídica si su contradicción con la justicia alcanza una medida insoportable y tiene un carácter objetivo. La segunda parte se conoce como “fórmula de la negación” y niega la naturaleza jurídica de una ley si en su establecimiento es negada conscientemente la igualdad (que según Radbruch supone el núcleo de la justicia). Este es el elemento subjetivo porque depende de la intención del legislador¹⁹¹. No necesariamente se conectan estos dos elementos, pero deben ser tomados en cuenta al momento de la interpretación.

¹⁹⁰ Radbruch, Gustav. *Introducción a...Op. Cit.* P. 154.

¹⁹¹ Cfr. Alexy, Robert, “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, en *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, No. 5, 2001, p. 76.

Si el derecho tiene que atender en todo momento a buscar un equilibrio entre la verdad como criterio lógico, pero también, centrándose en el sujeto, a observar el objeto, que pueden bien ser normas o hechos para contrastarlos con la idea que buscan representar, esto significa, de acuerdo con Robert Alexy, que el derecho cuenta con una función clasificante, es decir, se encarga de clasificar ciertos actos o normas como propiamente jurídicos o no. Es tarea de la ciencia jurídica poder determinar su objeto de estudio, y valorar si el mismo cumple con las exigencias que se desprenden de su naturaleza. Dicha clasificación tiene que tener como presupuesto los criterios que servirán para catalogar una realidad como jurídica. Alexy sostiene que estos presupuestos se encuentran en el terreno de la moral, que se conecta con el derecho buscando en el mismo lograr la corrección de sus postulados¹⁹².

Sin embargo, el problema de la relación del derecho y la moral, y con ella entre el derecho y el valor puede darse en dos ámbitos: por un lado que el valor, como aquella calificación de lo jurídico como justo o injusto, permita de forma absoluta clasificar normas o actos como jurídicos o como carentes de esta calidad, o por otro lado como un criterio cualificador, es decir, que tienda a calificar al derecho como más o menos perfecto, pero sin quitarle la condición de jurídica a una norma o una acción que se adecúe de forma menos clara a las exigencias del valor¹⁹³, que podría ser la justicia, la seguridad jurídica, la igualdad o cualquier otro.

Sin embargo para Alexy la aproximación de Radbruch supone entender al derecho solo como normas, asumiendo el punto de vista del observador y buscando una conexión definitoria entre el derecho y la moral o lo que debe ser¹⁹⁴. Según Alexy la moral para Radbruch únicamente ayuda a definir lo que es el derecho, sin comprometerse con su acción, lo que hace suponer que piensa que su aportación

¹⁹² Cfr. Alexy, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Madrid, Editorial Gedisa, 2004, p. 32.

¹⁹³ Cfr. *Íbid.*

¹⁹⁴ Cfr. Alexy, Robert, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en *Ratio Juris*, Vol. 2, No. 2, Julio 1989, p. 52.

es limitada. A esto le llama “argumento de la injusticia”. Así pues, de acuerdo con Alexy, la fórmula Radbruch está limitada pues únicamente estudia al derecho “desde fuera”, a los ojos del observador, pretendiendo sólo definir lo que es jurídico, y no comprendiéndolo como una experiencia de participación.

En cambio, Alexy sostiene enfáticamente que la conexión entre derecho y moral debe tender al “argumento de la corrección”. El derecho para Alexy debe comprenderse no como norma, sino como procedimiento. Además, el punto de vista debe ser el del participante, es decir, no de quien sólo estudia al derecho “desde fuera”, sino de quien participa del mismo porque es sujeto normativo destinatario de los criterios deónticos del derecho, así como que el derecho se comprende como un “ideal”¹⁹⁵. A esto Alexy le llama el “argumento de la corrección”, que no sólo definirá al derecho como jurídico, sino que lo calificará y procura cambiar. Sólo el derecho que pretende ser correcto es derecho real y no defectuoso¹⁹⁶.

Sin embargo para Alexy la pretensión de corrección también implica una pretensión de justificabilidad, lo que lo une al pensamiento de Dworkin. El derecho es correcto si puede justificarse e, igual que Radbruch reconoce que “[c]ualquiera que justifique algo acepta, como mínimo, que la otra persona es un igual, al menos en un discurso en el que no ejerce coacción, o que no es apoyado por la coerción que ejercen los otros”¹⁹⁷, siendo entonces la igualdad y el reconocimiento universal del otro como “humano” igual a mí los criterios para establecer la conexión necesaria entre los órdenes jurídico y moral.

3.2 ¿Cómo comprender la verdad ontológica en el derecho? Una aproximación metodológica

Idealmente el derecho positivo, para ser tal, tiene que responder a cuando menos mínimas exigencias de justicia, que será el punto de toque para calificar a una

¹⁹⁵ Cfr. *Íbidem*, p. 53.

¹⁹⁶ Cfr. *Íbidem*, p. 62.

¹⁹⁷ *Íbidem*, p. 66.

prescripción como auténtico derecho desde el punto de vista ontológico. De forma que si aceptamos este discurso; si reconocemos que tanto para el intérprete, como para el destinatario normativo, la razón de su conducta legítima, aun encontrándose expresada en una norma positiva, no tiene su fundamento en ella misma (y que cabe la posibilidad de que la acción prescrita en la norma no sea justa), entonces se puede afirmar que hay prescripciones que son verdadero derecho y otras que no, y por lo tanto sostener que más allá de la mera validez, puede dentro del discurso jurídico hablarse también en términos de verdad o falsedad. Para justificar esto, proponemos una aproximación metodológica a la verdad ontológico-jurídica que pasará por un lado por reconocer al derecho como un campo de sentido, en segundo lugar como un concepto eminentemente analógico, en tercer lugar como una aproximación que debe siempre comprenderse desde el punto de vista del participante, para por último distinguir entre el derecho que existe, el derecho que es y el derecho que es verdadero; todos ellos conceptos distintos entre sí.

a) El derecho como campo de sentido

El derecho es una realidad o fenómeno que puede no sólo pensarse de manera verdadera, sino que es verdadero en sí, pues responde a un ideal o arquetipo ontológico, que nos permite contrastar la manifestación del mismo en la realidad, con aquella idea que configura lo jurídico. O si se nos permite mencionarlo de esta forma, lo dota de sentido. “Ser” es siempre *ser* dentro de un campo de sentido. Aparecer o existir no es suficiente para que pueda predicarse verdad sobre aquello, porque lo falso también aparece, ya que de lo contrario no existiría la posibilidad de predicar la falsedad¹⁹⁸. Por eso se comprende que Radbruch intuyera de nuevo que el derecho que aparezca como extremadamente injusto *no* es derecho, aun cuando exista.

¹⁹⁸ Cfr. Gabriel, Markus. *Por qué no existe el mundo*. México, Editorial Océano, 2016, p. 84.

Que todo lo que “es” existe siempre dentro de campos de sentido significa que el conocimiento sobre la realidad se realiza de manera contextual, no únicamente comprobando la existencia o apariencia de “algo”, sino buscando y comprendiendo la razón por la cual aparece. Esto se enmarca de hecho en el ámbito del lenguaje y de la comunicación, por lo que la veracidad de lo dicho debe tomar en cuenta no sólo la adecuación de esto a la realidad, sino la pretensión de existencia de lo real, es decir, su razón de ser en el ámbito del entendimiento y de la comunicación, porque estos contextos o campos de sentido se comprenden a través del sentido que adquieren para la existencia humana expresada a través del lenguaje. Según Martin Rhonheimer, para poder hablar de verdad o de falsedad debe comprenderse primero el contexto comunicativo en el que se enmarca el discurso, porque sólo comprendiendo como tal esta realidad, el error puede considerarse falsedad¹⁹⁹.

El conocer el contenido y razón de ser del campo de sentido del derecho permitirá que podamos predicar acertadamente que una norma o acto pertenecen o no a él por un esquema de relación. El hecho de que haya ciertos enunciados normativos que no son derecho, no quiere decir que estos no existan o sean falsos. Son, pero no pueden pertenecer a lo jurídico. Son, por decirlo de esta manera, pero son otra cosa. De acuerdo con Markus Gabriel, el problema es que “[n]os equivocamos al situar algunos objetos en campos de sentido inadecuados. El error es también un campo de sentido, lo cual no significa que no exista”²⁰⁰.

Sin embargo, las realidades a las que podemos llamar “jurídicas”, existen en infinitos campos de sentido. Es sin duda tarea del jurista como intérprete el adoptar una perspectiva que pueda dotar de sentido al derecho, y que permita justificar sus elementos como tales, pero sin que estas perspectivas se tornen ni meramente subjetivas, ni presuntamente objetivas, porque esta aspiración (la de la objetividad) no puede lograrse sin tender puentes entre distintos campos de

¹⁹⁹ Cfr. Rhonheimer, Martin. *La perspectiva de la moral: Fundamentos de Ética Filosófica*. Madrid, RIALP, 2000, p. 361.

²⁰⁰ Gabriel, Markus. *Por qué no existe...Op. Cit.*, p. 219.

sentido, y así comprender a una realidad como jurídica, pero también como humana, como lógica, como moral, como útil, etcétera²⁰¹.

El identificar a lo jurídico como un campo de sentido implica más que una tarea acabada, un esfuerzo de interpretación y justificación constante, que en el caso concreto pueda dar razones de la idoneidad de un acto o norma específica para ser considerado como jurídico y por lo tanto como obligatorio, entre otras cosas por estar caracterizado por una apertura por parte principalmente del intérprete o participante a que aquello que conoce tiene una pretensión de verdad que va más allá de lo que aparece, que trasciende el mero fenómeno, porque “[n]ada es sólo tal como lo percibimos, sino algo infinitamente mayor...”²⁰².

Sin duda esto se logra a través de la comunicación de las posibles soluciones o respuestas a la pregunta ¿qué es derecho?, o ¿qué es obligatorio?, o ¿qué es lo que se debe de hacer aquí y ahora? Si no se alcanza un diálogo entre los distintos agentes jurídicos (legisladores, jueces, aplicadores, intérpretes, destinatarios, etcétera) a través de un arribo a razones que justifiquen el sentido de un campo clasificante como el derecho, no se podrá abandonar la mera parcialidad de una perspectiva. Porque este diálogo para llegar a razones universales no se da solamente entre los distintos actores, sino entre diversos campos de sentido. De lo contrario estaremos en presencia solo de razones individuales, y la razón no puede ser nunca solo *mi* razón²⁰³.

Esta razón universal como campo de sentido puede ser buscada y alcanzada sólo a través de un esfuerzo colectivo en el entendimiento mutuo y el descubrimiento de justificaciones aceptables, nunca de la mera voluntad, ni de Dios ni del pueblo, pues en el sentimiento espontáneo o en la voluntad inmediata de quien sea, incluso por unanimidad, “...no hay derecho sino destrucción del derecho”²⁰⁴. El

²⁰¹ Cfr. *Íbidem*, p. 220.

²⁰² *Íbidem*, p. 232.

²⁰³ Cfr. Savater, Fernando. *Las preguntas de la vida*. México, Editorial Ariel, 2012, p. 49.

²⁰⁴ Zagrebelsky, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 100.

hallar un campo de sentido y las relaciones con otros es una tarea eminentemente cualitativa y no cuantitativa; no importa el “cuántos” sino el “qué” y el “cómo”.

Para identificar al derecho como campo de sentido, y como un camino para acercarnos cognitivamente a la verdad *del* derecho, debemos como sujetos buscar razones, bases o fundamentos y justificarlos, y no sólo emitir juicios, que pueden en ocasiones ser apresurados y por lo tanto errados. En el caso del derecho, Zagrebelsky recomienda que se debe tomar consciencia de los principios “...llenos de historia, de significado y de civilización, que están en la base del derecho y lo justifican: la democracia, la libertad, la igualdad, la justicia social, la paz, etc. Son principios que están en los confines y tienen dos caras: una dirigida a la ley; la otra a la cultura en la que está inmerso el derecho”²⁰⁵. El jurista tiene que buscar los confines, y explicar y justificar con base en los mismos el contexto del derecho, que permitirá hablar de verdad en el mismo, por un lado viendo hacia las estructuras lógicas, por el otro mirando la cultura, lo propiamente humano.

b) El derecho desde el método analógico

Una consecuencia de comprender al derecho como campo de sentido es ser consciente de la tarea que supone identificarlo y justificarlo como tal. Sobre todo teniendo en cuenta que habrá realidades, por la intrínseca conexión entre contextos, que pueden llegar a ser más acorde con lo jurídico que otras, o incluso dejar de serlo. Por eso sostenemos que, una vez sentada la base de que el derecho se comprende desde campos de sentido, para arribar a los mismos se debe utilizar un método analógico, que identifique realidades tanto *simpliciter* como *secundum quid* jurídicas, así como los grados de adecuación que pueden concretarse en la práctica respecto de la idea de lo jurídico.

²⁰⁵ *Íbidem*, p. 101.

Lo contrario a la analogía es la univocidad, pero el derecho no es unívoco, es decir, no es un término que pueda atribuirse a una única realidad. Por el contrario, es un concepto que se configura como un fundamento de semejanza para distintas realidades que pretenden ser consideradas como tal, y al que se llega por proporción. Si existe una idea o exigencias propias de lo jurídico, las distintas realidades (normas o actos) que buscan en la práctica ser catalogadas como jurídicas participan en mayor o menor medida de la idea o fin. Pero éste debe poseer una identidad clara para que pueda hacerse la comparación de los extremos, esto es, entre el ser pleno y el no ser total²⁰⁶.

Lo que hace la analogía es equilibrar, al igual que la justicia, pero un equilibrio proporcional, entre el analogado y la realidad. Por eso no puede ser arbitraria, sino reflejar el orden de la realidad jurídica²⁰⁷. Para tal, es tarea del jurista o intérprete el encontrar y justificar el criterio de semejanza relevante para contrastar las distintas realidades jurídicas²⁰⁸, y poder predicar su mayor o menor adecuación a la misma, es decir, que tanta proporción existe entre ambos extremos.

Pero no podemos comprender únicamente la analogía como la similitud por grados entre una realidad y una idea. De hecho lo más relevante para esta metodología es el la comparación y búsqueda de semejanzas entre diversas realidades o campos de sentido. La analogía es tender puentes procurando una mejor y más justa comprensión de la realidad, de lo que es más conveniente en un caso concreto conociendo de la mejor manera posible las realidades implicadas.

La analogía busca separarse de dos extremos y lograr un equilibrio entre ambos: de la univocidad, es decir, la que designa igual a todos sus referentes, y de la equivocación, que los designa de manera totalmente diferente. En un mundo en el que no es posible la univocidad en todos los campos, recurrir a la analogía procura un

²⁰⁶ Cfr. Cayetano, Tomás de Vio, <<De nominum analogía>>, en Igual Luis, Vicente, La analogía, Barcelona, Editorial PPU, 1989, p. 134, párr. 87.

