



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE MAESTRÍA Y DOCTORADO EN CIENCIAS MÉDICAS, ODONTOLÓGICAS Y DE
LA SALUD

HUMANIDADES EN SALUD

CAMPO DISCIPLINARIO: BIOÉTICA

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

TESIS

QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:

DOCTORA EN CIENCIAS

PRESENTA:

ALEXANDRA OLMOS PÉREZ

TUTOR PRINCIPAL

DR. VÍCTOR M. MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR

DR. CARLOS A. VIESCA TREVIÑO

DR. JORGE E. LINARES SALGADO

DRA. PAULETTE DIETERLEN STRUCK

PROGRAMA DE MAESTRÍA Y DOCTORADO EN CIENCIAS MÉDICAS, ODONTOLÓGICAS Y DE
LA SALUD

CIUDAD UNIVERSITARIA, ENERO 2018



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

ÍNDICE

CAPÍTULO I: AXIOLOGÍA Y DERECHO.....	1
<i>Introducción</i>	1
La concepción filosófica del valor.....	7
Sujeto- objeto-valor	10
El desarrollo de la axiología.....	12
El ser v.s. el valer	12
El método fenomenológico en la axiología	16
Valor como interacción sujeto-objeto.....	20
El debate entre objetivismo y subjetivismo	22
El problema del relativismo moral	24
La axiología jurídica	31
Primeros planteamientos sobre la relación del derecho con los valores	31
Los fines del derecho (la realización de los valores)	47
El valor como fundamento jurídico	50
El valor en la dimensión moral del derecho	52
El derecho como expresión del valor	53
El derecho como herramienta del cambio social	54
El valor del derecho	55
Conclusiones y propuestas en torno a la dimensión axiológico-jurídica	56
Los valores en el mundo contemporáneo.....	59
CAPÍTULO II: EL PARADIGMA DE LOS DERECHOS HUMANOS	66
Surgimiento histórico	66
El concepto de los derechos humanos.....	69
El debate sobre la fundamentación de los derechos humanos	76
Los derechos humanos como derechos constitucionales	79
Derechos humanos, legalidad y legitimidad	81
Los derechos humanos como valores jurídicos.....	82
Bioética y derechos humanos	83
La relación del derecho con la bioética a través de los derechos humanos	83
CAPÍTULO III: EL VALOR COMO PUNTO DE INTERSECCIÓN DEL DERECHO EN LA BIOÉTICA	88

Derecho y bioética.....	88
Los conceptos jurídicos en el debate bioético.....	89
El papel interpretativo del derecho en la bioética (función hermenéutica del razonamiento jurídico)	99
Los principios en el derecho.....	107
El papel normativo del derecho en la bioética.....	119
Derecho-valor-bioética.....	122
CONCLUSIONES	124
BIBLIOGRAFÍA.....	136

Para Gastón, con todo mi amor y mi más profundo agradecimiento por su apoyo incondicional y por nuestra hermosa familia.

CAPÍTULO I: Axiología y derecho

Introducción

El contacto de l ser humano con el mundo que lo rodea i ndudablemente resultó, e n un primer i nstante de c onciencia, e n un pr ofundo asombro, e i nmediata e i nevitavelmente reaccionó ante él, estableciendo así una relación con lo extraño a él , con lo externo. Ese universo maravilloso que se presenta ante sus ojos, ese caos perfecto, es el primer objeto de reflexión filosófica. Así es que ideamos categorías para ordenar y comprender las cosas y la manera en que funcionan, así es como nos transformamos, en palabras de Ernst Cassirer, en un animal simbólico,¹ característica que le ha permitido desarrollar desde el lenguaje, hasta el arte, la historia y la ciencia.

Sobre esta idea, es muy ilustrativa la caracterización que hace Jonathan Safran Foer en su libro *Eating Animals*, que refleja la capacidad simbólica de l ser humano, i ncluso como fundamento del razonamiento moral, en el sentido de que al dotar de significado a ciertos fenómenos, estamos llevando a cabo una valoración:

Humans are the only animals that have children on purpose, keep in touch (or don't), care about birthdays, waste and lose time, brush their teeth, feel nostalgia, scrub stains, have religious and political parties and laws, wear keepsakes, apologize years after an offense, whisper, fear themselves, interpret dreams, hide their genitalia, shave, bury time capsules, and can choose not to eat something for reasons of conscience.²

Esa reacción o i ntuición que tiene el ser humano sobre el universo, es una a apreciación axiológica, una actitud estimativa. El ser humano reconoce ciertos elementos esenciales en las cosas que le imponen la necesidad de valorarlas, es decir de dejar de ser indiferente ante ellas. Incluso esto nos ha permitido generar conceptos éticos, morales, de ónticos y, evidentemente, también jurídicos, desde el principio de la vida social.

Nos dice Adela Cortina:

El hombre es el ser que, por su hi performalización, necesita hacerse cargo de la situación, habérselas con las cosas y consigo mismo como realidad, y todo ello es posible gracias a su i nteligencia. Y en esa necesidad de “hacerse cargo” y de “habérselas con” se esboza una estructura constitutivamente moral, que irá perfilándolo con la necesidad, gracias al carácter posidente de su inteligencia, de

¹ Vid. Cassirer, Ernst, *An essay on man*, Yale University Press, 1944.

² El autor concluye: “*The justifications for eating animals and for not eating them are often identical: we are not them*”. Safran Foer, Jonathan, *Eating Animals*, Little Brown and Company, New York, USA, 2009, p. 33.

tener propiedades por apropiación. El hombre es el ser que, por naturaleza, se ve obligado a adquirir una segunda naturaleza.³

Niccolai Hartmann dijo que “El hombre es, en primer término, práctico; sólo en segundo término es teórico. Su mirar es desde un principio toma de posición. Su participar en el ir y venir de los acontecimientos es toma de partido con el sentimiento, un estar interesado, contacto valorante”.⁴

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

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

La muerte de Sócrates fue el momento de la consolidación de su pensamiento, el símbolo del nacimiento de la ética occidental. A falta de obra escrita, la condena y muerte de Sócrates a manos de los atenienses de la época, quienes lo acusaron de pervertir a los jóvenes con sus enseñanzas, fue la mayor contribución que este hombre hizo a la filosofía. Un hombre que muere en defensa de sus ideales, y que convencido de tener la razón, se entrega a las leyes de su ciudad. A partir de ese momento, dice Jaeger, “todas las nuevas ideas éticas o religiosas que surgían, todos los movimientos espirituales que se desarrollaban, invocaban su nombre”.⁵ Es justo decir que en Grecia se fundó la filosofía occidental, y que Sócrates fundó la ética.

A tres pueden reducirse las cuestiones que constituyen el fondo de toda la ética, y en torno a las cuales vienen girando todas las discusiones filosófico-morales desde que Sócrates, queriendo acabar con la anarquía moral ocasionada por los sofistas, trató de arrancar aquella ciencia de la funesta tutela de los dioses helénicos para fundarla y reedificarla sobre la razón, que desde entonces se concibe como referente y fundamento del actuar humano y

³ Cortina, Adela, *Ética sin moral*, 9ª Ed., Tecnos, España, 2010, p. 62.

⁴ Hartmann, Nicolai, *Ética*, Ediciones Encuentro, España, 2011, p. 53.

⁵ Jaeger, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, libro tercero, FCE, México, 2001, p. 389.

como parámetro objetivo de *verdad*.⁶ Estas tres preguntas son: ¿En qué consiste el bien moral? ¿Cuál es la facultad o el medio en que hemos de conocer y apreciar el bien moral? ¿Qué condiciones interiores y exteriores se necesitan para realizar el bien moral?⁷

A partir de entonces, reflexionamos sobre la esencia de lo *bueno* y lo *malo*, o lo *deseable* y lo *no deseable*, para guiar nuestra conducta y para generar normas, que son necesarias para una convivencia lo más armónica posible en sociedad. El griego había vencido a la vida con su libertad, y así como los héroes de los poemas homéricos, a aquel individuo excepcional que desafió al destino y a su propia muerte y que pudo alcanzar la eternidad en la memoria de la humanidad, debemos ser todos los seres humanos. No era tarea fácil, puesto que la virtud era una cuestión que integraba la salud del cuerpo y, sobre todo, del espíritu. Era este el sentido de la existencia, conocer la verdad para poder llevar la mejor vida posible, o mejor aún *ser el mejor ser humano posible*, en encontrar *la felicidad*, diría Aristóteles.⁸ Sócrates fue un héroe, pero un héroe bastante distinto de aquellos que viven en La Ilíada y La Odisea: el héroe ético.

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

Con el advenimiento del siglo XV comienza el final de lo que llamamos edad media, y que precisamente fue la etapa intermedia entre el esplendor helénico y el renacimiento. Los inicios de esta nueva etapa coinciden con el desarrollo del pensamiento nominalista y

⁶ Existe una diferencia al hablar de *lo racional* y hablar de *lo razonable*, siendo que podemos entender que *lo racional* pretende una objetividad epistémica que se desprende de una capacidad atribuida al ser humano -que incluso puede otorgarle el *status* mismo de ser humano o de persona-, mientras que al hablar de *lo razonable* podemos incorporar el elemento de la intersubjetividad y hablar de objetividad en términos de validez reconocida intersubjetivamente. También lo es que existen debates en torno a si las normas pueden ser sujetas a criterios de verdad, o más bien de corrección; Vid. Putnam, Hilary y Habermas, Jürgen, *Normas y valores*, Trotta, España, 2008.

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

⁸ Vid. Granja Castro, Dulce María, “Aristóteles y las virtudes”, Platts, Mark, (comp.), *La ética a través de su historia*, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, México, 1998, pp. 24-39.

racionalista, que deposita su confianza de nuevo en la razón para el conocimiento de la verdad, desvinculándose de la fe como camino hacia ella, y reafirmando así la idea de libertad y autonomía de la voluntad haciéndonos amos de nuestro destino.⁹ El desarrollo de la ciencia, que se había atenuado en siglos anteriores, vuelve a brillar con toda su fuerza, iniciándose así en una trayectoria imparable en la que el método científico será la guía del conocimiento de la humanidad.

Hacia el siglo XVIII, simbolizado por el racionalismo ilustrado y las ideas de la universalización del conocimiento, la *techné*, técnica o arte de hacer algo, se fue convirtiendo en tecnología, es decir en capacidad modificadora, creadora, innovadora, que llegando el siglo XIX abrió paso a la llamada Revolución Industrial, que parecía haber llegado a resolver los problemas que planteaba la insatisfacción de las necesidades humanas.¹⁰ Sin embargo, fue entonces que el ser humano fue testigo de las repercusiones que podían tener sus acciones, especialmente aquellas que implicaban el uso de tecnología, puesto que la evolución del proceso de producción generó condiciones laborales injustas para la población obrera, que se veían reemplazados por el trabajo de las máquinas, lo cual tecnificaba y abarataba el trabajo humano.

Las teorías evolucionistas potencializaron ese sentimiento de competencia que existía entre los individuos por la apropiación de los recursos materiales, puesto que la selección natural, que funcionaba en virtud de la capacidad adaptativa, se daba entre los individuos incluso de la misma especie. El hombre se encuentra inmerso en una tragedia nueva, en la que la regla es adaptarse o morir, y su respuesta fue emplear a la tecnología para cubrir sus necesidades en este nuevo entorno de escasez.

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

No en vano nos han dicho que tengamos cuidado con lo que deseamos. Si bien el *bios* de alguna manera siempre ha sido afectado de algún modo por el actuar humano, y si bien la técnica y la tecnología -desde sus más básicas expresiones como puede ser la agricultura, la domesticación y el procesamiento y producción de alimentos-, siempre han impactado la vida, el entorno y la biosfera, es indudable que hemos dado un salto no solamente cuantitativo, sino cualitativo en nuestra manera de injerir sobre las unidades más básicas y primarias de ese *bios*.

⁹ "...de esta forma, el hombre es caracterizado, ante todo, como una 'esencia libre', y es tal libertad fue contemplada como el componente esencial y último de la humanidad, de modo que decir 'racional' era sinónimo de decir 'libre'", Carpintero Benítez, Francisco, *Historia del derecho natural. Un ensayo*, UNAM, México, 1999, p. 301.

¹⁰ Thomas Malthus, en su obra *Ensayo sobre el principio de la población* de 1798, había externado una preocupación por el crecimiento geométrico de la población frente a un crecimiento aritmético de los recursos, es decir que la población humana estaba teniendo un crecimiento limitado ante unos recursos limitados. Lo que sugería Malthus era que los recursos se estaban acabando, y pareciera que el mensaje fue recibido en el sentido de que había que optimizar los recursos, acapararlos y explotarlos cada vez más.

Teniendo la capacidad no solamente de crear, sino también la de destruir la “materia prima” del *homo faber* a partir de la modernidad es la vida misma. Dice Juliana González que

El siglo XX representó, en efecto, la ruina de lo humano del hombre y a la vez trajo consigo una nueva aurora del ímpetu ético (y axiológico) de la humanidad. Nunca quizás los valores y los contravalores habían sido tan agudamente manifiestos, en tanto que dos absolutos antitéticos, como en estos tiempos de luz y de extrema oscuridad, cuya doble contradictoria presencia aún sigue viva.¹¹

Si bien esto es cierto, también lo es que el siglo XX vio el doloroso despertar de la conciencia humana al hecho de que, contrario a lo que creíamos

...no es la Ética como la Filosofía especulativa, por ejemplo, ni como la Física, la Mecánica, la Técnica agrícola y otras ciencias o artes por el estilo. De éstas podemos prescindir, sin ellas es posible la vida social; sin moral, no. La inmoralidad es absolutamente enemiga de la vida social; por eso, afortunadamente, ni existió ni existirá una sociedad totalmente inmoral. Se concibe un individuo inmoral o totalmente inmoral; pero no se concibe, ni es más posible una sociedad, un agregado de hombres, que se relacionen de algún modo, sin observar las leyes más fundamentales de la Ética y el derecho: la disolución y la muerte serían su consecuencia y su sanción inevitables. No solamente es cierto que la moral *debe ser* el fundamento del orden social, sino que *de hecho* lo es de un modo necesario.¹²

Pero la ética por sí sola, es insuficiente para resolver los dilemas que se le plantean ante este nuevo panorama, necesitando abrirse y salir de sí misma para interactuar con otras áreas del conocimiento. Es cierto que la ética aplicada tampoco trabaja aislada, pero existe una diferencia más allá de lo gradual en la manera en que la ética aplicada interactúa con otros conocimientos y la manera en la que lo hace la ética en el seno de la bioética.

En ese sentido, la bioética no es una rama de la filosofía -o de la filosofía moral-, sino que la filosofía es una de las varias disciplinas que conforman a la bioética. La ética de la bioética no es solamente la ética filosófica, o la ética médica o la ética jurídica. No es reductible a una ética aplicada,¹³ porque la misma ética necesita salir de sí o entrar a analizar objetos de estudio ajenos al que estrictamente le corresponde temporalmente para entrar a la bioética, es pacio en donde se encuentran las ciencias y las humanidades, estableciendo un diálogo para la reflexión en relación a los conflictos que los descubrimientos científicos y los avances tecnológicos, y el impacto que generan en relación al *deber ser* las nuevas dimensiones conocidas de la *ser*, con la finalidad, dice Juliana González, de “imprimirle cualidad de bondad a las nuevas posibilidades de la

¹¹ González Valenzuela, Juliana, “Introducción”, en *Perspectivas de bioética*, FCE/UNAM/CNDH, México, 2008, p. 13.

¹² Gafo, *Op. Cit. Supra* 7, p. 3

¹³ “...lo que más ha contribuido a la crisis de esta moral artificial, y, más o menos, a la crisis de la moralidad que hoy experimentamos, ha sido y aún es el afán de agregar a la Ética problemas que le son bastante ajenos o totalmente extraños...”, *Ibidem*, p. 6

vida”¹⁴ que abren la ciencia y la tecnología, así como de conservar una calidad de vida acorde con la dignidad.

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

Es así que en 1970, Van R. Potter, bioquímico estadounidense especialista en cáncer, da un paso fundamental para el desarrollo de la bioética, haciendo un llamado a la prudencia, mediante un artículo publicado en la revista *Perspectives in Biology and Medicine* intitulado “*Bioethics, The Science of Survival*”, el cual dio lugar un año después a su libro “*Bioethics. Bridge to the Future*”.

Ésta fue la primera vez que se empleó la palabra bioética en un texto,¹⁶ y fue empleada por Potter para denominar a su propuesta: una nueva disciplina, con un método interdisciplinario, que estableciera relaciones entre las ciencias naturales y las ciencias sociales para hacer posible la continuidad de la vida en el planeta. El nombre *Bioethics*, dice Potter, es empleado “*in order to emphasize the two most important ingredients in achieving the new wisdom that is so desperately needed: biological knowledge and human values*”.¹⁷

La reflexión bioética, en palabras de Potter, pretende generar sabiduría suficiente para manejar el conocimiento,¹⁸ no para limitarlo, sino para orientarlo, a fin de que sea posible asegurar la continuidad de la vida en condiciones éticamente aceptables. A cerca de esta cuestión, profundiza Hans Jonas, cuando establece que la responsabilidad surge del poder transformador del hombre, pero sobre todo del valor de aquello sobre lo cual el hombre es capaz de ejercer dicho poder, especialmente la idea misma de hombre.¹⁹

¹⁴ González, *Op. Cit. Supra* 11, p. 43

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

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

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

¹⁸ “*Knowledge of how to use knowledge*”, lo que él llama *wisdom*. Vid. Potter, *Op. Cit. Supra* 17. Bertrand Russell también utiliza este concepto, definiéndolo como “*a right conception of the ends of life*”, Russell, Bertrand, *The Scientific Outlook*, 2ª ed., George Allen and Unwin LTD, UK, 1949, p. 12.

¹⁹ Vid., Jonas, Hans, *El principio de responsabilidad*, 2ª ed., Herder, España, 2004.

En la ética la existencia humana había encontrado un sentido, pero poco a poco se fue confundiendo con la sensación de insaciabilidad y de necesidad de consumo. La tecnología, se suponía, iba a hacer nuestra vida más cómoda, liberándonos de la lucha por la supervivencia –desde el punto de vista de la biología y de la economía– logrando la satisfacción de nuestras necesidades materiales para poder ocuparnos de nuestras necesidades espirituales,²⁰ pero en el camino, lo que perdimos fue el sentido de la vida misma. En el intento de ser más libres, nos convertimos cada vez más en es clavos de nosotros mismos. Leo Strauss dijo

La crisis de Occidente consiste en que su objetivo se volvió incierto. Occidente tuvo alguna vez un objetivo claro, un objetivo en el que todos los hombres estarían unidos, y por ende tenía una visión clara de su futuro y tanto futuro de la humanidad. Ya no poseemos esa certeza y esa claridad. Algunos incluso perdieron la esperanza en el futuro y esa falta de esperanza explica muchas formas de la degradación contemporánea de Occidente.²¹

Esa es la crisis de la civilización occidental, que se entregó a la ciencia y luego se abandonó en la comodidad de la tecnología hasta darse cuenta que, no solamente no había logrado lo que buscaba –satisfacer sus necesidades–, sino que ya se le olvidó qué era lo que debía realmente buscar. La humanidad no puede darse el lujo de perder el camino, en virtud de la tarea tan grande que queda en sus manos: la reflexión en torno al actuar humano sobre el *bios*.

La concepción filosófica del valor

Si bien es cierto que la axiología como tal no surge como disciplina filosófica sino hasta el siglo XX, ya existían conceptos filosóficos hacer referencia a la dimensión de valor: el bien o lo bueno. El concepto de bien siempre ha estado presente en la reflexión filosófica,²² y de cierto modo los filósofos clásicos, reflexionan acerca de la dimensión axiológica sin que sea su objetivo hacerlo.²³

La ética en el pensamiento clásico se enfocaba en el sujeto moral como idea central y no en la corrección de la acción, es decir que se encontraba más bien fundamentada en la idea de virtud, a sociada e n c ierto sentido a l os diversos roles sociales que se desempeñan las personas,²⁴ y en ese sentido las acciones son correctas o no en función de la virtud del

²⁰ Que no necesariamente se refieren a cuestiones religiosas, sino a “lo humano del hombre”, en términos de Juliana González.

²¹ Strauss, Leo, *La ciudad y el hombre*, Katz Editores, Argentina, 2006, p. 12.

²² Dice Ortega y Gasset que la idea de lo bueno fue la que más se aproximó al pensamiento acerca de la idea de lo valioso, aunque hoy entendamos que el bien es solamente una especie de valor, *Vid.* Ortega y Gasset, José, *¿Qué son los valores? Aproximación a una estimativa*, Ediciones Encuentro, España, 2004.

²³ Entre los filósofos clásicos existen algunos que sostuvieron posturas que podríamos calificar de relativistas o negadoras de la dimensión axiológica, como Demócrito o Epicuro.

²⁴ Existen posturas relativistas de la virtud, como es la de MacIntyre, pero también existen posturas, que eran muy aceptadas sobre todo en la filosofía clásica griega acerca de la unidad de la virtud. Sin embargo, siendo las virtudes una cuestión práctica, tienen que ver con el desempeño en sociedad, lo cual no

agente que las llevara a cabo.²⁵ Nos dice García Máñez que Aristóteles no se limitaba a ofrecer una definición formal del deber –y de hecho en la *Ética nicomaquea* no emplea el concepto del deber como lo entendemos ahora o de las reglas-, sino que “nos brinda una vasta ‘fenomenología de la conducta recta’, orientada hacia la descripción del *contenido* de las virtudes”,²⁶ por lo que para el Estagirita, la virtud entendida como excelencia de carácter era una cuestión práctica –y no tanto un arquetipo ideal como lo es en la filosofía de Platón-, cuyo contenido se definía como punto medio entre dos vicios –uno por exceso y uno por defecto-, y que eran a su vez componentes de una vida buena, es decir una vida humana buena conforme a lo que es bueno para el ser humano, entendido como concepto funcional o dotado de una teleología “natural”.

Al respecto, MacIntyre explica que el concepto de lo humano en la filosofía clásica hacía referencia de manera implícita al valor, puesto que la ontología de los griegos era una ontología funcional, por llamarle de cierta manera, ya que todo ser implicaba su finalidad o naturaleza, y en ese sentido “los hechos de la acción humana incluyen los hechos acerca de lo que es valioso para los seres humanos (y *no* sólo los hechos acerca de lo que consideran valioso)”²⁷. Desde la visión de MacIntyre, nos explica Adela Cortina:

... nuestro lenguaje moral no es sino un conjunto de fragmentos, que formó en la época griega una unidad coherente, pero que hoy se conecta de forma incoherente, porque ha perdido el contexto que en Grecia le daba sentido. La *teleología* enraizada en un *concepto funcional del hombre*, justificaba las reglas morales, como aquellas que se deben cumplir para alcanzar el *télos* propio del hombre... Y es precisamente esta imposibilidad de desvelar racionalmente el fin del hombre lo que hace del proyecto ilustrado de fundamental racionalmente la moralidad un proyecto fracasado. Divorciados el uso y el significado de las expresiones morales en nuestra época, gracias a este fracaso, el emotivismo irracionalista se ha incorporado a nuestra vida social.²⁸

Tristram Engelhardt, concurre al señalar lo siguiente:

Outside of a content-full vision of human flourishing, it is impossible to answer such questions. In a general secular moral context, the virtues are evacuated of moral

necesariamente implica que el ser humano es agente moral de manera intermitente (es decir que deja de serlo una vez que no se encuentra interactuando en sociedad) sino que, en una concepción fuerte de la virtud, como podría ser la de Aristóteles, la virtud debe cultivarse en todo momento. Así es que podemos decir que hay teorías de la virtud que se basan en una concepción más universal de la naturaleza humana, y otras que se relacionan más con las diferentes “máscaras” o los roles que los individuos llevan a cabo en su vida social.

²⁵ “... la ética de la virtud se centra en el agente, y no en el acto; en el carácter, y no en la conducta... la ética de la virtud es tácticamente orientada a resolver la pregunta de qué tipo de persona debe uno ser.”, Amaya, A. Malia, “Virtudes Judiciales y Argumentación. Una aproximación a la ética jurídica”, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Serie *Temas Selectos de Derecho Electoral*, No. 6, México, 2009, p. 7

²⁶ García Máñez, Eduardo, *El problema de la objetividad de los valores*, El Colegio Nacional, México, 1969.

²⁷ MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, 2ª ed., Trad. de Amelia Balcarcel, Crítica, Barcelona, España, 1984, p. 112

²⁸ Cortina, *Op. Cit. Supra* 3, p. 240.

*content. What were once substantial matters of moral character become matters of taste. The moral world of secularity provides at best procedures for negotiation and agreement. Contractual rights and obligations displace what were once rich languages of character and virtue.*²⁹

Como podemos ver, Engelhardt se preocupa por ese cambio de paradigma que se ha dado en la ética, hacia una concepción más convencional y procedimental, restando importancia a los contenidos, lo cual en su visión empobrece el lenguaje moral. Es por ello que, siguiendo los planteamientos de los defensores de la teoría de la virtud, MacIntyre nos dice que el formalismo característico de la moral moderna se debe al abandono de la dimensión teleológica del humano, lo cual dio como resultado un esquema moral basado en preceptos y una naturaleza humana sin fin alguno, que de hecho no tendría por qué orientarse a dichos principios, y que es precisamente al romperse esa conexión³⁰ que surgen los problemas para la fundamentación de la moral.³¹

La idea de la vida buena responde en gran medida a consideraciones acerca de lo valioso para el ser humano. La virtud puede entenderse como la dimensión práctica del valor, como la construcción de ideales de carácter con base en las abstracciones del mundo axiológico: “El juicio moral de valor no descansa en la existencia del modelo; antes bien, la elección del último se basa en dicho juicio”.³² Esto quiere decir que el valor es siempre el fundamento de la conducta humana, y las apreciaciones que hacemos de lo valioso definen en gran medida lo que entendemos por bueno, malo, correcto o incorrecto, y que desde una óptica arética o de la virtud (*areté*), la definición de la gente virtuosa tiene que ver igualmente con esta estimación.³³

De hecho, Hartmann sostiene que la noción de virtud que fue central para la ética griega es de hecho un concepto axiológico-material, ya que el contenido de la virtud no emana de observaciones empíricas sino de exteriorizaciones de juicios morales de valor. De cierto modo las virtudes no son sino proyecciones de las ideas acerca de los valores.

²⁹ Engelhardt, H. Tristram Jr., *The Foundations of Bioethics*, 2nd. Ed., Oxford University Press, USA, 1996, p. 13.

³⁰ La moral como obediencia –a Dios o a la Ley– fue una noción que permeó durante el pensamiento filosófico que incluye premisas de carácter religioso; esto tuvo que cambiar en el panorama moderno en el cual cuando “la moralidad ya no recurre a nada que trascienda el mundo natural en que vivimos; y dentro de éste, la naturaleza humana que todos tenemos en común nos permite autogobernarnos”, Schneewind, Jerome B., *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*, Fondo de Cultura Económica, México, 2009, p. 442.

³¹ “...el precio pagado por la liberación frente a lo que parecía ser la autoridad externa de la moral tradicional fue la pérdida de cualquier contenido de autoridad para los posibles pronunciamientos morales del nuevo agente autónomo”, MacIntyre, Alasdair, *Op. Cit. Supra* 27p. 94.

³² García Máynez citando a Hartmann, *Op. Cit. Supra* 26, pp. 57

³³ Señala Adela Cortina: “...sin la percepción de un valor, sin experimentar algún elemento como valioso, no hay motivo por el que un individuo deba seguir un principio...sólo si el principio de racionalidad de la ética discursiva es considerado como valioso o si puede señalar elementos valiosos, quepa incorporarlos en *actitudes*, cuyo cultivo puede generar lo que tradicionalmente se ha entendido como *virtudes* y que compone una parte sustancial de la dimensión moral”, Cortina, *Op. Cit. Supra* 3, p. 209.

La virtud aristotélica es la que permite al ser humano alcanzar la eudaimonía,³⁴ pero a su vez no es simplemente un medio para alcanzar sus fines, sino que forma parte de ese mismo fin. Podemos claramente entender que las virtudes son una dimensión práctica del valor, o una expresión encarnada de los valores, y que por tanto, si los valores orientan la conducta, las virtudes son expresiones de ideales de la conducta que establecen guías concretas de acción, y en sí al practicarse permiten la realización de los valores, y son a su vez dicha realización.

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

Sujeto- objeto-valor

Si bien sabemos que el concepto de valores se ha posicionado como central en los planteamientos de filosofía moral contemporáneos, la axiología como tal no na da más se plantea la pregunta de qué es valioso y por qué, sino que también reflexiona en torno a la naturaleza misma del valor, y en ese sentido también aborda las relaciones que guarda con los sujetos morales y los objetos o fenómenos.

El sujeto moral es también una categoría filosófica primaria, puesto que se trata de quien toma la decisión e n términos morales –*moralmente responsable*-, pero también quien elabora las normas morales y las interpreta, y en ese sentido quien realiza los valores, y también se trata de quien debe considerado dentro de la deliberación ética –*sujeto de consideración moral*.

En cuanto al objeto o fenómeno como “residente” del valor, por llamarlo de una manera, se trata nada más y nada menos que de la *realidad objetiva*, es decir aquello que el hombre busca conocer desde sus inicios a través del pensamiento, y por supuesto del pensamiento filosófico. El ejercicio estimativo parte de l objeto o fenómeno, por lo que esta es una categoría ineludible al momento de abordar el tema del valor. El sujeto moral puede ser a su vez “residente” de valores, y puede ser el centro de un ejercicio estimativo, como vimos anteriormente, al convertirse también en sujeto de consideración moral –si lo llamamos objeto de consideración moral lo estaríamos separando de su calidad subjetiva,

³⁴ Concepto que muchas veces se ha equiparado a la idea de felicidad, pero que en la ética aristotélica tiene que ver más bien con un estado de plenitud, como fin último para la ontología funcional del hombre.

participativa, y lo colocaríamos en una posición de contemplación, siendo que el sujeto siempre es activo en el ejercicio estimativo.

Aquí es útil recordar la noción heideggeriana del *Dasein*, que es el *ser* que se distingue del ente por su constante posibilidad, y que sería en este sentido nuestro sujeto:

...el individuo es una posibilidad siempre presente, pues es el ente que es tá entregado a su ser, que es al mismo tiempo su propia posibilidad de ser, dado que se encuentra en una constante búsqueda, eligiendo a cada momento de su vida, haciéndose cargo de sí mismo, debido a que solamente el hombre lo es en cuanto a que tiene siempre la posibilidad de ser... Ahora bien, el *Dasein* está siempre en el mundo como un ente referido a las múltiples posibilidades que le son propias, es decir, como a alguien que puede incluir las cosas en su proyecto personal, asumiéndolas como herramientas. Es por ello que el mundo se le presenta con experiencias y elementos que le son útiles, por lo que al mismo tiempo que forma parte del mundo lo transforma, por lo tanto las cosas no son en sí, sino que el hombre al incluirlas en sus posibilidades y acciones las instrumentaliza, brindándoles utilidad, con lo que las hace ser, las dota de sentido y significado... En resumen, el *Dasein* no es nunca un sujeto puro, entendiéndose la pureza en el sentido de que no posea ningún conocimiento, significado o valoración con carga emotiva, o como un individuo desinteresado en el mundo, por que siempre tiene un contexto que se manifiesta en las opciones que se le presentan, por poseer cierta programación preexistente sobre el entorno que le rodea es que puede definir sus objetivos y elecciones... podemos concluir que el auténtico *Dasein* es el que se apropia de sí mismo con responsabilidad, tomando decisiones de forma consciente, experimentando y valorando situaciones.³⁵

Tanto el sujeto como el objeto son dimensiones del *ser*, es decir que forman parte de la realidad: la parte subjetiva y la parte objetiva, respectivamente. Como hemos visto, en un inicio, el *ser* para el pensamiento occidental en la llamada época clásica integraba, de cierta forma, una noción de finalidad, *un telos*, y en ese sentido la virtud o *areté* era la categoría ética fundamental, pero con el desarrollo del pensamiento normativo, que se desenvuelve a partir de la (inter) *subjetividad*, y que se encuentra cimentada en la heterogeneidad por sus pretensiones *objetivas*, éste se empieza a categorizar en normas impuestas por el objeto, o normas “naturales”, y normas impuestas por el sujeto –que son en sí el universo de lo normativo entendido en términos estrictos y que en una lógica naturalista deberían coincidir con las primeras-, lo que deriva en la separación del *ser* y el *deber ser*, constituyéndose éste último en el foco de la ética. No obstante lo anterior, dicha conceptualización de la realidad daría un importante paso para abrir camino a una categoría filosófica independiente: el valor, que no *es*, ni *debe ser*, sino que *vale*.

La relevancia de la axiología no solamente versa en su riqueza desde el punto de vista teórico, sino que su objeto de estudio, el valor, tiene una connotación práctica en su

³⁵ Carrión García, Yazmín Yadira, *Derecho: fines y alcances desde la perspectiva de Fernando Savater*, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM, México, 2013, versión Kindle.

relación con la ética. La ética se preocupa por conocer qué es lo valioso, por qué es valioso, e incluso puede entrar a analizar distintas concepciones, apreciaciones, interpretaciones y realizaciones de lo valioso.

La ética, como disciplina filosófica, utiliza la noción de valor para sus reflexiones, y en ese sentido los planteamientos desde el punto de vista de la axiología se incorporan a través de la ética en el ámbito práctico de la filosofía, y permea, como veremos más adelante, en el pensamiento filosófico en torno a la moral y el derecho, puesto que los sistemas normativos, como son ambos, serán acordes con la ética siempre que tengan como finalidad realizar aquellos fines a los que ésta otorgue la categoría de valor.