²⁰⁷ Cfr. Beuchot Puente, Mauricio. *Filosofía del Derecho, hermenéutica y analogía*. Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2006, p. 161.

²⁰⁸ Cfr. *Íbidem*, pp. 107-110.

equilibrio entre la absoluta claridad interpretativa y la completa oscuridad de lo equívoco. Así la analogía, junto con las otras dos, es una forma de significación que busca la proporción entre conceptos y sentidos²⁰⁹.

El derecho se puede predicar de muchas realidades, o más bien, hay muchas realidades susceptibles de ser predicadas como derecho. Pero el razonamiento analógico buscará una acepción principal que sea común a todas, algo que les haga compartir la naturaleza jurídica²¹⁰. Si bien existe la ley, los principios, las sentencias, etcétera, y todas en principio son jurídicas, el derecho no se reduce a esas estructuras. De hecho, la metodología analógica no puede responderse sólo en términos lógicos, porque las similitudes o diferencias de las distintas realidades tienen su base en el ser de las mismas, no en su estructura formal²¹¹.

De acuerdo con Brian Bix, al sostener que una realidad es acorde con un concepto, se deben de evaluar los méritos que la misma posee para poder justificar su participación del mismo, y esto se hace de manera analógica, porque en estos terrenos no experimentales los conceptos tipo “derecho” o “justicia” no son falseables. Es necesario por tanto identificar las razones y los propósitos que una determinada realidad posee, es decir, cuál es su pretensión, para ver en qué grado la cumple. Una norma pretende por regla general ser obligatoria o al menos influir en la conducta de sus destinatarios; pero debe haber razones por las que sea obligatoria, y como no puede ser falseable en el sentido de univocidad, su contenido y forma se deben de contrastar con el arquetipo de lo jurídico. El problema siguiendo a Bix del juzgar la naturaleza de conceptos de este tipo es que al acercarnos al fenómeno del derecho es que no se establecen con claridad los propósitos y razones por las cuales se sostiene que una realidad es jurídica. Sin

²⁰⁹ Cfr. Beuchot, Mauricio. *Hechos e interpretaciones; Hacia una hermenéutica analógica*. México, Fondo de Cultura Económica, 2016, p. 105.

²¹⁰ Cfr. Massini Correas, Carlos I. *Filosofía del Derecho, Tomo I*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005.

²¹¹ Cfr. Schauer, Frederick. *Pensar como un abogado*. Madrid, Marcial Pons, 2013, p. 114.

razones que justifiquen no se puede evaluar el mérito de la adecuación de una realidad a un concepto, lo que dificulta la labor analógica²¹².

Por lo tanto, que el derecho sea verdadero desde la perspectiva ontológica quiere decir que el derecho puede existir de distintas maneras, y que habrá grados de menor o mayor juridicidad. En cuanto la manifestación práctica del derecho se apegue de mayor manera al arquetipo de lo jurídico, podrá hablarse de que es una representación más plena o auténtica del mismo. Esto se puede sostener, porque las normas, sentencias o hechos jurídicos que mejor respondan a estos criterios serán aquellos que estén mejor justificados, y que puedan crear una convicción *razonada* de su obligatoriedad. De acuerdo con Carlos Cossío, “[e]ste ser ontológico [del derecho] (...) es el plexo de valores jurídicos que preside la justicia. Y, si la verdad está fundada en algo, esto quiere decir que el horizonte de la verdad jurídica está demarcado por la justicia como fundamento”²¹³; pero una justicia que pueda comprenderse por su razonabilidad.

c) Punto de vista del participante

Por lo tanto, sostenemos como tercer escalón metodológico para la evaluación de la verdad ontológica del derecho, que esta es posible sólo cuando la perspectiva desde la que se realiza es la del participante y no la del observador. Recordemos que ya Alexy al hablar del “argumento de la corrección”²¹⁴ sostuvo esta premisa. Que del derecho no se puede hablar como un agente externo, sino como un participante, no sólo de quien crea el derecho, sino también del que es destinatario, de quienes estamos obligados por él, independientemente del sistema concreto que rija las acciones, porque entonces será de interés de todos

²¹² Cfr. Bix, Brian H. *Jurisprudence...Op. Cit.*, pp. 14-15.

²¹³ Cossio, Carlos. *Teoría...Op. Cit.*, p. 194.

²¹⁴ Cfr. Alexy, Robert, “Sobre las relaciones... *Op. Cit.*, p. 52.

que lo que se dice derecho verdaderamente lo sea; que procure la igualdad y reconozca las exigencias comunes derivadas de la humanidad de todos²¹⁵.

Incluso debemos cuestionar la mera posibilidad de que se acepte que al derecho se lo pueda estudiar o analizar desde una perspectiva externa o de observador, porque en realidad todos estamos implicados e interesados en el contenido prescrito por cualquier norma jurídica, aun cuando no nos aplique de manera directa. Si la perspectiva es la del participante, el grado de relevancia que tiene hablar de la verdad ontológica en el derecho se incrementa, porque se comprende a un objeto que no es externo ni irrelevante para nadie y que por lo tanto su creación e interpretación tendrá necesariamente que tomarse en cuenta basado en el principio de igualdad a todos los implicados. De esta forma, el reconocer este punto de vista es en sí mismo un criterio que nos acerca a dilucidar un elemento *simpliciter* que hace al derecho ser derecho.

En torno al tema de la autoridad (es decir, qué normas son obligatorias) John Finnis distingue entre aquellas visiones que tratan a una norma específica como obligatoria no sólo para otros, sino también para ellos mismos (S₁), esto es, la visión del participante. Sin embargo identifica que hay posturas (S₂) que ven a las normas como autoritativas para otros, pero en este caso son historiadores, sociólogos, etcétera (que sostenemos, en sí mismos siguen siendo participantes), o las visiones S₃ que son aquellas que sostienen la autoridad de una norma no por la relación que tenga con ellos mismos ni por las actitudes de otros frente a ellas, sino para describir la postura S₁, pero sin emitir juicios de valor sobre la misma. Sería el punto de vista del “experto imparcial”²¹⁶.

Sin embargo, reafirmamos que independientemente de la manera en la que uno hable del derecho o del fenómeno normativo, está necesariamente implicado en el mismo, o al menos con la potencialidad de estarlo directamente. Por eso más

²¹⁵ Cfr. Bix, Brian H. *Jurisprudence...Op. Cit.*, p. 152.

²¹⁶ Cfr. Finnis, John. *Natural Law ...Op. Cit.*, pp. 234-235.

adelante el mismo Finnis reconocerá a la visión S_1 como la mejor para explicar la autoridad del derecho²¹⁷, y el mismo Hart enuncia la diferencia entre el observador y el participante, pero desde el punto de vista de si alguien en específico acepta o no determinadas normas. El observador sólo se interesa por estudiar hábitos de conducta, pero su aproximación no es realmente jurídica porque no atiende a cuestionarse ni sobre las razones ni sobre las funciones de las normas en la vida de sus destinatarios²¹⁸. El participante es aquel que acepta las reglas no por el temor al castigo, sino porque las considera obligatorias por su propia existencia²¹⁹ y se involucra con las mismas. Es realmente el interesado en que el derecho sea verdaderamente tal, no conformándose con que el mismo aparezca, sino porque su contenido es aceptable.

La distinción entre el observador desvinculado y el participante activo está presente en la idea misma de verdad. No es lo mismo acercarse a la misma de una manera externa, que involucrarse en el proceso de conocimiento, porque de hecho la única forma de conocer es esta última. Destaca al respecto la distinción que hace John H. Newman en torno al asentimiento nocional y el asentimiento real. Asentir significa aceptar una proposición como verdadera, pero esto puede hacerse de manera nocional, es decir, únicamente aceptando teóricamente los postulados de un enunciado, o en nuestro caso de una norma, como si fuera únicamente (si eso es posible en el ámbito jurídico), un observador, pero sin involucrarse en el proceso cognitivo, o la actitud de asentimiento real que por supuesto implica la aceptación teórica, pero la lleva también a la práctica²²⁰. Como creadores o destinatarios normativos puede no haber un asentimiento nocional, pero siempre estaremos obligados por aquellas normas que se prueben como verdaderas y por lo tanto cuya obligatoriedad esté justificada. En todo caso, como el participante es el interesado en ser tratado justamente, será también el

²¹⁷ Cfr. *Íbidem*, p. 236.

²¹⁸ Cfr. Hart H.L.A. *El Concepto...Op. Cit.*, pp. 111-113.

²¹⁹ Cfr. Rodríguez, César, "Teoría del Derecho y decisión judicial; En torno al debate entre H.L.A Hart y R. Dworkin", en *La decisión judicial; El debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Editorial Siglo del Hombre Editoriales, Universidad de los Andes, 2002, p. 31.

²²⁰ Cfr. Athié, Rosario, "El asentimiento en J. H. Newman", en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, Universidad de Navarra, No. 141, 2001, pp. 8 y 34.

promotor de normas y conductas justas, que para ser tales tienen que tomar en cuenta a todos y ser racionales.

Porque además hay que tomar en cuenta que la justicia, como característica comprobable del derecho verdadero no tiene que ver sólo con instituciones, sino con las conductas y la vida de las personas, quienes estamos capacitados –y en eso consiste ser participante- para razonar y criticar las propias y decisiones y las de otros²²¹. La verdad en el derecho, o el derecho verdadero se alcanza como tarea conjunta a través de estos esfuerzos que tienen como presupuesto el que unos son mejores que otros. Por lo tanto, el camino hacia la verdad como participantes, se debe de dar siempre en contextos comunicativos donde todos los implicados sean considerados, y donde se pueda corroborar permanentemente los avances o retrocesos que se logren, pero siempre dando razones de los mismos.

d) La verdadera existencia, la verdadera esencia y la verdadera verdad del derecho

Por último, la tarea conjunta de aceptar y procurar la verdad en el derecho debe tomar en cuenta la diferencia que existe entre el derecho que existe, la esencia verdadera de lo jurídico y la verdadera verdad del derecho. Aun cuando esta distinción parezca complicada, explicaremos la misma dando cuenta del significado de cada una de estas tres variantes de aproximación al tema de la verdad.

En los objetos ideales, la esencia equivale a la existencia y viceversa. Todo lo que se predica de un triángulo es esencial a este, y existe en cuanto tal. Pero el derecho no es un objeto ideal. Aun cuando no haya un ente concreto al que podamos llamar “derecho” sin más, el concepto de juridicidad no se agota en la mera idea, sino que tiene que manifestarse en situaciones concretas. Podemos

²²¹ Cfr. Sen, Amartya. *La idea de la justicia*. México, Editorial Taurus, 2013, pp.19 y 209.

sostener por tanto que el derecho es un objeto cultural, donde la razón de existencia y la de esencia están disociadas. Pero la razón de verdad tiene que ver con ambas. A estos tres tipos de razones se le llama la “triplicidad de la razón suficiente”²²².

Las cosas en general, entonces, y en específico el derecho puede por un lado, existir, pero además ser o no verdadero²²³. Cada una de estas razones epistemológicas; la verdadera esencia, la verdadera existencia y la verdadera verdad, deben ser tomadas en cuenta para saber que no todo lo que aparece, es o existe es por ese mismo hecho verdadero. La verdad referida al plano de lo ontológico nos desafía a pensar y argumentar acerca de la comprensión adecuada de lo que aparece dentro del contexto de sentido que lo define, para ser verdadero, lográndose esto para el caso del derecho, a través de la constatación de la ausencia de arbitrariedad como elemento definitorio por la fuerza de convicción que los argumentos sobre lo jurídico generen al referirse a su objeto.

Por un lado, el derecho como fenómeno cultural puede existir, y esto significa que se puede constatar por lo sentidos o intelectualmente que hay un objeto que tiene entidad en la realidad. Sin embargo, la mera existencia no basta porque, como ya se decía, todo lo que existe tiene una razón de ser y responde a una esencia. Esto puede comprobarse por la mera posibilidad del error o la equivocación, es decir, la actitud o perspectiva epistemológica que considera verdadero a lo falso, por lo que el acto de conocimiento debe responder o preguntarse continuamente por la esencia, por el campo de sentido de pertenencia, para ser verdadero. Pero se debe de ir más allá, porque la razón de verdad está presente tanto en el ámbito de la existencia como en el de la esencia. Para el ser humano como creador, destinatario e intérprete normativo la razón de verdad en el derecho se manifiesta en sus elecciones y, en específico, a través de la justificación que estas le merecen, que será una verdadera justificación sólo si se asienta en una

²²² Cfr. Cossio, Carlos. *Teoría...Op. Cit.*, p. 208.

²²³ Cfr. *Íbid.*

estimación de justicia que tanto individual como, sobre todo, colectiva o socialmente, otorgue una fuerza de convicción a las personas, que vaya más allá de los intereses y la arbitrariedad, para actuar de acuerdo a ella²²⁴.

El derecho positivo; las normas o leyes creadas por el hombre en contextos sociales, para ordenar la convivencia y procurar la justicia, pero también las sentencias e incluso la doctrina jurídica existen en el ámbito de la técnica, pero con fines que van más allá de la misma²²⁵. Deben de responder a la esencia de lo jurídico para que se pueda juzgar su contenido, que es realmente jurídico al comprobar la fuerza de convicción que genera en los destinatarios, es decir, en los participantes. Así, la verdadera verdad del derecho no se comprueba a través de la esencia de ideas que pueden llegar a ser arbitrarias y poco útiles, sino que deben de tener como fundamento y sustento un reconocimiento auténtico por las personas a las que, en circunstancias de igualdad, debe servir y aplicarse el derecho.

En resumen, se ha comprobado que es factible hablar de verdadero y de falso derecho, pero siempre que la aproximación al tema se haga desde el ámbito de la ontología y no únicamente de la lógica, lo que nos lleva a sostener que como objeto de la teoría jurídica, pero también de la práctica, el derecho se configura en como campo de sentido, que debe corroborarse como contexto en el análisis de las distintas situaciones o conductas que se pretenden como jurídicas, para juzgar y justificar su contenido obligacional cada vez de mejor manera, recordando que el derecho se estudia analógicamente. Pero el punto de toque a nuestro juicio para poder hablar de verdadero derecho, con los efectos que esto implica, es el del reconocimiento del participante en el mismo, es decir, desde una posición antropológica que dará cuenta, no sólo de la existencia o de la esencia de lo jurídico, sino de la verdadera verdad o fin que justifica tanto la existencia como la esencia del derecho: el ser humano.

²²⁴ Cfr. *Íbidem*, p. 214.

²²⁵ Cfr. George, Robert P. *Entre el derecho y la moral*. México, Porrúa, 2010, p. 170.

CAPÍTULO IV

A LA VERDAD DEL DERECHO DESDE LA ANTROPOLOGÍA

A la verdadera verdad en el derecho; aquella que supera la mera existencia de algo que pretende serlo, se llega a través de la antropología. Queda claro que si el camino hacia la verdadera juridicidad se transita por el reconocimiento del participante en el mismo, se debe de procurar conocer quién es este, no sólo desde un plano social o histórico, sino filosófico. Una forma de dilucidar las obligaciones que se desprenden en general para la sociedad con fundamento en el “ser” y en el “existir” humano es preguntándose por la naturaleza y las razones de la humanidad y de cómo el desarrollo de la misma se logra como parte de un campo de sentido intersubjetivo que amplía sus horizontes de lo meramente individual a lo social.

Sin duda este tema debe resultar “interesante” para el jurista y para toda persona que participe en el contexto jurídico, en el sentido de la palabra, no de fascinar o encantar al mismo, sin por las implicaciones que tiene como un “inter-essere”; algo por lo que se debe de pasar para ser nosotros mismos. El derecho por lo tanto no puede quedar indiferente a nadie, ya que al reconocerse uno como ser humano, al decir “yo”, se dice también “yo debo”²²⁶. Puede afirmarse que el hombre es un ser encaminado al cumplimiento de deberes, que tiene que reconocer en la convivencia con los otros. Por eso una aproximación poética al fenómeno jurídico, despreocupada del contenido obligacional referido a la naturaleza humana no da respuestas claras a la pregunta sobre el ¿qué debo hacer?

Para desarrollar esta línea argumentativa y poder enfrentar la pregunta, junto con Sergio Cotta, sobre el por qué en el hombre, y sólo en el hombre, se da esta dimensión del deber ser²²⁷, este capítulo se propone por un lado justificar la

²²⁶ Cfr. Brague, Rémi. *¿A dónde va la historia?* Madrid, Ediciones Encuentro, 2016, pp. 44-45.

²²⁷ Cfr. Cotta, Sergio. *Justificación y obligatoriedad de las normas*. Madrid, Editorial CEURA, 1987, p. 158.

idoneidad de recurrir a la antropología para arribar a la verdad ontológica en el mismo, distinguiendo entre una antropología social y una filosófica, para después analizar las aportaciones que ha tenido al tema el concepto de la *Humanitas romana*²²⁸. La aportación de la antigua Roma al tema, basándose en concepciones filosóficas griegas, permitió tomar en cuenta el tema a cabalidad refiriéndolo a lo jurídico, por lo que puede considerarse a la *Humanitas romana* como el primer referente de la “humanidad” como fuente de deberes; de allí su importancia.

Además, estudiaremos el pensamiento del iusfilósofo español Jesús Ballesteros, quien retoma el concepto de *humanitas* desde la perspectiva del humanismo contemporáneo basado en la fenomenología, principalmente en Heidegger, con el fin de analizar las aportaciones de pensamiento actual a la reflexión sobre la ontología jurídica y su vínculo con el ser humano. La filosofía jurídica de Ballesteros tiene primordialmente como finalidad la recuperación del sujeto para el derecho, por lo que sostenemos que su teoría es sin duda importante para enriquecer el debate sobre la relación entre verdad y derecho con fundamento antropológico. Así, el análisis de estas ideas permitirá fincar las bases para un desarrollo intelectual permanente sobre las importantísimas preguntas que se desprenden del tema de la humanidad.

4.1 A la verdad en el derecho desde la antropología

Se adelantaba ya en el capítulo anterior que ciertos autores, en específico Alexy, comienzan a reconocer el hecho de que el derecho necesariamente debe servir al hombre, por lo que sus contenidos deben estar ligados a esta vocación en la medida de lo posible para ser realmente jurídicas. El jurista, de acuerdo con Francesco D’Agostino no habla sólo sobre derecho sino –sobre todo- del ser

²²⁸ Para los fines de este trabajo, tanto el término de “Humanitas romana” como el de “Humanitas” se utilizarán indistintamente. Si bien algunos autores como Schulz se inclina por la primera de las acepciones, pues la ubica dentro del contexto histórico en el que fue acuñada, en general la doctrina entiende que al hablar de “Humanitas”, se está haciendo referencia al concepto y contenido que los romanos tenían de la humanidad.

humano²²⁹, pues de los intereses, necesidades y exigencias que se desprendan del análisis antropológico que emprenda, dependerá la concepción que tenga del derecho, y su idoneidad como instrumento para la regulación de las conductas humanas.

La crisis del positivismo jurídico, hecho que ha servido como referente en este trabajo para cuestionarnos seriamente sobre la verdad del derecho, es un síntoma del anhelo que existe entre la comunidad jurídica en general de la necesidad de considerar al ser humano, a través del reconocimiento de sus derechos, como centro en el panorama de lo jurídico, pues sólo si las normas lo reconocen y toman en cuenta serán auténticamente válidas.

4.1.1 Por qué la antropología

El derecho regula las conductas y relaciones del ser humano, y puede hacerlo a través de distintas estructuras y con diversos contenidos; éstas tendrán como finalidad otorgarle certezas a los destinatarios normativos sobre los efectos o consecuencias de sus conductas, pero serán realmente obligatorias o al menos de manera plena, si responden a las exigencias del ser humano, y pueden ser comprendidas y aceptadas por los mismos. La verdad ontológica de lo jurídico, es decir, comprender lo que el derecho es, tiene, por esta misma razón, un contenido antropológico primordialmente.

Como sostuvo el renombrado filósofo Max Scheler, no ha habido otra época en la historia donde las opiniones sobre la esencia y el origen del hombre hayan sido más inciertas, imprecisas y múltiples. El hombre es íntegramente problemático, porque no sabe lo que es, pero es consciente de esta situación²³⁰, que genera retos para quienes como nosotros nos queremos acercar a su estudio para fundamentar lo jurídico. Al hombre puede vérselo desde un punto de vista

²²⁹ Cfr. D'Agostino, Francesco. *Filosofía del Derecho*. Bogotá, Editorial Temis, 2007, p. 1.

²³⁰ Cfr. Scheler, Max. *La idea del hombre y la historia*. Buenos Aires, Editorial La Pléyade, 1982, p. 10.

teológico, filosófico, o científico, lo que supone que no poseemos una idea unitaria del mismo²³¹.

Los desafíos históricos que se nos plantean desde esta perspectiva antropológica, se agravan al haberse perdido el interés por conocernos y sobre todo por autoconocernos, lo que ha repercutido en el ámbito moral y jurídico²³². Si se dan estos datos por supuesto, puede comprenderse por qué se ha abandonado también la perspectiva del conocimiento ontológico de lo jurídico, y relegado su existencia únicamente al ámbito formal. La antropología es, por lo tanto, una vía para el conocimiento de la verdad ontológica del derecho.

Partamos, por lo tanto, de algunos presupuestos antropológicos para justificar la necesidad de remitirnos a los mismos para lograr nuestros objetivos. Definir lo que es el “ser humano” ha sido desde siempre problemático. Distinguir a la especie humana de los animales y otros entes ha supuesto un reto que ha llevado a autores como Aristóteles, a proponer la conocida distinción entre el alma vegetativa, la sensitiva y la racional para considerar al hombre como un ser racional²³³.

Sin embargo, la mera racionalidad no puede comprenderse como fundamento para la definición de lo humano sobre todo en el ámbito de lo jurídico. Es a nuestro juicio atinada la propuesta de Ernst Cassirer, quien sostiene que el ser humano es un ser simbólico. Son los símbolos que adoptamos de manera racional los que nos hacen ser humanos, pero no los símbolos en sí mismos, sino comprendidos a través de su significado y finalidad. Una mera señal carente de significado, o solamente física no agota las necesidades de lo humano²³⁴. Somos seres que buscamos el sentido, y que a través del lenguaje construimos sistemas de

²³¹ Cfr. Scheler, Max. *El puesto del hombre en el cosmos*. Buenos Aires, Editorial Losada, 21ª Edición, 1997, p. 24.

²³² Cfr. Cassirer, Ernst. *Antropología filosófica*. México, Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición, 2012, pp. 43-44.

²³³ Cfr. Aristóteles, *Tratado del alma (De anima)*. México, Espasa-Calpe, 1944, III, 414b, p. 109.

²³⁴ Cfr. Cassirer, Ernst. *Antropología...Op. Cit.*, p. 55 y 57.

significado comprensible, que permiten que nos comuniquemos y justifiquemos nuestras acciones en el ámbito tanto espacial como temporal.

El ser humano como agente que conoce, se distingue y define por la capacidad que tiene de no ser únicamente un espectador pasivo de la realidad sino, de acuerdo con Emmanuel Lévinas, convertirse en actor e involucrarse en el proceso del conocimiento y la significación, dando un sentido a lo que percibe a través de la creación de objetos culturales, como es el derecho²³⁵. Que el ser humano se involucre en el proceso epistémico, quiere decir que es un participante y no sólo un observador que dota de significado a la realidad y a su expresión, pero no lo hace solo, sino como sujeto social, quien, como sostiene Axel Honneth, debe de poder reconocer en primera instancia al otro como igual y ser capaz de comprender su perspectiva, para posteriormente conocer y otorgar significado a lo que conoce²³⁶.

El derecho es un sistema cultural de sentido, que ordena las conductas del hombre que vive en sociedad para la consecución de fines que son propios del mismo hombre y como tal puede ser cognoscible, pero para determinar su verdad como tal, y no sólo su existencia, debe conocerse lo que es el ser humano como sujeto del mismo. No puede pretenderse conocer al hombre de manera absoluta, porque se le pierde de vista. Como universos de significado, los seres humanos, de acuerdo con Karl Jaspers, somos más de lo que podemos saber de nosotros mismos. Por eso el reto filosófico que implica la antropología es la de pugnar por la auténtica humanidad en una comunicación sin condiciones procurando poder direccionar sus acciones con sentido²³⁷.

El ser humano necesita insumos para existir con sentido. El conocerse a sí mismo y reconocer al otro como un igual son elementos indispensables de esta

²³⁵ Cfr. Lévinas, Emmanuel. *Humanismo del otro hombre*. Madrid, Caparrós Editores, 2ª Edición, 1998, p. 26.

²³⁶ Cfr. Honneth, Axel. *Reificación; Un estudio en la teoría del conocimiento*. Madrid, Editorial Katz, 2007, *passim*.

²³⁷ Cfr. Jaspers, Karl. *La filosofía*. México, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 63 y 118.

comprensión proporcionados por la antropología. Si tomamos en cuenta que el ser humano es el único ente que puede aburrirse, entendiendo por esto la lejanía del sentido al sólo ver el paso del tiempo, de ello se desprende que es un rasgo propio del humano el estar en un proceso continuo de búsqueda de significado o sentido, que encontrará en sí mismo, y en su relación con los otros²³⁸.

Los fundamentos del derecho son por esta razón antropológicos y, a través de ellos puede comprenderse la esencia de lo jurídico como fenómeno humano. Los desafíos que nos hemos planteado para descubrir la razón verdadera del derecho pasan por averiguar lo que es el ser humano y sus contextos de sentido. Pero para describir “lo humano” puede recurrirse tanto a argumentos científicos o positivos, como filosóficos. Por esta razón, en el siguiente apartado distinguiremos entre las dos principales aproximaciones antropológicas modernas, con miras a descubrir, en la medida de lo posible la unidad buscada para lo humano.

4.1.2 Antropología: positiva o filosófica

a) Antropología positiva

La antropología puede estudiarse desde una perspectiva positiva o desde una filosófica. La primera es reflejo del pensamiento de la Ilustración a finales del siglo XVIII, como respuesta a la inquietud del racionalismo secular por concretar su proceso de emancipación, al concebirse como parte de la humanidad, pero sobre todo nos estamos refiriendo al inicio de la antropología científica y la cultural, como consecuencia de lo primero. La inquietud surgida en aquella época trataba ante todo de aclarar la cuestión del origen de la humanidad y las diferencias, por un lado entre las distintas razas humanas, pero también con otras especies animales²³⁹, prescindiendo de la hipótesis de Dios que había caracterizado las aproximaciones anteriores. La antropología anterior a esta época se fundó en la

²³⁸ Cfr. Safranski, Rüdiger. *Tiempo; La dimensión temporal y el arte de vivir*. Barcelona, TusQuets Editoriales, 2017, p. 35.

²³⁹ Cfr. van Dülmen, Richard. *El descubrimiento del individuo 1500-1800*. Madrid, Siglo XXI Editores, 2016, p. 88-89.

trascendencia ontológica de la *ratio*; ahora la diferencia que se busca para distinguir al ser humano del animal es de grado, no de esencia²⁴⁰.

A esta nueva aproximación se le conoce como etnografía o etnología, por estudiar las costumbres de los pueblos humanos. Su auge se debió además de los factores ya apuntados, a que se ampliaron los dominios coloniales y las expediciones de investigación, pues esto supuso un encuentro entre el hombre europeo con otros grupos humanos catalogados en aquel momento como “salvajes”. Algunos llegaron a ver en estas personas la manifestación propia, más natural e incorruptible de lo humano²⁴¹.

La antropología social o etnología hunde sus raíces además en la sociología positivista de Comte, al proponer el estudio de la cultura humana de acuerdo a sus manifestaciones concretas, y juzgando como criterio de las mismas el alcanzar un estado de ciencia positiva, a través del progreso. Ver a otros pueblos es una forma de describir dicho progreso, y de comprender las formas en que la cultura humana se presenta en otras sociedades. Al antropólogo le asombra la variedad de formas de vida que existen, y procura traducir los significados de sus sistemas²⁴².

Hay que recordar que para Comte, debido a la naturaleza misma del espíritu humano, cada rama de nuestro conocimiento pasa por tres estados distintos: el teleológico o ficticio, el metafísico o abstracto y por último el científico o positivo. El sentido de la evolución y, por lo tanto del estudio de las costumbres y sistemas de distintos grupos humanos, es el progreso, que se alcanza de manera cuantitativa hasta llegar al último escalafón²⁴³. Para la antropología social, el ser humano está definido por su lugar en la escala del progreso, no siendo ya el “centro” del conocimiento, sino sólo un eslabón más. Sin duda la revolución darwinista influye

²⁴⁰ Cfr. Ibáñez Langlois, José Miguel. *Introducción a la antropología filosófica*. Pamplona, EUNSA, 1980, pp. 90, 91 y 106.

²⁴¹ Cfr. van Dülmen, Richard. *El descubrimiento...Op. Cit.*, p. 91.

²⁴² Cfr. Leach, Edmund, “Antropología”, en Barker, Paul. *Las ciencias sociales de hoy*. México, Fondo de Cultura Económica, 1982, pp. 26- 31.

²⁴³ Cfr. Comte, Augusto. *La filosofía positiva*. México, Editorial Porrúa, 1979, p. 22.

de una manera clara en este desarrollo pues para concebir lo humano particularmente desde el darwinismo social, se debe de tomar como punto de referencia el tema de la evolución y la “supervivencia del más apto”²⁴⁴. Este extremo es claramente peligroso, pues las bases para definir la fuerza o adaptación de los individuos o grupos y por lo tanto su calidad de “humanos” se puede prestar a abusos.