El desarrollo de la axiología

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

El ser v.s. el valer

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

Lo que marca la distinción entre la manera en que se abordó esta idea en la modernidad tiene que ver con la concepción de la relación ser-valer, ya que los antiguos entienden al valor identificado con el ser, mientras que para los modernos ser y valor son dos dimensiones diferentes e independientes.³⁶ Esto sin duda es precisamente lo que dio origen a lo que llamamos “falacia naturalista”, ya que este argumento lógico sostiene que es falso derivar proposiciones deontológicas de premisas ontológicas, sin embargo, dice Alasdair MacIntyre, la concepción clásica, especialmente la aristotélica,³⁷ planteaba una ontología

³⁶ El mundo de las ideas en el pensamiento de Platón implica dos grados del ser, las ideas y las cosas, no una división entre ser y deber ser.

³⁷ Aristóteles entendía al ser como una unidad y a la forma como la esencia misma del ser, que es ahí donde se separa del pensamiento platónico, puesto que niega la separación entre la esencia y la existencia, entre la idea y la cosa. Identificaba al bien con el fin o la causa final, que estaba implícito en la forma esencial. El bien es la perfección del ser.

humana que partía de un concepto funcional del ser humano, como ya hemos mencionado. A lo que se refiere con esto el autor es que el *ser humano* incluía en su ser el deber ser, su teleología, ya que el objeto implicaba su finalidad o su naturaleza por lo que, dice el autor, no es correcto hablar de falacia naturalista en la concepción clásica, aunque con la fragmentación o el divorcio que se empieza a gestar desde la ilustración entre el ser y el deber ser sea lógicamente válido este argumento.³⁸ Sin embargo, en el pensamiento clásico, el problema del valor a través de su identificación con el bien fue siempre en su tríplice vinculación con el ser.

La ética de la virtud plantea al agente moral como concepto central. Una vez que la idea de naturaleza auto-reguladora se substituye por la de un creador, cuya voluntad ha permitido la existencia del ser humano como un ente separado y dotado de una categoría natural superior, aparece la noción del deber, que posteriormente se torna fundamental y central en la ética. El ser humano se convierte en depositario de todo lo que existe, y su creador le impone ciertas obligaciones. Ya no es teleología intrínseca, sino extrínseca.

Bajo dicho paradigma, que de fine el pensamiento medieval en la filosofía occidental, podemos identificar la idea de valor con la idea de Dios, en el sentido de Dios como el bien supremo, como el valor más alto. Para Tomás de Aquino, exponente fundamental del pensamiento cristiano medieval, si bien es claro que el fin último de la vida humana es central en su planteamiento para la construcción de una ética y una moral –lo cual no deja dudar de la influencia aristotélica en su pensamiento–, entiende que el hombre encuentra en Dios su perfección y bien absolutos en un nivel trascendente de su teleología, cuya representación concreta es sin duda un bien inmanente, es decir el bien común, para lo cual juega un papel central la idea de la virtud –nuevamente una idea protagónica en la ética aristotélica que se basa en una concepción funcional del hombre, siendo ambas posturas teleológicas.³⁹

En la filosofía de la ilustración, que es antesala de la modernidad, se vive una ruptura con la visión teocéntrica del universo para centrarse en una visión antropocéntrica, y es el sujeto humano quien, a través de la razón, podrá conocer la verdad. A través de ese proceso se le resta importancia a la dimensión trascendente, y se rompe con la idea unitaria del orden, del bien y del valor, haciendo énfasis en la libertad y la autonomía, siendo el individuo quien asigna el valor y ya no el objeto valorado el que lo impone. Ya no existe una visión del hombre como un ser teleológico, porque esto implicaría una finalidad impuesta, y la idea ilustrada es la del individuo autónomo y racional que es capaz de regular su conducta con desapego a cualquier voluntad externa.⁴⁰

³⁸ De esto que, según Macintyre, “el principio 'ninguna conclusión debe de premisas es' se convierta en una verdad sin fisuras para filósofos cuya cultura sólo posee el vocabulario moral empobrecido”, Macintyre, *Op. Cit. Supra* 27, p. 83.

³⁹ Vid. Beuchot, Mauricio, “Ética y justicia en Tomás de Aquino”, en Platts, Mark, *La ética a través de su historia*, UNAM, México, 1998, pp. 41-54.

⁴⁰ Uno de los planteamientos fundamentales de la ética kantiana es que “una moralidad de tiranía y servilismo sólo puede evitarse si Dios y el hombre forman una comunidad moral cuyos miembros sean mutuamente comprensibles porque aceptan los mismos principios... Dios y nosotros podemos compartir ser miembros de

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

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

Si bien existe un fin universal, Lotze no elimina la libertad humana, puesto que entiende que el hombre se orienta hacia su propio bien, y busca la felicidad, pero explica que los valores son parte de una dimensión universal y absoluta, a través de la cual se vinculan con el orden objetivo axiológico, por lo que al participar en la realización de un valor personal, a su vez participa en los valores del universo, en su sentido moral, al cual no accedemos por la razón sino a través del sentimiento de valor.⁴¹

La crisis de los valores ilustrados despertó sin duda el interés de la filosofía en los valores. Nietzsche fue fundamental en la denuncia de dicha crisis, puesto que entendía que la moral se había convertido en un instrumento de sumisión, y en ese sentido afirma que los valores son creaciones humanas y que el fenómeno moral no existe, sino solamente las interpretaciones morales de los fenómenos. El nihilismo se presenta como un “proceso de desvalorización de todos los valores que tienen como principio de terminación un elemento suprasensible, es la negación de todo valor que se sitúa por encima del ser”,⁴² lo cual no implica necesariamente una aniquilación sino una transmutación de los valores, que se determinen a partir del ser mismo. Para Nietzsche los valores deben tender a la vitalidad, la potenciación de la existencia humana y de la voluntad de poder, siendo tal vez el más radical individualista en ese sentido.

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

una sola comunidad moral sólo si todos legislamos por igual la ley que hemos de obedecer”, por lo tanto “es la voluntad la que ocasiona la moralidad”, Schneewind, *Op. Cit. Supra* 30, pp. 600-604.

⁴¹ Cfr. De la Torre Martínez, Carlos, *La recepción de la teoría de los valores en la filosofía del derecho*, III-UNAM, México, 2005, Capítulo 2, p. 35 y ss.

⁴² *Ibidem*, p. 52

empirismo y basándose en un método meramente filosófico,⁴³ sin llegar a hacer planteamientos metafísicos.

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

Un primer exponente de esta escuela fue Wilhelm Windelband, quien sostuvo que la clave de la historia eran los valores, y que ésta podía ser considerada como ciencia puesto que es considerada una realización progresiva de aquellos, y que a través de la historia es precisamente como llegamos a conocer los valores. Este es otro rasgo distintivo que podremos apreciar en los pensadores neokantianos: la importancia que dan a las ciencias sociales y de la cultura, especialmente a la historia. Para Windelband, las valoraciones particulares existen por debajo de los valores absolutos, y éstos no deben su existencia al número de valoraciones particulares que coincidan en ellos, sino que tienen una validez ideal: no lo que es, sino lo que debe ser; los valores dotan de universalidad y de validez general a las particularidades que surgen en la realidad histórica.⁴⁴

Otro importante pensador es Heinrich Rickert, quien consideró que los valores son una cuestión suprahistórica y no empírica. Continuando con la premisa antes mencionada de Lotze, Rickert entiende que las ciencias naturales han de orientarse hacia una parte de la realidad, aquella que es reductible a leyes generales y necesarias, mientras que las ciencias históricas se enfocarían a la singularidad de los fenómenos. Un problema constante en la historia como disciplina es determinar qué fenómenos son esenciales para el conocimiento histórico, es decir cómo podemos saber qué sucesos son relevantes para la historia, ¿qué es lo histórico? Esto es en sí una valoración, es decir que el historiador debe llevar a cabo un proceso de valoración para de limitar su objeto. En todo objeto cultural se integra la categoría axiológica, por lo que se distingue del conocimiento nomotético o de las ciencias naturales, que se basa en leyes, y se constituye en un conocimiento ideográfico, que tiene que ver con el significado. La historia no emite, o no debe emitir, juicios de valor, es decir que no juzga, pero el significado cultural, es decir la relevancia histórica de un fenómeno, tiene que ver sin duda con valores.

Para Rickert existen 3 grados de validez de un valor: el personal, que depende de los juicios subjetivos, los reconocidos por la generalidad, y finalmente los objetivos, es decir que valen por sí mismos y reclaman un reconocimiento, sin que esto implique que no estén vinculados con la realidad. La realidad a su vez tiene 3 dimensiones: el ser, los valores abstractos y el sentido, que es precisamente la conexión entre el ser y los valores. La cultura es el proceso de realización de los valores generales en el transcurso de la historia. Esto es relevante porque el ser humano es el único ser que reacciona ante los valores; es el único ser histórico, y el único ser jurídico.⁴⁵

⁴³ Cfr. Nakhnikian, George, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Fontamara, México, 1991, pp. 57-63.

⁴⁴ Cfr. De la Torre Martínez, *Op. Cit. Supra* 41, Capítulo 3, p. 62 y ss.

⁴⁵ *Ibidem*, Capítulo 3, p. 68 y ss.

Max Weber hablaba de que las ciencias de la cultura –aquellas que buscan conocer los fenómenos de la vida según su significado cultural, de las cuales forman parte la historia, la antropología, la sociología y por supuesto el derecho-, tienen como objeto los valores, que son el criterio para distinguir aquello que es esencial, y para delimitar el ámbito de la ciencia social misma. Esta necesidad de hacer referencia a valores no implica falta de objetividad en las ciencias, porque éstas no emiten juicios de valor, pero al ser los valores criterios de delimitación del objeto de estudio, forma parte necesariamente de ellas y a la vez de la dimensión de la realidad que constituye su objeto. Para Weber, sin embargo, los valores no son objetivos, sino subjetivos, ya que es imposible dar una justificación científica de los valores elegidos, y la ciencia puede de terminar los medios pero no los fines.⁴⁶

Franz Brentano, otro importante exponente en el campo de la axiología –aunque nunca habló propiamente de valores, sino de “lo bueno”-, inserta de manera explícita la dimensión emotiva o sentimental en la moral, sin menoscabar la objetividad y el pensamiento y conocimiento moral. Brentano niega toda dimensión ideal (reísmo), y afirmaba que lo único existente es el acto bueno o el objeto valioso, es decir los valores concretizado en el ser, y la actitud que tenemos frente al valor pueden ser negar o afirmar su valor, pero nunca de manera independiente del ser. Esto quiere decir que los valores son dependientes del ser, y que nosotros reaccionamos ante ellos, pero esto no resta objetividad a lo bueno o valioso.⁴⁷

Contrario a lo que sostuvo Brentano, Alexius Meinong, por su parte, entendía que el valor era llegar a ser valorado. Meinong afirmaba que las cosas tienen valor cuando y en la medida en que nos agradan. Su teoría del objeto, que distinguía el ser de un objeto del *ser así* o esencia de un objeto, permitía que la esencia fuera independiente del ser, por lo que consideraba posible valorar el ser en sí de objetos ideales, lo cual fue muy importante para el desarrollo de la fenomenología. Esto marca con más fuerza la separación del ser y el valer, y niega que la existencia real sea un requisito para todos los valores.⁴⁸

El método fenomenológico en la axiología

Mencionamos con anterioridad a la fenomenología, y ahora habremos de hablar un poco de su importancia para el desarrollo de la axiología. Por fenomenología como disciplina filosófica en tenderemos el estudio de las estructuras de la experiencia consciente, del conocimiento de los fenómenos como son experimentados –intencionalmente- desde el sujeto.⁴⁹ Asimismo, podemos hablar de fenomenología como un movimiento en la historia de la filosofía que se suscitó durante la primera mitad del siglo XX, siendo sus principales

⁴⁶ *Ibidem*, Capítulo 3, p. 79 y ss.

⁴⁷ *Ibidem*, Capítulo 4, p. 87 y ss.

⁴⁸ *Ibidem*, Capítulo 2, p. 93 y ss. Sobre este tema, *Vid.* García Máynez, *Op. Cit. Supra* 26.

⁴⁹ Smith, David Woodruff, “Phenomenology”, in Zalta, Edward N. (ed.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Winter 2013 Edition, en línea: <http://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/phenomenology/>, consultado en 2014.

precursores Edmund Husserl, Martin Heidegger, Jean-Paul Sartre, entre otros, que concibió a la fenomenología como fundamento de todo el pensamiento filosófico.

La fenomenología es un método que se basa en prescindir de las particularidades de un objeto y la referencia a su existencia, así como nuestros sentimientos hacia él y concentrarnos en el fenómeno concreto, es decir, en pocas palabras, intuir la esencia sin hacer consideraciones sobre la existencia, enfocándose, sobre todo, en nuestra experiencia de los fenómenos y el significado de dicha experiencia, lo que aporta la visión subjetiva de la experiencia, que es por lo tanto intencional.⁵⁰ Su aportación es importante en el campo de la axiología puesto que permite hacer referencia al valor sin hacer consideraciones a su existencia, sino simplemente a su experiencia.

Max Scheler es uno de los más grandes e influyentes exponentes de la filosofía de los valores, y precisamente se basó en este método para formular su teoría. Lo que él busca es relacionarse con los objetos – con los valores, a los cuales concibe como esencias- a través de un realismo no racionalista ni empirista –es decir que no se base en la presuposición de abstractos ni en la experiencia sensible-, y para ello distingue tipos de hechos, los naturales, que son saberes del sentido común, los científicos, y los fenomenológicos, que son los saberes filosóficos. Estos últimos se refieren al modo de ser de las cosas, y su contenido se nos revela a través de la intuición de la conciencia inmediata, idea fundamental en la fenomenología. Scheler sostiene el carácter trascendental del conocimiento: “más allá de sí”.

Scheler se opone a Kant y se preocupa por un *a priori* material y ya no solamente formal, por lo que no distingue los valores de los bienes y los fines, y les da un trato empírico, es decir dependiente de la existencia particular y contingente de esos bienes y fines. Los valores son independientes de sus depositarios y guardan entre ellos una jerarquía objetiva; son cualidades *materiales* que pueden presentarse en 3 dimensiones: como cualidades objetivas puras, como momentos parciales de bienes, o como el valor concreto de una cosa.⁵¹

Para Scheler, nos explica Adela Cortina, “Los valores son cualidades dotadas de contenido, cognoscibles *a priori* por los aspectos emocionales de la mente, independientes de nuestros estados emotivos subjetivos, independientes de las cosas y relaciones que son sus portadores y se denominan 'bienes’”.⁵²

Lo apriorístico es entonces lo dado en la experiencia a través de la intuición, y aquí podemos apreciar la influencia de la fenomenología. Es por ello que para Scheler es fundamental recuperar la dimensión emocional, que de ninguna manera es reductible a lo sensible, sino por el contrario, debe ser objetiva. La dimensión axiológica es inaccesible a la razón, sin embargo es aprehensible objetivamente a partir del sentir intencional, y tiene un orden absoluto e inquebrantable. Si bien podemos elegir valores, Scheler afirma la existencia de dicho orden y propone una jerarquía que en realidad es un ejemplo que él

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ Scheler niega que los valores sean propiedades de las cosas o que dependan de ellas, y entiende que las cosas son donde los valores de hacen reales, puesto que son ideales.

⁵² Cortina, *Op. Cit. Supra* 3, p. 53.

mismo reconoce puede variar a lo largo de la historia, por lo que su plena intuición no es posible. El valor sin embargo se convierte en estándar de la moralidad: la bondad o maldad de un acto depende de su realización de valores, y aquí encontramos vinculados totalmente la noción de valor con la noción de deber, por ello se dice que la ética de Scheler es una ética de los valores; el valor determina el deber ser, que no es otra cosa que un valor no realizado que exige realización.

Scheler distingue el valor en sí, es decir objetivo, del conocimiento que el sujeto tiene de él, y explica que para acercarnos al conocimiento de una ética material absoluta y tener una vivencia completa de los valores es necesaria la cooperación entre los diversos *ethos*, es decir las variaciones que existen en torno a la percepción sentimental de los valores y reglas de una sociedad.⁵³

Probablemente el más grande exponente de la axiología sea Nicolai Hartmann, además de que, como veremos, su pensamiento tuvo una enorme influencia en la filosofía del derecho iberoamericano. Su ética, a la igual que la de Scheler, quien de cierto modo es su antecedente, está basada en la pregunta acerca de los valores, e igualmente emplea el método fenomenológico.⁵⁴ Para Hartmann el conocimiento ontológico es distinto a la fenomenología, puesto que ésta estudia al fenómeno tal y como se manifiesta, y no tal como *es*; la ontología clásica deriva todo el conocimiento del ser a partir de un principio filosófico, y la fenomenología parte del conocimiento científico y penetra hasta lo más profundo del ser. Considera al valor un ser ideal pero trascendente, previo a la existencia del sujeto. En ese sentido, como ser ideal, los valores también *son*, es decir que gozan de existencia. Esto es de gran relevancia puesto que la axiología surge precisamente de la distinción entre ser y valer como dos dimensiones distintas. Lo que hace Hartmann es desvincular los conceptos esencia-ideal y existencia-real.

Para Hartmann acerca los valores son apriorísticos (no solamente en virtud de la intuición inmediata, sino de su existencia previa a la experiencia), ideales, independientes, objetivos y universales como esencias, y son normativos, es decir que son principios de deber ser, y es así como se realizan o se vinculan con la realidad, sin ser dependientes de ella.⁵⁵ Aquí permea una idea que explicamos con anterioridad que es que aprehendemos los valores a través del sentimiento del valor, que implica que los valores se nos presentan en toda su plenitud, y que lo valioso nos llama, nos mueve hacia él. Es una postura objetivista, puesto que es claro que el sujeto no puede modificar la esencia del valor, ni crear ni transformar

⁵³ Cfr. De la Torre Martínez, Carlos, *Op. Cit. Supra* 41, Capítulo 4, p. 100 y ss. Sobre este tema, Vid. García Máynez, *Op. Cit. Supra* 26.

⁵⁴ Hartmann decía que la filosofía tiene como finalidad responder 3 preguntas: ¿qué podemos conocer?; ¿cómo debemos conducirnos?; ¿qué nos es lícito esperar? La segunda corresponde a la ética, es decir que tiene como objetivo el sentido de lo existente, es decir que la ética no indica lo que debemos hacer en cada situación, sino que enseña cómo descubrir lo que constituye el deber, es decir que “no enseña juicios definitivos sino a ‘juzgar’”, Hartmann, *Op. Cit. Supra* 4, p. 45. Para Hartmann, el interrogante axiológico es de mayor relevancia que el interrogante acerca del deber, y de hecho la primera abarca a la segunda pues no puedo saber cuál debe ser mi conducta si ignoro qué es valioso y qué carece de valor, García Máynez, *Op. Cit. Supra* 26, pp. 38-40.

⁵⁵ Nos explica García Máynez que para Hartmann los valores ostentan un carácter de principios, en el sentido de que no dependen de que se les realice o no, aun cuando no sean indiferentes a su realidad o irrealidad, *Ibidem*, p. 47

valores, y en ese sentido los valores no cambian, sino que lo que cambia es nuestra percepción de ellos.

Este es un argumento fundamental que ha sido empleado en contra del relativismo. Esto quiere decir que no hay grados en los valores y que, si bien existe una relatividad histórica en el hombre y la manera en que percibe e intuye los valores, no significa que dicha relatividad corresponda a los valores.⁵⁶ Lo que cambia es la percepción y la interpretación que el hombre da a los valores, que puede variar según las circunstancias o el contexto.⁵⁷ Hartmann de hecho habla de que la axiología tiene como tarea fundamental establecer una jerarquía entre los valores, aunque niega una estructura jerárquica y lineal, pero entiende que el papel de la ética es armonizar la multiplicidad que existe en las percepciones que tenemos de los valores.

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

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

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

⁵⁶ Al respecto, vale la pena hablar de la confusión entre objetividad de los valores y la generalidad o particularidad de los juicios estimativos. Se ha dicho que las opiniones socialmente dominantes influyen en los sujetos que valoran. Sin embargo, dado que la sociedad no puede ser la medida de los valores, y por tanto no podemos descansar la objetividad en el argumento de la generalidad de los juicios estimativos, tampoco podemos afirmar la relatividad en virtud de la particularidad de los juicios. Esto quiere decir que la sociedad no es la medida de los valores ni para afirmar su objetividad ni para negarla como pretendió la escuela sociológica francesa (Vid. Caso, Antonio, *El concepto de la historia universal y la filosofía de los valores*, Ediciones Botas, México, 1993); “Cuando un juicio es verdadero, en nada perjudica a su verdad el no ser acatado por todos los hombres; cuando es falso, el reconocimiento de todos los hombres en nada le ayuda a ser verdadero”, Pfänder, Alejandro, *Lógica*, citado en García Máñez, *Op. Cit. Supra* 26, pp. 29.

⁵⁷ “La diferencia está en nuestros sistemas de creencias, no en nuestros valores”, Rachels, James, *Introducción a la filosofía moral*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 556, México, 2007, p. 49.

de valores no descubiertos, como poner en duda la de una roca no iluminada por la luz de un faro.⁵⁸

Una de las más interesantes ideas de Hartmann a nuestro parecer es que entiende que precisamente de la tensión entre la dimensión axiológica y la ontológica, surge la deontológica; el deber implica dirección hacia algo, y ese algo son los valores, nuevamente el contenido del deber, como lo serían para Scheler.⁵⁹ En ese sentido, la ética material de los valores de Scheler y Hartmann “confiará en los actos emocionales para que capten un mundo objetivo de valores, que es un deber realizar allí donde no estén presentes. El valor, en este caso, antecede al deber”.⁶⁰

Valor como interacción sujeto-objeto

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

Sin embargo, los valores no *son*, es decir que no existen ontológicamente hablando. Los valores, dice García Morente, *valen*. Es así que los valores no son entes, sino valentes. Son cualidades de cosas, puesto que los juicios de valor, a diferencia de los juicios de existencia, no añaden ni quitan nada a la esencia o existencia de la cosa sobre la que se enuncian, sin poder separarse de las cosas, y es irreal, puesto que no equivale a ninguna de las cualidades primarias o secundarias que tienen los objetos reales,⁶¹ es decir que se adhieren a otro objeto, entendiendo que “no hay cosa alguna ante la cual no adoptemos una posición positiva o negativa”,⁶² es decir, que “no hay cosa alguna que no tenga valor”⁶³, y que a cada valor corresponde un contravalor.

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

⁵⁸ García Máynez, *Op. Cit. Supra* 26, p. 81.

⁵⁹ La idea de la voluntad como origen del deber que resulta de los planteamientos kantianos es rechazada desde este planteamiento, puesto que si los valores son el contenido del deber, y éstos existen independientemente de la conciencia, entonces no pueden ser creados por la voluntad, aunque somos libres de captarlos o ignorarlos: “los valores son objetos posibles de una intuición estimativa, pero no surgen con ella... al 'intuir' los valores el sujeto es puramente 'receptivo’”, *Ibidem*, p. 72

⁶⁰ Cortina, *Op. Cit. Supra* 3, p. 54.

⁶¹ Las cualidades primarias son aquellas sin las cuales los objetos no podrían existir, mientras que las cualidades secundarias, también llamadas sensibles, nos permiten percibir al objeto, como son el color, el sabor, etc. Frondizi, Risieri, *¿Qué son los valores?*, 3ª ed., 7ª reimpresión, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 135, México, 1972, p. 18.

⁶² García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 18ª ed., Porrúa, México, 2005, P. 274.

⁶³ *Idem*.

Asimismo, los valores no están sujetos a las categorías de cantidad, tiempo y espacio, de lo que deriva que sean absolutos.⁶⁴ Esto quiere decir que no hay grados en los valores y que, si bien existe una relatividad histórica en el ser humano y la manera en que percibe e intuye los valores, no significa que dicha relatividad corresponda a los valores. Lo que cambia es la percepción y la interpretación que el sujeto da a los valores, que puede variar según las circunstancias o el contexto.

Uno de los pensadores contemporáneos que mejor ha abordado el tema del valor, y que no podemos dejar de mencionar, es Rizieri Frondizi.

Frondizi nos dice que la ética tradicional entendía que un conflicto moral se suscitaba cuando había una lucha entre el valor positivo y el negativo, es decir entre hacer el bien y hacer el mal; la dificultad para la moral es cuando surge el conflicto entre dos valores positivos, es decir cuando hay un choque entre dos deberes.⁶⁵ Para Frondizi, existen tres preguntas fundamentales: ¿qué debo hacer?, ¿qué puedo hacer?, y ¿quién soy?. La tercera pregunta requiere un análisis acerca de la idea de valor.

La conducta humana, dice Frondizi “se propone siempre un objetivo, un fin o propósito, que puede estar equivocado, pero no ausente.”⁶⁶ La calidad de la conducta humana en ese sentido es evaluada, tanto en sus móviles como en sus consecuencias, conforme al valor que la orienta. La libertad exige, dice Frondizi, un contenido, y es decir que lo que importa no es tener libertad, sino lo que hacemos con la libertad; una libertad de no hacer nada, por ejemplo, no tiene sentido, su fin depende de un valor.⁶⁷

La caracterización que hace Frondizi de los valores es muy interesante. Dice el autor: “A mi juicio, el valor tiene este doble carácter: está inmerso en la realidad empírica y no se agota en ella. Pertenece a la realidad en forma de bienes u objetos valiosos, pero ellos no lo colman, pues podemos crear los que no existían y que son aún más valiosos que los conocidos”.⁶⁸ Aquí, podemos coincidir con Frondizi, en el sentido de que hay valores que surgen a partir de conceptos creados, como podría ser la idea de justicia, que se ha constituido en un valor. No existiría la justicia sin el ser humano, pero a su vez el *ser humano* no existiría sin ella.

Continúa diciendo que “el valor tiene otra cara, la deseabilidad, que le permite servir de guía a nuestros deseos... El valor tiene, pues, realidad empírica en los bienes, pero los trasciende”.⁶⁹

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

⁶⁴ “La diferencia está en nuestros sistemas de creencias, no en nuestros valores”, Racheis, *Op. Cit. Supra* 57, p. 49.

⁶⁵ *Vid.* Frondizi, Risieri, *Introducción a los problemas fundamentales del hombre*, 2ª Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 571.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 439.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 463-468.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 474.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 475. En cuanto a la deseabilidad, nos dice Frondizi que es una cualidad del valor, *Ibidem*, p. 476

Sin un valor que la impulsara, la historia se convertiría en una serie de actos repetitivos, mecánicos, rutinarios. El tiempo sería del reloj, cuyas manecillas dan vueltas incesantemente, al mismo ritmo, indiferentes, sobre el mismo cuadrante. Para él, mediodía y medianoche son idénticos; las estaciones no cuentan y los cataclismos y revoluciones lo dejan imperturbable. Porque el reloj mide el tiempo físico, pero ignora el tiempo histórico, la vivencia individual, la angustia de la espera y el aburrimento de las horas que pasan sin sentido. El reloj es ajeno al valor; el hombre en cambio, es un ser que valora, crea nuevos valores y distingue lo bueno de lo malo, lo mejor de lo peor.⁷⁰

En ese sentido, para Frondizi toda actividad humana, todos nuestros esfuerzos deben estar orientados por el anhelo de alcanzar un valor superior al existente, lo que confiere a la vida un sentido de superación.⁷¹

El ser humano es el único ser capaz de intuir y de realizar los valores, de ahí su personalidad ética y no solamente ontológica.⁷² Lo que no puede existir sin el ser humano es el deber ser, no el valor ni el ser, que existen independientemente de él. Vale la pena, sobre la falacia naturalista, hacer referencia a la obra de Rodolfo Vázquez en donde, parafraseando a Mario Bunge, dice que el ser humano, en el terreno práctico, rompe o salta el abismo entre ser y deber ser realizando y actualizando el deber ser, y en ese sentido el derecho es una herramienta para llevar a cabo dicha tarea.⁷³ Frondizi reconoce al ser humano la capacidad creadora de valores, pero sobre todo porque afirma que la sociedad, al crear algo nuevo, produce nuevos valores susceptibles de incorporarse a las instituciones sociales.⁷⁴ El ser humano como posibilitador de la realización de los valores (por lo cual los valores son el contenido del deber ser) es una de las grandes aportaciones del neokantismo, y tiene mucha injerencia en la manera en que se conciben el derecho y el Estado.

El debate entre objetivismo y subjetivismo.

Como hemos podido apreciar, empieza a ser notorio que en el campo de la axiología se han generado dos grandes postulados en torno a la relación sujeto-valor-objeto: por una parte el subjetivismo, y por otra el objetivismo. Las teorías objetivistas del valor sostienen que los valores están de cierta manera dados y que depende de nosotros descubrirlos o, mejor dicho, intuirlos. En ese sentido, la apreciación de los valores desde un punto de vista objetivista sostiene que el valor existe independientemente del sujeto que lo percibe y no debe su existencia a la percepción de éste. El valor se funda en lo que la cosa es, es decir que depende de lo que captamos de la esencia de la cosa el cómo la valoramos.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 452

⁷¹ *Ibidem*, p. 578.

⁷² *Vid.* García Máynez, *Op. Cit. Supra* 26, p. 97.

⁷³ *Vid.* Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Trotta, 3ª ed., México, 2010.

⁷⁴ Frondizi, *Op. Cit Supra* 65, p. 454.

Así para los objetivistas las cosas no deben su valor al hecho de que nosotros las deseemos, sino que las deseamos precisamente por el valor que poseen. Es así que la valoración es también distinta al acierto en la valoración, es decir que podemos valorar correctamente o incorrectamente un objeto.

Por otro lado, las teorías subjetivistas establecen que el valor de las cosas se lo da el sujeto que las percibe, es decir el hombre. En este sentido, no hay una valoración correcta o incorrecta, puesto que es una cuestión subjetiva.⁷⁵ Mientras que las corrientes objetivistas se centran en el valor como objeto, las corrientes subjetivistas se centran en el sujeto como elemento necesario para la constitución del valor. Para estas teorías el valor es una creación del sujeto, generalmente a partir de un estado subjetivo, sentimental o emocional.

Uno de los planteamientos más interesantes de Frondizi es esta reconciliación que hace entre las posturas objetivistas y subjetivistas en torno al valor, a las que él llama las interpretaciones unilaterales del valor. Frente a una inabarcable discusión entre estas dos posturas, aparentemente irreconciliables y llenas de matices al interior de cada una, nos dice Frondizi a manera de síntesis, que los valores son "...el resultado de una tensión entre el sujeto y el objeto" y que poseen "una cara subjetiva y otra objetiva, engañando a quienes prestan atención a una sola faz".⁷⁶ Los valores, dice el autor, son "la síntesis de reacciones subjetivas frente a cualidades que se hallan en el objeto".⁷⁷

Para Frondizi entonces hay tres elementos que contribuyen a formar el valor: un sujeto (individual o colectivo), un objeto y una actividad que podemos llamar valoración.⁷⁸ Entre estos tres debe existir una interrelación necesariamente para que sea posible la existencia del valor, por lo que sostiene que el valor es una cualidad estructural, que quiere decir que depende de sus componentes pero no solamente de la suma de ellos, sino de la relación entre ellos. Asimismo, la situación en la que se da dicha relación es fundamental, ya que es precisamente la situación lo que nos permitirá dar una importancia mayor a un valor sobre otro.⁷⁹

⁷⁵ Johannes Hessen, hace una muy interesante defensa en contra del escepticismo lógico, y por tanto es un argumento interesante en contra del subjetivismo y el escepticismo axiológico. Dice Hessen que quien sostiene la afirmación de que nada es verdadero, está defendiendo en sí una pretensión de verdad, y que, de manera similar, al exponer una teoría subjetivista o escéptica en relación a los valores diciendo "no existen los valores" o "los valores son relativos", está a su vez expresando un juicio estimativo como verdadero. Hessen defiende una fundamentación del objetivismo axiológico desde tres perspectivas: la fenomenológica (exigencias del objeto de reconocimiento axiológico), ontológica (que tiene que ver con la naturaleza compartida entre los seres humanos, que aspira a la realización de valores), y la filosófica-cultural (que tiene que ver con la idea de que el esfuerzo cultural presupone los valores). Al respecto *Vid. García Máynez, Op. Cit. Supra* 26, pp. 33-38.

⁷⁶ Frondizi, *Op. Cit. Supra* 65, p. 35.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 199.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 537.

⁷⁹ Frondizi aborda el tema de la "jerarquía de los valores", y la entiende como una cuestión que se conceptualiza como rígida e inmutable, o como un ordenamiento lineal, y sin embargo afirma que la superioridad de un valor depende de su naturaleza que siempre está inmersa en la interrelación de los tres componentes sujeto-objeto-actividad de valorar, *Vid. Ibidem*, pp. 552-564. Más adelante, nos dice el autor: "Flexibilidad no implica relativismo. En cada situación concreta un valor es superior a otro", *Ibidem*, pp. 569.

Sobre esto, vale la pena analizar lo que señala Javier Echeverría, quien define a los valores como funciones, no como entidades, y sostiene que los valores solamente “adquieren significado concreto cuando son aplicados a algo, es decir en el acto de valorar”, y los entiende como funciones en el sentido matemático, ya que “sus expresiones formales no significan nada por sí mismas, ni tienen un valor concreto: para llegar a tener un valor han de aplicarse a algo” (como en el campo de las matemáticas sucede con los números). Agrega que se trata de funciones no saturadas, y explica que con ello se refiere a que “únicamente adquieren valor cuando son complementadas por un determinado argumento”, por lo que “*los valores resultan de completar las funciones con argumentos... los valores son el resultado de la acción de valorar*”. A cerca de la acción de valorar como central, señala que “Independientemente del origen de los valores lo cierto es que siempre hay quien evalúa, sea una persona, un grupo, una institución o la mayoría de la sociedad en su conjunto”.⁸⁰

Si bien podemos concluir que la inter-acción sujeto-objeto, siendo acción la palabra clave (acción de valorar), son lo que da sentido y fundamento a la idea de valor, del debate original entre objetivistas y subjetivistas se han derivado otros problemas filosóficos: ¿podemos hablar de verdad -o corrección- ética y/o moral en sentido universal? De ser así, ¿en dónde -o en quién- reside dicha verdad? Y por último ¿es posible acceder a esta verdad?