Por otro lado, para Émile Durkheim, antropólogo social discípulo de Comte, la etnología se enfoca en descubrir de forma positiva y científica la unidad del espíritu humano utilizando como método la observación de sus prácticas sociales, con el fin de demostrar la identidad relativa de la evolución humana. De hecho sostiene que los primeros ensayos de esta sistematización explicativa se hicieron con fenómenos jurídicos, preguntándose por su generalidad y los efectos que causan las distintas formas de expresión normativa en diversos pueblos y culturas²⁴⁵. De hecho Durkheim ha postulado como parte de su teoría que los factores explicativos de los distintos modos de pensar y concebir la realidad de un pueblo, se encuentran en la organización social del mismo²⁴⁶, de la cual el derecho es un reflejo indiscutible. Debe comprenderse al hombre, y con él al derecho, por la manifestación práctica de las estructuras sociales que se encuentran en una cultura, porque los sistemas ejercen un poder coercitivo sobre el individuo. La relación entre el individuo y la sociedad, a través del sistema es, para Pocock, el objeto de estudio de la antropología social²⁴⁷.

²⁴⁴ El darwinismo social es aquella interpretación de la teoría de Charles Darwin sobre la evolución para aplicarla a esquemas sociales y ya no sólo naturales o científicos. Cfr. Lema Añón, Carlos, “El darwinismo social en la historia de los derechos”, en Ansuátegui Roig, Francisco Javier, *et. al* (coords.). *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid, Universidad Carlos III, 2007, pp. 1080-1083. Consultado el 26 de junio de 2017 en el sitio Web:

<https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9049/darwinismo_lemma_2007.pdf>

²⁴⁵ Cfr. Durkheim, Émile. “Sociología y ciencias sociales”, en *Las reglas del método sociológico y otros escritos*. Madrid, Alianza Editorial, 2002, pp. 284-286.

²⁴⁶ Cfr. Alpert, Harry. *Durkheim*. México, Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición, 1986, p. 67.

²⁴⁷ Pocock, D. F., *Antropología Social*. Barcelona, Editorial Herder, 1964, p. 53 y 135.

La antropología social se constituye por lo tanto como una forma de acercarse al fenómeno “humano” pero estudiándolo desde fuera, como objetos de análisis de un observador que intenta descubrir patrones y sistemas en el comportamiento y costumbres humanas, pudiendo valorar como mejores o peores cada una de ellas. Justamente porque se hace desde “fuera”, la antropología social o positiva resulta insuficiente para descubrir lo común en la humanidad, ni para ser fundamento último en la búsqueda del origen de los deberes que se desprenden de la misma.

b) Antropología filosófica

Pero la antropología comparte fronteras comunes con la filosofía y la lógica²⁴⁸. Pretender estudiar al hombre y el fenómeno humano únicamente desde la descripción de las costumbres o sistemas de un pueblo específico, deja de lado otros factores que permiten abordar lo que hay de común entre todas las personas, sus fines y orígenes, más allá de la mera evolución científica o la constatación del progreso. Primordialmente hablamos de la libertad, porque su estudio hace que nuestros esfuerzos desemboquen en una antropología filosófica²⁴⁹.

La antropología filosófica es un conocimiento que tiene valor por sí mismo, ya que se refiere a la vida del ser humano, que no es un medio sino un fin²⁵⁰. No es una mera curiosidad sobre la naturaleza de objetos del medio físico, o de su utilidad para nuestra vida, o únicamente de las particularidades científicas que nos definen y distinguen como especie, ni siquiera de los sistemas que construimos. Hacer antropología filosófica es hacer filosofía, y con ello preguntarnos por lo que hace a lo humano ser precisamente humano, y el significado práctico que lo mismo debe de tener. No basta, pues, con la constatación científica de datos; estos deben complementarse a través de la reflexión crítica sobre lo que se conoce, con una

²⁴⁸ Cfr. Leach, Edmund, “Antropología... *Op. Cit.*, p. 31.

²⁴⁹ Cfr. Frondizi, R., *Introducción a los problemas fundamentales del hombre*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 307.

²⁵⁰ Cfr. *Íbidem*, p. 309.

tendencia a hacerlo universal, porque los enfoques parciales que se deriven de la percepción, jamás podrán darnos una imagen unitaria del hombre²⁵¹.

Y como el hombre no sólo es sino que también actúa, la antropología filosófica se pregunta por lo que puede y debe hacer el ser humano, designando además una tendencia fundamental de la posición actual del hombre frente a sí mismo. Es interesante esto que sostiene Martin Heidegger y que complementa enfatizando que "...la antropología no busca sólo la verdad acerca del hombre, sino que pretende decidir sobre el significado de la verdad en general"²⁵². Por eso cuestionarnos sobre la naturaleza humana; sobre el arquetipo de lo humano, es un camino para constatar, no sólo la esencia del hombre, ni su existencia, sino sobre todo su verdad.

Hacer de un conocimiento del hombre, es decir, de una antropología, un saber filosófico, requiere que podamos trascender los datos particulares del conocimiento humano y nos preguntemos por lo que es común a todos los seres humanos, y no sólo eso, sino qué deberes se desprenden de este *ser* y, por lo tanto, cómo debe ser nuestro comportamiento respecto a los mismos. El conocimiento humano se divide entre lo que está dado y lo construido. Esto último suele ser particular y contingente. La sabiduría debe llevarnos a conocer lo dado, aquello que no ha sido creado por el hombre, sino que le pertenece no en lo individual, sino en comunidad y coexistencia con otros. Y esto porque hay que asumir que la racionalidad de lo construido debe estar justificada por algo fuera de ella misma²⁵³.

Sostenemos que para lograr este objetivo; para a fin de cuentas conocer el arquetipo de lo jurídico como realidad humana, debe mirarse a la antropología, pero con perspectiva filosófica. El ser humano es un ser creador, no únicamente

²⁵¹ Cfr. *Íbidem*, p. 315.

²⁵² Heidegger, Martin. *Kant y el problema de la metafísica*. México, Fondo de Cultura Económica, 1973, p. 175.

²⁵³ Cfr. Cotta, Sergio. *La sfida tecnologica*. Bologna, Società Editrice il Mulino, 1968, p. 166.

porque resuelve problemas, sino porque lo hace a través de un método interpretativo²⁵⁴, que debe fundarse en razones justificadas que permitan aceptar ya sea normas en abstracto, o la aplicación de estas normas, es decir, deberes y obligaciones de comportamiento.

4.2. Humanitas: arqueología de antropología filosófica

La inquietud por fundar el derecho en lo humano no es una idea nueva o moderna. Los vestigios u orígenes de esta exigencia, al menos en lo que al derecho se refiere, se remontan precisamente al considerado el primer derecho del mundo, es decir, el Derecho Romano. Más allá del nacimiento de un sistema ordenado de derecho civil, aparece en aquella época una idea original que pretende fundamentar lo jurídico, y ser su razón de ser: la *humanitas Romana*.

Como ya se anunciaba, intentaremos demostrar en este apartado la relevancia de remitirnos al contenido esencial de este término como criterio para fundamentar la auténtica juridicidad del derecho basada en la consideración, no sólo de las normas, sino primordialmente de la humanidad a la que deben de atender las mismas o sus interpretaciones para verificar no sólo la existencia del derecho, sino su verdad. Para lo cual, el presente apartado se subdividirá en tres. En la primera parte se hará un breve recorrido histórico acercándonos al origen y desarrollo de la *Humanitas romana*; en el segundo el objetivo es hacer patente que el término *humanitas* supone una conciencia de pertenencia o de identidad entre los miembros de la familia humana para en el tercero sostener las consecuencias del tomar en cuenta el concepto, como fundamento o razón para el actuar, es decir, como auténtica fuente de deberes.

4.2.1 Desarrollo histórico

Ubiquémonos entonces en la época de Escipión Emiliano, nieto del famoso cónsul Escipión el Africano, en el siglo II antes de Cristo (*circa* 150 a.C). Escipión

²⁵⁴ Cfr. Frondizi, R., *Introducción a los problemas...Op. Cit.*, p. 408.

Emiliano desde su juventud tuvo una educación con una fuerte influencia griega, e incluso visitó el país en algunas campañas militares. Se hizo pues eco de la filosofía griega y de la concepción de la misma acerca de lo humano, primordialmente a través de la *philantropia*. Aparte de su vida en la política y como militar, que no interesa particularmente para este estudio, pronto Escipión comienza a encabezar un grupo de políticos, filósofos, historiadores y escritores igualmente con inquietudes hacia lo humano, entre los que destacan Polibio, Panecio de Rodas, Terencio, entre otros, y que a la fecha son conocidos como los *escipiones*. Su principal objetivo fue el intentar reconciliar viejas con nuevas costumbres para desentrañar su significado²⁵⁵.

El origen de estas ideas desarrolladas en Roma como derecho, proviene entonces de Grecia, específicamente de la filosofía estoica, heredera de la tradición de los filósofos clásicos (Sócrates, Platón y Aristóteles)²⁵⁶. A diferencia del epicureísmo (placer) y del escepticismo (indiferencia), la filosofía estoica busca contrastar el *nomos*, es decir, la costumbre, con la *physis* (naturaleza), o en otros términos, lo construido con lo dado, buscando lo que es común a toda la humanidad. Esta idea será más tarde adoptada por los jurisperitos romanos, quienes adoptaron la costumbre de seguir la interpretación más beneficiosa para la persona en caso de duda²⁵⁷, pudiendo ser este un antecedente del principio *pro persona*.

Como muchas ideas filosóficas, la de *humanitas* surge por el contraste. En específico por la observación de costumbres diversas entre los distintos pueblos, o entre las del observador y las de pueblos lejanos. Algo de común debía existir ante tales discordancias. Así, la filosofía estoica rechaza una visión nacionalista estrecha, para procurar trascender la concepción política centrada en la *polis* por una tendiente a la *cosmopolites*, o compartida por los distintos pueblos en lo que

²⁵⁵ Cfr. Barrow, R. H. *Los romanos*. México, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 63, y Romero, José Luis. *Estado y Sociedad en el mundo antiguo*. México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 90.

²⁵⁶ Cfr. Buela, Alberto. *Epítome de antropología*. Buenos Aires, Editorial Cultura et Labor, 1993, pp. 22-23.

²⁵⁷ Cfr. Barrow, R. H. *Op. Cit.*, pp. 215-216.

tienen en común. Esta postura se tenía que concretar precisamente en la vida pública a través del ejercicio de la virtud y del deber individual, pero como ideal de convivencia entre todos (ciudadanos o no)²⁵⁸.

Esto se concreta en el deber de reconocer la personalidad de cada individuo, como deber del sujeto y la comunidad en distintos ámbitos, como la familia, los amigos, el Estado, entre otros, y cuyo principal contenido era la conservación de la libertad de esa persona²⁵⁹. El vínculo humano no se reduce ya a manifestarse entre ciudadanos de una misma *polis*, sino como pertenecientes a una comunidad menos estrecha y común a todos, pero sin negar el derecho propio de la *polis*²⁶⁰.

Un ejemplo de los intelectuales ya citados, fue Panecio de Rodas quien en su libro “De los deberes” (*Peri tou kathekontos*) habla ya del deber de los romanos de consultar los intereses de los gobernados, habitantes de las colonias, para establecer políticas en miras a su bienestar, ampliando la perspectiva del propio interés con pretensiones de alteridad. Esto lo dice en contra del pensamiento de Carneades, quien pensaba que existía la justicia natural y que el comportamiento del ser humano está determinado por su propio interés no superable²⁶¹.

Adquiere particular relevancia la aportación del comediógrafo romano miembro de este grupo de intelectuales, Terencio, quien en su obra “El atormentador de sí mismo” (*Heauton Timorumenos*) hace que Cremes le diga a Mendemo (otro anciano propietario de tierras), al darle consejos sobre las mismas y los esclavos, la famosa frase “*Homo sum: humani nihil a me alienum puto*”, o “Soy hombre; y por lo tanto, nada que sea humano me resulta extraño”, demostrando así preocupación por los problemas de su vecino (del otro y de los otros), siendo consciente de su común humanidad y, por lo tanto, de la universalidad de los

²⁵⁸ Cfr. Romero, José Luis. *Estado... Op. Cit.*, pp. 113 y 119.

²⁵⁹ Cfr. Barrow, R. H. *Op. Cit.*, p. 219.

²⁶⁰ Cfr. Romero, José Luis. *Estado... Op. Cit.*, p. 120.

²⁶¹ Cfr. Bauman, Richard. *Human Rights in Ancient Rome*. Abingdon, Routledge Classical Monographs, 2012, pp. 24-25.

deberes que se deben a los semejantes por lo que son y expresando ya un principio básico de los derechos humanos²⁶².

Veían estos personajes una diferencia entre la persona romana y la persona humana (*homo Romanus* y *homo humanus*). Por encima de las virtudes romanas y los deberes de estos frente al Estado fueron puestas, al menos en teoría, por debajo de un deber superior y universal, cuyo contenido se llamó *humanitas*. Este término fue, en la opinión de Oscar Nybakken, el primero en hacer una distinción, posiblemente inconsciente entre el nacionalismo y la humanidad, y sobre la primacía y carácter fundamental de la segunda²⁶³.

Más adelante, en el siglo I A.C, Cicerón realizó la exposición más detallada de la *humanitas Romana* y de la universalidad como idea principal de la misma, proponiendo este jurista dos elementos que contrastaban históricamente para la configuración del contenido del término y que, más que ser irreconciliables, la auténtica composición del mismo suponía un equilibrio entre ambos. Por un lado la *gravitas* o *severitas*, y por el otro la *humanitas* en sentido estricto como manifestación del trato benevolente hacia las personas²⁶⁴. Con el fin de lograr esta armonía, la excelencia humana consistía en la adquisición de la sabiduría para reconocer la verdad a través del conocimiento de las causas y consecuencias de lo real, la templanza como la habilidad de hacer los impulsos y las pasiones obedientes a la razón, y la justicia como el arte de tratar a nuestros semejantes

²⁶² Cfr. *Íbidem*, pp. 26-27, y Terencio, "El atormentador de sí mismo", en *Comedias*, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 81.

²⁶³ Cfr. Nybakken, Oscar E., "Humanitas Romana", en *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, *The Johns Hopkins University Press* Vol. 70, 1939, p. 402.

²⁶⁴ Cfr. Cicerón, Marco Tulio. *Discurso en favor del poeta A. Licinio Arquias*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 1977, p. 31, párr. 31. En este discurso, Cicerón defiende al poeta griego Arquias que reside desde hace varios años en Roma, al que se le acusa de usurpar la ciudadanía romana, por lo que se busca su exilio. Cicerón se refiere a las artes y la poesía para su defensa, así como a la ley *Plauta Papira*. Sin embargo, destaca el hecho de que se refiere primordialmente a su dignidad para lograr un fallo favorable, apelando a la benevolencia de los jueces diciendo "...de tal manera lo recibáis en vuestra protección que parezca que ha sido elevado por vuestra **benevolencia** mejor que ultrajado por vuestra **severidad**" (énfasis añadido). La *humanitas* aquí se logra por lo tanto a través del trabajo y del deber. Esta idea de *humanitas* se encuentra sin embargo primordialmente enunciada en el *De Legibus*, donde Cicerón la reconoce como la forma de expresión de la solidaridad humana que se encuentra en la naturaleza compartida de todos los hombres. Cfr. *De Legibus*, I, 13, 35.

con consideración para lograr la cooperación de todos en el bien común y para atemperar el uso de la fuerza y los castigos²⁶⁵.