El problema del relativismo moral

El relativismo moral, si bien ha tenido más auge como problema filosófico a partir del siglo XX, fue planteado desde los orígenes de la filosofía Occidental en la Grecia clásica por los sofistas, quienes no solamente reconocían sino apreciaban la diversidad moral, y aceptaban en ciertos casos la imposibilidad epistémica -y en otros incluso metafísica- de una verdad moral universal. Alf Ross hace referencia a Protágoras en su obra *Sobre el derecho y la justicia*:

Protágoras enseñó *skepsis* –*skepsis* en el conocimiento y en la moral- resumida en la fórmula: “El hombre es la medida de todas las cosas”... Protágoras se dio cuenta de la inutilidad de los intentos de los filósofos de conocer “la esencia” absoluta de la existencia y de las cosas, y enseñó que todo conocimiento radica en la percepción de nuestros sentidos y es, por necesidad, en consecuencia, relativo e individual. Las cosas son tal cual las vemos, y los seres humanos las vemos de maneras diferentes.⁸¹

⁸⁰ Echeverría, Javier, “Axiología y ontoogía: los valores de la ciencia como funciones no saturadas”, *Argumentos de Razón Técnica*, No. 5, Universidad de Sevilla, España, 2000, pp. 21-37.

⁸¹ Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 3ª Ed., Eudeba, Argetina, 2005, p. 290. Es necesario señalar que Ross sostuvo lo que él mismo denomina una síntesis entre el realismo psicológico y conductista, es decir que encuentra la realidad del derecho, por una parte, en la aceptación de la vigencia de la norma por la conciencia jurídica popular, y por otra en la suposición fundada de la aceptabilidad de la misma por los tribunales en sus decisiones, es decir en la predictibilidad de su aplicación, por lo que ve con desencanto el pensamiento universalista u objetivista en el plano de la ética y la moral: “Los sistemas filosóficos de Platón y de

Lo anterior provocó desde entonces intensos debates en el plano filosófico, especialmente y de manera natural en el ámbito de la ética. No obstante, la tensión entre universalistas y relativistas se ha intensificado en el escenario contemporáneo en el cual tenemos mayor evidencia de los diferentes paradigmas éticos, científicos, códigos morales, sistemas jurídicos, realidades sociales, políticas, económicas y culturales (pensemos que los filósofos griegos hicieron sus planteamientos en el contexto de los límites de su realidad socio-política, económica y cultural y probablemente no se enfrentaban con la diversidad que es ineludible para el filósofo actual).

Existen diversas concepciones de la vida buena, del deber moral, y dependiendo el contexto en que nos encontremos, habremos de encontrar criterios distintos de verdad, por lo menos en sentido ético, o de bondad/corrección.⁸² No obstante, la pregunta sería si de ese pluralismo, podemos y sobre todo debemos, derivar la aceptación del relativismo moral, y decir que “En la medida en que las grandes verdades metafísicas que basaban las antiguas ontologías se han devaluado a hora cada uno tiene la posibilidad de interpretar el mundo como desea”.⁸³ Sobre este punto, nos dice Cortina:

Si acostumbramos a creer que las construcciones morales no precisan un punto de apoyo en la realidad, que simplemente las admitimos o rechazamos por convención, la arbitrariedad ha entrado en el ámbito moral, desautorizándoo. Pero si adoptamos como punto de partida de la ética el análisis de lo dado en la aprehensión, nos percatamos de que el hombre se halla ligado a la realidad por un cordón umbilical, que no puede cortarse sin provocarle la muerte. De la realidad se nutre el hombre, y con ella tiene que compulsar las construcciones que la razón moral esboza, si es que quiere alcanzar la plenitud de su forma. Que es la tarea de la moral: mantenernos altos de moral, ponernos en forma.⁸⁴

La moral y la ética no han perdido su pretensión de universalidad, y buscan reconectar al ser humano con su realidad inmediata. No obstante, vale la pena analizar si esa universalidad es no solamente deseable, sino posible. Nos dice Jean-Francois Lyotard: “El 'saber' ético reside en enunciados valorativos, cuyos criterios de legitimación provienen de su pertinencia y su pertenencia al consenso, es decir a la cultura”.⁸⁵

Mucho se ha discutido en relación al valor de la cultura en sí, incluso se ha determinado el derecho a formar parte de una cultura, y se han erigido ciertos aspectos de la cultura como

Aristóteles significaron una reacción fatal. En estos dos hombres todas las fuerzas se unieron para reforzar la menguante creencia en lo absoluto, en un orden del mundo cósmico y moral. La magia primitiva y la religión fueron reemplazadas por la especulación metafísica, pero el espíritu fue el mismo”, *Ibidem*, p. 284.

⁸² Nos dice Adela Cortina “... es innegable el pluralismo moral, sobre todo en las sociedades en las que las imágenes religiosas y filosóficas del mundo con contenido han dejado de funcionar socialmente como vínculo de cohesión y de fundamentar, por tanto, objetivamente contenidos morales; como es igualmente innegable la historicidad de tales contenidos, trátense de bienes, virtudes, valores o normas”, Cortina, *Op. Cit. Supra* 3, p. 56.

⁸³ Shayegan, Daryush, “¿Una 'esquizofrenia domesticada'?”, en Binda, Jérôme (Dir.), *¿Hacia dónde se dirigen los valores? Coloquios del siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 188

⁸⁴ Cortina, *Op. Cit. Supra* 3, p. 60.

⁸⁵ Lyotard, Jean-Francois, *La condición posmoderna. Informe sobre el saber*, 2ª Ed., Ediciones cátedra, Editions de minuit, Madrid, España, 1987, p. 18.

patrimonio de la humanidad, entendiendo que la diversidad es en sí un valor, por lo menos en las sociedades que pretenden ser democráticas. No obstante lo anterior no pueden ni deben ser valores absolutos.

Al respecto, nos dice Rodolfo Vázquez, que la cultura vale mientras valga para los individuos, y más aún, citando a David Gauthier, nos dice que “las formas de vida importan como expresión y sustento de la individualidad humana”,⁸⁶ por lo que el autor manifiesta que es inadecuado pensar que todas las expresiones culturales son inobjetable o que tienen un valor absoluto, puesto que la cultura debe ser de cierto modo siempre una manifestación comunitaria de la libertad individual, donde esta última siempre primará:

Parece existir una fuerte tendencia a mitificar las culturas y creer que poseen valor *per se* por encima de todos los derechos de los individuos. Más aún, la misma diversidad cultural debe ser entendida como un valor primario. De esta manera, el llamado “derecho de los pueblos” sólo puede contarse entre los derechos humanos fundamentales en la medida en que el “pueblo”, la comunidad o la cultura sea una condición para la autonomía de la persona.

Lo perverso de tales posiciones, cuando son llevadas a situaciones extremas, es que terminan sacrificando o minimizando el valor de los individuos en aras de una visión universalista y paralizante de la realidad y con el sacrificio de los individuos, la autodestrucción de las propias comunidades culturales.⁸⁷

Vázquez abiertamente defiende la siguiente tesis:

*...la existencia, respeto y promoción de las minorías en el contexto de una sociedad multicultural sólo es posible sobre la base de la implementación incondicional de los derechos derivados del principio de autonomía personal, es decir de los llamados 'derechos liberales', especialmente cuando éstos entran en conflicto con los 'derechos comunitarios' o culturales. Dicho de otra manera, la pretensión de imparcialidad y universalidad de los derechos liberales...es el mejor criterio del que disponemos para una sana convivencia entre las culturas.*⁸⁸

En relación a esta idea de los “derechos liberales”, vale la pena citar a Tristram Engelhardt, quien no obstante se presenta abiertamente como Católico Ortodoxo, dice lo siguiente:

...when individuals attempt to resolve controversies and do not hear God (or do not hear him clearly) and cannot find sound rational arguments to resolve their moral controversies, they are left with the device of peaceably agreeing how and how far they will collaborate. In this circumstance, individuals have priority because moral authority cannot be derived from a canonical concrete moral vision. If in secular circumstances one cannot derive moral authority from God or reason, authority can only be derived from the concurrence of individuals. Because the only morally authorized social structures under such circumstances are those established with

⁸⁶ Vázquez, *Op. Cit. Supra* 73, p. 198.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 188

⁸⁷ *Ibidem*, p. 257.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 184.

*the permission of the individuals involved, the morality that binds moral strangers has by default an unavoidable libertarian character...since reason fails to discover a canonical, concrete morality, then secularly justifiable moral authorization or authority comes not from God, not from a particular community's moral vision, not from reason, but from the permission of individuals. In this deafness to God and the failure of reason, moral strangers meet as individuals.*⁸⁹

En el mismo sentido, nos dice Fernando Savater:

Esa idea de que cada cultura tiene su propio valor, que no puede juzgarse, es la falacia del marco, la idea falsa de que cada opinión y norma cultural hay que ponerla dentro de un marco donde adquiere su valor, de manera que nada es verdad o mentira, ni puede juzgarse fuera de su marco. Yo defiende que existe un marco general, el marco de la razón humana. La razón humana es la que intenta establecer un código de derechos universales, de manera que puede juzgar el resto de los marcos. Todos estamos dotados de razón, y no es la razón de uno contra la razón de otro, sino la misma razón para todas las culturas: la razón humana.⁹⁰

Continúa el filósofo español diciendo:

Todos los humanos compartimos la misma razón, así que podemos juzgar las costumbres de otros pueblos...Las costumbres no tienen por qué ser respetadas como si fueran vacas sagradas. No tenemos que aceptarlas sin más, ni en nuestras sociedades ni en la de los otros. Todas las culturas han tenido costumbres atroces, discriminatorias y violentas...que en su momento fueron aceptadas. Pero estaban mal, y el progreso moral viene de oponerse a lo que es tan mal, a no conformarse con lo que a uno le viene dado, ni a dejarse amedentar por argumentos como: 'es lo que siempre se ha hecho aquí' o 'qué va a saber usted si viene de fuera'. Otra cosa es que para erradicar esas costumbres tengamos que argumentar y persuadir. Tienes que exponerles las distintas opciones y dejarles elegir.

Vale la pena abordar, aunque sea brevemente, la controversia entre Hilary Putnam y Jürgen Habermas en relación a la gestión del pluralismo ético en sociedades que pretenden ser democráticas. Ambos autores parten del hecho de la pluralidad aceptando que “aún cuando dispongamos de la misma infraestructura comunicativa, los mundos de la vida siempre se presentan en plural”.⁹¹ Por su parte, Habermas concibe un “mundo objetivo que nos es accesible intersubjetivamente, pero que no está a nuestra disposición y que permanece idéntico con independencia de nuestras interpretaciones”.⁹² Sin embargo, entiende que las normas –incluso las morales– se plantean en términos de corrección normativa y no de verdad.

Por su parte Putnam entiende que los enunciados morales pueden ser sometidos a criterios de verdad porque responden a cómo son las cosas en el mundo, además de que para él

⁸⁹ Engelhardt, *Op Cit. Supra* 29, Preface, pp. x-xi.

⁹⁰ Savater, Fernando, *Ética de urgencia*, Ariel, México, 2012, p. 100.

⁹¹ Putnam y Habermas, *Op. Cit. Supra* 6, p. 97.

⁹² *Ibidem*, p. 19.

existen diversas menciones de validez, que no solamente competen al universo de lo empírico.

Habermas entiende a la verdad como un acuerdo a través de un discurso en una situación ideal de habla, por lo que la aceptabilidad discursiva a gota la corrección normativa,⁹³ mientras que Putnam entiende hay ciertas verdades que sobrepasan nuestras capacidades para averiguarlas con seguridad, por lo que la ética del discurso no puede sostenerse por sí misma ni puede ser el fundamento de toda validez de que puede disponer la ética.⁹⁴

De esta discusión podemos rescatar una distinción que cobra gran relevancia en un mundo en que se plantean contextos aparentemente inconmensurables, y es que cuando hablamos en términos de *lo racional*, nos referimos a la capacidad de conocer la verdad, y entonces es necesario hablar del ser racional, de quién es racional y quién no, mientras que cuando hablamos en términos de *lo razonable* estamos más bien haciendo referencia a la capacidad de argumentar, dialogar, construir, consensar, que pa recieran ot orgar a l l enguaje l a posibilidad de acceder a la realidad construida en los mismos términos de nuestra representación. Aquí lo relevante es que el uso de la razón no es nunca libre de contexto, por lo que al hablar de *racional/irracional* podría parecer que pretendemos descalificar ciertos usos de razón, y por tanto invalidar determinados contextos. Dice Ricoeur: “Si los mejores pensadores de cierta cultura creen realmente que su cultura puede transmitir valores universales a los demás, tienen que admitir que son universales supuestos, en busca de ratificación, de apropiación, de adopción, de reconocimiento.”⁹⁵

En ese sentido es que nos dice Habermas:

Por supuesto, los valores encuentran reconocimiento intersubjetivo en la comunidad para cuya forma de vida resultan constituidos dichos valores. Y en la medida en que este reconocimiento esté basado en buenas razones, la objetividad de los juicios de valor expresará algo más que el hecho social de la aceptación de estándares de valor subyacentes en el marco de una cultura”.⁹⁶

Lo anterior quiere decir que los valores, más allá de estar acreditados en la práctica en el marco de una comunidad, deben ser siempre objeto de reflexión ética desde el discurso filosófico –y eso incluye a las éticas discursivas, que no pueden agotarse en la dimensión procedimental.

⁹³ “Son 'correctos' aquellos juicios morales que *merecen* reconocimiento universal, y esto significa que podrían encontrar el asentimiento de todas las personas afectadas dentro de un discurso racional conducido bajo condiciones aproximadamente ideales”, *Ibidem*, p. 99. En ese sentido, nos explica Rodolfo Vázquez, para Habermas “la verdad moral es tá constituida por el consenso que efectivamente se obtiene en una discusión intersubjetiva real, constreñida por la regla de la imparcialidad, y sólo es posible acceder a principios morales válidos a través del método de la discusión colectiva”, Vázquez, *Op. Cit. Supra* 73, p. 153

⁹⁴ Para Putnam “hay verdades evidentes que no se pueden confirmar, verdades de las que estamos seguros que no dependen de nuestro acuerdo, no importa el tiempo que investiguemos, o verdades probables que escapan a nuestra capacidad de verificación. A lo que habría que añadir que nada asegura que se alcance un acuerdo inclusoajo condiciones ideales; *podría* no haber nunca consenso final sobre algunas verdades”, Putnam y Habermas, *Op. Cit. Supra* 91, p. 33.

⁹⁵ Ricoeur, Paul, “Proyecto universal y multiplicidad de las herencias”, en Bindé, *Op. Cit. Supra* 83, p. 70.

⁹⁶ Putnam y Habermas, *Op. Cit. Supra* 6, p. 94.

Habermas observa que no nos sentimos justificados a protestar contra elementos nucleares del *ethos* de una cultura que nos es extraña siempre que no contradiga nuestros criterios *morales*, es decir “mientras no contradigan valores centrales que se diferencian de otros valores por su pretensión universal de validez”.⁹⁷ Es aquí donde apelamos a “conceptos éticos densos”, que son precisamente los que dotan de contenido al discurso, puesto que es evidente que no podemos reducir toda la ética al discurso y a una “situación ideal de habla”, o pensar que la única regla ética universalmente válida es “sigue conversando”. Pero podemos incluso en casos extremos llegar a “desacuerdos razonables”,⁹⁸ que no amenacen el *ethos* de nuestra cultura ni de la cultura “extraña”, pero para eso es necesario un discurso en términos, más que de *lo racional*, de *lo razonable*, aquello que más que allá de lo evidente, es aceptable desde un *punto de vista humano*, entendiendo que el mismo concepto de *lo humano* es central en el discurso que pretende erigirse en ética.

Es probable que, más que diversas verdades, existan varios criterios de verdad en el sentido ético, ya que los referentes siempre se encuentran sujetos a reinterpretación y a variabilidades contextuales. Esto no quiere decir que debamos aceptar en un relativismo en el sentido de inconsistencia o de “comodidad” en el plano ético y/o moral. Nos rehusamos al relativismo porque queremos evitar llegar al punto de aniquilar la posibilidad de la ética, por la inexistencia o la imposibilidad de conocer verdades en torno a la idea de lo bueno, por lo que no sería necesario si quiera hablar de correcto, incorrecto, bueno, malo y mucho menos de deberes en ese sentido, y solamente podríamos hablar de lo conveniente, lo útil, lo necesario.

No obstante, podemos reconocer la diversidad, integrarla como parte ineludible (además de enormemente valiosa) en la actividad discursiva, y combatir la arbitrariedad a través precisamente de la construcción de verdades éticas que correspondan con nuestra realidad histórica. En ese sentido, podríamos aceptar el relativismo, no solamente como inevitable sino incluso como necesario y deseable, no como inconsistencia sino como diferencia, como diversidad, como dialéctica, que no elimina la ética, sino que la requiere más que nunca, puesto que implica la construcción dialógica y la reflexión argumentativa, razonable y congruente de referentes éticos, que si bien pueden ser transitorios, no son arbitrarios. Volviendo a Lyotard, el autor nos dice: “Todo consenso no es indicio de verdad; pero se supone que la verdad de un enunciado no puede dejar de suscitar al consenso”.⁹⁹

No podemos dejar de lado el hecho de que en la práctica –y especialmente en el ámbito de la bioética- existen posturas que, más allá de ser simplemente distintas, podrían parecer a primera vista irreconciliables, y que pueden generar tensiones y conflictos al momento de la toma de decisiones (y sabemos que existen decisiones que no pueden dejar de tomarse). Si bien podemos aceptar e incluso desear que la diversidad exista, no podemos evadir sus

⁹⁷ *Ibidem*, p. 97.

⁹⁸ “...*desacuerdos razonables* que hacen que cualquier intento ulterior de alcanzar pese a todo un consenso sea absurdo o peligroso. Pues, en la práctica, tal empeño puede conducir a la supresión de las diferencias legítimas. Las buenas razones para esperar *desacuerdos razonables* son buenas razones para suspender el intento de convencer a los otros de que la concepción propia es la correcta”, *Ibidem*, p. 96.

⁹⁹ Lyotard, *Op. Cit. Supra* 85, p. 22.

consecuencias en el ámbito práctico.¹⁰⁰ De aquí derivan preguntas fundamentales también para la ética: ¿son inconmensurables los desacuerdos en el plano de la ética y la moral? ¿Pueden resolverse por la vía de la razón, del diálogo, o a lo mucho podemos aspirar, en su caso, a que se resuelvan a través de la mediación o la negociación? Y de ser así ¿qué razones y argumentos son válidos? ¿Qué reglas del diálogo pueden y deben establecerse? O bien ¿Qué es y qué no es negociable?

En torno a la posibilidad de resolver los desacuerdos o controversias en el plano de la moral, Tristram Engelhardt se muestra escéptico, y nos dice:

...to resolve moral controversies by sound rational argument, one must share fundamental moral premises, rules of moral evidence, and rules of moral inference and/or of who is in moral authority to resolve moral controversies. In the presence of different understandings of moral premises, rules of moral evidence, etc., moral controversies will not be able to be resolved by sound rational argument.¹⁰¹

Esto quiere decir que para Engelhardt, sin un marco ético fundamental compartido, es imposible llegar a acuerdos en el plano de la moral. En ese sentido, afirma Engelhardt “*secular moral authority is the authority of consent*”, por lo que para el autor, la noción – que podríamos, junto con él, calificar de liberal- de *permission* es la única fuente de autoridad moral en el contexto secular y plural.¹⁰² Aquí podríamos concluir que la dialogar implica siempre respeto y reconocimiento de la dignidad del otro, y que esto no es negociable.

Una vez que hemos reconocido el pluralismo, y que hemos aceptado el relativismo como diferencia, es necesario establecer cómo habremos de tomar decisiones estando inmersos en la complejidad que deriva de las relaciones intersubjetivas, es decir de la dimensión colectiva de la vida humana individual, sin limitarnos a las reglas del discurso o a cuestiones meramente procedimentales.

El derecho, como veremos más adelante, puede constituir una herramienta central para alcanzar el consenso, e incluso para fomentar acuerdos a través del diálogo, no solamente en virtud de su contenido ético, sino de su estructura y de su estrecha vinculación con la dimensión política del individuo, en su carácter de ciudadano. Como elemento fundamental en el paradigma democrático, el derecho es susceptible de contribuir, tanto desde el punto de vista formal (por su naturaleza normativa institucionalizada), como desde el punto de vista sustantivo (por su contenido ético y su capacidad hermenéutica) a posibilitar el diálogo entre extraños morales –tomando prestada la terminología de Engelhardt-¹⁰³

¹⁰⁰ “*The recognition of this fact [moral disagreements], by itself, entails nothing about how we should act towards those with whom we disagree*”, Gowans, Chris, “Moral Relativism”, Zalta, Edward N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Spring 2012 Edition, en línea: <http://plato.stanford.edu/archives/spr/entries/moral-relativism/>, consultado en 2015.

¹⁰¹ Engelhardt, *Op. Cit. Supra* 29, p. 40.

¹⁰² *Ibidem*, p. 68.

¹⁰³ Sobre el concepto de extraños morales, Engelhardt los entiende de la siguiente manera: “*Moral strangers are persons who do not share sufficient moral premises or rules of evidence and inference to resolve moral*

estableciendo además los límites (materiales y formales) del mismo. Habremos de abordar ahora la relación del derecho con la ética a través de los valores.

La axiología jurídica

El derecho, como sistema normativo, al igual que la moral, y dada su *moralidad* fundamental –y fundacional incluso-, y como fenómeno social, no pudo escapar a formar parte de los debates en torno a la idea de valor, categoría que incluso llegó a ser céntrica en el pensamiento filosófico, puesto que expone e impone la necesidad de dilucidar la relación del fenómeno jurídico –entendido en toda su complejidad, por supuesto- y la dimensión axiológica y, por añadidura, la relación del derecho con la moral y la ética.

Primeros planteamientos sobre la relación del derecho con los valores

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

Jellinek hablaba del tipo ideal del Estado, que estaba conformado por el deber ser o los valores, y el tipo real, que son los elementos típicos del Estado desde el punto de vista de su ser, como dos cosas independientes. En ese sentido el tipo real debe tender hacia el tipo ideal. Jellinek sostiene una postura teleológica histórica del Estado, puesto que ha de depender sus fines de la conciencia colectiva en un momento histórico, y no los establece como inmutables.¹⁰⁴

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

controversies by sound rational argument, or who do not have a common commitment to individuals or institutions in authority to resolve moral controversies...Moral strangers must resolve moral agreements by common agreement, for they do not share enough of a moral vision so as to be able to discover content-full resolutions to their moral controversies, either by an appeal to commonly held moral premises (along with rules of evidence and inference) and/or to individuals or institutions commonly recognized to be in authority to resolve moral controversies and to give content-full moral guidance. Still, moral strangers need not be alien to each other... A different ranking of fundamental values will render individuals moral strangers, but not incomprehensible to each other”, Ibidem, p. 7.

¹⁰⁴ *Op. Cit. Supra* 41, Capítulo 5, p. 138 y ss.

introduciendo un dualismo metódico en el estudio del derecho: la ciencia del derecho y la filosofía del derecho.

Lask no entra a analizar la naturaleza de los valores o su relación con la realidad, aunque sí reconoce que ésta es sustrato de aquellos, y otorga un valor originario y propio al derecho, estableciendo que todo objeto susceptible de ser captado por el derecho implica un *télos*.¹⁰⁵

Una importantísima aportación a la filosofía jurídica que no podemos dejar de lado es la que hizo Gustav Radbruch, quien reconoce al derecho como obra humana y, como tal, producto cultural, fenómeno que por tanto es comprensible a través y en relación a su referencia a valores.

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

...si bien es cierto que el Derecho no puede realizar directamente la moral, puesto que ésta es, necesariamente obra de la libertad, si puede hacerla posible; el Derecho es la posibilidad de la moral, con lo cual queda dicho se está que es también la posibilidad de lo inmoral, con lo que se distingue de la moral por su contenido...El Derecho, distinto de la moral por su contenido, se halla, consiguientemente, unido a ella por un doble vínculo: la moral es el fundamento sobre el que descansa la validez del derecho, porque el hacer posible la moral constituye una meta del orden jurídico.¹⁰⁶

El derecho tendrá siempre como sentido la justicia, valor al que se dirige y del cual deriva. En ese sentido, cualquier orden normativo que pretenda constituirse en derecho debe orientarse al valor justicia, como valor meramente formal, puesto que desde el punto de vista material, el derecho se orienta a un valor final que puede ser individualista, colectivista o transpersonalista, y aquí es una decisión política y ética establecer hacia cuál habrá de hacerlo.¹⁰⁷

Aquí es donde se han hecho críticas al pensamiento de Radbruch, puesto que se dice que sostiene un relativismo, aunque sea gnoseológico y no ontológico, ya que de cierto modo afirma que el papel de la filosofía del derecho no es afirmar la elección de un valor como único verdadero y adecuado como fin, sino esclarecer el valor y extraer su significado, es decir que no toma la decisión, sino que la hace necesaria, y entiende que es distinto conocer

¹⁰⁵ *Ibidem*, Capítulo 5, p. 151 y ss.

¹⁰⁶ Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, 1ª ed., 9ª reimpresión, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 42, México, 2005, p. 56.

¹⁰⁷ *Cfr.* De la Torre Martínez, *Op. Cit. Supra* 41, Capítulo 5, p. 160 y ss. *Vid.* Radbruch, *Op. Cit. Supra* 106.

que confesar un valor, por lo cual a algunos teóricos como Carl August Emge le hicieron críticas en el sentido de que los valores debían ser objetivos y orientadores del derecho.

Vale la pena resaltar el pensamiento de Max Ernst Mayer, quien sostuvo que es el interés común lo que ordena a los valores dentro de un grupo o cultura, entendiendo que la cultura contiene una dimensión real y una axiológica. El derecho como realidad cultural cobra sentido orientándose a valores, que pueden ser absolutos o relativos. Mayer sin duda está en desacuerdo con la concepción formal que hace Radbruch de la justicia, y establece que “de un principio vacío no se puede derivar ninguna valoración o ninguna idea de rectitud que sirva como elemento crítico al derecho”.¹⁰⁸

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

Helmut Coing es también un teórico de gran relevancia para el desarrollo de la axiología jurídica, cuyo pensamiento se ve evidentemente marcado por la disputa que se generó en el siglo XX en torno a los límites del derecho positivo. Coing parte de una pregunta: ¿Es el derecho, como producto cultural e histórico, una creación arbitraria de la libertad humana o, por el contrario, se entrecruzan en él conexiones esenciales morales y objetivas, en cuyos límites debe quedar comprendido todo derecho positivo?¹⁰⁹ Para Coing el derecho no es una creación arbitraria, aunque sí una creación humana que sin duda sirve a ciertos fines y objetivos, que en este caso son la seguridad y la realización de los valores de la justicia, la honestidad y la libertad.

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

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

¹⁰⁸ Legaz y Lacambria, Luis, *Filosofía del derecho*, Traducción de Julius Springer, Labor, España, 1937, p. 150.

¹⁰⁹ Cfr. De la Torre Martínez, *Op. Cit. Supra* 41, Cap. 5, p. 200 y ss.

normas. Esto no implica que el derecho habrá de realizar todos los valores, o dicho de otro modo absorber a la moral.

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

Para Henkel, los seres humanos somos “presa de lo que vale”, y por tanto nuestra conciencia estimativa nos hace sentir el deber de realizar los valores, es decir a contribuir a la realización del sentido del mundo.¹¹⁰

El papel de derecho en este esquema es, por una parte, de protección, pero por otro tiene una función conciliadora, y de promoción del impulso valorativo. La idea del derecho no tiende entonces a un solo valor, sino a varios, pero sobre todo tres fundamentales: justicia, oportunidad o finalidad, y seguridad jurídica.¹¹¹ Entre estos tres valores existe polaridad, sin embargo existe un valor supremo, entendiendo que el derecho no puede ser un fin en sí mismo: el bien común, que no es más que un perfecto equilibrio entre el bien individual y el bien común.

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

El pensamiento iberoamericano se vio también influenciado enormemente por estos debates, haciendo importantes aportaciones en el campo de la axiología jurídica.

Juan Llambías de Acevedo sostuvo una concepción eidética del derecho, es decir que parte de una epistemología basada en la intuición de las esencias, y lo entiende como un medio al

¹¹⁰ García Máñez, *Op. Cit. Supra* 26, pp. 130-131.

¹¹¹ Estos mismos valores son en los que se basó Radbruch para hablar de las antinomias de la idea del derecho.

servicio de los valores, a los cuales define como momentos del ser (que son la esencia, la existencia y el valor). Los problemas del derecho son axiológicos.¹¹²

Pero tal vez en donde más podemos identificar la influencia de la axiología, es en el pensamiento de Luis Recaséns Siches y Eduardo García Máynez. Por su parte, Recaséns habla de una estimativa jurídica, que es la parte de la filosofía del derecho que estudia los valores que es te d e b e r e a l i z a r, y cuyo principal objetivo es d e t e r m i n a r c r i t e r i o s m e t a j u r í d i c o s p a r a e m i t i r u n j u i c i o a c e r c a d e l a v a l i d e z d e l d e r e c h o. E n e s e s e n t i d o, propone a los valores como criterios estimativos, y busca superar la dualidad ser y deber ser.

Para poder comprender algunas cuestiones relacionadas con la postura de Recaséns, vale la pena analizar el pensamiento de José Ortega y Gasset, que se interesó mucho por la axiología desde una postura abiertamente vitalista. Ortega habla de que existen dos mundos independientes: el del ser y el del valer, y dice “el ser puede no tener ningún valor, y el no ser valer mucho, como es el caso de la justicia”.¹¹³

Para el filósofo español, es fundamental no caer en racionalismos ni relativismos extremos,¹¹⁴ y sostiene una postura objetivista.¹¹⁵ En su concepción, los valores son propiedades del objeto similares a las propiedades sensibles, pero que no son captadas de manera idéntica, puesto que no son aprehensibles por los sentidos, sino por nuestra capacidad estimativa¹¹⁶:

Una cosa no es, pues, un valor, sino que tiene valores, es valiosa. Y estos valores que en las cosas residen son cualidades de tipo irreal. Se ven las líneas del cuadro, pero no su belleza: la belleza se 'siente', se estima. El estimar es a los valores lo que el ver a los colores y el oír a los sonidos. Cada objeto goza, por tanto, de una especie de doble existencia. Por una parte es una estructura de cualidades reales que podemos recibir; por otra es una estructura de valores que sólo se presentan a nuestra capacidad de estimar. Y lo mismo que hay una experiencia progresiva de las propiedades de las cosas –hoy descubrimos en ella facetas, detalles que ayer no habíamos visto-, hay también una experiencia de los valores, un descubrimiento sucesivo de ellos, una mayor fineza en su estimación. Estas dos experiencias –la sensible y la estimativa- avanzan independientemente una de otra.¹¹⁷

¹¹² Cfr. De la Torre Martínez, *Op. Cit. Supra* 41, Capítulo 7, p. 270 y ss.

¹¹³ Vid. Ortega y Gasset, *Op. Cit. Supra* 22.

¹¹⁴ “Nosotros no podemos alojar nuestro espíritu en ninguna de las dos posiciones: cuando lo ensayamos, nos parece que sufrimos una mutilación”, Ortega y Gasset, José, *El tema de nuestro tiempo*, Obras Completas, Tomo III (1917-1925), Santillana, España, 2005, p. 578.

¹¹⁵ “La belleza del cuadro no consiste en el hecho –indiferente para el cuadro- de que nos cause placer, sino que, al revés, nos parece un cuadro bello cuando sentimos que de él desciende suavemente sobre nosotros la exigencia de que nos complazcamos”, *Ibidem*, p. 584.

¹¹⁶ Estimar, nos dice Máynez, citando a Ortega y Gasset, es “una función psíquica real –como el ver, como el entender- en que los valores se nos hacen patentes”, y en ese sentido, “los valores no existen sino para sujetos dotados de la facultad estimativa, del mismo modo que la igualdad y la diferencia sólo existen para seres capaces de comparar”, García Máynez, *Op. Cit. Supra* 26, p. 21.

¹¹⁷ Ortega y Gasset, *Op. Cit. Supra* 22, p. 595

Podemos distinguir en el pensamiento del autor que existen cosas (objeto valioso – valor del objeto), cosas valiosas (objeto + valor del objeto), y valores de las cosas (objeto valioso – objeto).¹¹⁸

Los valores para Ortega y Gasset son siempre positivos o negativos, pero dado que el valor positivo es superior al negativo, siempre preferimos a aquél, y en ese sentido la preferencia nos revela una determinada jerarquía que es inmutable y fija. Una mala elección o una equivocación pueden suceder, pero incluso ha habido que ha y personas que tienen una “enfermedad estimativa”, es decir que anteponen constantemente los valores negativos a los positivos.¹¹⁹ Sin embargo, no es verdad que solamente existe una perspectiva correcta, sino que “la perspectiva es uno de los componentes de la realidad. Lejos de ser su deformación, es su organización”,¹²⁰ y en ese sentido dos hombres pueden encontrarse frente a una misma cosa, y no es timarla de la misma manera. Esto no quiere decir, como ya se mencionó, que Ortega adopta una postura relativista o que favorezca una tiranía de la cultura, sino que por el contrario nos dice que no podemos poner a la vida al servicio de la cultura¹²¹, y que es precisamente al valor de lo vital al cual debemos someter toda razón.¹²²

Recaséns toma del vitalismo la idea de la vida humana como realidad fundamental, siendo el centro de esa vida la pregunta por los motivos, los fines y el sentido, por lo que se trata de un raciovitalismo. Los valores son inmanentes a la vida humana, es decir que tienen una objetividad intravital. En ese sentido, no podemos hablar de valores absolutos independientes de esta vida, puesto que por el contrario cobran sentido en las circunstancias concretas. Recaséns sostiene una postura perspectivista, en el que cada vida humana apprehende la realidad desde un punto de vista propio, incluso entiende a la justicia como un valor formal, poniendo énfasis no en qué es justicia sino en qué es *lo justo*, lo cual necesariamente requiere voltear a ver el contexto.

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

Al respecto, Recaséns reconoce que “aunque el concepto de derecho debe ser una noción universal, contiene necesariamente la referencia intencional a unos valores”,¹²³ y en ese sentido concibe al derecho, coincidiendo en gran medida con García Máynez, como una obra humana social, un hecho, una forma normativa específica, es decir con un carácter coercitivo, que está encaminada a la realización de ciertos valores. La distinción que hace

¹¹⁸ Vid. García Máynez, *Op. Cit. Supra* 26, pp. 24-25.

¹¹⁹ Ortega y Gasset, *Op. Cit. Supra* 22, p. 596

¹²⁰ *Ibidem*, p. 613.

¹²¹ “La razón es sólo una forma y función de la vida. La cultura es un instrumento biológico y nada más. Situada frente y contra la vida, representa una subversión de la parte contra el todo. Urge reducirla a su puesto y oficio”. *Ibidem*, p. 593

¹²² “La razón pura tiene que ceder su imperio a la razón vital”, *Ibidem*, p. 593

¹²³ Recaséns Siches, Luis, “La filosofía del derecho en México durante el siglo XX”, en Tamayo y Salmorán, Rolando (coord.), *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, Vol. IV Filosofía Jurídica, I IJ-UNAM, 1979, p.60

Récasens con la moral es que ésta valora la conducta desde un punto de vista absoluto del fin supremo del ser humano, es decir que su contenido axiológico es más amplio.

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

- 1.- Las proposiciones de forma normativa, cuyo contenido tiene origen en una elaboración humana.
- 2.- Las proposiciones normativas, que incluyen una normatividad tanto formal como material, es decir cuyo contenido en la expresión de un valor o sus consecuencias.¹²⁴

Dice Récasens “una norma significa que entre las varias posibilidades básicas de comportamiento hay algunas elegidas, y, por lo tanto, hay otras rechazadas. Las posibilidades elegidas son, por que resultan preferidas a otras. Esta preferencia se funda sobre una valoración”,¹²⁵ y por ello el derecho positivo no tendría sentido si no se encuentra referido a un juicio de valor, que constituye su fundamentación misma. No obstante, apunta que si bien es indudable que el derecho encarna valores, pero no surge únicamente en virtud de ellos, sino es estimulado por necesidades sociales, que constituyen los valores fundacionales del derecho.

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

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

García Máynez sostiene que son las virtudes intrínsecas del objeto lo que debe excitar nuestra capacidad estimativa, es decir que el objeto le impone al ente capaz de comprenderlo la necesidad (e incluso obligación) de sentir y de responder ante su valor la exigencia de estimarlo como valioso.¹²⁶

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

El interrogante axiológico es de mayor momento que el del deber; su significación metafísica más profunda, su contenido más rico y amplio. La primera cuestión abarca en su seno a la segunda, pues no puedo saber cuál debe ser mi conducta si

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 61-62.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 64

¹²⁶ García Máynez, *Op. Cit. Supra* 26, pp. 16-17.

ignoro qué es valioso y qué parece de valor. La solución de a quel problema depende, por consiguiente, de la del otro.¹²⁷

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

“La expresión validez de derecho”, nos dice Eduardo García Máynez, “posee dos acepciones principales: una jurídico-técnica y otra metajurídica o filosófica”.¹²⁸ La primera depende de que una norma jurídica haya sido creada de acuerdo con el proceso que el sistema jurídico al que pertenece establece para ello; en este sentido hablamos de una norma positiva. Por otro lado, la validez en sentido metajurídico o filosófico se relaciona con el ideal de justicia, es decir con un deber ser: la validez de una norma positiva depende de que sea justa; una norma positiva debe ser justa. Continúa García Máynez diciendo que

El problema del deber ser ha sido resuelto por la filosofía moderna en función del concepto de valor. Todo deber ser refiérese de manera directa o indirecta, inmediata o mediata, tácita o expresa, a un valor que el sujeto ha de realizar. Las normas expresan precisamente la necesidad moral de que el destinatario realice un valor o serie de valores, cuya actualización depende del arbitrio y capacidades del obligado. Todo deber ser relaciónase con un valor por realizar; hay que discutir, por tanto, que relaciones median entre los dos conceptos a que acabamos de hacer referencia.¹²⁹

Para García Máynez “El sistema normativo es sólo una parte o elemento del orden jurídico, a saber, el conjunto de los preceptos integrantes de la regulación bilateral, externa y coercible de tal comportamiento”,¹³⁰ y continúa diciendo que “el Derecho como orden concreto sólo puede existir cuando los destinatarios de su sistema normativo ajustan normalmente su conducta a las prescripciones de éste”¹³¹ y, en ese sentido, “la eficacia de dicho sistema es, por ende, un elemento estructural de todo orden jurídico”.¹³² Esto no implica reducir el valor de un orden jurídico a su eficacia, sino que “la eficacia de dicho sistema es, por ende, un elemento estructural de todo orden jurídico”¹³³ y que “la validez intrínseca, en sentido axiológico-material, de un orden jurídico depende del grado en que su eficacia condicione la efectiva realización de los valores a que su sistema normativo debe

¹²⁷ *Ibidem*, p. 40

¹²⁸ García Máynez, Eduardo, “El problema filosófico-jurídico de la validez del derecho”, *Ensayos filosófico-jurídicos 1934/1979*, 2ª ed., UNAM, México, 1984, P. 9

¹²⁹ *Ibidem*, p. 27.

¹³⁰ Récasens Siches, *Op. Cit. Supra* 123, pp. 55.

¹³¹ *Idem*

¹³² *Idem*

¹³³ *Idem*

tender”,¹³⁴ apelando así a un argumento del carácter teleológico de los valores en el orden jurídico, es decir que entiende que el sentido del derecho es la realización de determinados valores.

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

1. Fundamentales, que con la justicia, la seguridad jurídica y el bien común.
2. Consecutivos, que son la libertad, la igualdad y la paz social, los cuales son consecuencia de la armónica realización de los valores fundamentales.
3. Instrumentales, que son las garantías procesales y constitucionales.¹³⁵

Así se establece la relación derecho-deber-ser-valores, pero dado que “el análisis de las relaciones entre conceptos supone el previo conocimiento de los preceptos que se pretende relacionar”,¹³⁶ de acuerdo con este autor, es indispensable analizar la teoría de los valores para resolver los problemas relativos a la validez del derecho en sentido filosófico.

Otro jurista que comparte esta concepción del derecho y del deber ser como fundamentados en la idea de valor, es Miguel Reale. Para él, la experiencia jurídica es una síntesis indisoluble de tres dimensiones: hecho, norma y valor. Esto es lo que conocemos como tridimensionalismo en la filosofía del derecho, aunque Reale la agraga “jurídico concreto”¹³⁷, pero que finalmente busca una integración en el conocimiento jurídico y no separar en niveles o disciplinas jurídicas el estudio de cada uno de estos elementos. Sin embargo, Reale niega la existencia apriorística del valor, pues dependen de los fines de la actividad humana, es decir de los fines del ser humano.

Reale entiende al valor como un fenómeno histórico-cultural, es decir vinculado necesariamente a la realidad, pero no reductible a ella. La cultura es entonces sintética de ambas esferas, y el ser humano valor y a su vez fuente de todo valor, sin que esto implique subjetivismo, ya que los valores no emanan de la conciencia individual sino del espíritu humano, que es además histórico y nunca absoluto, por lo que los valores tienen una objetividad ontológica relativa. La norma, y aquí se apoya en Hartmann, resuelve la tensión entre el ser y el valor, y así deberá ser entendida su interpretación, por lo que el derecho es una realidad procesal dialéctica.¹³⁸

¹³⁴ *Idem*

¹³⁵ Récasens Siches, *Op. Cit. Supra* 123, p. 58.

¹³⁶ García Máñez, *Op. Cit. Supra* 128, p. 27.

¹³⁷ “Una regla de derecho positivo puede ser considerada perfecta cuando, promulgada por una autoridad legítima teniendo en vista el bien común, encuentra, en virtud de su valor ético y de su racionalidad, la adhesión o asentimiento de los miembros de una comunidad; en esa regla se integran, plenamente armonizados, la validez ética, la sociológica y la forma técnica-jurídica”, Reale, Miguel, “Fundamentos do direito”, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, Brasil, 1940, p. 258, citado en De la Torre Martínez, Carlos, *Op. Cit.*

¹³⁸ *Cfr.* De la Torre Martínez, *Op. Cit. Supra* 41, Capítulo 7, p. 302 y ss.

Por su parte, Manuel A. Tienza, jurista mexicano, entiende al derecho como “una realidad dinámica que y consiste no tanto –o no tan sólo- en una serie de normas de diverso tipo, cuanto –o también- en una práctica social compleja que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etcétera”, lo que nos permite acercarnos a una concepción más compleja, multidimensional, del derecho, y que de cierto modo apunta a la idea de validez del derecho no nada más en términos formales sino también sustantivos, y en donde “entre el derecho y la moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual o intrínseco” con una “tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el derecho, la moral y la política”, siendo el razonamiento jurídico un componente fundamental de la democracia, que no tiende únicamente a lograr determinados objetivos sociales, sino que incorpora valores morales, que además no pertenecen a una moral determinada, sino “a una moral racionalmente fundamentada”.¹³⁹

Recientemente otros pensadores han abordado el tema de la axiología, como es el caso de Ronald Dworkin, quien en su obra *Justice for Hedgehogs* presenta una argumentación en contra del escepticismo en torno al valor, afirmando que el escepticismo moral es en sí una postura moral, pero sobre todo sostiene la unidad del valor, entendiendo que los problemas que tenemos son de interpretación, la cual siempre se refiere a valores: “*Living well means not just designing a life, as if any design would do, but designing it in response to a judgment of ethical value*”.¹⁴⁰ En ese sentido la reflexión acerca de los valores es lo que debe normar nuestra conducta en sociedad, entendiendo que existe un valor objetivo de la vida humana biénvida, y que mostrar importancia por la vida de toda persona, incluyendo la nuestra, tomar en serio nuestra vida, es el presupuesto de la dignidad. Podemos equivocarnos en nuestra interpretación, siempre y cuando mostremos una actitud que refleje que valoramos nuestra propia vida y la de los demás, y debemos buscar vivir una buena vida. Asimismo, Dworkin afirma que existe un mundo objetivo de valores.¹⁴¹

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

La oposición más importante entre concepciones filosófico-jurídicas ha sido entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo, que tiene que ver directamente con la relación del derecho con la moral, la ética, y por tanto con los valores, por lo que mucho se ve reflejado en el debate en torno al problema del valor en el pensamiento jurídico.

¹³⁹ Vázquez, *Op. Cit. Supra* 73, p. 97.

¹⁴⁰ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, USA, 2012, p. 212

¹⁴¹ “*That there are truths about value is an obvious, inescapable fact*”, *Ibidem*, p. 24.

El iusnaturalismo puede ser abordado desde una perspectiva religiosa o secular, pero en general lo que pretende es juzgar la validez del derecho a partir de los fines del ser humano, y no separa el ser del deber ser, puesto que de cierto modo el ser implica o incluye al deber ser.

Dentro de los pensadores iusnaturalistas más recientes podemos destacar, por ejemplo, a Johannes Messner, quien hablaba de los fines existenciales que se encuentran implícitos en la naturaleza humana, siendo necesario que el derecho corresponda con dichos fines.¹⁴²

Otro teórico importante es Alfred Verdross, quien sostiene que los valores se aprehenden a través de la razón conociendo los fines a los que tiende la naturaleza humana, y que el valor moral de la conducta depende de la realización de dichos fines. Para Verdross, el fundamento de la ley es la *dignidad*.¹⁴³ Nos dice Alfred Verdross:

...mientras la mayoría de las normas se limitan a imponernos deberes, hay algunas que reconocen a ciertas personas un derecho subjetivo, en virtud del cual pueden exigir de nosotros una conducta determinada; el conjunto de estas normas recibe el nombre de derecho, en tanto las restantes normas éticas son llamadas moral en sentido estricto; la moral nos obliga a observar cierta conducta respecto de los demás hombres, pero no concede a éstos la facultad de exigir la de nosotros; en sentido inverso, cada deber jurídico facultada a una persona o a una comunidad humana para demandar el cumplimiento de la conducta prescripta: es tar jurídicamente obligado significa tener el deber de cumplir una determinada conducta en beneficio de aquellas personas que poseen el derecho subjetivo correlativo.¹⁴⁴

Otro importante exponente del naturalismo es John Finnis, quien habla de que existen valores universales no deducidos, y que al derecho positivo le toca determinar y concretizar los valores de la ley natural.¹⁴⁵ Dice Finnis: “*There are some human goods that can be secured only through the institutions of human law, and requirements of practical reasonableness that only those institutions can satisfy*”,¹⁴⁶ y en ese sentido reconoce al derecho como el único capaz de llevar a cabo la función de resguardar determinados bienes y valores conforme a un estándar de razonabilidad.

Desde una perspectiva marxista, Ernst Bloch defiende una postura naturalista de los derechos, teniendo como concepto central la dignidad humana. Dice Bloch “social utopias and natural law had mutually complementary concerns within the same human space; they marched separately but, sadly, did not strike together”.¹⁴⁷ En ese sentido, para Bloch, tanto el socialismo como el derecho natural clásico se preocuparon por una misma cosa: una sociedad más humana. Las diferencias en ambas doctrinas tienen que ver con que el

¹⁴² Cfr. De la Torre Martínez, *Op. Cit. Supra* 41, Capítulo 6, p. 250 y ss.

¹⁴³ Cfr. De la Torre Martínez, *Op. Cit. Supra* 41 Capítulo 6, p. 254 y ss.

¹⁴⁴ Verdross, Alfred, *La filosofía del derecho del mundo occidental*, UNAM, México, 1983, p. 395.

¹⁴⁵ Cfr. De la Torre Martínez, *Op. Cit. Supra* 41 Capítulo 6, p. 257 y ss.

¹⁴⁶ Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, New York, USA, 2011, p.2.

¹⁴⁷ Bloch, Ernst, *Natural Law and Human Dignity*, The MIT Press, USA, 1986, Prefacio.

primero se fundó en la felicidad humana y el segundo en la dignidad humana; el primero buscaba abolir el trabajo y la carga, y el segundo la degradación y el insulto.¹⁴⁸

El positivismo jurídico, por otro lado, puede entenderse, según Rodolfo Vázquez, desde el punto de vista metodológico, teórico o ideológico. Como metodología, el positivismo jurídico asume una actitud a-valorativa o éticamente neutral, aceptando como criterio para distinguir las normas jurídicas de las demás normas, la derivación de hechos verificables y no la correspondencia o no con un sistema de valores. Como teoría, el positivismo establece que el derecho es coactivo e imperativo, sostiene la primacía de la ley sobre otras fuentes del derecho, tiene una concepción sistémica de la ordenación jurídica (que tiene plena coherencia y completitud), y entiende al razonamiento jurídico como proceso lógico-silogístico. Finalmente, como ideología, el positivismo confiere un valor al derecho no en términos del valor moral de sus reglas, sino en sí mismo, por lo que entiende la obediencia a la norma jurídica como deber moral.¹⁴⁹

El pensamiento de Hans Kelsen es indudablemente uno de los más difundidos, por lo menos en la tradición jurídica iberoamericana, y uno de los más relevantes y extraordinarios exponentes del positivismo jurídico. La Teoría pura del derecho, que es la propuesta central de Kelsen, tiene como objetivo resolver el ser del derecho, es decir lo que es y cómo es, pero no cómo debe ser. La validez del derecho no depende de su correspondencia con sistema moral alguno, sino de su *pertenencia* al orden jurídico, la cual es determinada en función de una norma fundamental.¹⁵⁰ Es así que Kelsen estableció:

*A definite legal order may or may not correspond to a certain moral order; but the validity of the legal order does not depend on its correspondence to a moral order. It may, from the point of view of a certain moral order, be considered as morally good or morally bad...Hence law must be distinguished from justice. A statement about the law must not imply any judgment about the moral value of the law, about its justice or injustice; which, of course, does not exclude the postulate that the law should be just.*¹⁵¹

Lo que Kelsen parece establecer es la independencia de la validez del derecho de la moralidad del derecho, separando el ser del deber ser del derecho.

Otro importantísimo pensador, influenciado enormemente por el pensamiento kelseniano, es Norberto Bobbio, quien, si bien admite que es necesario hacer una crítica valorativa sobre el derecho positivo (y en ese sentido el derecho será válido mientras realice ciertos valores, como son el orden, la paz o la seguridad jurídica). Bobbio también separa el ser del deber ser del derecho, estableciendo que los hechos o el ser deben constituir el objeto de la ciencia y los juicios o el deber ser el de la filosofía, estableciendo el aramiento de los momentos en el pensamiento jurídico: la ciencia del derecho y la filosofía del derecho. El

¹⁴⁸ “Social utopias are oriented above all toward the abolition of human suffering; natural law is oriented above all toward the abolition of human degradation”, *Ibidem*, p. 205

¹⁴⁹ Vázquez, Rodolfo, *Op. Cit. Supra* 73, p. 283.

¹⁵⁰ *Cfr.* De la Torre Martínez, *Op. Cit. Supra* 41 Capítulo 6, p. 236 y ss.

¹⁵¹ Kelsen, Hans, “What is the Pure Theory of Law?”, *Tulane Law Review*, Vol. 34, Tulane University Law School, USA, 1959-1960, p. 273.

derecho, para Bobbio, tiene un valor instrumental, puesto que no es su vigencia o positividad lo que lo convierten en algo valioso, sino su función de realizar valores.¹⁵²

Uno de los principales críticos de la pensamiento positivo a sí planteado, sin dejar de ser positivista (por lo que algunos califican su propuesta de *soft positivism*) fue H. L. A. Hart, quien no niega las conexiones entre derecho y moral o el derecho y los valores, pero estableciendo una clara separación entre uno y otro campo, reduciendo el derecho a una serie de normas o reglas, que igualmente deben ser interpretadas como parte de un sistema en virtud de un estándar de pertenencia, a lo que él llama regla de reconocimiento.¹⁵³ Para Hart: “... aunque existen numerosas e importante conexiones entre el derecho y la moralidad, de modo que frecuentemente hay una coincidencia o solapamiento *de facto* entre el derecho de algún sistema y las exigencias de la moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente”.¹⁵⁴

Uno de los más importantes extractores del pensamiento positivista, especialmente del planteamiento de Hart, fue Ronald Dworkin. Para Dworkin, nos dice Rodolfo Vázquez:

El error fundamental del positivismo jurídico consiste en creer que en todos los sistemas jurídicos existe algún *test* fundamental, reconocido por la mayoría de los operadores jurídicos, que determina el carácter jurídico o no de las normas. El *test* de reconocimiento sería plausible si consideramos al derecho como un conjunto de reglas jurídicas; sin embargo los abogados y los jueces, al argumentar y decidir en los litigios, apelan no sólo a este tipo de reglas jurídicas determinadas, sino a otra clase de normas de nominadas por Dworkin 'principios jurídicos' y 'directrices'. Entiende por estas últimas 'una clase de norma que establece una meta que ha de alcanzarse, generalmente en orden al perfeccionamiento de algún aspecto económico, político o social de la colectividad'. En cambio por 'principios' entiende una 'norma que es menester observar, no por que haga posible o asegure una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral'.¹⁵⁵

La postura de Dworkin no se apoya en la existencia de un orden natural conformado por principios universales, unitarios e inmutables, ni considera que los derechos tengan un carácter metafísico especial, sino que “parte del presupuesto de que el razonamiento moral

¹⁵² Cfr. De la Torre Martínez, *Op. Cit. Supra* 41, Capítulo 6, p. 239 y ss.

¹⁵³ La diferencia fundamental entre la norma fundamental de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart es que la norma fundamental es una norma no positiva, no puesta, sino presupuesta por la ciencia jurídica, mientras que la regla de reconocimiento es una norma positiva, pero no una norma promulgada, sino una regla social convencional tácitamente aceptada. Sin embargo, comparten ciertos aspectos como su estatus pre-jurídico, convencional, el hecho de que su función es determinar la validez de las normas sin estar ellas sometidas a que se cuestione su validez propia, Guastini, Ricardo, “Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento”, *Analisi e diritto*, G. Giappichelli Editore, Italia, 2005, pp. 203-207.

¹⁵⁴ Hart, H.L.A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Sistema*, No. 36, Conferencia dictada por Hart en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid en octubre de 1979, citado en Vázquez Rodolfo, *Op. Cit. Supra* 73, p. 34.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 49

se caracteriza por la construcción de un conjunto consistente de principios que justifican y dan sentido a nuestras intuiciones”.¹⁵⁶

Dice Dworkin: “lo que yo quiero es oponerme a la idea de que 'el derecho' sea un conjunto fijo de estándares, de la clase que sean”,¹⁵⁷ y en ese sentido niega que el derecho consiste solamente en reglas, “las que sólo con base en su origen pueden ser examinadas por cuanto hace a su validez o pertenencia al sistema y que sólo de esa forma se pueden distinguir de las normas de otros tipos de sistemas normativos como sería la moral o las reglas de trato social”¹⁵⁸. Para dar cuenta de ello, Dworkin apela a aquellas situaciones en las que el sistema jurídico, desde el punto de vista positivo, no dispone de una regla explícita que establezca un criterio para solucionar el caso, los llamados *casos difíciles*, negando la discreción judicial.¹⁵⁹ Es por ello que, si bien Dworkin reconoce que las reglas, dado su carácter de “todo o nada”¹⁶⁰, no pueden ser aplicadas en todos los casos, cuestión que preocupa a los casuistas por igual, sostiene la tesis de la existencia de una verdad moral en el derecho, es decir que sí hay una respuesta correcta, y establece que el argumento práctico que apela a una variedad de respuestas aceptables en un caso difícil es equivocado.

Para Dworkin, la práctica judicial implica la interpretación de una concepción del derecho.¹⁶¹ El autor de *Taking Rights Seriously* entiende al derecho como una realidad mucho más compleja, y afirma que en los casos difíciles los juristas razonan con base en estándares que no funcionan como una norma, sino que operan como principios¹⁶² o directrices políticas,¹⁶³ que no son ajenos al universo jurídico. Así, afirma Dworkin “los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no derechos legales ni de estrategia. Estos problemas quedaron enterrados por la insistencia en un enfoque jurídico convencional. Pero, si la jurisprudencia ha de tener éxito, debe poner al descubierto estos problemas y encararlos como problemas de la teoría moral”.¹⁶⁴

Lon Fuller, otro referente de gran relevancia en la filosofía jurídica, considera que el derecho “posee una lógica interna de moralidad, racionalidad, coherencia y generalidad que

¹⁵⁶ Calsamiglia, Albert, “Ensayo sobre Dworkin”, en Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, España, 2002, p. 11

¹⁵⁷ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, España, 2002, p. 188

¹⁵⁸ Rojas Amandi, Víctor Manuel, “El concepto de derecho de Ronald Dworkin”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LVI, Núm. 246, Facultad de Derecho UNAM, México, 2006, P. 356

¹⁵⁹ “insisto en que, incluso en los casos difíciles, se puede decir sin riesgo de error que el proceso apunta más bien a descubrir que a inventar los derechos”, Dworkin, *Op. Cit. Supra* 157, p. 397

¹⁶⁰ “Las normas son, o bien aplicables, o bien no aplicables. Esto significa que, si se realizan los presupuestos de la hipótesis normativa en ellas prevista, la consecuencia de derecho debe aplicarse; en cambio, cuando no se cumplen los mismos, dicha consecuencia no debe aplicarse”, Rojas Amandi, *Op. Cit. Supra* 158, p. 378

¹⁶¹ Dworkin establece que hablar de que alguien tiene un derecho implica reconocer que es incorrecto interferir el hacer de esa persona, lo cual es distinto a juzgar si es bueno o malo que lo haga.

¹⁶² Definidos como “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”, Dworkin, *Op. Cit. Supra* 157, p. 72

¹⁶³ Dworkin llama así “al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad”, *Idem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 51

invalida cualquier 'deber ser' inmoral”,¹⁶⁵ y establece que existen dos tipos de moralidad, la *morality of duty* y la *morality of aspiration*.

La *morality of aspiration* es definida por Fuller como “*the morality of the Good Life, of excellence, of the fullest realization of human powers*”, mientras que la *morality of duty*, dice el autor, “*lays down the Basic rules without which an ordered society is impossible, or without which an ordered society directed toward certain specific goals must fail of its mark*”.¹⁶⁶ En ese sentido, la *morality of duty* establece lo que es necesario para la vida en sociedad, mientras que la *morality of aspiration* apunta hacia la perfección de los individuos: “*...the morality of duties relates to man’s life in society, while the morality of aspiration is a matter between a man and himself, or between him and his God*”.¹⁶⁷ Si estableciéramos una escala ascendente, dice Fuller, la *morality of duty* se encontraría hasta abajo y la *morality of aspiration* hasta arriba. Establecer la línea que separe a ambas es tarea del legislador, puesto que esa línea imaginaria separa las obligaciones jurídicas de las morales.

Al respecto Patrick Devlin dice “*...there must remain a realm of private morality and immorality which is, in brief and crude terms, not the law’s business*”, entendiendo a la moral privada como “[*that*] *which is not offensive or injurious to the public...unless it is accompanied by some other feature such as indecency, corruption or exploitation*”.¹⁶⁸ El derecho, no tiene para Devlin la finalidad de que el legislador imponga sus valores a la sociedad, sino preservar el sentido de bien y del mal que es indispensable en una comunidad. Nos dice Rodolfo Vázquez:

...para Devlin lo que justifica la imposición jurídica es la cohesión social *per se*; es decir, no se requiere que las creencias que comparten los miembros de la comunidad sean verdaderas; con todo, para Devlin, sobre la base de un relativismo ético, no bastaría que un acto para ser inmoral sea repudiado por la mayoría, sino que es necesario que exista un verdadero sentimiento de reprobación, de repugnancia...¹⁶⁹

En ese sentido, no todo el universo de la moral puede o debe ser abarcado por el derecho, sino que el derecho habrá de intervenir cuando se trate de valores de relevancia tal que su transgresión o su no realización pudiera poner en entredicho el tejido social. Desde una perspectiva liberal, la intervención del Estado a través del derecho necesariamente requiere la afectación de los derechos de terceros, y no es otro valor sino el de la libertad que el derecho y el Estado están llamados a proteger acapalada. El conocido principio enunciado por John Stuart Mill en ese sentido es radical al respecto, puesto que manifiesta que es el daño –o el daño potencial– a terceros en sus derechos, o en su libertad, lo único

¹⁶⁵ Vázquez, *Op. Cit. Supra* 73, p. 37

¹⁶⁶ Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, USA, 1964, p.5.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 12

¹⁶⁸ Devlin, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, New York, USA, 1970, p. 3.

¹⁶⁹ Vázquez, *Op. Cit. Supra* 73, p. 47

que justifica una intervención por parte del Estado o el derecho.¹⁷⁰ Al respecto, nos dice Rodolfo Vázquez, en defensa del liberalismo:

No es un objetivo legítimo del sistema jurídico promover planes de vida buenos y caracteres virtuosos, porque ello entra en conflicto con la capacidad de cada individuo de elegir libre y racionalmente los planes de vida y los ideales de virtud que mejor le convengan de acuerdo con sus preferencias... Un liberal no es indiferente a la idea de que la inmoralidad de un acto es irrelevante para justificar su sanción jurídica; lo que sostiene es que la vinculación entre derecho y moral sólo debe limitarse a aquellas reglas morales que se refieren al bienestar de terceros. Los planes de vida personal y los ideales de virtud deben quedar librados a la autonomía de los individuos y en todo caso ser materia de discusión y persuasión en el entorno social, pero nunca objeto de sanción o coerción estatal. La negación de la distinción entre estos dos sistemas de la moral, el privado y el público, es propio de los regímenes totalitarios, no de un Estado constitucional, liberal y democrático de derecho.¹⁷¹

El debate entre positivistas y naturalistas se centró en torno al elemento de validez (y no de vigencia o aplicabilidad), y la relación derecho y moral ha girado en torno a ese elemento, siendo que la relación entre ambos debería entenderse en la dimensión axiológica. Nos dice al respecto Rodolfo Vázquez “de la injusticia e iniquidad de las normas jurídicas no podemos derivar –si no queremos incurrir en graves errores teóricos– su invalidez jurídica”.¹⁷² Distinguir entre la vigencia, validez o moralidad y aplicabilidad no debe implicar separar la moral del derecho, porque esa relación descansa en el contenido axiológico, ya que la moral se encuentra con el derecho a través de los valores, y cualquier norma jurídica que carezca del elemento de moralidad, o que no tenga una pretensión ética de realización de valores podrá ser vigente, e incluso aplicable, pero no sería válida desde un punto de vista ético, en virtud de que no cumplirá su función, es derecho en términos formales, pero no sirve como tal para lo que fue creada (que se relaciona directamente con el *valer*).

Siguiendo esta idea, vale la pena analizar la postura de Habermas sobre la relación derecho-moral. Para Habermas, ambos se refieren a las relaciones interpersonales, pero señala que

¹⁷⁰ “...que la propia defensa es el único fin que autoriza a la humanidad, ya sea individual o colectivamente, a intervenir en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros; que el poder sólo puede ejercerse con todo derecho contra la voluntad de cualquier miembro de una comunidad civilizada, cuando se trata de evitar daños a otros. Ni siquiera es razón suficiente el propio bien físico o moral para el individuo. No hay derecho alguno para obligarlo a actuar o a dejar de hacerlo, porque sea para su propio bien, porque con ello pueda ser más feliz, o por que, en opinión de los demás, hacerlo sería recomendable o aun justo. Todas las razones son buenas para tratar de convencerlo, para razonar con él, para persuadirlo o aun para suplicarle, pero no para obligarle a causarle algún mal en caso de que se oponga. Para justificar esto, sería necesario que la conducta de la que trata de apartarse pudiera causar daños a otras personas. La única parte de la conducta de todo hombre que es responsable ante la sociedad, es aquella que se relaciona con los demás”, Mill, John S., *Sobre la libertad*, 6ª ed., Ediciones Gernika, México, 2006, p.20.

¹⁷¹ Vázquez, *Op. Cit. Supra* 73, p. 141.

¹⁷² *Ibidem*, p. 45.

es el carácter institucional del derecho lo que lo diferencia de la moral.¹⁷³ Para este autor no es el carácter público o privado en sí lo que marca los límites entre uno y otro sistema.¹⁷⁴ Lo que demarca entonces los límites entre derecho y moral puede variar históricamente, y es un problema que la ética, a través del diálogo intersubjetivo, debe resolver.

El autor no niega que los contenidos de la moral puedan permear en el derecho (aunque nada dice acerca del proceso a la inversa, que es igualmente posible), pero enfatiza la necesidad de mantener ambos sistemas claramente diferenciados, si bien no separados o aislados el uno del otro.¹⁷⁵

El derecho no puede pretender sustituir a la moral, ni abarcar todo el universo ético, y que el sistema jurídico no tiene como objetivo principal promover una idea de lo que constituye la vida buena, puesto que de ese modo estaríamos aniquilando toda posibilidad de libertad ética desde el punto de vista individual, pero también es cierto que el derecho comparte en cierto punto los fines de la moral, y por tanto apunta a la ética, generando en gran medida las condiciones que ésta requiere en el plano comunitario.

Habermas entiende la relación del derecho con la moral en términos de complementariedad,¹⁷⁶ y podríamos coincidir con este punto, no en el sentido de que uno sin el otro estarían “incompletos”, o que sea tarea de uno llenar los vacíos del otro, sino en el sentido de que ambos comparten un punto de referencia ético central, que son los valores, pero que lo hacen de manera distinta en respuesta a la complejidad que implican las relaciones intersubjetivas en las sociedades humanas.

Los fines del derecho (la realización de los valores)

El debate sobre cuál es el fin del derecho es central desde el punto de vista de la axiología jurídica y de la filosofía del derecho en general. A algunos autores sostiene que es la justicia, otros que es el bienestar, otros dirán que es la seguridad, etcétera. En fin, saber cuál es o cuáles son los fines del derecho es sin duda un tema relevante.

¹⁷³ “...moral and legal questions refer to the same problems: how interpersonal relationships can be legitimately ordered and actions coordinates with another through justified norms, how actions conflicts can be consensually resolved against the background of intersubjectively recognized normative principles and rules. But they refer to the same problems in different ways. Despite the common reference point, morality and law differ prima facie inasmuch as post-traditional morality represents only a form of cultural knowledge, whereas law has, in addition to this, a binding character at the institutional level. Law is not only a symbolic system but an action system as well”, Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, The MIT Press, Cambridge, USA, 1998, pp. 106-107.

¹⁷⁴ “...one must not succumb to the ingrained prejudice suggesting that morality pertains only to social relationship for which one is personally responsible, whereas spheres of interaction. Discourse theory conceives of morality as an authority that crosses the boundaries between private and public spheres; these boundaries vary throughout history anyhow, depending on social structure”, *Ibidem*, pp. 109.