4.2.2 *Humanitas*: conciencia de pertenencia e identidad

Así, la palabra *humanitas*, junto con su adjetivo, *humanus*, cuentan con un amplio espectro semántico que da cuenta de su vocación por generar identidad o pertenencia. Por un lado puede referirse a la cualidad de un comportamiento como civilizado y cultural que es inculcado en las personas a través de la educación. Pero también se refiere a un incentivo para hacer lo correcto²⁶⁶, al dar cumplimiento a ciertos deberes que se desprenden del hecho de que el otro es persona, y por lo tanto el trato que debe darse de acuerdo a ciertos parámetros que entren en equilibrio con la “utilidad pública”. En última instancia, este incentivo para actuar se justifica porque al reconocer al otro como un igual, se comprende el sentido de pertenencia de cada persona a la familia humana; una característica que compartimos los seres humanos por hacernos conscientes de esta situación.

El filósofo alemán Richard D. Precht sostiene que la palabra “humanidad”, ciertamente equiparable a la *humanitas* del contexto romano y a la denominación biológica del ser humano como miembro de una “especie”, con la capacidad moral, que es propia del mismo²⁶⁷. Con esta afirmación se vislumbra que en lo humano se encuentra un doble referente: por un lado el aspecto biológico, que describe las características corporales del hombre, y por otro lado un elemento identificador de lo humano, que es la capacidad de actuar conforme a ciertos deberes, pero también la posibilidad de violarlos. Un comportamiento de acuerdo con la *humanitas* supondrá acciones dotadas de un contenido moral y materializadas a través de deberes.

Existen ciertos elementos que compartimos nosotros con otros animales sobre todo del tipo antropoide, como el reflejo emocional provocado por el

²⁶⁵ Cfr. Nybakken, Oscar E., “*Humanitas...* Op. Cit., p. 404.

²⁶⁶ Bauman, Richard. *Human Rights...* Op. Cit., p. 2.

²⁶⁷ Cfr. Precht, Richard D. *El arte de no ser egoísta*. Madrid, Siruela, 2014, p. 68.

comportamiento de otros, o la capacidad de valorar las emociones de otro, incluyendo sus motivos, pero sólo el ser humano puede asimilar en todo su alcance la perspectiva del otro²⁶⁸ y comprender deberes de actuación en un contexto de coexistencialidad hacia cualquier ser humano. Todas estas características definen al hombre, pero sólo la última lo distingue y lo hace capaz de un actuar moral.

Hay que ser conscientes de que para desarrollarnos de manera plena, todos dependemos del respeto de los demás hacia cada uno de nosotros, ya que todos, de cierta manera, insistimos en nuestra dignidad y fama²⁶⁹. Pero para que esto sea posible, se requiere no sólo la expectativa de trato por parte de los otros sino que, en reciprocidad, es necesaria la actuación y cumplimiento de deberes para con los otros, de manera cotidiana. Estos deberes, y sobre todo el contenido de los mismos que por sí mismo será obligatorio y justo es lo que implica la palabra *humanitas*.

Con este término de *humanitas* se quiere dar expresión al sentimiento de dignidad y sublimidad propios de la persona humana que, como ya vimos, tiene características que la distinguen de otras especies. Pero estas diferencias significan obligaciones que suponen la posibilidad para el hombre de construir su propia personalidad, a educarse, en fin, a ver por sus propios intereses, pero también a respetar y favorecer el desarrollo de la personalidad ajena. Recordemos que somos los únicos que podemos entender a cabalidad la humanidad en el otro. Así, de acuerdo con Fritz Schulz, “[q]uien siente estos deberes y lo prueba con los hechos no sólo se llama hombre, sino que lo es, es *humanus*”²⁷⁰.

4.2.3 *Humanitas*: fundamento y razón para actuar

La expresión *humanitas* y los deberes que se desprenden de la misma no deben confundirse con un trato condescendiente y siempre piadoso e indulgente hacia

²⁶⁸ Cfr. *Íbidem*, p. 88.

²⁶⁹ Cfr. *Íbidem*, p. 140.

²⁷⁰ Schulz, Fritz. *Principios del Derecho Romano*. Madrid, Editorial Civitas, 1990, p. 212.

los otros, independientemente de las acciones que hayan realizado. Esto haría que el término perdiera todo contenido jurídico y se apartara de la justicia a través de aparentar una falsa preocupación por los demás. Supondría que los castigos o las consecuencias jurídicas gravosas no serían legítimos por ir en contra de intereses particulares, olvidando la utilidad pública o el bien común, que poseen un carácter más general, y apartándose de la necesaria preocupación que por el otro debe tener toda conducta que quiera ser calificada como “humana”.

De acuerdo con Richard Bauman, incluso desde la época romana, debe aceptarse como legítima una cierta dosis de “malos tratos” o de severidad tanto en el ámbito del contenido normativo, como en la aplicación del mismo siempre y cuando se apegue a la ley, pero llega un punto en que el equilibrio se rompe y los tratos que pueden infringirse a una persona se vuelven *inhumanitas*. El problema consiste en determinar dónde se encuentra el límite entre un trato duro pero justo y uno que se vuelva injusto e incluso no auténticamente jurídico por su calidad de “inhumano”. Esto recuerda de manera muy clara el problema de la fórmula de Radbruch. La respuesta preliminar que apunta Bauman se inscribe en el plano de la justificación pues asevera que la línea se dibuja en el ojo del observador (pero que recordemos, primordialmente es participante)²⁷¹.

Necesariamente esta afirmación nos coloca en el plano de la razón práctica, donde hay que tomar en cuenta el caso concreto para alcanzar una respuesta lo más justa y atinada posible, pues *a priori* pocas soluciones pueden encontrarse. Esto se relaciona con el tema de la justificación, por lo que son los elementos ya citados anteriormente los que pueden tomarse en cuenta para realizar la interpretación que, por supuesto, debe buscar acercarse lo más posible a la verdad.

Es interesante y desde nuestro punto de vista acertada la aproximación que Bertha Alicia Ramírez realiza con respecto al término *humanitas*, pues lo ubica

²⁷¹ Cfr. Bauman, Richard. *Human Rights...Op. Cit.*, p. 40.

como una razón o punto de equilibrio entre la justicia y la equidad, es decir, la justicia al caso concreto. En Grecia conocida como la virtud de la *epikeia*, hay que tomar en cuenta que forma parte de la virtud de la justicia, misma que se actualiza completamente en el caso práctico²⁷². Lo humano se configurará entonces como la actualización de ciertos deberes, o la obediencia a algunas normas que en sí mismos y en su aplicación concreta toman en cuenta los intereses de todos los destinatarios y abarcan de manera acertada la humanidad de los participantes en cada acto. Volviendo sobre lo mismo, para alcanzar este objetivo se requiere la justificación; la *humanitas* es el contenido de la norma o de la aplicación.

Continúa la misma autora sosteniendo que a finales de la época clásica, la voz *aequitas* (ya romana a diferencia de *epikeia*) toma un nuevo significado que la acerca a *humanitas*, *benignitas* o *pietas* cubriendo la necesidad, también de gran importancia, de suavizar o racionalizar el excesivo rigor que puede desprenderse de la interpretación o aplicación del derecho. Señala, siguiendo a Bierzychudek, que ya en esa época algunos jurisprudentes y emperadores motivaban sus soluciones con base en la *humanitas*, lo que implicaba separarse del *ius civile* e innovando en la tradición jurídica pues supone esta un criterio de solución opuesto a la *dura lex sed lex* validando, como ya decía Cicerón, el dicho de que el sumo rigor del derecho viene a ser suma injusticia²⁷³.

Sin embargo, no debe olvidarse la creencia estoica de que la *humanitas* sólo puede existir cuando está fundada en una norma o ley²⁷⁴, que deberá presentar un contenido determinado que justifique su obligatoriedad y por lo tanto la necesidad de obediencia a la misma atendiendo a las circunstancias de su aplicación. Una de las características de la aplicación adecuada de la norma, siguiendo con el pensamiento romano, será la *clementia*, que no se opone a la severidad en la

²⁷² Cfr. Ramírez Arce, Bertha Alicia, "La *humanitas* equilibrio entre justicia y equidad", en *Letras jurídicas*, número 29 (Enero-Junio 2014), p. 10.

²⁷³ Cfr. *Ibidem*, p. 24.

²⁷⁴ Cfr. Bauman, Richard. *Human Rights...Op. Cit.*, p. 47.

acción, sino a la dureza de mente en la aplicación del castigo²⁷⁵, es decir, o bien a la existencia de una pena en sí misma injustificable, o a la ejecución estricta de la misma que supondrá seguramente una suma injusticia precisamente por olvidar las principales necesidades del implicado; del otro.

La *humanitas*, o el tratamiento realmente humano supone entonces el encontrar un equilibrio entre la *severitas*, la *gravitas* y la *maiestas* que implica el cumplimiento de ciertos deberes o conductas que se esperan por el ejercicio de un cargo, y por el otro lado la *hilaritas*, la *simplicitas* y la *humanitas* en sí misma²⁷⁶. Inclinarsse a cualquiera de los dos extremos, es decir, a un trato realmente severo y apegado a la norma y los deberes, o a conductas que sólo traten de satisfacer intereses particulares producto de la lástima o la misericordia, implicará un peligro para alcanzar la justicia, y justificar ya sea el contenido de normas o conductas.

Algunos intérpretes romanos ya detectaban que la labor para equilibrar la *gravitas* o *severitas* con la *humanitas* era difícil de lograr, porque requería romper esquemas de pensamiento, sobre todo en el ámbito de una determinada nación (sin referencias universales). Sin embargo, se consideró la valía de atender a dicha combinación de esfuerzos y actitudes debido a que una visión inteligente sobre la humanidad entera demandaba una experiencia más amplia que aquella de un solo individuo o de una sola nación²⁷⁷.

Es por esto que podemos puntualizar el contenido de la *humanitas*, de los principales criterios o presupuestos para reconocer la juridicidad de una norma o deber de trato como la necesidad de "... tener respeto a los demás, ponerse límites a sí mismo, no perseguir sin más el propio derecho y la ventaja propia, sino más bien dejar alguna cosa y renunciar a ella en beneficio de los demás"²⁷⁸. El comportamiento humano y auténticamente jurídico debe atender al otro,

²⁷⁵ Cfr. *Íbidem*, p. 70.

²⁷⁶ Cfr. *Íbidem*, p. 72.

²⁷⁷ Cfr. Nybakken, Oscar E., "Humanitas Romana"... *Op. Cit.*, p. 403.

²⁷⁸ Schulz, Fritz. *Principios del...Op. Cit.*, p. 212.

respetando sus intereses, pero siempre en conjunción con los intereses comunes de la humanidad.

Hay que recordar que el concepto de *humanitas* es amplio, que se extiende a comprender la consideración por los otros también humanos, a poner cada uno (y posiblemente a través del derecho) límites a su propio comportamiento, a no perseguir exclusivamente la propia ventaja y a atribuir a los terceros con los que haya una relación particular (en ocasiones la humanidad entera) aquello que sea conveniente según las exigencias de la individualidad de cada uno²⁷⁹.

Sintetizando parte de lo dicho hasta el momento puede decirse que la nota distintiva del tratamiento humano al otro puede resumirse en la expresión de Celso definiendo al derecho como el arte de lo bueno y de lo justo (*bonum et aequum*)²⁸⁰ pues se configura como un criterio para establecer cuándo está presente y cuándo falta la sustancia del derecho más allá de sus aspectos formales. Sostendrá Luigi Garofalo que la sola apariencia jurídica exterior no basta, porque para que exista derecho es necesario que esté presente también la sustancia²⁸¹, que se concreta en deberes que tomen en cuenta la común humanidad de todos los participantes en el universo jurídico, y haciendo énfasis precisamente en el carácter de deberes que implica para todos lo humanos, no bastando sólo las exigencias formales de los intereses de cada uno en lo individual.

Así pues, una prescripción que presente los aspectos formales de una norma, pero que no tenga una referencia al *bonum et aequum* o, en otras palabras, a la *humanitas*, no es derecho, lo que implica que no se desprende la obligatoriedad de cumplimiento hacia dicha norma²⁸², porque olvidar estos aspectos, que se obtendrán a través del ejercicio de una justificación clara de su contenido, se

²⁷⁹ Garofalo, Luigi, "L' *humanitas* nel pensiero della giurisprudenza classica", en *Diritto e Storia*, No. 4, 2005, consultado el 27 de mayo de 2015 en la dirección URL:

<<http://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Garofalo-Humanitas.htm>>

²⁸⁰ D. 1, 1, 1.

²⁸¹ Cfr. Garofalo, Luigi, "L' *humanitas*...*Op. Cit.*

²⁸² Cfr. *Íbid.*

materializará posiblemente en la práctica (o desde el terreno teórico) en una extrema injusticia. Con esto parece que hemos arribado a ciertas conclusiones que pretenden cerrar el círculo de los argumentos que se han esgrimido hasta ahora. Pero, con el fin de hacerlo de una manera más completa, es momento de reflexionar sobre el “sentido del derecho”, a través del pensamiento de Jesús Ballesteros quien, a través de la reflexión sobre estas ideas, con seguridad ayudará a confirmar la pertinencia de acudir a la *humanitas* como punto de toque para hablar auténticamente de la juridicidad de prescripciones, normas y conductas.

4.3 Antropología jurídica contemporánea: el significado moral de humanidad en Jesús Ballesteros

4.3.1 El pensamiento y la antropología jurídica de Jesús Ballesteros

La herencia semántica de la *humanitas* llega hasta nuestros días aun cuando los esfuerzos intelectuales parece que se han enfocado de manera más precisa en el desarrollo del pensamiento cientificista, reduciendo al ser humano a objeto de estudio de una ciencia, siendo un caso particular e incluso accidental de la evolución²⁸³. Ante esta pérdida del sujeto en el ámbito del saber y, por supuesto, en el del derecho, no se ha agotado el afán intelectual por reflexionar sobre la *humanitas* y sus implicaciones como fuente y base del derecho. Es por eso que, para profundizar en nuestro análisis antropológico, consideramos oportuno hacer referencia al pensamiento del iusfilósofo español Jesús Ballesteros quien en su obra postula de manera clara la necesidad de la *humanitas* o del trato humano para efectivamente considerar a un contenido normativo como auténticamente jurídico.