¹⁷⁵ “Overlapping contents do not blur the boundary between law and morality, which are irreversibly differentiated at the post-conventional level of justification. As long as the difference between the languages of morality and law is maintained, the migration of moral contents into law does not signify any immediate moralization of law”, *Ibidem*, p. 206.

¹⁷⁶ *Cfr. Ibidem*, pp. 114-118.

El derecho no existe en el mismo sentido en que la mayoría de las cosas existen, es decir que “no se da en los árboles”. Sabemos que el derecho es una creación humana, y que está dirigido a los seres humanos a efecto de regular su conducta. No obstante, no nos hemos sometido a un conjunto de reglas para nada. Esto quiere decir que el derecho es una herramienta que cumple con uno o varios fines, es decir que existe por algo.

Como pudimos ver, la axiología jurídica es una reflexión en torno a ese *algo*, a esa razón de existir del derecho, el para qué lo creamos, y el por qué es tan importante para la vida *humana* –si es que nos interesa poder llamarle así, *humana*. La dimensión axiológica del derecho es ese epicentro, ese núcleo que opera como el corazón de cualquier sistema y que le mantiene vivo, o en términos ya jurídicos, podríamos decir vigente, o mejor dicho útil. Y decimos útil no haciendo referencia a utilidad –ni a utilitarismo, por supuesto- sino en el sentido que hemos mencionado con anterioridad, es decir que no nos quedamos con la dimensión positiva para de terminar la validez, como tampoco podemos simplemente invalidar o dejar de aplicar una norma vigente por carecer de un sustento ético sólido, pero si podemos decir que una norma que no prevalece, y que por lógica no logra realizar los valores que configuran el sistema moral de la comunidad a la que va dirigida, no habrá de servir para aquello que fue creado. Esto puede entenderse así, en resumidas cuentas:

El derecho debe ser entendido como un fenómeno social que se establece y evoluciona de acuerdo a la época y comunidad a la que pretende resguardar y legislar; es por ello que consideramos que debe reflejar el pensamiento y las necesidades de los individuos que conforman esa sociedad, para que sea respetado de manera consciente y racional, consolidándose de esta forma la unidad social de la comunidad a la que rige: esto es lo que entendemos como una *visión ética* del derecho.

Mientras que en el caso contrario, es decir, cuando el derecho se aleja de las necesidades de la comunidad a la que se dirige, solamente consigue que los miembros de ésta se sientan obligados a obedecer las normas por el miedo a las sanciones que la autoridad pueda imponer, fallando a uno de los principales fines del derecho que es buscar el interés social.¹⁷⁷

El derecho, entre otras cosas, nos debe posibilitar una vida *humana*, que solamente puede ser entendida, siguiendo la línea de pensamiento de Savater, como una vida *libre*, en el sentido *ético* de la palabra. La libertad como facultad de *ser* humano. El derecho no es nada simple represión o restricción a la libertad, puesto que no la restringe –o por lo menos no debe hacerlo- nada más así. El derecho impone ciertos límites a nuestra libertad solamente para potencializarla, para posibilitarla incluso.

Decimos esto porque la libertad es la capacidad de poder elegir a conciencia (hablando en términos de *lo razonable*), y voluntariamente, es decir querer nuestra elección. Pero para que la decisión que tomemos sea *ética*, de bemos, en principio, poder elegir entre las categorías éticas, es decir los valores. Ahora bien, las normas jurídicas tienen un carácter coercitivo, que quiere decir que pueden obligar al sujeto a obedecerlas incluso en contra de

¹⁷⁷ Carrión García, *Op. Cit. Supra* 35.

su voluntad (utilizando incluso la fuerza como *última ratio*), y generalmente se entiende que son normas hasta cierto punto impuestas (que son normas “heterónomas”). No obstante, idealmente las normas jurídicas son resultado de la intersubjetividad y por lo tanto su creación debe involucrar a toda la sociedad a través del diálogo (y de la representación en las sociedades democráticas). En ese sentido, las normas jurídicas reflejan lo que como sociedad deseamos que sea obligatorio, lo que consideramos fundamental que se cumpla (e incluso hacer que se cumpla, si es necesario con el uso de la fuerza). El derecho es, idealmente, la expresión de la voluntad colectiva, que a su vez es expresión de la voluntad individual.

José Ortega y Gasset señala:

...nuestra vida es, en todo instante y antes que nada, conciencia de lo que nos es posible. Si en cada momento no tuviéramos delante más que una sola posibilidad, carecería de sentido llamarla así. Sería más bien pura necesidad. Pero ahí está: ese extrañísimo hecho de nuestra vida posiblemente la condición radical de que siempre encuentra ante sí varias salidas, que por ser varias adquieren el carácter de posibilidades entre las que hemos de decidir. Tanto vale decir que vivimos como decir que nos encontramos en un ambiente de posibilidades de terminadas. A este ámbito suele llamarse 'las circunstancias'. Toda vida es hallarse dentro de las 'circunstancias' o mundo. Porque este es el sentido originario de la idea 'mundo'. Mundo es el repertorio de nuestras posibilidades vitales.

En ese sentido, tener posibilidad y no nada más necesidad, es lo que nos otorga libertad, es lo que nos da una vida *humana*. Ser capaz de decir “esto puede ser de otro modo”, como señala Adela Cortina,¹⁷⁸ es lo que nos otorga libertad ética. Si el derecho nos permite decidir realizar los valores, entonces nos otorga *libertad*, y en ese sentido, el derecho así entendido, tiene como finalidad última posibilitar la libertad y esto es lo que nos distingue de otras formas de vida y nos hace humanos. En términos sartrreanos, estamos condenados a ser libres en tanto estamos condenados a ser humanos.

Sobre esto, nos dice Rodolfo Vázquez:

...el principio de imperatividad de la ley, finalmente, debe descansar sobre una exigencia ética más radical, a saber, que los individuos, los destinatarios de la ley, deben ser tomados en serio; es decir deben ser considerados como seres autónomos y dignos...el estado de derecho requiere ser entendido no sólo desde un punto de vista formal sino también sustantivo.¹⁷⁹

El derecho sin ética, sin valores, sería fuerza bruta y sin sentido.

¹⁷⁸ Vid. Cortina, *Op. Cit. Supra* 3.

¹⁷⁹ Vázquez, *Op. Cit. Supra* 73, p. 207

El valor como fundamento jurídico

El fenómeno jurídico debe entenderse como consecuencia del fenómeno cultural, de las relaciones intersubjetivas. Es un producto de la interacción humana y está pensado para regular la convivencia, la conducta y los actos humanos. Los sujetos que intervienen en su creación son los seres humanos, que como dijimos, son capaces ética y moralmente, puesto que son libres en ambos sentidos y no solamente en sentido físico o biológico.

La capacidad ética y moral se basan en la libertad, pero también en la capacidad estimativa, e incluso podríamos decir que no podemos hablar de libertad sin capacidad estimativa, es decir sin la posibilidad de valorar, que es fundamental para poder elegir (sabemos que la elección es en sí el acto que abre paso a la ética; si no podemos decidir, si no hay opciones, no hay ética de por medio).

Esa libertad y esa capacidad estimativa son también lo que posibilita al ser humano a darse normas que rigen su conducta. Tal es el caso de las normas morales y de las normas jurídicas. Pero ¿qué justifica que existan normas jurídicas?

Las normas de carácter moral y jurídico tienen funciones y finalidad distintas, aunque ambas apuntan a la realización de valores. Podríamos pensar que las normas de carácter moral apuntan a la realización de valores desde una óptica aspiracional, y que cuando hablamos de derecho hablamos de necesidad, de mínimos, y de valores fundamentales en determinado contexto. No obstante, debemos recordar que tanto moral como derecho no son sistemas cerrados, y que en muchas ocasiones sus contenidos pueden coincidir. Ambos tienen un sustrato ético fundamental. La diferencia estriba en los valores que pretenden, o que deben pretender realizar cada uno: la bondad y la virtud podrían ser primordiales, aunque no exclusivos para la moral, mientras que la equidad y la justicia podrían ser fundamentales para el derecho. Además, el mismo valor se expresará diferente en términos jurídicos y en términos morales.

La moral no es atemporal y acontextual, puesto que también se trata de un conjunto de normas y como tal es susceptible a ser dinámica, cambiante, histórica. No obstante, podemos observar que la moral no puede circunscribirse con la misma facilidad que las normas jurídicas, es decir que su vigencia en términos temporales y espaciales no se puede definir de manera tan sencilla, y sus contenidos siempre tienen una pretensión de universalidad, por lo que tampoco podemos delimitar estrictamente a qué sujetos va dirigido. El derecho, por el contrario, en virtud de su dimensión positiva que lo dota de un carácter institucional, cuenta con criterios de vigencia que deben ser perfectamente claros para su aplicabilidad, y son normas que valen en un tiempo y espacio definidos o definibles y siempre están dirigidas a una comunidad establecida. Esa certeza es sin duda un criterio de validez para las normas jurídicas, aunque no podemos reducirlas a él. Sobre esto, nos dice Habermas:

In contrast to morality, law does not regulate interaction contexts in general but serves as a medium for the self-organization of legal communities that maintain

*themselves in their social environment under particular historical conditions. As a result, concrete matters and teleological points of view migrate into law. Whereas moral rules, aiming at what lies in the equal interest of all, express a universal will pure and simple, laws also give expression to the particular wills of members of a particular legal community. More-over, whereas the morally autonomous will remains in some sense virtual because it states only what could be rationally accepted by each, a legal community's political will, which of course should accord with moral insights, also expresses an intersubjectively shared form of life, existing interest positions, and pragmatically chosen ends...legal norms usually do not display the high degree of abstraction found in moral norms. In general, they do not say what is equally good for all human beings; they regulate the life context of the citizens of a concrete legal community.*¹⁸⁰

Ciertas normas jurídicas tienen también una pretensión de universalidad en cuanto al sujeto, lo cual podría denotar una relación con determinadas normas morales, pero sobre todo deja ver su dimensión ética, es decir su fundamentación axiológica, que resulta de un ejercicio estimativo que resuelve que ciertos valores no solamente deben ser tutelados con mayor fuerza, sino que deben formar parte de la vida intersubjetiva incluso fuera de la comunidad donde inicialmente hayan surgido.

No obstante, es por lo anterior que existe la tendencia a juridizar los contenidos de la moral, en virtud precisamente de la certeza con la que cuenta el derecho en cuanto a su aplicabilidad y sus consecuencias. Habermas entiende al derecho incluso como aquello que podemos esperar de los demás, es decir como expectativas razonables y bien establecidas de nuestra conducta y de nuestra interacción con otras personas.¹⁸¹ Esa “ventaja” que algunos ven en el derecho con respecto a la moral puede llevar a un desdén o desprecio de la misma o a colocarla en un plano secundario, siendo que ambos sistemas tienen como fundamento y como finalidad distintos valores que constituyen a la ética, y por tanto deben entenderse como sistemas paralelos, complementarios. Es por ello que no puede sustituirse uno con el otro.

¹⁸⁰ Habermas, *Op. Cit. Supra* 173, pp. 152-153.

¹⁸¹ La postura de Habermas difiere de posturas realistas como la de Oliver Wendell Holmes Jr., quien señaló: “*The primary rights and duties with which jurisprudence busies itself again are nothing but prophecies. One of the many evil effects of the confusion between legal and moral ideas, about which I shall have something to say in a moment, is that theory is apt to get the cart before the horse, and consider the right or the duty as something existing apart from and independent of the consequences of its breach, to which certain sanctions are added afterward. But, as I shall try to show, a legal duty so called is nothing but a prediction that if a man does or omits certain things he will be made to suffer in this or that way by judgment of the court; and so of a legal right... The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law*”, Oliver Wendell Holmes, Jr., “*The Path of the Law*”, *Harvard Law Review*, Vol. 10, USA, 1897, En línea <http://www.gutenberg.org/files/2373/2373.txt>, Consultado en 2017. Para Habermas, no es una cuestión de predicción, sino de construcción de criterios de razonabilidad.

El fundamento de lo jurídico es el valor ético, pero no todos los valores éticos pueden ni deben de tutelarse o realizarse a través del derecho. La delimitación de lo jurídico y lo moral no puede eliminarse. No podemos como sociedad relevar a la moral o considerarla sin importancia, porque ello nos llevaría a una crisis ética y social; cuando todo lo que nos debamos los unos a los otros sea lo que mande única y exclusivamente el derecho, incluso si obedecemos las normas por convicción, estaremos corriendo un gran riesgo, no solamente porque quedaría poco o nulo espacio para la diversidad moral (toda moral sería pública), sino porque es imposible para el derecho, por su naturaleza misma, abarcar toda posibilidad que nos abre la libertad en sentido ético.

El valor en la dimensión moral del derecho

Entonces ¿qué papel juega el valor en el derecho? La dimensión axiológica del derecho es en muchas ocasiones su punto de contacto con la moralidad, y es lo que le permite y a la vez le exige tener una naturaleza ética.

Los valores que el derecho tutela generalmente, aunque no incondicionalmente, coinciden con la idea que comparten los individuos de una comunidad acerca de la vida buena en su expresión intersubjetiva y no solamente intrasubjetiva.

Esto implica que la legalidad, por ejemplo, se considere no solamente ética y jurídicamente fundamental, sino moralmente relevante. Si partimos de que es bueno obedecer al derecho, entendiendo entonces que como sociedad consideramos importante seguir las normas que nos rigen por constituir un criterio de seguridad, siguiendo a Habermas en esta idea de saber qué podemos esperar de nuestra conducta, la vida en comunidad y la convivencia con otros seres humanos, entonces lo primero que debemos poder esperar es que todos sigan las mismas normas y que el derecho otorgue un trato igual a todos los que se comporten de igual manera.

Sobre esto, nos dice Michael Sandel:

The attempt to detach arguments about justice and rights from arguments about the good life is mistaken for two reasons: first, it is not always possible to decide questions of justice and rights without revolving substantive moral questions; and second, even where it's possible, it may not be desirable...A just society can't be achieved simply by maximizing utility or by securing freedom of choice. To achieve a just society we have to reason together about the meaning of the good life, and to create a public culture hospitable to the disagreements that will inevitably arise...Justice is not only about the right way to distribute things. It is also about the right way to value things.¹⁸²

¹⁸² Sandel, Michael, *Justice: what's the right thing to do?*, Farrar, Straus and Giroux, USA, 2009, p. 251. Dice el autor: "Despite our best attempts to make law neutral on such questions, it may not be possible to say what's just without arguing about the nature of the good life", *Ibidem*, p. 207.

Esto quiere decir que existe una conexión inherente entre la moral y el derecho, ya que comparten un fundamento que es la ética. Además, aunque tengan una finalidad diferente, no pueden desvincularse: no es posible hablar de justicia sin hacer referencia a la idea de vida buena, y viceversa. Lo anterior no puede significar que el derecho existe para imponer una idea de la vida buena a una sociedad. El derecho debe siempre permitir y fomentar espacios para la diversidad moral.

El derecho como expresión del valor

En general, los juristas abordamos al derecho como un medio o herramienta para “lograr” los valores o institucionalizarlos, pero ¿no es también el derecho una expresión de los valores? Al igual que la moral, el derecho expresa valores y también busca su realización.

Como dijimos con anterioridad, la capacidad estimativa es lo que permite a los seres humanos generar normas. Su contenido implica toma de decisión: tutelar ciertos valores regulando o poniendo límites a la libertad individual en el contexto colectivo específico de una comunidad (determinada o determinable en el caso del derecho).

Por lo anterior, analizar un sistema jurídico ayuda a conocer la vida moral de una comunidad. La forma en que se organiza el poder político y económico, la administración de justicia, la producción legislativa, la participación ciudadana, las relaciones entre particulares, los recursos, los derechos y obligaciones de las personas, la responsabilidad y sus límites, todo ello refleja lo que es relevante para los miembros de la comunidad: lo que consideran que *debe ser*.

El derecho es símbolo del consenso (aunque no necesariamente del acuerdo), dejando siempre espacio para la diversidad. Si bien reclama obediencia, ésta es solamente de carácter *prima facie* desde el punto de vista moral y por supuesto ético. En ese sentido, existe la objeción de conciencia (aunque cabe aclarar que dicha objeción siempre se da dentro de los límites legales, siempre y cuando no se afecten irremediadamente derechos de terceros) pero también podemos observar la resistencia o la desobediencia, en el caso de que el derecho llegue a tal tensión con el sistema de valores de un individuo o una comunidad que derive en ruptura, situación que instantáneamente exija una transformación en el sistema jurídico.

Las luchas y conflictos sociales más relevantes normalmente buscan, en primera instancia, influir a través de cambios en la legislación. El derecho es sin duda la huella más tangible de toda revolución, es la prueba más visible del cambio social, del triunfo (o la conquista) moral.

La regulación es expresión de interpretaciones axiológicas y actitudes estimativas que se dan en un determinado contexto, que resultan sin duda del dinamismo social, en ocasiones incluso de conflicto (moral). Esto no quiere decir que todos los valores compartidos en una comunidad habrán de expresarse a través del derecho, ni que todos los valores expresados

en el derecho sean compartidos por todos los integrantes de la comunidad. No obstante, un sistema jurídico eficiente apunta a la realización de los valores fundamentales que nos permitan vivir humanamente. No obstante, no es susceptible de expresar todo el complejo espectro axiológico que se desarrolla en la intersubjetividad, y es por ello que no podemos reducir a él todo el universo de lo normativo.

El derecho como herramienta del cambio social

Hemos hablado de que el derecho expresa, y tutela a través de sus normas (que además tienen carácter coercitivo), los valores que, como sociedad, consideramos jurídicamente relevantes, y que en lenguaje jurídico conocemos como “bienes jurídicamente tutelados”.

Por lo general, el dinamismo social resulta en constante reinterpretación axiológica. La relación del derecho con los valores, la moral y la ética, es en ocasiones bastante tensa. Esa movilidad es tímida en ocasiones requiere cambios en el sistema jurídico, es decir creación, modificación o eliminación de ciertas normas. Dado el carácter institucional que tienen las normas jurídicas, es común que dichos cambios no sucedan siempre de manera oportuna.

No obstante, el derecho no pretende estorbar a la dinámica estimativa, pretendiendo pausarla o incluso inmovilizarla, inmortalizando determinado sistema de valores, ya sea en su jerarquía, su contenido, sus alcances o su significado, a través de su formalización plasmada en las normas.

Sobre la idea de que el derecho puede provocar que la moral se vuelva estática (legitimando o prolongando el *status quo*) dice Devlin:

*I do not see why it should have that effect. At worst it leaves morality as mobile as the law; and though it may not be easy to change the law, it is far easier than to change a moral belief in a community. In fact, for practical reasons the law never attempts to cover the whole of public morality and the area left uncovered is naturally that which is most susceptible to change. But assume that it did cover the whole of public morality, its effect would be not to freeze but to regulate the process of liquefaction and to help distinguish the changes which are motivated by a genuine search after moral improvement from those which are relaxation into vice.*¹⁸³

Visto de ese modo, el derecho también funciona como un instrumento para evaluar la pertinencia y la validez (ética) de nuevas pretensiones morales o de los cambios que se hayan suscitado en un determinado sistema de valores, así como nuevas interpretaciones (estimativas) a manera de contrapeso, funcionando como estabilizador ante la volatilidad moral y también conciliador si pensamos en sociedades que se caracterizan por una gran

¹⁸³ Devlin, *Op. Cit. Supra* 168, p. 115.

diversidad moral, no permitiendo que una determinada visión de la vida buena sea impuesta sin más, especialmente si podría estar contra de la justicia o la dignidad, por ejemplo.

De hecho, el derecho puede también tomar un rol activo, enfrentando o poniendo en tela de juicio el sistema de valores vigente en una sociedad o bien proponer nuevas estimativas. En el seno del derecho también es posible generar cambios que se vean reflejados en nuestra visión de la vida buena. Es por ello que anteriormente señalábamos que normalmente, un objetivo claro y primordial de cualquier movimiento social tiene que ver con un cambio normativo, ya que es así que sus pretensiones morales serán reconocidas como derecho(s).

El valor del derecho

Es posible afirmar que como sociedad, generalmente, valoramos el hecho de que existan normas de convivencia que puedan proteger nuestros intereses y otorgar cierta seguridad de que las cosas habrán de funcionar de cierta manera si nos comportamos de determinada forma, es decir que las consecuencias a nuestros actos y los demás estén de cierta forma clara en pro de nuestros intereses. Nos gusta que las obligaciones se cumplan y que de cierto modo podamos tener un mínimo de certeza sobre los límites que existen en torno a nuestra esfera de derechos.

Lo anterior no debe implicar en ningún momento que valoremos el derecho por sobre todas las cosas, y que le atribuyamos un valor en sí y nunca relativo a sus fines, o mejor dicho no hay que invertir las cosas de manera que el *telos* último del ser humano sea que exista el derecho y que se obedezca. Es cierto que tenemos una obligación también moral de obedecer al derecho, pero no es una obediencia en términos absolutos, incuestionable, como vimos con anterioridad, sino *prima facie*. El trasfondo ético del derecho es lo que obliga en términos morales, es decir que su contenido en términos de valor es lo que nos constriñe a obedecerlo.

En ese sentido, nos dice Habermas:

*...acting from duty, that is, morally motivated obedience to the law, cannot be brought about by coercion. On the other hand, however, “unifying” the free choice (Willkür) of each with that of all others, that is, social integration, is possible only on the basis of normatively valid rules that would deserve their addressees’ uncoerced, which is to say rationally motivated, recognition from the moral point of view- “in accordance with a universal law of freedom”.*¹⁸⁴

Como vemos con anterioridad, el derecho potencializa (e incluso posibilita) nuestra libertad en términos éticos. En palabras de Adela Cortina “lo justo es también moral, pero en un sentido diferente, porque tiene por misión crear las condiciones externas para el

¹⁸⁴ Habermas, *Op. Cit. Supra* 173, p. 29.

desarrollo de la libertad interna y para la búsqueda de la felicidad individual”.¹⁸⁵ Es por eso que podemos decir que, desde la ética, el derecho tiene un valor, porque lo utiliza como posibilitador, como realizador de sí misma.

Para pensadores como Fernando Savater el derecho y el Estado fueron creados por que consideramos que pueden ayudarnos a llevar una mejor vida individual inmersa en la colectividad, que es lo que nos permite *ser humanos*.¹⁸⁶

Asimismo, en el contexto de las sociedades contemporáneas, el derecho puede ser entendido como una herramienta para llevar a cabo funciones integradoras y de estabilización social. Es así como lo entiende Habermas:

“...law fulfills socially integrative functions...law provides a safety net for failures to achieve social integration...by stabilizing behavioral expectations, law simultaneously secures symmetrical relationships of reciprocal recognition between abstract bearers of individual rights”.¹⁸⁷

En ese sentido, el derecho ayuda a la integración social y a la consecución de objetivos individuales y colectivos. El derecho aspira a que podamos vivir éticamente, *humanamente*.

Conclusiones y propuestas en torno a la dimensión axiológico-jurídica

Después de haber analizado detenidamente diversas perspectivas en torno a la relación del derecho con los valores, podemos sostener que el derecho es un producto de la cultura humana que expresa y tutela valores sociales, los cuales más allá de ser definidos como una entidad ontológica objetiva o como mera referencia, interpretación o apreciación subjetiva, adquieren significado en la interacción del objeto con el sujeto a través del acto de valorar. En ese sentido, el derecho se constituye en una herramienta para la interpretación y realización de los valores en la vida intersubjetiva, y en ello estriba el valor del mismo (el cual no puede ser entendido en términos absolutos).

Los valores entonces constituyen la dimensión teleológica del derecho, mientras que las normas y principios se proyectan como su dimensión deontológica. No es posible reducir al fenómeno jurídico a una u otra.¹⁸⁸

La moral y el derecho, hemos dicho ya, comparten un punto de referencia ético fundamental, que son precisamente los valores, que se pueden expresar a través de ambos sistemas normativos, dependiendo el propósito que exista más allá de la realización del valor. Hemos señalado que el derecho posibilita la vida *humana* en términos de justicia,

¹⁸⁵ Cortina, *Op. Cit. Supra* 3, p. 87.

¹⁸⁶ En el pensamiento de dicho autor, “...la humanidad proviene de las relaciones con otros”, Carrión García, *Op. Cit. Supra* 35.

¹⁸⁷ Habermas, *Op. Cit. Supra* 173, pp 448-449.

¹⁸⁸ *Vid. Ibidem*.

dignidad y libertad, pero la moral por su parte aspira a un ideal de la vida *buena*, una vida *humana* que va más allá de los mínimos, que apunta a la excelencia. Esto no quiere decir que exista un divorcio entre uno y otro, y de hecho, como hemos visto, una vida buena no puede ser concebida sin referencia alguna a la justicia, la dignidad y la libertad, y viceversa: una vida *humana* requiere de todo lo anterior. Es por ello que el derecho y la moral siempre guardan una estrecha comunicación, además de que en muchas ocasiones sus contenidos no solamente axiológicos, sino normativos, tienden a coincidir.

No obstante, el derecho por su misma naturaleza –utilizando un lenguaje no solamente prescriptivo sino incorporando un elemento coercitivo- contextualiza y concretiza, es decir institucionaliza y formalmente los valores sociales, circunscribiéndolos a través de criterios de validez a un contexto –tiempo, espacio, destinatarios, etc- específico. Si bien ciertas normas jurídicas pueden tener un trasfondo ético que constrañe a su obediencia y que pudiera pretender su validez universal, lo cierto es que la noción de certeza jurídica no puede ser dejada de lado cuando nos encontramos dentro del universo de lo jurídico.

Por otro lado, la efectividad social y la justificación ética son dos elementos de los cuales no puede ni debe prescindir ningún orden jurídico, por lo que dos principios fundamentales para el derecho son la legalidad y la legitimidad, que tienen que ver precisamente con las nociones de validez y certeza, y que constituyen en gran medida la dimensión ética del derecho.

Dicho lo anterior, podemos ver que la naturaleza de las normas jurídicas difiere de las normas morales. No obstante, las razones para obedecer a las normas jurídicas, más allá del temor a la consecuencia prevista, son muchas veces de carácter ético y moral, y por lo tanto, el derecho no se justifica a sí mismo. Nos dice Habermas:

*...legal norms, too, claim to be in accord with moral norms, that is, not to violate them. But moral reasons do not have enough selectivity here. Legal norms are valid, although they can be justified not only with moral but also with pragmatic and ethical-political reasons; if necessary, they must represent the outcome of a fair compromise as well. In justifying legal norms, we must use the entire breadth of practical reason.*¹⁸⁹

No obstante, Habermas reconoce que la moral y el derecho tienen una relación complementaria, y que esto no implica que el derecho puede o debe ser moralmente neutro,¹⁹⁰ pero tampoco, como vimos, que debamos caer en la moralización inmediata del sistema jurídico.

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 155-156.

¹⁹⁰ “This complementary relation, however, by no means implies that law enjoys moral neutrality...Even if moral considerations are not selective enough for the legitimation of legal programs, politics and law are still supposed to be compatible with morality- on a common postmetaphysical basis of justification”, *Ibidem*, p. 453.

La construcción intersubjetiva no puede ni debe eliminar a la reflexión intrasubjetiva, parafraseando a Adela Cortina, aunque es un hecho que podríamos discutir también cómo una influye en la otra y viceversa, tomando en cuenta que el individuo ético es a la vez agente e n t érminos m orales, c iudadano e n t érminos pol íticos y s ujeta de de recho e n términos jurídicos. La moral es cosa de cada quien, pero a la vez es cosa de todos, porque permea entre la i ntra y l a i ntersubjetividad en s u i nteracción co n o tras es feras d e l a dimensión colectiva de la vida humana individual.

Si bien el derecho es una realidad que invariablemente se construye en el diálogo, en la vida colectiva, y requiere por lo tanto que las reglas del mismo estén bien establecidas, también es cierto que no podemos pretender sustituir a la moral o la ética a través de los contenidos del derecho, o reducirlas en el consenso alcanzado y plasmado en las normas jurídicas. Si como sociedades humanas deseñamos las obligaciones morales, o las consideramos obligaciones de segundo plano frente a las obligaciones jurídicas, como meramente “opcionales”, hemos perdido sin duda el rumbo y la esperanza para la ética.

Es distinto hablar de consenso (*consensus*) y de acuerdo (*agreement*), es decir que podemos no estar de acuerdo en términos morales, pero llegar a un consenso al establecer las normas (jurídicas).¹⁹¹ Es la diferencia entre “estar de acuerdo” y “ponerse de acuerdo”. Lo anterior no quiere decir que a través del derecho no podamos construir condiciones para el acuerdo. En palabras de Habermas: “*moral contents can spread throughout a society along the channels of legal regulation*”,¹⁹² es decir que el derecho puede ser concebido como un sistema unificador en términos de lenguaje, es decir como el elemento fundamental para la integración social en el mundo moderno que está formado por sociedades complejas.¹⁹³

Entonces, puede entenderse a éste como una herramienta esencial para la solución de conflictos que se susciten en el marco de las sociedades contemporáneas que se caracterizan por la pluralidad y la complejidad: “...*law is a medium through which the structures of mutual recognition already familiar from simple interactions and quasi-natural solidarities can be transmitted, in an abstract but binding form, to the complex and increasingly anonymous spheres of a functionally differentiated society*”.¹⁹⁴

En ese sentido, el derecho es también una herramienta estabilizadora que debe no obstante fomentar la diversidad, las condiciones de diálogo y posibilitar el consenso –si bien no

¹⁹¹ Vid. *Ibidem*.

¹⁹² *Ibidem*, p. 118.

¹⁹³ “*True, ordinary language forms a universal horizon of understanding, and it can in principle translate everything from all languages. But it cannot in return operationalize its messages in a manner that is effective for all types of addressees. For translations into special codes, it remains dependent on the law that communicates with the steering media of money and administrative power. Normatively substantive messages can circulate throughout society only in the language of law...Law thus functions as the 'transformer' that first guarantees that the socially integrating network of communication stretched across society as a whole holds together*”, *Ibidem*, p. 56.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 318. Asimismo, nos dice el autor: “...*in complex societies, law is the only medium in which it is possible to establish morally obligated relationships of mutual respect even among strangers*”, *Ibidem*, p. 460.

siempre el acuerdo-, pero no puede ser reducido a las reglas del juego, puesto que tiene un contenido ético sustancial, no solamente formal o procedimental.

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

Lo que podemos concluir es que el derecho es una categoría de creación humana, es decir que es una creación o una herramienta que empleamos los seres humanos, y que es una expresión de nuestra interpretación del deber ser en la dimensión colectiva de nuestra vida individual. Los valores, si bien pertenecen a una dimensión característicamente humana -la axiológica-, no son solamente creación humana, en el sentido de que son resultado de la interacción humana (subjetiva) con el entorno (objetivo); lo humano, lo subjetivo, posibilita pero no crea el valor. Las categorías humanas nos ayudan a ordenar racionalmente el mundo para comprenderlo (como el tiempo, por ejemplo), y se han ido insertando en nuestra relación con el entorno a tal grado que no podemos concebirlo sin ellas; no es fácil concebir al universo como caos, como azar o como tautología desde el punto de vista teleológico, y que nosotros no podemos intervenir sino que haya consecuencias éticas.¹⁹⁵ El derecho es la categoría humana que nos permite ordenar ciertos aspectos de nuestro entorno, y por lo tanto necesariamente depende de otras categorías humanas, pero también de las interpretaciones que cultural e históricamente hacemos de nuestra relación con el entorno, es decir de nuestra interpretación de los valores.

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

Los valores en el mundo contemporáneo

Mucho se habla de “los grandes relatos” (usando la terminología de Lyotard) de Occidente, especialmente en la modernidad, y de cómo fueron poco a poco perdiendo su vigencia.

¹⁹⁵ Digo esto pensando en que el valor intrínseco (que desde luego es percibido en cierto modo y grado por el humano) de la naturaleza deriva de que su proceso o los procesos que la integran continúan y siguen aparentemente en un sentido: reproducir lo vivo, seguir existiendo. Keekok Lee nos dice que el valor intrínseco de lo natural deriva de su esfuerzo por seguir existiendo, y en ese sentido, deriva la dimensión axiológica de la ontología, sobre todo de esa existencia independiente. Los valores para el autor existen independientemente de su reconocimiento o intuición por parte del sujeto (hombre), sin que esto implique restarle importancia al sujeto que valora, ya que sin él no existirían los valores articulados y reconocidos, *Vid.* Lee, Keekok, *The Natural and the Artefactual*, Lexington Books, USA, 1999.

Dentro de estos grandes relatos de la modernidad, las ideas novedad, progreso y desarrollo, y su concepción en términos de historicidad lineal unidimensional, juegan un papel central:

La idea de “superación”, que tanta importancia tiene en toda la filosofía moderna, concibe el curso del pensamiento como un desarrollo progresivo en el cual lo nuevo se identifica con lo valioso en virtud de la mediación –de la recuperación y de la apropiación del fundamento-origen...el “post” del postmodernismo indica una despedida de la modernidad que, en la medida en que quiere sustraerse a sus lógicas de desarrollo y sobre todo a la idea de “superación” crítica en la dirección de un nuevo fundamento torna a buscar precisamente lo que Nietzsche y Heidegger buscaron en su peculiar relación “crítica” respecto del pensamiento occidental.¹⁹⁶

Frente a esto, nos dice Vattimo, la posmodernidad se sitúa en un momento en que el extremo de desarrollo de la técnica se conjuga con la secularización de progreso, y el vaciamiento de su contenido, por lo que “...el progreso, privado del 'hacia dónde' en la secularización, llega a ser también la disolución del concepto mínimo de progreso”¹⁹⁷, y advierte, siguiendo a Husserl, que enfrentamos una crisis del humanismo como proceso por medio del cual la subjetividad humana se pierde en la objetividad científica y tecnológica.

Tristram Engelhardt reflexiona sobre el llamado proyecto de Occidente en este pasaje en su obra *The Foundations of Bioethics*:

*The presumption that there is a concrete morality available through rational reflection has deep roots in Western history. It was the West that first aspired in a systematic fashion to see reality from the anonymous perspective of reason, of logos, of any person –to articulate a normative view from nowhere and outside of any particular history One finds already in the Pre-Socratics the notion of a canonical viewpoint transcending cultures and open to all...The Western Christian synthesis marginalized the skepticism that existed in the ancient world alongside strong defenses of reason, replacing a polytheistic multicultural world with the monocultural monotheism of Latin Christianity. All reality, value and social structure were to be understood from the perspective and judgment of one true God...As a metaphysical account, the Judeo-Christian vision offered a coincidence in the foundations of being of the origin and justification of morality, as well as of the motivation to be moral. Western Christianity involved, in particular, a presumption that its morality could to a great extent be known and understood through reason without faith. Even as the faith of the West shattered, these convictions remained. The West entered modernity with robust expectations from reason.*¹⁹⁸

Lo que señala Engelhardt es que la fe en la razón universal –ya sea una razón divina o humana- ha sido siempre una característica del pensamiento Occidental. No obstante, la debilitación de la fe en la razón divina que se suscita a partir de (y a la vez provoca) el

¹⁹⁶ Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad*, Gedisa, España, 1997, p. 10

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 15

¹⁹⁸ Engelhardt, *Op. Cit. Supra* 29, pp. 3-4.

desarrollo de las ciencias y su sustitución por la fe en la razón secular, sino abandonar la búsqueda de *la verdad universal*, poco a poco derivó en una crisis de la modernidad. Lo anterior, resulta también cierto en el campo de la ética y la moral; continúa Engelhardt diciendo:

While the religious roots of ethical and metaphysical consensus were fragmenting, progress in the sciences undermined established understandings of man's place in the world, indeed in the cosmos. This progress also strengthened the expectations from secular rationality...As the Western Christian religious synthesis weakened, Enlightenment and progressivist hopes grew that reason (through philosophy or rational reflection generally) could disclose the character of the good life and the general canons of moral probity outside of any particular narrative...The aspiration was to discover by reason a common morality that should bind all and provide the foundations for perpetual peace. This has been the modern philosophical moral project: to secure the moral substance and authority that had been promised by the Western Middle Ages through a synergy of grace and reason, but now through rational argument.¹⁹⁹

Occidente no ha querido abandonar la idea de un código moral universal, ni siquiera después de que dos conflictos mundiales hayan cimbrado la concepción de unidad. Esto es lo que ha dado lugar, siguiendo a Engelhardt, al triunfo de la razón secular, pero a la vez a su fragmentación, lo que constituye la condición posmoderna:

The attempt to sustain a secular equivalent of Western Christian monotheism through the disclosure of a unique moral and metaphysical account of reality has fragmented into a polytheism of perspectives with its chaos of moral diversity and its cacophony of numerous competing moral narratives. This circumstance as a sociological condition, reflecting our epistemological limitations, defines postmodernity. Secular rationality appears triumphant. But it has become many rationalities. It is not clear whether it can give moral or metaphysical orientation.²⁰⁰

En resumen, nos dice Engelhardt, es un hecho que no podemos negar la diversidad moral, y en ese sentido nos dice “Bioethics remains in the plural”.²⁰¹ Reflexiones más recientes en el campo de la filosofía moral inician con la pregunta de si la moral misma sobrevive –al posmodernismo, al nihilismo, al relativismo, a la crisis religiosa, a los fundamentalismos, a la revolución científica,²⁰² en fin, al siglo XX, o si bien vivimos en un tiempo *postmoral*, un

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 4-5.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 5.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 11

²⁰² “En otros tiempos el problema de la relación entre conocimiento científico y la ética no se planteaba, ya que precisamente la ciencia occidental moderna se basaba y se desarrollaba en el rechazo de cualquier interferencia política, religiosa y ética. Había que 'saber', fueran cuales fueren las consecuencias. Esta independencia de los dos ámbitos no se debe al hecho de que la ciencia se dedica a juicios de hecho mientras que la ética se refiere a juicios de valor, sino que, en el campo científico, el juicio de hecho tiene el valor supremo. Esta disyunción no acarrió ningún problema hasta el siglo XX, cuando las ciencias empezaron a desarrollar poderes de destrucción o de manipulación enormes”, Morin, Edgar, “La ética de la complejidad y el problema de los valores en el siglo XXI”, en Bindé, *Op. Cit. Supra* 83, p. 83.

tiempo en el que la política y el derecho resuelven todos los conflictos humanos. A la cortina nos dice:

Mientras los hombres, a diferencia de los restantes seres, seguimos viéndonos obligados a *justificar* nuestras elecciones, porque el ajustamiento a la realidad no nos viene dado. Mientras seguimos calificando a determinadas justificaciones de “justas” o “buenas” frente a otras, no importa cuáles sean unas y otras y si en tiempos distintos y en diferentes lugares podemos calificar de diverso modo justificaciones semejantes. Mientras “esto es justo” o “esto es bueno” siga significando algo diferente de “apruebo esto, haga usted lo mismo” o de “a mí me agrada”; mientras unas formas de vida sigan pareciéndonos más *humanas* que otras, seguirá habiendo una dimensión del *hombre*, de su *conciencia* y de su *lenguaje*, que merecerá por su especificidad el nombre de “*moral*”. Y será necesaria para legitimar el derecho y la política, que no son autosuficientes en menesteres de legitimidad.²⁰³

¿Por qué escuchamos constantemente que nos encontramos viviendo en un tiempo de crisis moral, crisis de valores, y por lo tanto un tiempo en que la ética y la filosofía moral reclaman atención más que nunca en un papel de rescate, de urgencia, de resucitación? Al respecto, Jérôme Bindé nos dice: “No hay tanto una crisis de valores –porque no nos faltan– como una crisis del sentido mismo de los valores, y de la aptitud para gobernarlos. Por lo tanto la cuestión urgente es saber cómo debemos orientarnos en medio de estos valores”.²⁰⁴ Cortina, a manera de caracterización del pensamiento posmoderno, afirma que:

Los rasgos del nuevo modo de pensar y sentir, por oposición con el orden sistemático moderno, serán el fragmentarismo, la negativa a armonizar lo universal y lo singular, optando por el singular, la superación de la idea de fundamento, la aceptación del pluralismo, la indeterminación y las diferencias, el anuncio del fin de los grandes relatos como legitimadores del saber científico, la aceptación del caos –no del cosmos y el progreso–, la sustitución de la epistemología por la hermenéutica, la firma del certificado de defunción de la filosofía de la historia.²⁰⁵

En el mismo sentido, pregunta Lyotard: “¿Qué es lo que permite hoy decir que una ley es justa, un enunciado verdadero? Ha habido los grandes relatos... la edad moderna recurría a ellos para legitimar o criticar sus saberes y sus actos. El hombre posmoderno ya no cree en ellos”.²⁰⁶ Koïchiro Matsura, quien fuera director general de la UNESCO, señaló en su momento:

La sospecha de una relatividad histórica y cultural de los valores, tal como las diversas iniciativas de desmitificación que trataron de reducirlos a paquetes ideológicos de simulando mecanismos de poder, ha arrasado a la fe filosófica, religiosa o artística a un absoluto de lo Verdadero, del Bien, de lo Bello... Vivimos

²⁰³ Cortina, *Op. Cit. Supra* 3, pp. 22-23.

²⁰⁴ Bindé, *Op. Cit. Supra* 83, p. 13

²⁰⁵ Cortina, *Op. Cit. Supra* 3, p. 125

²⁰⁶ Lyotard, *Op. Cit. Supra* 85, p. 69. Dentro de los grandes relatos, claro está, Lyotard incluye a la ciencia (en su sentido moderno), a la cual entiende como “una clase de discurso”, (*Ibidem*, p. 6)

en lo efímero, la obsolescencia acelerada, el capricho subjetivo, como si los más sagrados valores, ahora sin fundamento, pudieran entrar en el gran mercado de los valores mobiliarios y fluctuar a su vez.²⁰⁷

Los nuevos horizontes de la objetividad se sitúan incluso más allá incluso de la ciencia y la técnica, y obedecen a una lógica de utilidad en el sentido mercantil y a los intereses políticos y económicos. En el mismo sentido, nos dice Jean-Joseph Goux:

El hecho de que nos planteemos hoy en día la cuestión de los valores futuros significa que hemos renunciado a confiar en las adhesiones inmutables, los credos inamovibles, las leyes absolutas de la Belleza, la Verdad y el Bien grabadas en letras indelebiles... a pesar de nuestros valores proclamados supuestamente “universales” (la libertad, la igualdad, los derechos humanos, etc.), el vínculo que nos unía a los emancipadores del siglo de la Ilustración se ha roto. Y este vínculo se ha roto porque lo atravesó la gran desecralización, la gran sospecha que nos ha hecho perder en certeza y en fervor lo que nos ha hecho ganar en lucidez, incluso en cinismo. No existen leyes eternas, idénticas para todos los hombres, en todos los sitios y en todos los tiempos, es crítica ni en el cielo, ni en el corazón, decían los grandes desmitificadores. Las que nos parecen acciones incondicionales, trascendentes, procedentes del cielo o de la naturaleza, no son en realidad más que puntos de vista de hombre, opciones relativas, lecciones subjetivas que no expresan más que una perspectiva humana, demasiado humana, que sólo podemos llegar a considerar como valores absolutos por una ilusión de óptica metafísica.²⁰⁸

En un mundo en que se han desentado por un lado los dogmas religiosos tradicionales, acentuando por otro lado fundamentalismos,²⁰⁹ en que preferimos un desarrollo en la dimensión material que moral, en que parece que se ha perdido el sentido de pertenencia común a la humanidad por la reafirmación del individualismo alienante de la comunidad en un polo, y del comunitarismo erosionante de la individualidad en otro, el cada vez más explícito (y cada vez más violento) choque de civilizaciones es el síntoma de la ausencia de valores compartidos, por lo que “la tarea fundamental y urgente consiste en volver a afirmar nuestra estima por los valores, convertirlos en el fundamento que motiva nuestras acciones, nuestra coexistencia con el otro”.²¹⁰

Y esta urgencia surge ante el miedo de vivir en una sociedad en que el valor *humanidad* ya no signifique nada, en la *posthumanidad*, porque aniquilar a los valores, es aniquilar a la ética, y por tanto nuestra libertad en términos humanos.²¹¹

²⁰⁷ Matsura, Koïchiro, “Prólogo” en Bindé, *Op. Cit. Supra* 83, p. 16

²⁰⁸ Goux, Jean-Joseph, “¿Hacia una frivolidad de los valores?”, en Bindé, *Op. Cit. Supra* 83, pp. 87-88.

²⁰⁹ Incluso hay quienes hablan de la era del postsecularismo, no solamente como un retorno a la religión, sino como posibilidad de interacciones entre la religión o lo “privado” y la política o lo “público”, siendo cada vez menos claros –e incluso menos necesarios– los límites entre uno y otro ámbito, *Vid.* Caputo, John D., and Vattimo, Gianni, *After the Death of God*, Columbia University Press, USA, 1983. Sobre

²¹⁰ Bennani, Aziza, “Introducción”, en Bindé, *Op. Cit. Supra* 83, p. 25.

²¹¹ “Los valores fragmentados no pueden orientar la historia: es tan al servicio de tareas menores. Una hermenéutica vestida de retazos, como la figura de Arlequín, no difunde luces en la filosofía. Una ética subdividida en deontologías profesionales pierde de vista la sola dignidad de lo humano. Una estética

Mientras pretendamos construir las relaciones intersubjetivas en términos de los mínimos, es decir del derecho y la política, considerando que es la cultura y no nuestra *humanidad* lo que nos define, viviremos en la ideología de las masas, donde la inhumanidad se fundamenta en la búsqueda de la reafirmación de lo humano.²¹²

Lo mejor a lo que podemos aspirar los seres humanos, es a un futuro en el que sea posible la humanidad, no como especie, sino como condición. Actuar *humanamente*, vivir *humanamente* implica responsabilidad en términos biotéticos. No es posible hablar de humanidad sin implicar respeto a la *bios*, por que somos parte de él. No podemos *ser humanos* de otro modo.

El derecho pretende posibilitar una vida *humana*, y por lo tanto deberá ponerse al servicio de la biotética y nutrirse de ella para lograr la construcción de un nuevo humanismo y proponer formas de realizar una nueva expectativa que incluya al *bios*, y que a punto de alcanzar la justicia, la libertad y la dignidad para todos los que integramos el *bios*, sin el cual no seremos capaces si quiera de hablar de *humanidad*.

orgullosa de ser fiel expresión del caos del mundo no es buena aliada de la belleza ni del mundo. Un valor religioso que en los comienzos de un nuevo siglo sólo aspira a parir la deformidad del fundamentalismo terrorista es un valor enfermo...Provocados por el arte, la técnica la economía y el poder mediático, los valores pugnan por salir de la reclusión en claustros, talleres laboratorios, templos. Pero los que conocen la luz del día son sus fragmentos...Recorren el mundo, es cierto, pero ya no lo gobiernan ni trazan el sendero del cambio...ganaron el mundo pero perdieron el alma. Rescatar el alma de los valores es reconocer que la verdad, el bien, la belleza y lo sagrado son metas últimas de la aspiración humana. Y que la captación de uno solo de ellos necesitará del respaldo de los restantes. Son inseparables”, Masuh, Víctor, “¿Hacia una estatización de los valores?”, en Bindé, *Op. Cit. Supra* 83, p. 111.

²¹² “El hombre ya no le da mucha importancia a su naturaleza. Se acomoda en una cultura inhumana para afirmar su diferencia. El monstruo ya no se preocupa por su pertenencia al género humano, quiere ser de otra especie y hasta reivindica un derecho filosófico a ser un monstruo, es decir, alguien que no sólo es insensible al sufrimiento del otro, sino también al suyo propio”, Béji, Hélé, “La cultura de lo inhumano”, en Bindé, *Op. Cit. Supra* 83, p. 56

Un padre que deseaba calmar a su hijo, enfadado por el caos y la confusión del mundo, hizo añicos un mapamundi y pidió a su hijo, que quería cambiar el mundo, que lo reconstruyera a su manera, convencido de que no sabría hacerlo. Sin embargo, al cabo de media hora, su hijo había reconstruido el mapa. Ante la sorpresa de su padre, el hijo le explicó que antes de que rompiera el mapa se había dado cuenta de que en la parte de atrás había dibujada una silueta de un hombre. Su única preocupación había sido 'reconstruir' al hombre y, así, reconstruir al mundo.²¹³

²¹³ Barreto, Adalberto, “Exclusión y enfermedades del alma”, en Bindé, *Op. Cit Supra* 83, p. 367.

CAPÍTULO II: El paradigma de los derechos humanos

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

Surgimiento histórico

La historia del desarrollo de los derechos humanos sin duda inicia con el pensamiento filosófico moderno, resultado de diversos movimientos sociales en contextos y spacio-temporales distintos, que a lo largo aportaron a construir esto que hoy podemos denominar prácticamente sistema de los derechos humanos.

Durante la edad media, las ideas de la escolástica aportaron una concepción del ser humano como centro de la sociedad y portador de una dignidad especial: la dignidad humana,²¹⁴ concepto que se convierte en epicentro de todo este desarrollo teórico. Desde las declaraciones y los derechos estamentales en el mundo anglosajón que se apoyaron en concepciones a biertamente individualistas y liberales, y posteriormente en Europa continental con la Declaración Francesa de 1789 con el estandarte de los derechos civiles y políticos, hasta su adopción como bandera internacional a través de la Declaración de 1948 en el escenario de la posguerra, los derechos humanos se han ido convirtiendo en un elemento esencial de los Estados que pretender ser democráticos,²¹⁵ permeando el universo

²¹⁴ El concepto de dignidad ha sido centro de debate filosófico, e incluso ha sido tachado como un concepto de origen religioso o de pretensión metafísica, pero para nosotros, y para efectos de este trabajo, entenderemos por dignidad humana el trato que merecemos por ser lo que somos, lo cual claramente implica una concepción del ser, entendiendo que dicha concepción es siempre una construcción que requiere de la alteridad, porque es en el otro en quien me reconozco y a la vez me distingo. Además, es frente a quien hago valer mi dignidad. Sin el otro, no tiene sentido hablar de dignidad, ni sería posible construir la noción del propio ser. También debemos tomar en cuenta que el contenido del concepto dignidad, como todo valor, es interpretado y reinterpretado constantemente, porque depende de la idea de *lo humano* o de humanidad, que no es estática, puesto que evoluciona y se construye en la intersubjetividad en diversos contextos espacio-temporales.

²¹⁵ Al respecto podemos ver que el término mismo de democracia se ha concebido como inseparable de la noción de derechos humanos: “En su acepción más lineal y simple, la esencia de la forma democrática de Estado o democracia, consiste en una organización jurídico-política (que desde ya conviene anticipar que es 'constitucional' porque 'constituye' al Estado con una 'Constitución' en sentido material o real) basada en el reconocimiento y respeto a la dignidad del hombre, a su libertad y a sus derechos”, Bidart Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, UNAM, México, 1993, p. 50.

de lo jurídico hasta el punto de constituir un criterio de legitimación y legalidad de todo orden jurídico -democrático y constitucional-, avanzando hacia concepciones que pretenden ser más sociales e incluso con enfoques comunitarios.

Si bien se en cierto modo el constitucionalismo fue un punto de partida para el surgimiento de los derechos humanos,²¹⁶ hoy en día podríamos decir que el constitucionalismo se basa precisamente en ellos, puesto que una noción central para el modelo constitucional es la legitimidad de la actuación de la autoridad, y es justamente ahí en donde hemos colocado a los derechos humanos, como categoría jurídica esencial y central, como un “banco de pruebas”²¹⁷ para el sistema jurídico que existe en un Estado constitucional democrático. De hecho, los derechos humanos se han convertido en fuente de principios generales del derecho. Nos dice Germán Bidart Campos: “...la filosofía y la ideología de los derechos humanos son una fuente de los principios generales, si por fuente entendemos que aquéllas hacen ingresar a los principios generales el de que hay que respetar, promover y dar efectividad a los derechos humanos”.²¹⁸ En el mismo sentido, nos dice el autor

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

Habermas señala:

*...when freely associated citizens join together in a politically autonomous legal community, there emerge certain rights that, in the first instance, have only the intersubjective meaning of securing symmetrical relations of mutual recognition. By mutually granting one another these rights, individuals acquire the status of legal subjects who are both free and equal.*²¹⁹

Los derechos humanos fueron una bandera para el nacionalismo en el contexto revolucionario del siglo XVII, no obstante que se empleó en su nombre la violencia, pero hemos trascendido ya esa idea de los derechos humanos. Ya no son un argumento a favor de la soberanía del Estado, sino como un límite a la misma.

²¹⁶ “La historia de los derechos fundamentales está inexorablemente ligada al surgimiento del Estado constitucional como forma de organización del poder y como representación de un nuevo sistema de relaciones entre gobernantes y gobernados”, Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, Porrúa/UNAM/CNDH, México, 2005, pp. 30-31.

²¹⁷ Escalona Martínez, Gaspar, “La naturaleza de los derechos humanos”, en Gómez Sánchez, Yolanda, *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, CNDH/UNED, México, 2004, p. 129.

²¹⁸ Bidart Campos, *Op. Cit. Supra* 215, p. 52.

²¹⁹ Habermas, *Op. Cit. Supra* 173, pp. 250-251.

La descolonización y el fracaso del Estado benefactor (asociado al liberalismo y el capitalismo) es, para algunos teóricos como Samuel Moyn,²²⁰ la causa fundamental de que explotara la popularidad de los derechos humanos a partir de los años 70's, entendiéndolos como resultado de la lucha por causas sociales que caracterizaron dicha época, especialmente en los Estados Unidos. Dice Moyn:

*...without the transformative impact of events in the 1970s, human rights would not have become today's utopia, and there would be no movement around it... Rather than attributing their sources to Greek philosophy and monotheistic religion, European natural law and early modern revolutions, horror against American slavery and Adolf Hitler's Jew-killing...human rights as a powerful transnational ideal and movement have distinctive origins of a more recent date*²²¹.

El llamado *Welfare State*, para Moyn, fracasa en el sentido de que es limitado y excluyente en el sentido de que no es universal, sino ligado a un status de ciudadanía.²²² Por otro lado, la descolonización genera que la soberanía de nuevos estados se convierta en sí en el "problema", en el sentido de que empiezan a establecerse nuevos regímenes muchas veces violentos y totalitarios, y en ese sentido, los derechos humanos fueron empleados como una herramienta post-imperialista para restringir esos abusos por parte de los numerosos gobiernos soberanos: *"Instead of implying colonial liberation and the creation of emancipated nations, human rights most often now meant individual protection against the state"*²²³.

En ese sentido, el autor no considera que las declaraciones de derechos que surgieron a partir de los movimientos revolucionarios en Francia y Estados Unidos tengan el mismo espíritu o la misma lógica de lo que hoy llamamos derechos humanos:

*What now seems like a natural assumption, that the very point of asserting rights is to restrict the activities of the state by providing a courtroom forum for their protection, was not what revolutionary rights were about. Instead, the main remedy for the abrogation of revolutionary rights remained democratic action up to and including another revolution.*²²⁴

²²⁰ Vid. Moyn, Samuel, *The last utopia. Human Rights in History*, The Belknap Press of Harvard University Press, Boston, USA, 2010.

²²¹ *Ibidem*

²²² *"The 'rights of man' were about a whole people incorporating itself in a state...they were about the meaning of citizenship"*, *Ibidem*, Loc. 296-297 (Versión Kindle). Sobre los problemas del modelo de Estado benefactor, nos dice Habermas: *The welfare paradigm of law is oriented exclusively toward the problem of the just distribution of socially produced life opportunities. By reducing justice to distributive justice, it misses the freedom-guaranteeing meaning of legitimate rights...The normative key is autonomy, not well-being*", Habermas, *Op. Cit. Supra* 173, p. 418.

²²³ Moyn, *Op. Cit. Supra* 220, Loc. 43 (Versión Kindle)

²²⁴ *Ibidem*, Loc. 309 (Versión Kindle)

Para Moyn, es hasta la época post-imperialista del siglo XX cuando la soberanía se concibe como algo que debemos restringir en favor de los derechos de las personas y ya no como la fuente de dichos derechos, y es por ello que los derechos humanos juegan ese papel: “*True, rights have long existed, but they were from the beginning part of the authority of the state, not invoked to transcend it*”²²⁵. Actualmente los entendemos como una herramienta para la solidaridad y como un nuevo lenguaje para hacer valer pretensiones morales. Moyn señala:

*Though they were born as an alternative to grand political missions –or even as a moral criticism of politics- human rights were forced to take on the grand political mission of providing a global framework for the achievement of freedom, identity and prosperity. They were forced, slowly but surely, to assume the very maximalism they triumphed by avoiding*²²⁶.

Es por ello que para Moyn, los derechos humanos se han constituido en lo que él llama “la última utopía”, puesto que vienen a reemplazar aquellas anteriores ideas universalistas que fracasaron a lo largo de la historia para convertirse en la única alternativa viable desde el punto de vista ético en el mundo contemporáneo.

El concepto de los derechos humanos

Pero ¿qué son los derechos humanos? Existen diversas concepciones y definiciones que rebasan sin duda el objetivo de este trabajo, pero podemos decir que se trata de instituciones que buscan concretar las exigencias del deber ser –es decir de los valores– imponiendo no solamente límites al poder público, sino también obligaciones para con las personas y grupos sociales, y que por tanto son objeto de reconocimiento a través de su positivización en normas, y de protección a través de diversas garantías institucionales.

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

Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada.²²⁷

²²⁵ *Ibidem*, Loc. 82 (Versión Kindle)

²²⁶ *Ibidem*, Loc. 110 (Versión Kindle)

²²⁷ Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, 8ª Ed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 2004, p. 46.

En ese sentido, Pérez Luño entiende que los derechos fundamentales están de limitados espacial y temporalmente,²²⁸ puesto que son una expresión positiva de concreciones axiológicas, es decir que su fundamento es un sistema de valores previo. Los derechos fundamentales, nos dice el autor, son un conjunto de valores objetivos básicos, que representan el resultado del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales, y su función es “sistematizar el contenido axiológico objetivo del orden democrático.”²²⁹ Lo que Pérez Luño observa es que “los derechos fundamentales han de jado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos”²³⁰, y los entiende como una expresión de l conjunto de valores o de cisiones axiológicas básicas de una sociedad. Para el autor, el contenido de los derechos fundamentales de be estar orientado a l a consecución de l os fines y valores constitucionales.²³¹

El autor accen túa l a i dea d el co nsenso co mo es encial en el co ncepto d e d erechos fundnamentales, como expresión de la construcción de valores democráticos. La propuesta de Pérez Luño –que el mismo autor califica como iusnaturalismo crítico- es entender que los valores y derechos básicos se fundan en “una actitud intersubjetivista” es decir

...el reconocimiento de la posibilidad de que la razón práctica llegue a un consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de tales derechos y valores. Consenso que, por o tra p arte, l ejos d e t raducirse en f órmulas ab stractas y v acías, r ecibe s u contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales que co nstituyen un soporte antropológico.²³²

Otro importante filósofo del derecho que ha abordado el tema de los derechos humanos desde el punto de vista conceptual que vale la pena sin duda mencionar es Gregorio Peces-Barba, quien entiende a los derechos humanos como un concepto histórico que aparece a partir del tránsito a la modernidad²³³ y que sustituye, o al menos complementa, a las ideas del derecho como orden creado por Dios –el iusnaturalismo religioso- y desarrollado el legislador humano, o como *id quod iustum est*, lo que es justo, y que se descubre en la relación humana concreta.²³⁴

Para Peces-Barba, el término derechos humanos es usado cuando hacemos referencia por un lado a una pretensión moral fuerte, revestida de carácter jurídico (lenguaje de óntico, estructura normativa y consecuencia jurídica o posibilidad de coercitividad, por ejemplo) que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna, o bien para identificar un

²²⁸ *Ibidem*, p. 47.

²²⁹ *Cfr. Ibidem*.

²³⁰ *Ibidem*, p. 21.

²³¹ *Ibidem*, p. 25

²³² *Ibidem*, p. 136.

²³³ Dice el autor que los derechos humanos surgen de la integración de tres grandes aportaciones históricas: liberalismo, socialismo y democracia, *Cfr. Peces-Barba, Gregorio, Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General*, EUDEMA, Madrid, España, 1991, p. 90

²³⁴ *Ibidem*, p. 20

sistema de derechos positivos o de derechos subjetivos. En ese sentido, su definición de derechos humanos es la siguiente:

...pretensión moral justificada sobre rasgos importantes derivados de la idea de dignidad humana, necesarios para el desarrollo integral del hombre, y a su recepción en el derecho positivo, para que pueda realizarse eficazmente su finalidad.²³⁵

Podemos ver que el autor refiere una noción teleológica del derecho y del hombre, y que como fundamento además en cuenta el valor dignidad. Peces-Barba nos dice que si nos olvidamos del *para qué*, “los derechos son un espíritu sin fuerza”.²³⁶ Entonces los derechos humanos para el autor son una pretensión moral justificada, un subsistema dentro del sistema jurídico y una realidad social, lo cual coincide mucho con las concepciones tridimensionales del derecho. Dichos derechos han tenido un proceso histórico: positivización, generalización, internacionalización, y finalmente especificación.²³⁷

Otra cuestión que vale la pena decir de los derechos humanos es que, como mencionamos, ordenan en gran medida la actuación de los poderes públicos, y por tanto son sin duda materia constitucional, pero además de estos hoy en día criterios de legitimidad y legalidad, en el sentido de que el respeto a los derechos humanos es un requisito para cualquier acto del Estado, pero además la promoción de estos derechos en las instituciones y frente a terceros se ha convertido en fundamentación para efectos de validez –e incluso de vigencia²³⁸- de las normas, políticas públicas y programas gubernamentales, e incluso tiene relevancia para el control de la constitucionalidad y la convencionalidad, y en ese sentido tiene una relación muy importante con una noción que es central al hablar de la relación derecho-política en la actualidad: el Estado de Derecho.²³⁹

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

...los derechos humanos traducen, expresan y manifiestan un sistema cultural de valores y bienes que componen el status material de la persona humana. Y a ello

²³⁵ *Ibidem*, p. 90

²³⁶ *Idem*.

²³⁷ *Ibidem*, pp. 134 y ss.

²³⁸ Es necesario hacer la distinción, ya que si bien solamente es válido el derecho que es acorde a la realización de valores, o en este caso al respeto por los derechos humanos, eso no quiere decir que el derecho injusto no es derecho. La vigencia tiene que ver con cuestiones procedimentales y positividad, que no bastan para la validez, pero la validez requiere un mínimo de vigencia, por lo que tampoco se trata de cuestiones completamente aisladas. Aunado a lo anterior, la existencia del derecho no descansa por completo en la validez, ni en la vigencia, porque también es importante su eficacia, véase Bidart Campos, *Op. Cit. Supra* 215, pp. 111-114.

²³⁹ “Esta función legitimadora de los derechos humanos hace parte de la legitimidad sociológica, o sea, de lo que en el sistema social de valores es visto, representado y tenido como legítimo en relación con el Estado, el poder, con el gobierno, con el derecho, con la política y, ampliamente, con la misma persona humana comprometida en todas esas realidades de su vida individual y social”, *Ibidem*, p. 273.

añadiríamos que el sistema cultural, una vez plasmado constitucionalmente, se expande a todo el orden jurídico del Estado que le sirve de guía para la interpretación... los derechos humanos integrados al orden público jurídico del Estado hacen de principio de unidad de dicho orden en cuanto éste se engarza en el sistema de valores que aquéllos presuponen y se informa en sus pautas, lo cual vale no sólo para orientar la ya referida interpretación, sino además para promover el desarrollo del derecho hacia el mismo sistema de valores...²⁴⁰

En el mismo tenor, nos dice Antonio Pérez Luño:

El constitucionalismo actual no sería lo que es sin los derechos fundamentales. Las normas que sanciona el estatuto de los derechos fundamentales, junto a aquéllas que consagran la forma de Estado y las que establecen el sistema económico, son las decisivas para definir el modelo constitucional de sociedad. Sin que quepa considerar estas tres cuestiones como compartimentos estancos habida cuenta de su inescindible correlación. Así, se da un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional entre Estado de derecho y los derechos fundamentales, ya que el Estado de derecho exige e implica para serlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al Estado de derecho.²⁴¹

En ese sentido, podemos decir que los derechos humanos son la lógica bajo la cual se encuentran estructurados los Estados constitucionales democráticos en la actualidad, y que además marcan la pauta no solamente para su legitimación y la validez de los actos de autoridad, sino en vehículo para la interpretación y el desarrollo de todo el orden jurídico hacia los valores que los derechos humanos protegen, e especialmente el valor dignidad humana, que es el valor central o el vértice de todo este paradigma jurídico-filosófico-político. Por ello decimos hoy en día que los derechos humanos son el ejemplo más claro de relación derecho-moral, puesto que su intersección es pecífica en tre ambos sistemas normativos en el valor dignidad.

Es cierto que los derechos humanos son un concepto histórico –lo cual no quiere en ningún momento de decir que no sea posible hacer fundamentaciones filosóficas de los derechos humanos-²⁴² pero “el modo de realización de los derechos exigido por el valor es, por propia naturaleza y vocación de la encarnadura histórica del mismo valor, variable y

²⁴⁰ *Ibidem*, pp. 61-62.

²⁴¹ Pérez Luño, *Op. Cit. Supra* 227, p. 19. Sobre esta relación en tre Estado de derecho y derechos fundamentales nos dice el autor: “...cuanto más intensa se revela la operatividad del Estado de derecho, mayor es el nivel de tutela de los Derechos Fundamentales. De igual modo que en la medida en que se produce una vivencia de los Derechos Fundamentales se refuerza la implantación del Estado de Derecho”, *Ibidem*, p. 26.

²⁴² Al respecto, nos dice Germán Bidart Campos: “No hay que confundir esta visión historicista de los derechos con la tesis que coloca a la historia como su fundamento filosófico. El fundamento no está en la historia, no es la historia, no está en lo contingente y mudadizo; pero el fundamento supra y extrahistórico impregna de historicidad a los derechos porque es ese mismo fundamento el que presta razón para que los derechos se sitúen, se temporalicen, se pretendan, se representen, se conciban, y se positivicen en la historia”, Bidart Campos, *Op. Cit. Supra* 215, p. 119.

dependiente de las situaciones sociopolíticas-jurídicas”,²⁴³ y en ese sentido son una interpretación –que como toda hermenéutica es histórica²⁴⁴- de la expresión del deber ser, o mejor dicho de las exigencias del valor, y por tanto son un paradigma de axiología jurídica,²⁴⁵ ya que son a su vez expresiones de los valores, valores en sí mismos –porque son considerados como valiosos²⁴⁶-, y son criterios para acciones que implican valoración como la interpretación y la aplicación de normas y principios, y también tienden a la realización de los valores en la dimensión jurídica de las sociedades humanas.

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

Una cuestión que vale la pena analizar es la distinción tan tajante que se hace entre las normas de carácter constitucional. Se habla de normas orgánicas que por una parte responden a la pregunta ¿quién manda?, y por otro lado ¿cómo se manda?, y que las normas de derechos humanos entendidos como expresión concreta de valores responden a

²⁴³ *Ibidem*, p. 34.

²⁴⁴ “El valor y su deber ser ideal vale y exige en todas partes y en todo tiempo para todos los hombres. Pero como el valor se dirige a éstos, y ellos protagonizan en el mundo una vida –humana y social- histórica, la inevitable intersección del valor con la realidad histórica hace que el ‘descendimiento’ del primero a la segunda se preñe de la contingencia, la mutabilidad y la temporalidad que son propias de las obras de cultura o, en forma más simple, del hombre concreto, existencial o... ‘situado’. La libertad de los derechos del hombre son situacionales, están en situación, se viven en situación, se valoran en situación”, *Ibidem*, p. 35.