Precisamente ante la situación de desplazamiento del sujeto humano del centro de atención de lo jurídico, pero en general de cualquier saber, debemos comenzar

²⁸³ Cfr. Ibáñez Langlois, José Miguel. *Introducción...Op. Cit.*, p. 105.

haciendo patente que Ballesteros está preocupado porque a consecuencia del dominio total de la tecnología sobre la naturaleza, o debido a la introducción de lo “políticamente correcto” o, incluso, por los nuevos contenidos que la posmodernidad decadente ha introducido al derecho, se pueda llegar a una “abolición del hombre”, que se vuelva sobre el ser humano mismo y que haga perder su sentido originario a lo jurídico²⁸⁴.

Para evitar este riesgo, debe tenerse claro el porqué del derecho, y el cómo sus funciones propias tienden por sí mismas a la humanización del hombre. Así pues, de acuerdo con nuestro autor, el derecho se justifica en la vida de los hombres, siguiendo en este punto a Heidegger, en que existe una originaria necesidad que el hombre siente de otros y que se constituye en un cúmulo de deberes de trato que no se actualizan necesariamente en la práctica, por lo que debe existir un instrumento que garantice colmadamente dichas obligaciones y trate de poner en coincidencia el ser con el deber ser²⁸⁵.

Lo jurídico, manifestado como norma o acción, llegará a ser tal cuando optimice el principio del respeto universal al otro; mandato que, de acuerdo con el profesor Ballesteros se encuentra ya en la idea de *humanitas* y que reaparecerá en Kant bajo la forma del imperativo categórico que supondrá la exigencia de tratar al otro siempre como fin y nunca como medio. Tomando en cuenta estos elementos, y con base en la natural humanidad a la que tiende lo jurídico, al menos se pueden identificar dos requisitos en el pensamiento de Ballesteros que conformarán la esencia auténtica de lo jurídico y que son:

- a) La exclusión de la discriminación, en lo que se refiere a la extensión del vínculo con los otros;

²⁸⁴ Cfr. Ballesteros, Jesús. *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Madrid, Tecnos, 2000, p. 170.

²⁸⁵ Cfr. Ballesteros, Jesús. *Sobre el sentido del derecho*. Madrid, Tecnos, 2007, p. 128.

- b) La exclusión de la violencia en sus diversas formas, en lo que se refiere a la intensidad del mismo²⁸⁶.

En efecto, lo realmente jurídico no puede ser discriminatorio ni violento y, para no serlo, deberá de comprender de una manera profunda la naturaleza de los sujetos a los cuales se dirige. Estas exigencias de trato deberán de estar plasmadas en los enunciados normativos, mismos que cobran una gran relevancia porque pueden ser considerados como las razones para la acción de los destinatarios normativos en diversas circunstancias.

Llama la atención el hecho de que el autor de *Sobre el sentido del derecho* reconozca el carácter veritativo de los juicios de valor y por lo tanto de las normas, siempre que cumplan con los requisitos de humanidad apuntados porque, lo que interesa al jurista de las normas no es su forma, sino su contenido y dimensión axiológica²⁸⁷.

En otros términos, según Ballesteros, toda pregunta sobre cuál es el derecho aplicable, es decir, sobre qué dice la norma en específico (*quis iuris*), debe ir acompañada necesariamente por la pregunta: ¿debe ser así el derecho? (*quid ius*) o, de otra forma: ¿es realmente derecho o auténticamente jurídica la conducta que prescribe?²⁸⁸ Ciertamente, al preguntarnos por lo jurídico en el fondo a lo que nos estamos refiriendo es a si el acto mandado es justo. La justicia parece que es en última instancia el ideal del derecho. Pero todo depende de qué se comprende por justicia, ya que ésta debe a su vez tener un significado concreto fincado en una realidad cognoscible.

²⁸⁶ Cfr. *Íbid.*

²⁸⁷ Cfr. *Íbidem*, p. 149. En *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, citando el teorema de Gödel, sostiene Ballesteros que en sí mismos, los sistemas formales son incompletos, por lo que no pueden fundarse a sí mismos, lo que exige el aceptar como válidos principios no demostrables o decidibles. En el ámbito jurídico (y no matemático) esto nos ayuda a comprender que existe una realidad que debe superar al ordenamiento jurídico y de donde este obtendrá validez, porque en sentido formal no puede justificarse a sí mismo. Cfr. Ballesteros, Jesús. *Postmodernidad...Op. Cit.*, p. 122.

²⁸⁸ Cfr. Ballesteros, Jesús. *Sobre el...Op. Cit.*, p. 151.

Así pues, interpretando el pensamiento del autor, se sostiene que lo jurídico, para ser tal, en última instancia debe referirse a “lo humano”, ya que este es el significado último al que debe de responder “lo justo”. Por lo tanto, no puede haber *quid iuris* esto es, derecho positivo expresado a través de normas, sin referencia al *quid ius*, es decir, a lo auténticamente jurídico, que no es otra cosa sino encontrar el fundamento antropológico que da sentido a la justicia.

Es por esto que el elemento fundamental al que hay que atender para efectivamente reconocer como jurídica a una norma y no únicamente como una prescripción, es el hecho de que la conducta mandada, prohibida o permitida por la misma tienda a la reciprocidad de trato y al respeto mutuo²⁸⁹ que se materializan como exigencias de la propia humanidad. Jesús Ballesteros lo sostendrá al decir que,

“Por ello la idea de *humanitas*, o del respeto universal al otro sin discriminación, que aparece con el estoicismo va a ser uno de los factores fundamentales en la toma de conciencia del sentido genuino de lo jurídico. No en balde la *humanitas*, negada en toda época de barbarie junto con la *fides*, el *pudor* y la *pietas*, va a ser reclamada como exigencia básica por todo auténtico jurista”²⁹⁰.

Se concreta de acuerdo con el autor esta posición en la conciencia de la igual dignidad de los hombres y la necesidad de un auténtico respeto a todos ellos como lo establecerá por primera vez Panecio de Rodas²⁹¹. La idea de igualdad entre los seres humanos, se relaciona directamente con la posibilidad idéntica de los hombres de distinguir entre el bien y el mal, entre lo justo y lo injusto y, por tanto, de captar el derecho natural²⁹² sobre todo en un esquema social de

²⁸⁹ Cfr. *Íbidem*, p. 97.

²⁹⁰ *Íbidem*, pp. 97-98.

²⁹¹ Cfr. *Íbidem*, p. 112.

²⁹² Cfr. *Íbidem*, p. 113.

convivencia donde se tome en cuenta al otro, y no solo a uno mismo en su carácter de individuo.

En este sentido, al referirse particularmente al neofeminismo, el ecologismo, la no violencia y el ecumenismo, realidades propias de una postmodernidad resistente, sostendrá nuestro autor que lo verdaderamente humano y, por lo tanto factible de ser incluido dentro de la realidad jurídica de manera auténtica, es lo que defiende y protege la vida (lo femenino) en todas sus manifestaciones, a diferencia de las posturas modernas que reconocerían lo propiamente humano en los ámbitos de la fuerza y el ataque (lo masculino)²⁹³.

No es esto más que hacer énfasis en la diferencia entre dos enfoques distintos de concebir lo jurídico. Por un lado el derecho como instrumento para proteger o cuidar lo humano, atendiendo a la dimensión de cuidado hacia el otro que se desprende de nuestra composición antropológica²⁹⁴, y por otra, aquella que lo concibe como un medio para garantizar el ejercicio de la voluntad, que se alcanza en general a través de la desaparición del “yo debo” por un “yo quiero” que debe ser protegido²⁹⁵. Pero esto último, es decir, la primacía absoluta del “yo quiero” frente al deber, con alta probabilidad puede generar violencia que por eso mismo deja de ser derecho.

Sin embargo la *humanitas*, además de significar protección hacia el otro a través del deber que se transforma en derecho, también implica una dimensión de cultivo de la misma persona para, por decirlo de esta manera, a través del ejercicio del deber, hacerse más “humana”, porque el derecho no se encarga únicamente de brindar seguridad, sino que tiene también la tarea de generar las condiciones para

²⁹³ Cfr. Ballesteros, Jesús. *Postmodernidad...Op. Cit.*, p. 132.

²⁹⁴ Cfr. Safranski, Rüdiger. *Tiempo...Op. Cit.*, pp. 67-88.

²⁹⁵ Cfr. Bauman, Zygmunt. *Retrotopía*. Barcelona, Editorial Paidós, 2017, p. 145.

el perfeccionamiento virtuoso de las personas, comprometido con la misión de que la gente lleve vidas valiosas, no únicamente vidas que le permitan sobrevivir²⁹⁶.

El ser humano, como individuo coexistencial, requiere del derecho, manifestado a través del deber, para desarrollarse y cultivarse. Por supuesto que se necesita de los otros para lograr este objetivo, pues sólo a través de las relaciones de alteridad y la dependencia de las enseñanzas de otros se llega a ser un “razonador práctico independiente” como sostiene MacIntyre²⁹⁷. La dimensión de cultivo y la de protección que son propias de la *humanitas* permiten llegar al equilibrio entre lo que se quiere y lo que se debe, proponiendo por un lado un perfeccionamiento de la persona a través del ejercicio del deber respecto de otros, y con esto protegiendo su humanidad. Esto permite que se realice un distanciamiento de los deseos de las personas, no para desecharlos, sino para evaluarlos y aplicarlos en lo que sean compatibles con las exigencias de humanidad.

Por ello, la cooperación, el cultivo y la protección de la vida propia y la del otro serán los elementos a los que una acción o norma jurídica deberá de tender para ser llamada tal, y esto hará que se vincule directamente con la verdad. Si quiere hacerse de otro modo, y reconocer como legítima cualquier manifestación de la “libertad” como posibilidad de realizar cualquier conducta, y no se pone dentro del contexto al otro, ni se toman en cuenta los posibles efectos de la acción, en vez de libertad estaremos hablando inevitablemente de arbitrariedad, como sostiene Andrés Ollero²⁹⁸.

Así pues, si no existe reconocimiento de la reciprocidad, que supone que frente a mi deber de cumplimiento de una obligación hay un derecho por parte de otras personas a exigirlo y que, frente al deber de los otros de cumplimiento de una

²⁹⁶ Cfr. George, Robert P. *Para hacer mejores a los hombres; Libertades civiles y moralidad pública*. Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2002, pp. 33-34.

²⁹⁷ Cfr. MacIntyre, Alasdair. *Animales racionales y dependientes; Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*. Barcelona, Editorial Paidós, 2001, p. 100.

²⁹⁸ Cfr. Ollero, Andrés, “Los nuevos derechos”, en *Persona y Derecho*, Vol. 66, 2012, p. 60.

obligación, existe un derecho mío a exigirlo²⁹⁹, no habrá derecho, mismo que se manifiesta en un primer término a partir de los derechos humanos, porque no podremos superar la arbitrariedad.

Por lo tanto, la primera nota fundamental de la antropología filosófico-jurídica de Ballesteros reconoce al hombre como un ser capaz de abrirse y de aceptar la realidad, y se aproxima al derecho partiendo de la capacidad que tiene tanto de interrogarse por el sentido del mismo, como por comprender al otro como un igual. El sentido del derecho se entiende solo en clave antropológica porque el ser humano es el único ser que puede cuestionarse constantemente sobre el sentido de sus conductas, y por lo originario y permanente de la realidad jurídica. Esta postura es valiosa porque nos permite alejarnos de las visiones reduccionistas del hombre, y comprenderlo como un ser abierto al otro y capaz de perfeccionamiento desde la totalidad de lo que es³⁰⁰.

4.3.2 Derecho y verdad desde la antropología

Porque en realidad el derecho tiende a evitar dos problemas que pueden derivarse de los reduccionismos antropológicos: uno, la arbitrariedad de la autoridad o de cualquier agente y el otro la marginación. En términos simples, uno actúa de manera arbitraria cuando desea imponer su voluntad a otro, así como cuando se le instrumentaliza, manifestándose una clara falta de reconocimiento mutuo. Por eso, el criterio principal para catalogar a una norma como “no-arbitraria” es la concepción antropológica que tenga del destinatario, como sujeto a quien se le proponen pautas de conducta, no a quien se le imponen³⁰¹, y podemos decir que también depende de la perspectiva de inclusión y reconocimiento que adopten los agentes jurídicos.

²⁹⁹ Cfr. Ballesteros, Jesús. *Sobre el sentido...Op. Cit.*, p. 101.

³⁰⁰ Cfr. Salcedo Romo, Alejandro. *La constitución de la imagen del hombre en la filosofía jurídica de Jesús Ballesteros: notas fundamentales de antropología filosófica para la posmodernidad resistente*. Valencia, Trabajo de Fin de Master, Universidad de Valencia, 2017, pp. 41 y 53.

³⁰¹ Cfr. Trujillo, Isabel y Viola, Francesco. *What Human Rights Are Not (Or Not Only); A negative Path to Human Rights Practice*. New York, 2014, p. 98.

El otro riesgo que se corre al concebir al ser humano de una manera reducida es la marginación. Ésta se caracteriza por la falta de reconocimiento como humano de cierto “otro”, quien reúne determinadas características que socialmente aparecen como “inferiores”, y por lo tanto son relegados del esquema social o al menos considerados de “menor rango”. En general, el ser humano “desnudo”, es decir, sin más atributos que la propia humanidad, tales como niños, ancianos, enfermos, minorías étnicas o sin recursos económicos, es quien sufre las consecuencias de la marginación³⁰².

Por naturaleza, el ser humano es vulnerable y dependiente, aunque en ocasiones parezca que sólo alcanza la plena humanidad quien reduce estas dos características al mínimo, marginando por lo tanto a todo aquel que no lo logre o que no esté en capacidad de hacerlo en un momento específico. Esta perspectiva del otro acarrea consecuencias para el derecho, pues olvida el carácter antropológico que debe nutrirlo. Justamente el derecho como estructura social sirve para salvar las diferencias y proteger al ser humano, independientemente de los distintos niveles de dependencia y vulnerabilidad que presente, y ayudar siempre en el florecimiento de cada uno de sus miembros³⁰³.

De esta manera, una norma o un acto que intencionalmente margine a cualquier persona, deja de ser jurídico precisamente por arbitrario. La función del derecho, independientemente de su contenido concreto y de sus instituciones específicas, es el de procurar las condiciones para el reconocimiento no violento y no discriminatorio de los destinatarios, que no solo son los ciudadanos, sino cualquier ser humano, que a la vez es un participante en del mismo. La universalidad en la atribución y ejercicio de derechos que protejan la humanidad es precisamente el elemento que debe buscarse en cualquier manifestación del derecho para que sea jurídica.

³⁰² Cfr. Ballesteros, Jesús. *Postmodernidad...Op. Cit.*, pp. 43-53.

³⁰³ Cfr. MacIntyre, Alasdair. *Animales...Op. Cit.*, pp. 15-17.