²⁴⁵ “...la teoría de los valores nos enseña que las exigencias de su deber ser ideal no son autoejecutorias, sino que –encaminadas al hombre- precisan del concurso humano para que el valor se realice con signo positivo, hay que averiguar qué posibilidades y qué imposibilidades se interponen en el obrar humano cuando sus protagonistas emprenden la tarea cultural de realizar esos valores. Esto es muy cierto en el campo de los valores jurídico-políticos, que es el que nos atañe con relación al tema de los derechos. Juega aquí el albedrío propio de la persona humana en un primer espacio, que es el de sus opciones valorativas. ¿Quiere el hombre, elige el hombre, realizar positivamente aquellos valores que proporcionan vigencia sociológica a sus derechos? Si en la alternativa se decide por un ‘no’, parece que allí concluye todo: los derechos humanos no alcanzarán aquella vigencia. Pero previamente a esa opción, el hombre tiene que haber accedido al conocimiento, a la ‘develación’, al descubrimiento de los valores, porque no puede elegir realizarlos o no si primero no los conoce. Y por aquí se entronca el libre albedrío con la capacidad cognoscitiva, que es histórica, o sea, que transcurre desde la ignorancia hasta el conocimiento.”, *Ibidem*, pp. 235 -236. Más adelante, en relación a la eficacia –que es un intento de realizar la interpretación del deber ser del valor- nos dice el autor: “En un segundo espacio, y supuesto un conocimiento promedio suficientemente amplio y claro del valor, al que se agregue la decisión libre de realizarlo positivamente, hay que computar los escenarios de esa realización, tanto los que proporcionan facilidades y posibilidades como los que presentan obstáculos o resultan reacios”, *Idem*.

²⁴⁶ “¿Por qué queremos que en el derecho positivo ‘haya’ derechos del hombre? Seguramente, por que los valoramos como importantes, y si así lo creemos, ha de haber un sustento que los arraigue y les confiera dicha trascendencia”, *Ibidem*, p. 84

la pregunta ¿qué se manda?²⁴⁷ Pareciera que hay tres tipos de norma, pero en muchas ocasiones las normas orgánicas no son “puras” por que a su vez integran y responden a valores. Pensemos en las normas que establecen la estructura del Estado, o en concreto las normas que establecen el proceso de creación de normas, que en el fondo también tutelan valores democráticos. No solamente las normas de derechos humanos protegen valores, aunque tal vez sea más explícito su contenido axiológico.

Los principios de división de poderes, de distribución de competencias, e incluso las normas que regulan y organizan el poder público, las normas de carácter penal o procesal, y las normas electorales, o que establecen los términos del pacto federal o la distribución de competencias entre los diversos órdenes y niveles de gobierno, y las que establecen la forma de gobierno también responden a la pregunta ¿qué se manda?, y de cierto modo, todas las normas, y especialmente las constitucionales, aunque algunas más directamente que otras, responden a las tres preguntas. Esto además, tiene una relación directa con la legitimidad misma del orden jurídico. Nos dice Habermas:

*Politically autonomous citizens can understand themselves as authors of the law to which they submit as private subjects only if legitimately generated law also determines the direction in which political power circulates...the law should normatively be a source of legitimation and not just a medium for the exercise of political authority.*²⁴⁸

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

La interpretación de los valores superiores en nuestra Constitución por los legisladores y por jueces, como por los demás operadores jurídicos, es importante, pero no puede olvidar que parte del dato previo, que no se inicia desde la nada. Y ese dato previo de los valores no es una fórmula vacía, sino que tiene un núcleo central de sentido formado por la reflexión racional y por la tradición histórica de la cultura democrática.²⁴⁹

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

El *deber ser* debe ser entendido como la expresión de las exigencias que los valores nos imponen, y dicha expresión existe en el mundo moral y en el mundo jurídico. El universo de lo jurídico incluye una dimensión axiológica, y son precisamente los valores el puente

²⁴⁷ Vid. Pérez Luño, *Op. Cit. Supra* 227, 2004.

²⁴⁸ Habermas, *Op. Cit. Supra* 173 pp. 187-188.

²⁴⁹ Pérez Luño, *Op. Cit. Supra* 227, p. 256.

que un derecho y moral, por lo tanto las exigencias morales pueden fácilmente convertirse en jurídicas y enriquecerse del lenguaje jurídico, y viceversa.

No obstante, el derecho en su dimensión axiológica encuentra su fundamentación ética que le permite tener elementos propios para interpretarse a sí mismo, por lo que la moral no es un orden superior al cual deberá acudir el derecho por autoinsuficiencia hermenéutica. Coincidimos con lo que dice Germán Bidart Campos: “Si la estimativa jurídica se atrofia o desaparece, nos quedamos huérfanos en el campo de los derechos humanos”²⁵⁰, puesto que al interior del derecho, no tendríamos nada que nos permitiera realmente generar nuevos paradigmas, teorías, e interpretaciones, ya que el jurídico se agotaría en la dimensión formal.

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

...cuando se vacía de contenido a los derechos, y se les reduce a una técnica de control social...que transforma a los derechos humanos en una técnica operativa, imprescindible para la dinámica del sistema y desprovista de cualquier connotación ética los derechos son una fuerza sin conciencia.²⁵¹

Para el autor “En los derechos fundamentales el espíritu y la fuerza, la moral y el derecho están entrelazados y la separación los mutila, los hace incomprensibles”. Los derechos, nos dice, tienen una raíz moral en su fundamentación, pero es en su relación con la política que llegan a pertenecer al mundo jurídico para lograr o para poder pretender eficacia en la vida social. No podemos hablar de derechos humanos si no son susceptibles de integrarse en el derecho positivo²⁵², y aquí es el Estado, como punto de referencia de la realidad jurídica en la modernidad,²⁵³ quien tiene el papel de convertir a las exigencias éticas y morales en derecho positivo. Sin embargo, “Tampoco tendría sentido hablar de un concepto de un derecho, al que no se le pueda encontrar una raíz ética vinculada a las dimensiones centrales de la dignidad humana”²⁵⁴.

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

En el mundo moderno una determinada concepción de la moralidad, una moral humanista de la libertad y de la dignidad, y una concepción política –también propia del mundo moderno, que asume esos valores morales y los convierte en valores políticos, los propios de una democracia pluralista, de un Estado social y democrático de derecho-, coinciden en un Ordenamiento cuyos valores jurídicos son

²⁵⁰ Bidart Campos, *Op. Cit. Supra* 215, p. 70

²⁵¹ Peces-Barba, *Op. Cit. Supra* 233, p. 90

²⁵² *Ibidem*, p. 91.

²⁵³ *Ibidem*, p. 92

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 91

los derechos fundamentales, pero que no se entienden desvinculados de los valores morales y políticos que los justifican. Son moralidad legalizada.²⁵⁵

Nosotros concebiremos a los derechos en general, y a los derechos humanos en particular, como pretensiones morales que cuentan con una validación subjetiva e intersubjetiva que puede ser reflejada en instituciones (para el caso de las normas jurídicas), pero cuya base objetiva son los valores.

El debate sobre la fundamentación de los derechos humanos

Aunque a veces lo damos por hecho, es necesario preguntarnos de dónde surge la autoridad (moral) de los derechos humanos. Sabemos que “...el concepto de derechos humanos, correspondiente a un nivel moral postconvencional, surge en la modernidad, y su concreción depende de contextos, pero eso no significa que su validez dependa de decisiones históricas, porque no sólo es necesaria su positivación jurídica, sino también la reflexión filosófica sobre su legitimidad”.²⁵⁶

Nos dice Adela Cortina:

*A mi juicio, los derechos humanos son un tipo de exigencias –no de meras aspiraciones–, cuya satisfacción debe ser obligada legalmente y, por tanto, protegida por los organismos correspondientes. La razón para ello es la siguiente: la satisfacción de tales exigencias, el respeto por estos derechos, son condiciones de posibilidad para poder hablar de 'hombres' con sentido. Si alguien no quisiera presentar tales exigencias, difícilmente podríamos reconocerle como hombre. Si alguien no respetara tales derechos en otros, difícilmente podríamos reconocerle como hombre. Porque actuarían en contra de su propia racionalidad al obrar de este modo...Exigir la satisfacción de tales exigencias e intentar satisfacerlas es condición necesaria para ser hombre...De ahí que todo hombre esté legitimado para hacerlos valer como derechos, aunque no fueran reconocidos como tales por las legislaciones correspondientes.*²⁵⁷

Cortina resalta a los derechos humanos como un producto de la racionalidad humana, como exigencias ineludibles del deber ser. En ese sentido, Cortina ve en los derechos humanos un fundamento ético de carácter casi teleológico –estilo aristotélico– que nos constriñe a actuar

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 92. En esta obra, Peces-Barba hace una cita de Blaise Pascal, que expone en términos muy sencillos la necesidad de la relación del derecho como posible vehículo para el ejercicio del poder público del Estado con los valores: “...La justicia sin la fuerza es impotente, la fuerza sin justicia es tiránica. La justicia sin fuerza es contradicha, porque siempre hay malvados. La fuerza sin la justicia es acusada. Hay que poner juntas la fuerza y la justicia y para eso hay que hacer que lo justo sea fuerte o que lo que es fuerte sea justo”, Pascal, Blaise, *Les pensées*, en la edición de las obras completas de Pascal, París, Du Seuil, 1963, citado en *Ibidem*, p. 91.

²⁵⁶ Cortina, *Op. Cit. Supra* 3, p. 244

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 249.

de conformidad con nuestro ser (racional), y por tanto a reconocer estas exigencias; los derechos humanos entonces no son impuestos por nuestra propia naturaleza.

Para Habermas, la legitimidad de una norma jurídica no está dada por la simple racionalidad, sino que viene desde el procedimiento que se llevó a cabo para su creación, o mejor dicho de la razonabilidad: *The law receives its full normative sense neither through its legal form per se, nor through an a priori moral content, but through a procedure of lawmaking that begets legitimacy...the only law that counts as legitimate is one that could be rationally accepted by all citizens in a discursive process of opinion-and will-formation.*²⁵⁸ En ese sentido, para Habermas, el papel de la razonabilidad (no como algo subjetivo sino intersubjetivo) juega un papel fundamental para la validez de una norma, incluyendo a los derechos humanos, y por lo tanto la construcción de condiciones ideales de diálogo (y por supuesto y sobre todo reglas para llevar a cabo el mismo) pueden generar contenidos consensuados que en ese sentido quedan validados. No se trata de hablar de lo racional, sino de lo razonable.

Al respecto, nos dice Jean-Francois Lyotard: “el consenso se ha convertido en un valor anticuado y sospechoso. Lo que no ocurre con la justicia. Es preciso, por tanto, llegar a una idea y a una práctica de la justicia que no esté ligada a las del consenso”.²⁵⁹ Para Lyotard, no podemos quedarnos con el consenso para validar conductas que se relacionen con la idea de justicia. Lyotard reconoce que los diversos juegos del lenguaje pueden llevar a la inconmensurabilidad de los discursos, sobre todo frente a la caída de los “grandes relatos” en el contexto pos moderno que no solamente unificaban, sino que otorgaban una base común para la fundamentación de la verdad, y por tanto constituían un criterio de validez irrefutable. Para el autor “el saber pos moderno no sólo es el instrumento de los poderes: refina nuestra sensibilidad y refuerza nuestra capacidad para soportar lo inconmensurable”.²⁶⁰ No obstante, reconoce que “Todo consenso no es indicio de verdad; pero se supone que la verdad de un enunciado no puede dejar de suscitar el consenso”.²⁶¹

Por su parte, Axel Honneth hace una brillante aportación, ya que nos dice que las categorías centrales de la idea de justicia en la era post-socialdemócrata “ya no son la *distribución equitativa* o la *igualdad de bienes*, sino la *dignidad* y el *respeto*”.²⁶² Para Honneth, el concepto de reconocimiento es central en la construcción de las teorías de la justicia contemporáneas, puesto que partimos de la experiencia del daño moral, de la vivencia de la injusticia y la indignación a la construcción de lo que nos debemos los unos a los otros como seres humanos:

...Los conflictos de distribución son siempre —excepto que giren simplemente alrededor de la aplicación de normas institucionales— luchas simbólicas por la legitimidad del dispositivo socio-cultural que determina el valor de actividades,

²⁵⁸ Habermas, *Op. Cit. Supra* 173, p. 135.

²⁵⁹ Lyotard, *Op. Cit. Supra* 85, p. 51

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 69

²⁶¹ *Ibidem*, p. 22

²⁶² Honneth, Axel, *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social*, Katz Editores, España, 2010, p. 10.

cualidades y aportaciones sociales. En ese sentido, la misma lucha por la distribución...se halla enclavada en la lucha por el reconocimiento: representa un conflicto alrededor de las jerarquías de valores socialmente institucionalizadas que regulan qué grupo social tiene derecho a exigir legítimamente —es decir en función de sus estatutos y la apreciación de qué disfruta— un cierto grado de bienes materiales...En pocas palabras, se trata de una lucha alrededor de la definición cultural de aquello que hace que una actividad social sea socialmente necesaria”.²⁶³

En ese sentido, para Honneth, la única forma de poder llegar a una idea de justicia compartida, es a través del reconocimiento del yo en el otro, de nuestra humanidad compartida, y es así que podremos, posiblemente, superar la incommensurabilidad de los lenguajes técnicos y morales.

Podríamos rescatar entonces que la autoridad de los derechos humanos, la razón por la cual es un deber moral y ético respetarlos, viene no solamente de su capacidad como discurso, ni de su razonabilidad —es decir de que su aceptabilidad o validación a través del consenso—, sino de ser, por una parte, resultado de una reflexión en relación a qué es lo que nos debemos los unos a los otros en nuestra condición de seres humanos. Juan Antonio Cruz Parceros nos dice:

...la confusión que parece existir...consiste en dejar de ver que los derechos y los deberes protegen o implican a algún bien o valor, de forma que lo que es “lógicamente” anterior tanto a los deberes como a los derechos son los valores o los bienes que se intenta proteger...El error de algunos es identificar los derechos con los valores o bienes. Estos valores son los que *justifican* que se impongan deberes o se postulen derechos para protegerlos. Una cosa distinta es aceptar...que tengamos otro tipo de razones para preferir usar un lenguaje de derechos, bien por que tiene ventajas argumentativas, bien por que nos permiten ciertos acuerdos que facilitan una cultura que no sea servil donde las personas se sientan capaces de exigirles a los poderosos, pero éstas son razones que tenemos que considerar y que nos hablan de la conveniencia de usar un lenguaje de derechos. Por tanto, podemos afirmar que no existe una prioridad justificativa ni de los derechos ni de los deberes, sino de los valores.²⁶⁴

En ese sentido, nosotros estaríamos de acuerdo con Cruz Parceros, al entender que la fundamentación de los derechos, y por supuesto de los derechos humanos, no son otra cosa sino los valores mismos que éstos expresan y tutelan, como ya hemos sostenido con anterioridad. Es evidente, como ya hemos mencionado, que el reconocimiento, el consenso, la interpretación, y en general la participación subjetiva —y la interacción intersubjetiva— juegan un papel crucial en la integración del valor, pero no puede ser reducido a esta dimensión únicamente, sino que debe también tomarse en cuenta la dimensión objetiva. La idea del reconocimiento de Honneth recalca el deber ético que tenemos no de darle valor a los demás seres humanos, sino de *reconocer* su valor.

²⁶³ *Ibidem*, p. 43.

²⁶⁴ Cruz Parceros, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Trotta, México, 2012, pp. 40-41.

Lo anterior sostiene nuestra afirmación de que la base objetiva de los derechos son los valores, que es lo que le da fuerza y los hace exigibles desde el punto de vista de la ética, pero en lo que se refiere a la pretensión moral y su justificación, la validación subjetiva e intersubjetiva juegan un papel fundamental, ya que no siempre corresponden las mismas obligaciones a un mismo derecho. En palabras de Habermas:

*Whereas in morality an inherent symmetry exists between rights and duties, legal duties only result as consequences of the protection of entitlements, which are conceptually prior...Moral and legal prescriptions each have different reference groups and regulate different matters. The moral universe, which is unlimited in social space and historical time, encompasses all natural persons in their life-historical complexity. To this extent, it refers to the moral protection of the integrity of fully individuated persons. By contrast, a spatiotemporally localized legal community protects the integrity of its members only insofar as they acquire the status of bearers of individual rights.*²⁶⁵

Como podemos ver, para Habermas, tener un derecho en el sentido jurídico tiene que ver no solamente con reclamar algo, sino con estar en posición de reclamar algo, en palabras de Cruz Parceró,²⁶⁶ y aquí el papel del reconocimiento de una pretensión moral juega un papel fundamental. El reconocimiento jurídico de un derecho implica, como hemos dicho, su validación intersubjetiva, que da a su titular la posibilidad de exigirlo frente a terceros, y en ese sentido, siempre será histórico, o en otras palabras, imposible de liberar del contexto en el que nace.

Los derechos humanos como derechos constitucionales

Hemos mencionado que la historia del constitucionalismo está sin duda aparejada a la del surgimiento de los derechos humanos. Dice Miguel Carbonell “el constitucionalismo como filosofía política aspira en lo fundamental a una sola cosa: controlar el poder con el fin de preservar la libertad”.²⁶⁷ Las libertades fundamentales, como señalamos, son un primer antecedente en esta historia que aún no termina de escribirse.

Los derechos humanos como derechos constitucionales surgen como la “ley del más débil” en términos de Luigi Ferrajoli, con la finalidad de proteger a los sujetos “más débiles” o vulnerables en la sociedad.²⁶⁸ Su génesis constitucional podemos encontrarlas en diversos documentos jurídicos a lo largo de la historia, que son en general “concesiones hechas a consecuencia de peticiones y están, a menudo, ligadas al interés de los nobles y de los

²⁶⁵ Habermas, *Op. Cit. Supra* 173, p. 451-452

²⁶⁶ Cruz Parceró, *Op. Cit. Supra* 264, p. 62.

²⁶⁷ Carbonell, *Op. Cit. Supra* 216, p. 35.

²⁶⁸ *Vid.* Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2001, citado en *Ibidem*, p. 10.

mercaderes, pero, a veces, desde este planteamiento inicial a caban siendo favorables al conjunto del pueblo”.²⁶⁹

Desde la Magna Carta de Juan sin Tierra de 1215 en Inglaterra, podemos empezar a rastrear la semilla del constitucionalismo moderno, y de la protección de los intereses individuales frente al poder político. Posteriormente, podemos encontrar el Edicto de Nantes de 1598 en Francia que, al igual que la *Magna Carta*, constituye un documento que busca poner finalidad a un conflicto político, pero que podríamos considerar, como resultado de l movimiento generado por la reforma protestante en sí, un primer antecedente para la protección por parte de l Estado de la libertad religiosa. En 1628 tenemos también en Inglaterra la *Petition of Rights*, que si bien tiene un trasfondo económico-político, sienta las bases para la división de poderes –y la independencia sobre todo del Parlamento frente a la Corona– y la protección de algunas libertades personales relacionadas sobre todo con detenciones arbitrarias, entre otras. En 1641 se expidió el *Massachussets Body of Liberties*, en el cual se establecen una serie de principios que fueron torales en la consolidación del modelo de Estado moderno, como son el de legalidad, no discriminación, libertad de trabajo y remuneración justa, derecho de petición, algunos derechos procesales, entre otros. Más adelante, en 1689 surge la *Bill of Rights*, cuyo antecedente directo fuera la *Petition of Rights* y que tiene como finalidad es tablecer derechos y libertades de los súbditos, y la supremacía Parlamentaria, como representante del pueblo. Posteriormente, podemos hacer referencia a la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776, que es uno de los documentos más celebres en la historia del constitucionalismo norteamericano, y por supuesto la Declaración de Independencia de Estados Unidos e se mismo año y la Declaración de los Derechos de l Hombre y de l Ciudadano de 1789, conocida como la Declaración Francesa, que junto con la Constitución de los Estados Unidos de 1787 representa “una especie de acta de nacimiento del constitucionalismo”.²⁷⁰

En los Estados democráticos, la norma de más alta jerarquía, que es la constitución, refleja los principios que habrán de regir la vida en sociedad, y es de conformidad con su contenido que se habrá de desarrollar todo el sistema jurídico y político. En ella el legislador establecerá las bases de organización de los poderes públicos, pero sobre todo los límites de éstos frente a la dignidad de las personas, y en consecuencia dará vida jurídica a los derechos humanos, estableciendo a su vez el mandato de garantizar, a través del resto de las normas integrantes del sistema, aquellos derechos que se encuentran en el la reconocidos.

Pero no solamente basta con el reconocimiento ni con limitar el actuar de los poderes públicos, sino en transformar las condiciones en las cuales las personas ejercitan sus derechos, en generar posibilidades reales para su ejercicio e incluso, yendo más allá, de

²⁶⁹ Pérez Marcos, Regina María “Los derechos humanos hasta la edad moderna”, en Gómez Sánchez, *Op. Cit. Supra* 217, p. 53.

²⁷⁰ Carbonell, *Op. Cit. Supra* 216, p. 65. Acerca de la Declaración Francesa, dice el autor: “La Revolución francesa no solamente fue un intento por derrocar al Antiguo Régimen, en buena medida exitoso, sino sobre todo una consecuencia social y política de la filosofía racionalista del siglo XVIII”, *Ibidem*, p. 66. Lo que se pretendía con la Revolución, y que queda plasmado en la Declaración, era fundar un nuevo orden social y político basado en la idea de la libertad individual.

espacios de libertad suficientes que permitan el desarrollo de los planes de vida individual y colectiva que las personas elijan, en condiciones dignas. Nos dice Habermas:

...legal freedom, that is, the legal permission to do as one pleases, is worthless without actual freedom, the real possibility of choosing between the permitted alternatives...under the conditions of modern industrial society the actual freedom of a large number of right-bearers does not have its material basis in an environment they control, but essentially depends on government activities.²⁷¹

Lo anterior quiere decir que en gran medida la posibilidad de ejercer nuestra libertad (y nuestros derechos) depende de las condiciones en las cuales pretendemos hacerlo. Lo anterior no quiere decir, a nuestro criterio, que dichas condiciones dependan o no de la existencia de los derechos -porque esto sería confundir el derecho con la garantía o con la posibilidad real de ejercerlos-, sino que es un hecho es que un derecho que no puede ejercerse, no es útil para realizar el valor que protege.

La constitución simboliza el consenso en torno a los valores que habrán de *constituir* la base objetiva de un sistema social. Se trata de una concreción del deber ser, de los valores. La declaración constitucional, como dijimos, implica el nacimiento *jurídico* de un derecho humano, su institucionalización. Es el resultado del reconocimiento intersubjetivo de una pretensión moral, y de deber desembocar en su protección más amplia para garantizar la posibilidad de su ejercicio, de su exigencia.

Los derechos humanos, son también, indudablemente, un discurso o un juego del lenguaje que podría entenderse también como una herramienta para ejercer el poder:

...los derechos humanos se han de gradar en beneficio de principios confusos, interpretados según ideologías individualistas y arbitrarias, sin tener en cuenta la idea de que el derecho es, ante todo el establecimiento de relaciones entre los [seres] humanos, constituidas por derechos y deberes, y no la exaltación de un individuo solitario con unas libertades indefinidas que son poderes ejercidos sobre otros, y por lo tanto, la alteración de la libertad o dignidad del otro.²⁷²

Esto se debe al poder argumentativo que tiene el lenguaje de los derechos, y por supuesto de cómo se han constituido en un discurso legitimador —a veces hasta caer en criterio de autoridad.

Derechos humanos, legalidad y legitimidad

Los derechos humanos, como hemos visto, son criterio de legitimidad y de legalidad, al grado incluso de constituirse, en su dimensión formal o positiva, en la base de algunos

²⁷¹ Habermas, *Op. Cit. Supra* 173, p. 403

²⁷² Béji, Hélé, *Op. Cit. Supra* 212, 2006, p. 55

sistemas jurídicos, por lo que se les llama de derechos fundamentales, y es por ello que generalmente (e idealmente) se encuentran reconocidos a nivel constitucional.

Por limitados, controversiales y perfectibles que sean los derechos humanos, sobre todo desde la perspectiva del multiculturalismo, ellos son los principales e irreversibles parámetros éticos, ético-políticos y ético-jurídicos de carácter laico, humanista y racional que ha aportado la modernidad a la historia universal. Constituyen, en efecto, la “tabla de valores” de nuestro tiempo, en palabras de Juliana González.²⁷³

Anteriormente, dijimos que los derechos humanos como filosofía jurídica permean en todo el sistema jurídico, y que las normas acerca de “¿cómo se manda?” son también resultado de este paradigma. Dijimos que esto se relaciona con la idea de legitimidad. De acuerdo con Habermas:

*The democratic procedure for the production of law evidently forms the only postmetaphysical source of legitimacy...The modern legal order can draw its legitimacy only from the idea of self-determination: citizens should always be able to understand themselves also as authors of the law to which they are subjects as addressees.*²⁷⁴

En ese sentido, el respeto a la dignidad de las personas, implica el respeto de sus libertades (como pueden ser las libertades políticas). La legitimidad en su sentido amplio es la fundamentación ética de una acción. Dentro de un sistema de valores, la legitimidad podría traducirse como *accordance*, o como congruencia. Por otra parte, la legalidad, es una forma jurídica de legitimidad, que tiene que ver con la idea de congruencia, pero con un enfoque hacia garantizar cierto grado de certeza o seguridad jurídica y, por tanto, requiere que todo acto (jurídico) deba estar fundado y motivado, y en concordancia con las normas de mayor jerarquía, a manera que lógicamente (incluso silogísticamente) dicho acto esté justificado. Es aquí donde los derechos humanos se han constituido también en la premisa mayor de dicha operación lógica, de modo que un acto se entiende debidamente fundado y motivado, *prima facie*, si es congruente con el respeto a los derechos humanos, las normas que los reconocen y su garantía (de ahí precisamente la noción que se tiene de los mismos de ser “fundamentales” dentro de un sistema jurídico).

Los derechos humanos como valores jurídicos

Aquellos triunfos políticos, usando las palabras de Dworkin en su libro *Los derechos en serio*, que en un principio fueran derechos oponibles al poder del Estado, han evolucionado –y continúan haciéndolo– hasta un complejo proyecto moral.²⁷⁵ Mucho se ha hablado de las “generaciones” de los derechos humanos, que es más bien una herramienta pedagógica que trata de categorizar a los derechos de conformidad con el contexto histórico, social, cultural

²⁷³ González, Juliana, *Genoma humano y dignidad humana*, UNAM-Anthropos, 2005, p. 62

²⁷⁴ Habermas, *Op. Cit. Supra* 173, pp. 448-449.

²⁷⁵ Norberto Bobbio entiende el desarrollo histórico de los derechos fundamentales en cuatro etapas: la constitucionalización, la progresiva extensión, la universalización y la especificación. *Vid. Carbonell, Op. Cit. Supra* 216, p. 10.

y político en el que surgen (al menos en su expresión positiva o formal), pero también con su contenido, y por supuesto los mecanismos para su reclamación e incluso los sujetos de los mismos, etc. No obstante, más que un desarrollo lineal, y más que un simple crecimiento en el sentido de “abarcando más terreno”, los derechos humanos como paradigma no se han mantenido estáticos y se han consolidado cada vez más como una filosofía política en sí mismos, y como tal, debemos entender que son limitados.

Sin embargo, los derechos humanos, como discurso, como herramienta hermenéutica, como filosofía, tienen sin duda un valor ético-jurídico. La tendencia a protegerlos a través de normas vinculantes y garantizarlos a través del Estado, incluso en contra del mismo, muestra de compromiso moral para con ellos. Sin duda reflejan la forma en que actualmente se relacionan el derecho, la política y la ética. Pero así como decimos que no debemos confundir la garantía de un derecho con el derecho garantizado, no debemos confundir la expresión de un valor con el valor. Los derechos humanos valen mientras sean efectivos para tutelar la dignidad humana, por que son la expresión del reconocimiento intersubjetivo del valor *dignidad*. Asimismo, hemos mencionado con anterioridad, que ningún valor es ni debe ser absoluto.

Bioética y derechos humanos

Hemos ahondado mucho acerca de la relación del derecho con la bioética. Ahora trataremos de entender cómo intervienen los derechos humanos en esa relación.

La relación del derecho con la bioética a través de los derechos humanos

Hemos dicho que la bioética y el derecho se relacionan a través del valor vital. Los derechos humanos son, a su vez, la forma en que entendemos la relación del derecho con la ética y la política hoy en día. ¿Qué puede aportar la perspectiva de la bioética? Desde nuestra óptica tiene que ver con que el *ethos* que da vida al derecho —y a los derechos humanos—, se extienda de tal forma que permita integrar la noción del *bios*, en el sentido más amplio posible.

En su obra *El principio de la responsabilidad*, Hans Jonas plantea que aquellos sujetos que todavía no han nacido puedan ser sujetos de nuestra consideración moral. Jonas propone entender a la presencia humana no como fuente de obligación, sino como objeto de obligación, siendo esencial conservar el entorno y las condiciones de tal manera que la existencia humana sea protegida en su vulnerabilidad en contra de cualquier amenaza a las condiciones que le permiten existir *humanamente*. Para ello plantea una reformulación del imperativo categórico kantiano:

Un imperativo que se adecue a la evolución de acciones humanas y estuviera dirigido a los nuevos tipos de sujetos de la acción diría algo así como: “Obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida

humana auténtica en la Tierra”; o, expresado negativamente: “Obra de tal modo que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de esa vida”; o, simplemente: “No pongas en peligro las condiciones de la continuidad indefinida de la humanidad en la Tierra”; o, formulado, una vez más positivamente: “Incluye en tu elección presente, como objeto también de tu querer, la futura integridad del hombre”...el nuevo imperativo dice precisamente que no es lícito, en efecto, arriesgar nuestra vida, pero que no nos es lícito arriesgar la vida de la humanidad...no tenemos derecho a elegir y ni siquiera a arriesgar el no ser de las generaciones futuras por causa del ser de la actual. Por qué carecemos de ese derecho, por qué, al contrario, tenemos una obligación par con aquello que todavía no es en absoluto y que tampoco tiene “en sí” por qué ser –que, en cualquier caso, en cuanto no existente, no tiene ningún derecho a *exigir* existencia-, eso no es algo fácil de justificar teóricamente y es quizás imposible de justificar sin la religión. Nuestro imperativo lo toma por el momento, sin justificarlo, como un axioma...El nuevo imperativo apela a otro tipo de concordancia; no a la del acto consigo mismo, sino a la concordancia de sus *efectos* últimos con la continuidad de la actividad humana en el futuro...nuestro imperativo remite a un *futuro* real previsible como dimensión abierta de nuestra responsabilidad.²⁷⁶

El autor señala que este nuevo imperativo se dirige más hacia la toma de decisiones que afectan la vida pública, siendo que el imperativo kantiano está más bien dirigido a la acción individual. Nos dice que “El imperativo categórico de Kant estaba dirigido al individuo, su criterio era instantáneo nos invitaba a cada uno de nosotros a considerar qué es lo que sucedería *si* la máxima de nuestra acción actual se convirtiera en principio de una legislación universal, o bien si lo fuera ya en ese instante”,²⁷⁷ siendo que toda la propuesta de Jonas gira en torno a la idea de una ética orientada hacia el futuro, que según él es completamente novedosa en comparación con otras concepciones anteriores: “Ninguna ética anterior hubo de tener en cuenta las condiciones globales de la vida humana ni el futuro remoto, más aún, la existencia misma de la especie. El hecho de que precisamente hoy estén en juego esas cosas exige, en una palabra, una concepción nueva de los derechos y deberes”.²⁷⁸

Jonas encuentra la fuente de la obligación moral no solamente en la intersubjetividad (que de cierto modo, nos remonta a una cierto grado de proximidad), sino en el valor sobre lo cual recaen las consecuencias de nuestros actos, que en este caso se refiere a la idea misma de humanidad, pero podría ser extendida a todo el *bios*, como reconoce el mismo autor:

Al menos ya no es un sinsentido preguntar si el estado de la naturaleza extrahumana –la biosfera en su conjunto y en sus partes, que se encuentra ahora sometida a nuestro poder- se ha convertido precisamente por ello en un bien encomendado a nuestra tutela y puede plantearnos algo así como una exigencia moral, no sólo en razón de nosotros, sino también en razón de ella y por su derecho propio. Si tal

²⁷⁶ Jonas, *Op. Cit. Supra* 19, pp. 39-40.

²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 40-41.

²⁷⁸ *Ibidem* p. 34.

fuera el caso, sería menester una nada desdeñable combinación de ideas en los fundamentos de la ética. Esto implicaría que habría de buscarse no sólo el bien humano, sino también el bien de las cosas extrahumanas, esto es, implicaría ampliar el reconocimiento de “fines en sí mismos” más allá de la esfera humana e incorporar al concepto de bien humano el cuidado de ellos.²⁷⁹

Lo que Jonas está reconociendo, en todo caso, es que otras formas de vida diferentes a la humana, incluso la biosfera en su conjunto, puedan ser sujetos de consideración moral, y más aún, sujetos de derecho. Al respecto, habría que hacer referencia a la distinción entre un derecho en sentido moral, y un derecho en sentido jurídico.