Es por esto que la *humanitas* y con ella el humanismo es, a decir de Bernard Bourgeois, el principio que determina el contenido del derecho, con el fin de reconciliar pero, sobre todo de tomar en cuenta a todos los hombres en el reconocimiento a cada uno de una existencia exteriormente libre³⁰⁴, es decir, el derecho realmente fundamentado y razonable debe mirar a sus destinatarios como seres humanos, procurando por lo tanto la igualdad de trato. Martin Buber es también consciente de la necesidad de trascender el individualismo y postula que el verdadero encuentro –que podríamos decir, es presupuesto de lo jurídico en el marco de la coexistencia- se da cuando el individuo reconoce al otro en toda su alteridad como se reconoce a sí mismo³⁰⁵. Negativamente dicho, no son derecho aquellas proposiciones, enunciados o decisiones que deliberadamente olviden el trato humano y el reconocimiento que merecen todas las personas por el hecho de serlo, o que lo afecten de una manera directa y grave.

Así pues, con lo dicho hasta ahora sobre la posibilidad e incluso necesidad de predicar verdad sobre el derecho, pensamos que se han sentado las bases para continuar con el debate sobre el tema. No basta conformarse con la mera enunciación formal de normas. El reto que asumimos como juristas es el de adoptar una posición crítica ante el contenido del derecho; ante aquello que nos obliga, se nos prohíbe, o está permitido. Para terminar citando a Sergio Cotta, el derecho no es ni una construcción abstracta, ni un puro ideal; es una realidad viviente, que debe ser interpretada y justificada de acuerdo a parámetros o campos de sentido y que está elaborado por los seres humanos, y *para* los seres humanos³⁰⁶.

³⁰⁴ Cfr. Bourgeois, Bernard. *Filosofía y derechos del hombre*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2003, p. 20.

³⁰⁵ Cfr. Buber, Martin. *¿Qué es el hombre?*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 145.

³⁰⁶ Cfr. Cotta, Sergio. *Il diritto...Op. Cit.*, p. 256.

Conclusiones

El acercarse al tema sobre la relación entre la verdad y el derecho supone un esfuerzo y un compromiso filosófico constante que no puede nunca darse por concluido o agotado. De hecho, la filosofía surge de un asombro creativo que pretende buscar sentido en la realidad, conformando esquemas de visión que vayan más allá de lo aparente; de lo que se percibe o se siente³⁰⁷, pero el que sea creativo significa que es permanente, esto es, que el agente debe reflexionar sobre estos problemas de manera continua y siempre renovada.

Es por esto que la finalización de este trabajo no puede ser conclusiva. Los descubrimientos que se han planteado en los mismos son relevantes, pero no definitivos. Debemos ser conscientes por lo tanto que el esfuerzo para alcanzar y proponer un derecho que es verdadero; que auténticamente sea jurídico, debe de continuarse, porque esto se logra en la práctica y en el caso concreto.

Sin embargo, sí podemos concluir que la hipótesis planteada para el desarrollo de este trabajo se acredita. Esto es, que la pregunta sobre la posibilidad de hablar de un derecho verdadero es relevante, desde el momento en que la teoría jurídica se preocupa, independientemente del resultado de su enfoque, por identificar y determinar a su objeto de estudio, y por lo tanto, que sí puede hablarse de verdadero derecho, por lo que en el proceso de conocimiento y aplicación del mismo el tema de la verdad debe estar presente, sobre todo por los efectos obligacionales que se desprenden de la existencia de normas que en principio pretenden ser jurídicas. En este contexto, mi propósito ha sido el de justificar las siguientes tesis: (a) sobre la realidad jurídica es posible predicar el atributo de la verdad ontológica y (b) aquella realidad normativa que no cumpla con las condiciones de dicho atributo de verdad, es no-derecho.

³⁰⁷ Cfr. Hollis, Martin. *Invitation to Philosophy*. Oxford, Blackwell Publishing, Segunda Edición, 2003, pp. 14-15.

Tanto al creador, como al intérprete y al destinatario normativos les interesa que lo mandado, prohibido o permitido por las normas verdaderamente sea derecho con el fin de direccionar sus conductas, no sólo con la certeza de sus efectos, sino siendo congruente con un sentimiento de justicia que lo involucre a él y a los otros.

De cualquier manera, aun cuando cualquier “teoría jurídica” se preocupe por definir y determinar su objeto de estudio y por lo tanto intente responder a la pregunta sobre “¿qué es derecho?”, las respuestas que las mismas dan al mismo cuestionamiento es distinta y con efectos que resultan diversos al momento de relacionar lo jurídico con el tema de la verdad, porque como se observó a través de la descripción de algunas de ellas, abordan este tópico de manera parcial y no siempre comprometida.

Esto puede observarse claramente en el positivismo jurídico. Aun cuando no puede decirse que exista un solo positivismo sino varios, todos concuerdan en que derecho es sólo aquel creado por una autoridad competente siguiendo un riguroso procedimiento que pretenderá crear normas coherentes entre sí con el fin de obtener ordenamientos plenos, donde lo relevante es la existencia o vigencia de las normas, pero no el contenido de las conductas reguladas. El compromiso con la verdad es entonces parcial, pues no llega a sus últimas consecuencias.

Por eso se hizo énfasis en que el positivismo jurídico se encuentra en crisis, particularmente en su vertiente ideológica misma que más allá de concebirlo como una teoría o como una forma de acercarse al derecho de acuerdo a la clasificación de Norberto Bobbio, sostiene que es derecho, y por lo tanto justo y de obligatorio cumplimiento cualquier norma que cumpla con los requisitos formales de creación y validez, independientemente del contenido. Esta postura, que atiende al respeto de valores formales como la claridad o la seguridad, se puso en tela de juicio derivado de los extremos o sinsentidos a los que se puede llegar si se toma al pie de la letra. Es por lo tanto insuficiente para hablar de verdadero derecho el limitarse a concebirlo de manera únicamente formal.

Corrientes iusfilosóficas desarrolladas a partir de la Segunda Guerra Mundial, evolucionan debido al análisis de las sinrazones de un positivismo fuerte para comprender el tema de la verdad del derecho desde una perspectiva más profunda. Las corrientes analíticas heredadas de Austin, representadas entre otros por Hart, Raz o Carlos S. Nino destacan en este punto al enunciar el primero el “contenido mínimo de derecho natural”, el segundo las normas como “razones para la acción” aunque las mismas no requieran una justificación fuerte, y el énfasis en el proceso democrático para la creación de normas para Nino. Junto con los positivistas incluyentes entre otros de Waluchow, Coleman o Fiss, el problema que se ve implicado de fondo es el de la relación entre el derecho y la moral. Aun cuando el derecho sigue siendo primordialmente el creado por una autoridad competente siguiendo un procedimiento, la pregunta de si esta norma es “buena” es ya aceptada. Pero es aún una aproximación incompleta a nuestro modo de ver, porque no llega a sostener la posibilidad del no-derecho para la norma injusta, sino sólo su imperfección.

Los llamados no-positivismos al aceptar una relación estrecha entre el derecho y la moral conciben a la verdad del derecho como un atributo que debe rastrearse más allá de la vigencia del mismo. El tomar a los principios en serio, de acuerdo con Dworkin, y no solo a las reglas permite configurar una aproximación teórica a lo jurídico que exige del jurista la capacidad de interpretar tanto las normas como sobre todo los casos a la luz del verdadero derecho concebido así por la aceptación de todos los involucrados. Lo mismo ocurre con el argumento de la corrección de Alexy, que no olvida la intrínseca coercibilidad del derecho, pero reclama que la formulación y aplicación del derecho se fundamente en argumentos morales tendientes a la determinación más precisa, en el caso concreto de lo verdaderamente jurídico. Por lo tanto, con estos autores puede ya sostenerse que el tema tratado tiene que ver con el reconocer una relación estrecha entre el derecho y la moral.

Sin embargo, no podemos conformarnos con decir que el derecho verdadero es aquel que es a la vez moral, porque quedan en este caso ciertos cuestionamientos sin resolver, entre otros el de qué entendemos por verdad y cómo se relaciona esta con el derecho. Por eso hay que reconocer que existen distintas formas de relación entre estas dos realidades. Por un lado la inclusión de la verdad como valor en las normas jurídicas (verdad *en* el derecho), la adecuación o no con la realidad de los enunciados de la ciencia jurídica (verdad *sobre* el derecho) y sobre todo la que interesa, es decir aquella que permite calificar normas o actos jurídicos como verdaderamente obligatorios (verdad *del* derecho).

Para esto debe distinguirse por un lado entre la verdad lógica, propia de enunciados sobre el derecho y de la estructura interna del mismo, de la verdad ontológica. Propiamente para poder hablar de “verdad del derecho”, y establecer una relación estrecha entre las dos realidades debe de partirse del hecho de que no se agota el tema con la verdad lógica. El derecho no es sólo un discurso y, por supuesto, no se puede predicar como tal verdad o falsedad de las normas, que son enunciados prescriptivos. Desde este punto de vista no tiene sentido relacionar los conceptos “verdad” y “derecho”.

Esto cobra sentido sólo desde la perspectiva de la verdad ontológica, pues esta implica aceptar que existe una realidad llamada “derecho”, sustentada en una idea que le otorga determinadas características a las que debe de responder el derecho concreto (normas y conductas) para ser verdaderamente tal. Dicho de otro modo, *a contrario sensu*, existe la posibilidad de decir que una norma, por su contenido notoriamente injusto, no es derecho, aunque cumpla con los requisitos formales de creación y vigencia. Gustav Radbruch percibió ya esta posibilidad al sostener que el derecho extremadamente injusto no es derecho. La extrema injusticia se comprueba por la inadecuación del derecho concreto al arquetipo del mismo. Lon L. Fuller a través de las ocho desideratas y Robert Alexy enuncian argumentos similares.

De esta manera puede concluirse que metodológicamente, para que exista derecho verdadero, deben tomarse en cuenta los siguientes criterios o requisitos:

- a) El derecho es un campo de sentido, que permite englobar dentro del mismo distintas realidades. Para lo cual deben establecerse las exigencias que supone el mismo para poder utilizarlo como esquema de comprensión de normas o actos que pretendan formar parte del mismo.
- b) Además, el derecho es un término análogo que puede predicarse de distintas realidades y en diversos grados. Así, puede haber manifestaciones prescriptivas más o menos jurídicas, por lo que deben evaluarse los méritos de las mismas y justificar de manera convincente ya sea su juridicidad verdadera o, por falta de adecuación, predicar su falsedad jurídica.
- c) Un elemento clave para decir que hay derecho verdadero (y por lo tanto falso), es realizar la aproximación al tema desde el punto de vista del participante. El derecho, por ser una disciplina eminentemente normativa e incluyente, sostenemos que no puede ser estudiado desde el punto de vista del observador, ya que siempre puede uno estar implicado en lo jurídico, aun cuando la norma concreta pertenezca a otro sistema. Por empatía, pero sobre todo por interés, uno siempre es participante en el contexto jurídico como ser humano, y debe reconocer al otro también como tal, y así involucrarnos en el proceso de conocimiento del derecho; de lo que nos obliga y a lo que podemos exigir.
- d) Por lo tanto, debemos ser conscientes de que una cosa es que el derecho exista (verdadera existencia), otra que el derecho sea tal de acuerdo a estos parámetros (verdadera esencia) y otra el equilibrio entre ambas fundamentado en el reconocimiento concreto del otro, y en la aceptación como justo del contenido del derecho (verdadera verdad).

Así pues, el *quid* de la relación entre verdad y derecho basado en una aproximación ontológica es el dilucidar el contenido esencial y verdadero de lo jurídico y el encontrar el fundamento del mismo. Es por ello que la principal

aportación de este trabajo es el enfatizar y proponer que a la verdadera verdad del derecho se llega a través de la identificación de su arquetipo en la antropología filosófica. Si no comprendemos quién y qué es un ser humano, así como las exigencias que se desprenden de la humanidad dentro del campo de sentido jurídico, no podemos hablar propiamente de derecho. El derecho, pues, es un fenómeno eminentemente humano, que se concreta en la comprensión de las características antropológicas del sujeto y en el reconocimiento coexistencial por el otro que se desprenden de las mismas.

La referencia a la *humanitas* del contexto romano permite que veamos por un lado que esta inquietud proviene de antaño; desde los orígenes del derecho como tal, pero sobre todo como una forma de comprender que las manifestaciones jurídicas requieren que los sujetos se identifiquen como pertenecientes a la especie humana, y que reconozcan esto en los otros, así como asimilar las obligaciones que se desprenden de que uno y el otro seamos humanos conscientes, finitos y perfectibles. El derecho se halla precisamente en estas exigencias, por lo que si una norma o acto se alejan de las mismas, no son jurídicas, es decir, no se adecuan a los deberes que se desprenden de la humanidad de la que todos somos participantes.

Por esto, el que Jesús Ballesteros conciba que el sentido del derecho es que sea humano y con esto no discriminatorio y no violento, significa que se deben de asimilar las características y exigencias de lo humano como tal, y con eso las obligaciones de cuidado que existen para uno y para los otros. Lo humano implica por un lado un compromiso de protección pero también una oportunidad de cultivo propio para alcanzar una mayor humanidad en la coexistencia con todos.

La verdad (verdadera verdad) del derecho supone por lo tanto compromisos ontológicos, por un lado para proteger a los otros, pero también para utilizar al derecho como una herramienta de humanización. La reflexión y propuestas hechas en este trabajo deben servir para identificar y adoptar estos compromisos

en el ámbito de la práctica jurídica de manera constante y siempre perfectible, que no es otra cosa que un compromiso con nosotros mismos.

Fuentes bibliohemerográficas

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, "Norma jurídica", en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. *El derecho y la justicia*. Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Segunda Edición, 2000.

ALEXY, Robert, *Derecho y razón práctica*. México, Fontamara, 2010.

----- *El concepto y la naturaleza del derecho*. Madrid, Editorial Marcial Pons, 2008.

----- *El concepto y la validez del derecho*. Madrid, Editorial Gedisa, 2004.

----- "Los derechos fundamentales", en *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

----- "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", en *Ratio Juris*, Vol. 2, No. 2, Julio 1989.

----- *The Argument from Injustice; A reply to Legal Positivism*, New York, Clarendon Press-Oxford, 2002.

----- "Una defensa de la fórmula de Radbruch", en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, No. 5, 2001.

ALPERT, Harry. *Durkheim*. México, Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición, 1986.

ARISTÓTELES, *Tratado del alma (De anima)*. México, Espasa-Calpe, 1944, III, 414b.

ATHIÉ, Rosario, "El asentimiento en J. H. Newman", en *Cuadernos de Anuario Filosófico*, Universidad de Navarra, No. 141, 2001.

ATIENZA, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Ilícitos atípicos*. Madrid, Editorial Trotta, 2006.

AUSTIN, John. *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*. México, Editora Nacional, 1974.

BALLESTEROS, Jesús. *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Madrid, Tecnos, 2000.

----- *Sobre el sentido del derecho*. Madrid, Tecnos, 2007.

BARROW, R. H. *Los romanos*. México, Fondo de Cultura Económica, 2013.

BAUMAN, Richard. *Human Rights in Ancient Rome*. Abingdon, Routledge Classical Monographs, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Retrotopía*. Barcelona, Editorial Paidós, 2017.

BAUTISTA ETCHEVERRY, Juan. *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente; Un estado de la cuestión*. México, IJ-UNAM, 2006.

BAYLES, M.D. *Hart's Legal Philosophy*, Londres, Kluwer Academic Publishers, 1992.

BEUCHOT PUENTE, Mauricio. *Filosofía del Derecho, hermenéutica y analogía*. Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2006.

----- *Hechos e interpretaciones; Hacia una hermenéutica analógica*. México, Fondo de Cultura Económica, 2016.

BIX, Brian H. *Jurisprudence: Theory and context*. Londres, Thompson Reuters, 2015.

BOBBIO, Norberto. *El problema del Positivismo Jurídico*. México, Fontamara, 1991.

BOCHENSKI, J. M. *Introducción al pensamiento filosófico*. Barcelona, Editorial Herder, 1976.

BONNECASE, Julien. *Introducción al Estudio del Derecho*. Bogotá, Editorial Temis, 1982.

----- *La escuela de la exégesis en Derecho Civil*. México, Porrúa, 1944.

BOURGEOIS, Bernard. *Filosofía y derechos del hombre*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2003.

BRAGUE, Rémi. *¿A dónde va la historia?* Madrid, Ediciones Encuentro, 2016.

BUBER, Martin. *¿Qué es el hombre?* México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

BUELA, Alberto. *Epítome de antropología*. Buenos Aires, Editorial Cultura et Labor, 1993.

BUIS, Emiliano J., "Ficciones y p(ersu)asiones de la verdad: la retórica judicial de la *aletheia* en el derecho griego arcaico y clásico", en Sucar, Germán y Cerdio Herrán, Jorge (Eds.). *Derecho y Verdad II*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

CALSAMIGLIA, Albert, "El derecho como integridad: Dworkin", Working Paper n. 25, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 1990.

CASSIRER, Ernst. *Antropología filosófica*. México, Fondo de Cultura Económica, Segunda Edición, 2012.

CAYETANO, Tomás de Vio, <<De nominum analogía>>, en Igual Luis, Vicente, La analogía, Barcelona, Editorial PPU, 1989.

CICERÓN, Marco Tulio. *Discurso en favor del poeta A. Licinio Arquias*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, 1977.

COLEMAN, J. y LEITER, B., "Determinacy, Objectivity and Authority", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 142, 1993.

----- "Negative and Positive Positivism", *Law Journal of Legal Studies*, 11, núm. 1, 1982.

----- *Riesgos y daños*. Madrid, Marcial Pons, 2010.

----- *The practice of principle; In defence of a pragmatist approach to legal theory*. New York, Oxford University Press, 2003.

COMTE, Augusto. *Curso de filosofía positiva; primera y segunda lecciones*. Buenos Aires, Editorial Aguilar, 1973.

----- *La filosofía positiva*. México, Editorial Porrúa, 1979.

COSSIO, Carlos. *Teoría de la verdad jurídica*. Buenos Aires, Librería El Foro, 2007.

COTTA, Sergio. *Justificación y obligatoriedad de las normas*. Madrid, Editorial CEURA, 1987.

----- *La sfida tecnologica*. Bologna, Società Editrice il Mulino, 1968.

D'AGOSTINO, Francesco. *Filosofía del Derecho*. Bogotá, Editorial Temis, 2007.

DE LUCAS, Javier (Dir.), et. al. *Introducción a la teoría del derecho*. Valencia, Tirant lo Blanch México (Edición mexicana a cargo de Ramírez García, Hugo Saúl), 2012.

DUMMETT, Michael. *La verdad y otros enigmas*. México, Fondo de Cultura Económica, 1990.

DURKHEIM, Émile. “Sociología y ciencias sociales”, en *Las reglas del método sociológico y otros escritos*. Madrid, Alianza Editorial, 2002.

DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*. Barcelona, Gedisa 1992.

----- . “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en *La Filosofía del Derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

----- . “Hard Cases”, en *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 6 (Apr., 1975).

----- . *Justicia para erizos*. México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

----- . *Los derechos en serio*. Barcelona, Editorial Ariel, 2014.

FINNIS, John, *Natural Law & Natural Rights*. Oxford, Oxford University Press, Second Edition, 2011.

----- . “Sobre los caminos de Hart: el derecho como razón y como hecho”, en Kramer, Matthew H., et. al. (Compiladores). *El legado de H.L.A Hart; Filosofía jurídica, política y moral*. Madrid, Marcial Pons, 2012.

FISS, Owen M. “*Bush v. Gore and the Question of Legitimacy*”, en *The Law as it could be*. New York University Press, 2003.

----- . *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona, Gedisa, 1999.

----- . *The Law as it could be*. New York University Press, 2003.

FRASER, David. *Law after Auschwitz*. Durham, Carolina Academic Press, 2005.

FRONDIZI, R., *Introducción a los problemas fundamentales del hombre*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

FULLER, Lon L. *The Morality of Law*. Yale Law School, 1969.

Gabriel, Markus. *Por qué no existe el mundo*. México, Editorial Océano, 2016.

GAROFALO, Luigi, “L’*humanitas* nel pensiero della giurisprudenza classica”, en *Diritto e Storia*, No. 4, 2005, consultado el 27 de mayo de 2015 en la dirección [URL:<http://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Garofalo-Humanitas.html](http://www.dirittoestoria.it/4/Tradizione-Romana/Garofalo-Humanitas.html)

GÉNY, Francisco. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Madrid, Editorial Reus, 1925.

GEORGE, Robert P. *Entre el derecho y la moral*. México, Porrúa, 2010.

------. *Para hacer mejores a los hombres; Libertades civiles y moralidad pública*. Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2002.

GOLDSCHMIDT, Werner. *Justicia y verdad*. Buenos Aires, Editorial "La Ley", 1978.

GÓMEZ ÁLVAREZ, José Enrique, et. al. *En torno a la verdad y los derechos humanos; Una invitación a la reflexión*. México, Universidad Anáhuac, 2001.

HART H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 3ra edición, 2012.

HEIDEGGER, Martin. *Kant y el problema de la metafísica*. México, Fondo de Cultura Económica, 1973.

HESSEN, Johannes. *Teoría del conocimiento*. México, Editorial Época, 2008.

HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona, Editorial Gedisa, 2000. Carpintero, Francisco. *Los inicios del positivismo jurídico en Centroeuropa*. Madrid, Editorial Actas, 1993.

HOLLIS, Martin. *Invitation to Philosophy*. Oxford, Blackwell Publishing, Segunda Edición, 2003.

HONNETH, Axel. *Reificación; Un estudio en la teoría del conocimiento*. Madrid, Editorial Katz, 2007, *passim*.

IBÁÑEZ LANGLOIS, José Miguel. *Introducción a la antropología filosófica*. Pamplona, EUNSA, 1980.

JASPERS, Karl. *La filosofía*. México, Fondo de Cultura Económica, 2013.

KELSEN, Hans, "Justicia y Derecho Natural", en Kelsen, Hans, et.al., *Crítica del Derecho Natural*. Madrid, Taurus, 1966.

------. *¿Qué es justicia?* México, Editorial Ariel, 1992.

------. *Teoría Pura del Derecho*. México, Editorial Porrúa, 2015.

LACLAU, Martín, "Los supuestos del pensamiento jurídico en los países de habla inglesa", en Anuario de Filosofía Jurídica y Social (Asociación Argentina de Derecho Comparado). Número 7, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987,

LAURENT, F. *Principios de Derecho Civil Francés, Tomo I*. México, Imp. Y Lit de F. Barroso, Hermano y Compañía, 1893.

LEACH, Edmund, "Antropología", en Barker, Paul. *Las ciencias sociales de hoy*. México, Fondo de Cultura Económica, 1982.

LEMA AÑÓN, Carlos, "El darwinismo social en la historia de los derechos", en Ansuátegui Roig, Francisco Javier, et. al (coords.). *Historia de los derechos fundamentales*. Madrid, Universidad Carlos III, 2007, Consultado el 26 de junio de 2017 en el sitio Web:

<[https://e-](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9049/darwinismo_lema_2007.pdf)

[archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9049/darwinismo_lema_2007.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/9049/darwinismo_lema_2007.pdf)>

LÉVINAS, Emmanuel. *Humanismo del otro hombre*. Madrid, Caparrós Editores, 2ª Edición, 1998.

LYONS, David, *Aspectos morales de la teoría jurídica; Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*. Barcelona, Editorial Gedisa, 1998.

------. "El afianzamiento jurídico de la antijuridicidad", en Kramer, Matthew H., et. al. (Compiladores). *El legado de H.L.A Hart; Filosofía jurídica, política y moral*. Madrid, Marcial Pons, 2012.

MACINTYRE, Alasdair. *Animales racionales y dependientes; Por qué los seres humanos necesitamos las virtudes*. Barcelona, Editorial Paidós, 2001.

MARTÍNEZ MUÑOZ, Juan Antonio. *El conocimiento del derecho*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2012.

MARTÍNEZ PINEDA, Ángel. *Filosofía de la verdad jurídica*. México, Editorial Porrúa, 2004.

MASSINI CORREAS, Carlos I. *Filosofía del Derecho*, Tomo I: El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2005.

NINO, Carlos S. *Algunos modelos metodológicos de "Ciencia" Jurídica*. México, Fontamara, 1999.

------. *Derecho, Moral y Política I*. Buenos Aires, Gedisa, 2007.

------. *El constructivismo ético*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

NYBAKKEN, Oscar E., "Humanitas Romana", en Transactions and Proceedings of the American Philological Association, *The Johns Hopkins University Press* Vol. 70, 1939.

OLLERO, Andrés, "La crisis del positivismo jurídico. (Paradojas teóricas de una rutina práctica)", en *Persona y Derecho*, No. 28, 1993.

----- “Los nuevos derechos”, en *Persona y Derecho*, Vol. 66, 2012.

ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal. *Analítica del derecho justo; la crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

PEÑA FREIRE, Antonio, “¿Fue Auschwitz legal? Legalidad, exterminio y positivismo jurídico”, en *Isonomía; Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), No. 45, Octubre 2016.

POCOCK, D. F., *Antropología Social*. Barcelona, Editorial Herder, 1964.

PRECHT, Richard D. *El arte de no ser egoísta*. Madrid, Siruela, 2014.

RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 2005.

----- . *Relativismo y derecho*. Bogota, Editorial Temis, 2009.

RAMÍREZ ARCE, Bertha Alicia, “La *humanitas* equilibrio entre justicia y equidad”, en *Letras jurídicas*, número 29 (Enero-Junio 2014).

RAZ, Joseph. *El concepto de sistema jurídico*. México, UNAM, 1986.

----- . *La autoridad del derecho; Ensayos sobre derecho y moral*. México, UNAM, Segunda edición, 1985.

RHONHEIMER, Martin. *La perspectiva de la moral: Fundamentos de Ética Filosófica*. Madrid, RIALP, 2000.

RODRÍGUEZ, César, “Teoría del Derecho y decisión judicial; En torno al debate entre H.L.A Hart y R. Dworkin”, en *La decisión judicial; El debate Hart-Dworkin*. Bogotá, Editorial Siglo del Hombre Editoriales, Universidad de los Andes, 2002.

ROMERO, José Luis. *Estado y Sociedad en el mundo antiguo*. México, Fondo de Cultura Económica, 2012.

ROSS, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*. México, Editorial Fontamara, 1991.

SAFRANSKI, Rüdiger. *Tiempo; La dimensión temporal y el arte de vivir*. Barcelona, TusQuets Editoriales, 2017.

SALCEDO ROMO, Alejandro. *La constitución de la imagen del hombre en la filosofía jurídica de Jesús Ballesteros: notas fundamentales de antropología filosófica para la posmodernidad resistente*. Valencia, Trabajo de Fin de Master, Universidad de Valencia, 2017.

SÁNCHEZ, Luis Manuel. *Después del positivismo; Re-sustantivando el derecho*. México, Editorial Fontamara, 2011.

SAVATER, Fernando. *Las preguntas de la vida*. México, Editorial Ariel, 2012.

SAVIGNY, M.F.C. *Sistema del Derecho Romano Actual, Tomo I*. Madrid, Centro Editorial de Góngora, Segunda Edición, S/A.

SCHAUER, Frederick. *Pensar como un abogado*. Madrid, Marcial Pons, 2013.

SCHELER, Max. *El puesto del hombre en el cosmos*. Buenos Aires, Editorial Losada, 21ª Edición, 1997.

----- . *La idea del hombre y la historia*. Buenos Aires, Editorial La Pléyade, 1982.

SCHIAVELLO, Aldo, “Modest objectivity ed interpretazione del diritto”, *Comunicazione: convegno “VII Colloquio internazionale italo-spagnolo su II Ragionamento giuridico”*, Trapani, 22-23, septiembre de 2000.

SCHULZ, Fritz. *Principios del Derecho Romano*. Madrid, Editorial Civitas, 1990.

SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. México, Editorial Taurus, 2013.

SEOANE, José Antonio, “La doctrina clásica de la lex iniusta y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, No. 6, 2002.

SERNA, Pedro. *Filosofía del Derecho y paradigmas epistemológicos; de la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*. México, Porrúa, 2006.

SQUELLA, Agustín. *Positivismo Jurídico, Democracia y Derechos Humanos*. México, Editorial Fontamara, 1998.

SUCAR, Germán y CERDIO HERRÁN, Jorge (Eds.). *Derecho y Verdad II*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *La ciencia jurídica y su carácter empírico; Notas sobre los enunciados jurídicos y su prueba de falsabilidad*. México, Ediciones Coyoacán, 2013.

TERENCIO, “El atormentador de sí mismo”, en *Comedias*, México, Editorial Porrúa, 2004.

TRUJILLO, Isabel y VIOLA, Francesco. *What Human Rights Are Not (Or Not Only); A negative Path to Human Rights Practice*. New York, 2014.

van Dülmen, Richard. *El descubrimiento del individuo 1500-1800*. Madrid, Siglo XXI Editores, 2016.

VIGO, Rodolfo Luis, "La axiología jurídica de Gustav Radbruch", en *La injusticia extrema no es derecho; De Radbruch a Alexy*. México, Editorial Fontamara, 2008.

----- . *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991.

----- . *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008.

WALUCHOW W.J, "Herculean Positivism", *Oxford Journal of Legal Studies*, 5, núm. 2, 1984.

----- . "Validez, moral y la función de guía del derecho", en Kramer, Matthew H., *et. al.* (Compiladores). *El legado de H.L.A Hart; Filosofía jurídica, política y moral*. Madrid, Marcial Pons, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Contra la ética de la verdad*. Madrid, Editorial Trotta, 2010.