El fundamento que plantean las éticas discursivas, enfocándose en la capacidad de interactuar intersubjetivamente (a través del lenguaje) como fuente de la personalidad moral y jurídica –y por tanto de la titularidad de derechos en uno u otro sentido-, podría argumentarse que excluye la posibilidad de que seres vivos distintos a los humanos (o aquellos que tuvieran una menor o nula capacidad comunicativa) fueran sujetos de derechos, a menos que pensemos que la intersubjetividad pudiera darse sin importar la capacidad que tengan los sujetos que interactúan de comunicarse efectivamente, es decir, excluyendo al lenguaje (humano, por que podría argumentarse que hay lenguaje en otras especies animales) como un presupuesto necesario ser considerado como capaz de intersubjetividad.

Paul W. Taylor, en su clásica obra *Respect for Nature*, habla acerca de esta cuestión ampliamente. Taylor refiere que él entiende a los derechos de la siguiente manera: “... *to have a right is to have a legitimate claim or entitlement to something, the recognition of the legitimacy of that claim or entitlement being (morally or legally) required for others*”.²⁸⁰ Hasta aquí, Taylor se adhiere a la noción que hemos apuntado acerca de lo que implica hablar de un derecho. La distinción que hace Taylor entre derechos morales y jurídicos consiste en lo siguiente: “*For a moral right, the requirement of recognition is imposed by valid moral principles on all moral agents. For a legal right, it is imposed by a given system of law on all members of the legal community in question*”.²⁸¹

Taylor explica que ser titular de derechos en sentido jurídico implica que la posibilidad de exigir que otros reconozcan y respeten ese derecho está respaldado por el sistema jurídico y que, por tanto, hay restricciones a la conducta de terceros en relación a esa pretensión, acompañadas de una amenaza de castigo. Taylor reconoce que es posible que un sistema jurídico otorgue el *status* de titular de derechos a seres que no sean capaces de entenderse como tales, y que en ese caso no podrán ejercerlos, pero no obstante no pierden dicho *status*. Dice Taylor “... *who has legal rights and what their legal rights are vary from time to time and place to place... Since laws are created by humans, it follows that legal rights*

²⁷⁹ *Ibidem*, p. 35

²⁸⁰ Taylor, Paul W., *Respect for Nature. A Theory of Environmental Ethics*, 25th Anniversary Edition, Princeton University Press, USA, 2011, p. 219.

²⁸¹ *Idem*.

are the product of human convention".²⁸² Es por ello que, para Taylor, el Sistema jurídico puede otorgar (o no) el *status* de titular de derechos incluso a otros seres vivos: "*The question, Do animals and plants have legal rights? Can now be answered quite simply. Yes, they do in those societies whose legal systems contain laws that protect their good in various ways. Animals and plants do not have legal rights in the absence of such laws*".²⁸³ Esta es, evidentemente, una noción positivista.

No obstante, nos dice Taylor, esto no necesariamente implica que sean titulares de derechos en sentido moral: "...*although it is not conceptually confused or logically absurd to ascribe moral rights in an extended sense to animals and plants, there are good reasons for not doing so*". Para el autor, lo que se pretende lograr al extender la titularidad de derechos morales a otros seres vivos es fomentar una actitud de respeto al valor intrínseco de la vida, desde una postura biocéntrica.

Para Taylor, los derechos jurídicos son totalmente convencionales, en contraste con el carácter absoluto en que concibe a los derechos morales, que tienen un fundamento superior, que serían los valores. La capacidad moral, la libertad en sentido ético que nos permite entrar en interacción con *aquello que vale* es lo que nos permite ser, para Taylor, sujetos de derecho en sentido moral. Pero para Taylor, no es necesario emplear el lenguaje de los derechos para derivar obligaciones éticas hacia el resto de los seres vivos:

*We do not really add anything new to the consideration of them [animals and plants] as possessors of inherent worth by ascribing rights to them...The use of language of rights introduces no new concepts. If wild animals and plants have inherent worth, the duties we have toward them are owed to them as their due. We may, if we like, put this point in the language of rights by saying that they are "entitled" to be treated in certain ways. But no additional meaning is involved when we use such language. It would be less misleading if we simply dropped the language of moral rights concerning them... We can say all we need to say about the principles of a valid system of environmental ethics without using the language of rights.*²⁸⁴

Lo que Taylor hace, es concebir de manera separada las pretensiones morales y las pretensiones jurídicas, que pueden desembocar en el reconocimiento intersubjetivo moral o jurídico según sea el caso, señalando que tienen un fundamento distinto.

Lo que nos otros hemos sostenido es que toda pretensión jurídica es en el fondo una pretensión moral, y por lo tanto tienen siempre un fundamento ético (los valores), que constituye un elemento objetivo. Desde nuestra perspectiva, es más bien en la expresión o la forma en que es reconocida dicha pretensión donde podemos observar una diferenciación entre derechos en sentido moral y derechos en sentido jurídico. Si un valor se traduce en un derecho moral o un derecho jurídico dependerá más bien de la forma en que pretendan

²⁸² *Ibidem*, p. 222.

²⁸³ *Ibidem*, p. 223-224.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 254-255.

realizarse y, por supuesto, de la interacción con la dimensión axiológica subjetiva, que es el sujeto que interpreta el valor. Aquí es precisamente donde la intersubjetividad juega un papel fundamental.

Ahora, en cuanto a que el lenguaje de derechos no aporta nada desde el punto de vista de la ética, es cierto que el valor constriñe independientemente de su expresión o interpretación, pero coincidimos con Cruz Parceró en que “una moral es más rica si la concebimos también con derechos”.²⁸⁵ Esto no quiere decir que es necesario otorgar personalidad jurídica o ningún *status* a los demás seres vivos para que exista la obligación de respetarlos y reconocer su valor, porque no somos nosotros quienes, unilateralmente, se los damos. El lenguaje de los derechos es sin duda limitado porque está enfocado, como ya hemos mencionado, a una base mínima de conductas socialmente exigibles desde un ideal de justicia. No obstante, como hemos señalado, no podemos hablar de justicia sin hacer una referencia a la idea de vida buena, y esa vida buena se refiere no solamente a la vida humana, sino a todo el *bios*, y es por ello que no puede desligarse el *bios* del *ethos*, ni el *ethos* del *ius*.

Sobre esto, vale la pena retomar lo que nos dice Jonas:

En la era de la civilización técnica, que ha llegado a ser “omnipotente” de modo negativo, el primer deber de comportamiento humano colectivo es el futuro de los hombres. En él es también manifiestamente contenido el futuro de la naturaleza como condición *sine qua non*...Reducir el deber únicamente al hombre, desvinculándolo del resto de la naturaleza, representa la disminución, más aún, la deshumanización del propio hombre, la atrofia de su esencia (aun en el caso afortunado de su conservación biológica), y contradice así su supuesta meta, precisamente acreditada por la dignidad de la esencia humana.²⁸⁶

²⁸⁵ Cruz Parceró, *Op. Cit. Supra* 264, p. 61.

²⁸⁶ Jonas, *Op. Cit. Supra* 19, pp. 227-228.

CAPÍTULO III: El valor como punto de intersección del derecho en la bioética

La bioética es sin duda un espacio fructífero para la reflexión jurídica, que a su vez se convierte en parte de ella, y es fundamental para la construcción de espacios para el diálogo y la toma de decisiones en la vida colectiva, ya que al haber sido planteada como una interdisciplina, genera interacción e intercambio entre diversas áreas del conocimiento, lo cual enriquece el debate, especialmente si esto se hace integrando y abarcando diversas perspectivas y en un ámbito de laicidad, construyendo verdaderos puentes de comunicación que posibilitan la creación de lenguajes comunes, de soluciones incluyentes, y sobre todo eficientes.

Como hemos señalado, el derecho y la bioética coinciden materialmente en el valor vital, en su interés por proteger la dignidad de la vida, y de posibilitarla desde el punto de vista de la justicia. Pero ¿qué papel juega o ha jugado el derecho de manera concreta en la reflexión bioética hasta ahora?

Derecho y bioética

El derecho sin duda se ha integrado a la bioética desde sus inicios, y en ese sentido podríamos decir que no es posible hacer una reflexión bioética sin que esto conlleve tomar en cuenta al universo del derecho. El objetivo de este capítulo es poner a prueba la hipótesis de que el derecho aporta a la bioética en muchos sentidos más allá del normativo en virtud de su complejidad y multidimensionalidad, y a su vez se enriquece al tratar de dar respuesta a las exigencias que ésta le plantea desde todas las dimensiones que lo integran, especialmente la axiológica.

Para poder abordar la relación del derecho con la bioética será necesario partir desde la aportación lingüística y conceptual del derecho, que tiene que ver con la posibilidad misma de *hablar* en términos jurídicos, y el significado que se atribuye a las palabras desde esta

perspectiva, así como aquellas nociones construidas jurídicamente que son objeto de debate para la bioética en la actualidad.

Después, habremos de enfocarnos en la construcción del pensamiento jurídico, que tiene que ver con el papel interpretativo del derecho.

Posteriormente entraremos de lleno a la dimensión de ontológica del derecho, primero a través de los principios jurídicos (aquí haremos un breve análisis del surgimiento de los principios en la bioética, y trataremos de establecer que se trata de una aportación de la ética-jurídica) y finalmente, de las normas jurídicas.

Los conceptos jurídicos en el debate bioético

El derecho, hemos dicho, es un producto de la cultura. Esto quiere decir que es una creación humana que requirió intersubjetividad, y que ha evolucionado –y continúa haciéndolo– en virtud de que los sujetos que interactúan y que intervienen en su creación cambian constantemente. Hablar de intersubjetividad es un poco más complejo que hablar de simple coexistencia. Es necesario que haya alguna especie de intercambio como resultado de la interacción entre los sujetos. Para ello, el lenguaje juega un papel fundamental. Sin lenguaje no podríamos hablar de cultura, y mucho menos de derecho.

David Mellinkoff incluso señala: “*The Law is a profession of words*”.²⁸⁷ Al respecto, nos dice Thomas Shaffer: “*The beginning and end of a lawyer’s professional life is talking with a client about what is to be done...this is a moral conversation*”.²⁸⁸ El derecho consiste en diálogo (moral), porque siempre implica interlocución.

Entonces el derecho existe gracias al lenguaje, y es a su vez una forma de lenguaje. A la pregunta ¿por qué hablamos? no corresponde una sola respuesta.

La comunicación entre individuos de cualquier especie puede ser o no lingüística. Llamaremos lingüística a aquella comunicación expresada a través de lo que se conoce como doble articulación, es decir que conjuga en un mismo elemento simbólico –como puede ser un signo o una secuencia sonora (palabras)– forma y significado.

Asimismo, el lenguaje se caracteriza por integrar lo que llamamos sintaxis, es decir que no solamente podemos combinar los elementos simbólicos de diferentes maneras, sino que podemos proporcionarle sentido para que no sean interpretados de manera aislada y

²⁸⁷ Mellinkoff, David, *The Language of the Law*, Little, Brown & Company, USA, 1963, p. vi

²⁸⁸ Shaffer, Tom L., “The Practice of Law as Moral Discourse”, *Journal Articles*, Vol. 1, Núm. 1, University of Notre Dame, 1979, p. 231. Más adelante, dice Shaffer: “...law is a claim which people make on one another –a claim resting on obligation, a moral claim– and one upon which they may seek the sanction and coercion of the state. In this derivative sense, a conversation about rights and duties is by definition a moral conversation. A conversation of this sort also usually involves issues on what to do about rights and duties, and of consequences to third persons”, *Ibidem*, p. 232.

realmente nos permitan comunicar cualquier cosa sin que la finitud que implica la cantidad de combinaciones distintas que pueden existir entre dichos elementos limite la capacidad que tengamos de transmitir lo que queremos comunicar. Nos dicen Eifring y Theil: “*Syntax is a mechanism that enables human beings to utter or understand an infinite number of sentences constructed from a finite number of building blocks. Without syntax, we would not be able to express other meanings than those associated with isolated signs, and the number of different meanings we would be able to express would be equal to the number of signs in the ‘language’*”.²⁸⁹

Peter Watson, en su libro *Ideas: A History from Fire to Freud*, plantea que fue aproximadamente hace 2.5 millones de años que el ser humano integró a su dieta un consumo mayor de proteína que otras especies de *homo* al volverse omnívoro²⁹⁰ (esto se facilitó con la invención de herramientas que le permitieron en un inicio cortar la carne y posteriormente cazar, según algunas teorías que sugieren que inicialmente el ser humano en realidad robaban las presas de otros animales, lo cual requeriría en todo caso también de cierta forma de organización). Lo anterior tuvo como consecuencia el crecimiento en el tamaño del cerebro (actualmente ocupa el dos por ciento del peso corporal de un humano promedio, consumiendo el veinte por ciento de los recursos metabólicos del cuerpo)²⁹¹ desde 750-1,250 cc que caracterizaba al *Homo Erectus* a 1,100-1,400 cc que se advirtió en los primeros *Homo Sapiens* hace 500,000-300,000 años.²⁹²

Para este autor, la capacidad de emitir sonidos complejos (vocales y consonantes), dada la posición de la laringe que se cree se encuentra asociada al bipedalismo (aunado a que los cambios en el patrón respiratorio se cree ayudaron a mejorar la calidad del sonido)²⁹³ y la disminución del tamaño de los colmillos (que tienen una relación con la invención de herramientas para cortar los alimentos aunado a que se cree que el incremento en la ingesta de carne animal fomentó también cambios en la estructura de la mandíbula),²⁹⁴ sin duda son el origen de la capacidad humana para desarrollar el lenguaje. Asimismo, existen estudios que han logrado identificar dos mutaciones genéticas (en el gen denominado FOXP2 que se ha encontrado en los mamíferos en diferentes versiones) que fueron fundamentales para el desarrollo del lenguaje en la especie humana, que se han rastreado aproximadamente hace 200,000 años, el cual permitió un control más fino de los músculos faciales, la boca y la garganta.²⁹⁵ Esto es fundamental ya que, como dice el autor “*most ideas are conceived in language*”.²⁹⁶

La comunicación pre-lingüística permitió a l *Homo Erectus* tener intencionalidad, creatividad, coordinación y, sobre todo, tener un primer sentido de cultura (enseñanza a los

²⁸⁹ Eifring, Halvor and Theil, Rolf, *Linguistics for Students of Asian and African Languages*, 2005, En línea: <https://www.uio.no/studier/emner/hf/ikos/EXFAC03-AAS/h05/larestoff/linguistics/>, Consultado en 2017.

²⁹⁰ Watson, Peter, *Ideas: A History from Fire to Freud*, Phoenix, USA, 2013, p. 32

²⁹¹ *Ibidem*, p. 33

²⁹² *Ibidem*, p. 37

²⁹³ *Ibidem*, p.p. 30-31.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 31

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 63

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 9

jóvenes de técnicas y otros usos dentro de las comunidades),²⁹⁷ dice el autor: “*none of the complex art, and the ancient ceremonies that surrounded the painted caves, could have been accomplished without language*”,²⁹⁸ y continúa señalando que el lenguaje también es fundamental para la coordinación de grupos numerosos que requieren una organización jerárquica (señala el autor que existe evidencia que vincula el tamaño del cerebro con el tamaño de los grupos sociales y también con la inteligencia social en los primates²⁹⁹).

El autor menciona que la mayoría de los estudios modernos de muestran que existen dos áreas del cerebro responsables del lenguaje, denominadas Broca y Wernicke, ambas ubicadas en el hemisferio izquierdo. La primera está relacionada con el habla en sí, mientras que la segunda tiene que ver con la comprensión.³⁰⁰

Para Watson, las palabras y la escritura son un invento que requirió la existencia de una idea. Para usar el lenguaje, es fundamental que exista algo que queramos comunicar: una idea o concepto. Dice Watson:

According to some paleontologists man's first abstract idea occurred around 700,000 years ago, when stone hand-axes became standardised to the same proportions. This, the scientists say, shows that early man had an "idea" inside his head of what a hand-axe should be... But I also treat the invention of the first hand-axes -2.5 million years ago, before they became standardised- as evidence for an "idea", after early man realised that a sharp stone would break through animal hide when his own fingernails or teeth wouldn't... Writing is an idea, a very important idea, which was invented before 3000 BC... we tend not to regard letters or words as inventions as we do computers or mobile phones, because they have been so long with us. But inventions are evidence of ideas. I have treated language as an idea, because language reflects the way that people think...³⁰¹

En ese sentido, podemos decir que la capacidad de comunicarnos de forma lingüística requiere de dos componentes: uno psicológico, gracias al cual podemos hacer abstracciones y conceptualizaciones y otro fisiológico-neurológico gracias al cual podemos emitir sonidos o plasmar símbolos a los cuales atribuimos un significado relacionado con alguna abstracción o conceptualización.

La idea que para Watson fue fundamental para la creación de sistemas normativos complejos que hoy tenemos, es la del *yo* y el *no-yo*. Según el autor, la división del trabajo entre los dos sexos (que el autor también atribuye al bipedalismo), pudo haber generado también una capacidad de consciencia de individualidad y de diferencias entre el *yo* y el *no-yo*, nosotros y los otros, lo mío y lo ajeno, lo cual pudo haber originado la adquisición de *autoconsciencia*.³⁰²

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 42

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 52

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 53

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 62

³⁰¹ *Ibidem*, pp. 9-10

³⁰² *Ibidem*, p. 67 Es interesante concebir al *yo* como un *ser* en el sentido de individuo: “*When we think about "the self" from a neurobiological perspective, it appears that we really should be talking not about one*

Ahora bien, hay un tercer elemento fundamental cuando queremos responder a la pregunta de por qué hablamos: la voluntad o intencionalidad. No solamente hago uso del lenguaje porque puedo hacerlo, sino porque deseo hacerlo –muy probablemente porque quiero lograr algo al hacerlo, como puede ser expresarme, conocer a otros, intercambiar información, persuadir, llegar a acuerdos, etc.

El ser humano es capaz de comprender a otros a través del lenguaje –si es que la comunicación es efectiva- y posteriormente puede analizar, interpretar, *valorar* y tomar una decisión sobre cómo reaccionar o responder. Existen descripciones neurocientíficas sobre el proceso mental de los animales al momento de tomar una decisión:

It has been argued...that the platform for an animal's most basic self-representational capacities is in the brain stem. This circuitry handles the fundamental problem of coordinating one's needs with one's internal milieu so that the body can move appropriately –to feed, flee, fight or reproduce. Movement decisions must be elaborated so that you aren't feeding when you should be fleeing and to ensure that you do not try to do incompatible things. Also within that brain-stem platform...is a capacity to do motor planning...increasingly fancy inner modeling gives us the basis for imagining what can happen not only in a complex motor situation but in a social one as well...The inner model basically proposes a quick and dirty suggestion about how to best achieve the goal. It then sends a signal to the "emulator", which essentially says, "If you do that, these will be the consequences". This information is then cycled back to the inner model, which can upgrade the initial solution: "Well then, let's make a modification". The new plan will go to the emulator, which may then suggest consequences that are more self-serving. Ultimately –after this kind of back-and-forth iteration converges on a satisfactory solution- a signal is sent to the body and there is a behavioural outcome as the plan is executed. In brief, the wiring yields self-simulation with respect to the things in the world. But some of those things –at least for those of us who are social creatures- will entail the simulation of other selves...Evaluation of self-interest will take into account, of course not only immediate needs but also the long-term consequences of each considered action. It is perhaps not too surprising that one can conceive of the development of conscience within this very general structure of the emulator or inner model...what we call conscience is the negative feeling evoked by emulation of a social action.³⁰³

Sobre esto, Philippa Foot afirma que existe una diferencia para los seres humanos al momento de llevar a cabo una decisión:

particular thing –some single entity that is the self- but rather about a multidimensional affair. The "self" is a set of capacities that involve not only representation of the body itself but also representation of internal aspects of the brain –the brain's mental life", Churchland, Patricia S., "Neuroconscience: Reflections on the Neural Basis of Morality", Marcus, Stephen J., Neuroethics: Mapping the Field, The Dana Foundation, 2002, p. 20.

³⁰³ *Ibidem*, p. 23.

...la evaluación moral y la evaluación del comportamiento de los animales tienen una base muy pa recida. Sin embargo, debo insistir en la importancia de no subestimar las diferencias que introduce la capacidad humana para la comunicación y el razonamiento. Los bienes que dependen de la cooperación humana, así como de cosas tales como el respeto por la verdad, el arte y la enseñanza, son mucho más variados y difíciles de delimitar que los *bienes* animales. Los animales se distinguen de nosotros también porque para hacer lo que tienen que hacer –aquello que necesitan y que está dentro de sus capacidades- no tienen ninguna necesidad de comprender por qué lo hacen; en cambio, un ser humano puede y debe comprender que existe un motivo...y debe saber cuál es ese motivo.³⁰⁴

El sujeto que es capaz de decidir cómo actuar en base a una previa evaluación de las consecuencias, incluyendo en su decisión a otros sujetos está llevando a cabo un razonamiento moral.³⁰⁵ La posibilidad de pensar o planear a largo plazo (con la que, según Watson, existe evidencia que contaba el *Homo Habilis* y que en un inicio lo distingue de otros primates), así como predecir el comportamiento de terceros, junto con la noción de autoconciencia, son el origen de dicho razonamiento. Al respecto, nos dice Watson: “*these two factors –self/not-self and present-future- were the basis not just of consciousness but of morality (the rules by which we live)*”, y continúa diciendo “*It would have also been the basis for primitive politics*”.³⁰⁶

En ese sentido, podemos decir que a partir la concepción del “yo”, “no-yo” (o mejor dicho la idea de otredad), “mío”, “no-mío” (o la idea de la propiedad y de lo ajeno), junto con la correlación entre acto y consecuencia, pudieron haber originado el razonamiento moral, y una vez que la idea existe, puede comunicarse a través de lo que llamamos lenguaje.

Existen quienes sostienen que el lenguaje tiene la capacidad de influir y moldear la forma en que pensamos. Esta es la famosa hipótesis de Sapir-Whorf –en honor a Edward Sapir y Benjamin Whorf-, que sostiene, a manera de un determinismo lingüístico, que la estructura semántica del lenguaje moldea o limita las formas en que un hablante forma concepciones del mundo. Esta teoría señala que el idioma que hablamos determina la forma en que pensamos.³⁰⁷ Dicha hipótesis puede ser debatible, e incluso existen quienes sostienen una versión más moderada de la misma –es decir lo que se conoce como relativismo lingüístico, que sostiene que nuestra lengua materna *influye* en nuestra estructura cognitiva-, pero no obstante nos permite pensar que hay evidencia que sugiere que a partir de la invención del lenguaje en general, el ser humano fue perfeccionando no solamente sus habilidades comunicativas sino cognitivas. Esto podría implicar que el razonamiento moral se fue perfeccionando conforme se fue traduciendo en lenguaje moral, y viceversa.

³⁰⁴ Foot, Philippa, *Bondad natural*, Paidós, España, 2002, p. 40

³⁰⁵ Hay personas que después de sufrir una lesión de cierta relevancia a nivel neurológico demuestran incapacidad o dificultad para discernir entre lo correcto y lo incorrecto, es decir que hasta cierto grado su razonamiento moral puede verse afectado al momento de tomar una decisión. Esto no siempre o no necesariamente implica que estas personas no conocen las reglas.

³⁰⁶ Watson, *Op. Cit. Supra* 290, p. 67

³⁰⁷ *Vid.* Halvor and Theil, *Op. Cit. Supra* 289.

El razonamiento moral sin duda dio lugar a la posibilidad de la existencia del universo jurídico. Para que pudiera existir el derecho como hoy lo conocemos y como lo hemos definido en este trabajo, fue necesario que el ser humano fuera capaz de concebir distintas ideas o nociones altamente complejas y abstractas, partiendo de la autoconsciencia a la otredad, las nociones de pertenencia o propiedad (lo mío y lo tuyo), de consecuencia (y la de *castigo*), de útil e inútil (aquí ya es posible hablar de valoración, de capacidad axiológica básica), correcto e incorrecto (aquí ya estamos hablando de códigos morales), bueno y malo (que ya se constituye en razonamiento ético), hasta ideas aún más complejas como *persona* (que implica una idea más completa del yo y del otro, que va más allá de la dimensión física), justo e injusto (que en un principio probablemente tuvo que ver con una concepción de lo natural o el orden cósmico, la divinidad, hasta ir avanzando por diversas concepciones de la idea de justicia) y después a la consolidación del concepto mismo de *derecho*, entendido en su momento más básico como algo que me es debido o que me pertenece, que otros deben respetar y que puedo hacer valer incluso en contra de la voluntad ajena.

Jaap C. Hage y Dietmar Von Der Pfordten señalan: “*Concepts play a central role in the law, because all forms of law are formulated with the help of terms that express –in the eyes of many at least- concepts. Concepts are also important in the study of law’s nature in philosophy of law and legal theory*”.³⁰⁸ Von Der Pfordten afirma que:

*Nobody can deny that modern law is comprised of norms or rules or principles. But not only in normal but especially in hard cases, concepts like human dignity, life, liberty, art, science, religion, property, contract, fraud, negligence, and murder, as well as their interpretation, play a decisive role.*³⁰⁹

En relación a la relevancia que tiene el desarrollo de conceptos en un Sistema jurídico:

*Concept-formation is an important component of law-formation. Well-developed legal orders are profoundly conceptual in nature. Throughout Western legal history, legislators have aimed at basing their law-making on concepts of a general scope (such as ‘property’, ‘possession’, ‘usufruct’, ‘criminal intent’ and many others) – and even more so legal scholars in their reconstruction and development of law. Legal thinking makes use of concepts with many different functions and varying logical status.*³¹⁰

El uso del lenguaje es crucial para la argumentación, y por lo tanto la construcción de conceptos es fundamental para poder generar conocimiento que permita interpretar y aplicar la ley, completando la operación lógica necesaria para darle vida a las normas y principios en el caso concreto:

³⁰⁸ “Introduction”, en Hage, Jaap C. y Von Der Pfordten, Dietmar, *Concepts in law*, Springer, 2009.

³⁰⁹ Von Der Pfordten, Dietmar, “About Concepts in Law”, *Ibidem*, p. 18.

³¹⁰ Frändberg, Åke, “Legal concepts”, *Routledge Encyclopedia of Philosophy*, Taylor and Francis, USA, 1998, En línea: <https://www.rep.routledge.com/articles/thematic/legal-concepts/v-1/sections/legal-concept-formation-l-concepts-and-j-concepts>, Consultado en 2016.

A speed limit on a highway is a fairly precise law: in most cases it is clear whether a driver has conformed to the standard. But highway traffic regulation also needs (and typically uses) rules against careless or dangerous driving...If the application of vague laws is indeterminate in some cases, then in those cases a judge (or other official) responsible for applying the law cannot decide the matter by applying the law, since the law does not determine the matter (and in fact, no one can use the law to guide their conduct). Some legal philosophers have responded to this problem by claiming that judges never (or virtually never) have such a choice, and that there is virtually always a right answer to a question of legal rights...Others have responded to the problem by claiming that the law gives judges discretion, in all or some borderline cases, to decide issues that the law does not determine...As a result, vagueness raises an extraordinarily important set of problems for the philosophy of law. It may seem to be a different set of problems from those raised by vague language in general, because of three ways in which the legal use of vague language is distinctive. First, legal systems need to regulate the effects of the vagueness of language, providing for authoritative resolution of disputes as to the effect of vague language (where in some other domains of the use of language, we can get by without any such resolution). Secondly, vagueness in legal language is distinctive because lawmakers avoid ordinary vague expressions like 'driving very fast' and prefer precise speed limits (or blood alcohol limits, or tire tread measurements). When the law uses vague language, it uses abstract evaluative expressions...Thirdly, the legal context of an expression may be very different from other contexts of its use. Principles of legal interpretation (for example, a legal requirement that vague criminal enactments are to be interpreted as applying only in clear cases) may make the legal effect of the use of a word more precise than its ordinary effect. The interpretation of a legal prohibition on careless driving demands an understanding of what counts as careless for the purposes of the law.³¹¹

En ese sentido, podemos observar que es posible atribuir un significado específico en el contexto jurídico. Esto quiere decir que el derecho provee un punto de vista hermenéutico que corresponde a su *télos*, a su dimensión axiológica. Una misma palabra puede tener un significado distinto en términos jurídicos, para efectos prácticos, los usos que los operadores jurídicos hacen del lenguaje tienen sentido puesto que derivan de una lógica intrasistémica, aunque claro que esto no debe implicar su hermetismo sistémico, ni su inamovilidad. Los conceptos jurídicos también evolucionan:

From one point of view, law is a technology of rules and concepts and this technology makes use of concepts with very different functions and of varying logical status. Concepts of and about law have no given meaning that is fixed for all time. They are concepts that have a function in legal argumentation, either by reason of their inclusion in the formulation of legal problems or their solutions, or because they provide the very framework for legal argumentation. In law, concepts

³¹¹ Endicott, Timothy, "Law and Language", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2016 Edition), Edward N. Zalta (ed.), En Línea: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/law-language> , Consultado en Noviembre de 2016.

*and argumentation coalesce to form one unit. Not that the idea that legal concepts ought to be analyzed on the basis of their function is a completely new one.*³¹²

Aunque parezca increíble, algunas de las discusiones más fuertes que se han llevado a cabo en el seno de la bioética son acerca de o están relacionadas con conceptos, es decir que existen diversos puntos de vista que interpretan de manera distinta el significado de una palabra, y lo que implica dicho significado. Existen conceptos que generalmente emanan de la filosofía práctica o la ética, como por ejemplo autonomía (de la voluntad), que se relacionan fuertemente con otros conceptos como pueden ser consentimiento, acuerdo, competencia, personalidad, y así podemos llegar hasta conceptos como deber, derecho, obligación, entre otros. Gracias al lenguaje, es posible argumentar en torno a dichos conceptos, a su significado y su interpretación. El derecho, si bien aporta una perspectiva hermenéutica, no tiene la última palabra:

*The imperfections of law correspond at least in part to the imperfections of language... Words can be misspoken, misheard, and misunderstood, though. Words can be inappropriate or misappropriated, deceptive, inaccurate, or wrong, even downright dangerous. So too can law and legal claims.*³¹³

Como podemos ver, el problema de (la posibilidad de) la verdad en el lenguaje ha sido sin duda central para la filosofía analítica, y sin duda han sido objeto de debate las consecuencias prácticas en el ámbito jurídico de dicho problema. Bertrand Russell nos dice:

There are various problems as regards language. First, there is the problem what actually occurs in our minds when we use language with the intention of meaning something by it; this problem belongs to psychology. Secondly, there is the problem as to what is the relation subsisting between thoughts, words, or sentences, and that which they refer to or mean; this problem belongs to epistemology. Thirdly, there is the problem of using sentences so as to convey truth rather than falsehood; this belongs to the special sciences dealing with the subject-matter of the sentence in question. Fourthly, there is the question: what relation must one fact (such as a sentence) have to another in order to be capable of being a symbol for that other?

Según Russell, el último era el problema que preocupaba a Wittgenstein: la imposibilidad del lenguaje de convertirse en un sistema lógico que no dejara espacio a diversas interpretaciones sobre el significado de un concepto. Para Wittgenstein es fundamental evaluar el lenguaje a partir de la precisión con la cual se expresa el significado verdadero de un concepto.

En el mismo sentido, Norberto Bobbio señala que es necesario poder hablar de lenguaje riguroso para poder hablar de ciencia (jurídica). Para Bobbio, el estudio de proposiciones normativas necesariamente hace referencia a lo empírico, y al constituirse como un sistema

³¹² Frändberg, Åke, *Op. Cit. Supra* 310, p. 1.

³¹³ Constable, Marianne, "Law as Language", *Critical Analysis of Law*, Vol. 1, Núm. 1, Canadá, 2014, p. 64.

coherente de proposiciones definidas, dejando de lado la ambigüedad e indeterminación del lenguaje común, una investigación jurídica se convierte en científica.

No obstante, esto implicaría que todo concepto tiene un significado que debe ser descubierto. Para Wittgenstein no existe la posibilidad de generar condiciones que permitan realmente la infalibilidad en la comunicación desde el punto de vista del significado o la claridad conceptual.

Por su parte, Habermas señala: “El sentido en el cual un enunciado puede ser verdadero o falso no se basa en las condiciones de objetividad experimentales, sino en la posibilidad de fundamentación argumentativa de una pretensión de validez crítica”, siendo que la pretensión de validez en el discurso “se refiere a la existencia de estados de cosas que reflejamos en los enunciados”,³¹⁴ es decir que está contenida en la parte performativa del discurso. La pretensión de validez de una afirmación se aclara a través del discurso:

Los discursos sirven para la comprobación de las pretensiones de validez problematizadas de opiniones (y de normas). La única presión permitida en el discurso es la del mejor argumento; y el único motivo admitido, el de la búsqueda cooperativa de la verdad... Se introducen informaciones en el interior de los discursos, y el resultado de éstos consiste en la admisión (reconocimiento) o disolución (rechazo) de pretensiones de validez problematizadas. En el proceso discursivo no se genera otra cosa que argumentos. Los hechos quedan bajo reserva de existencia: objeto de discusión son los *estados de cosas*.³¹⁵

Para Habermas, la objetividad de una experiencia (que no es lo mismo que la verdad de un enunciado afirmado, que se examina, se razona y puede rechazarse en el marco de un discurso teórico, no práctico) es una pretensión que queda sujeta a la intersubjetividad en el discurso. Al respecto dice:

Las condiciones de objetividad de la experiencia que pueden ser esclarecidas en una teoría de la *constitución del objeto* no son idénticas a las condiciones de la argumentación que pueden esclarecerse por medio de una *teoría de la verdad* que desarrolle la lógica del discurso; pero se hallan vinculados a través de las estructuras de la intersubjetividad lingüística.³¹⁶

Para Habermas, el lenguaje funciona como un elemento transformador:

Al irse insertando procesos psíquicos como sensaciones, necesidades y sentimientos en las estructuras de la intersubjetividad lingüística, los episodios o estados internos se convierten en contenidos intencionales, que sólo pueden estabilizarse en el tiempo de forma reflexiva, es decir, como intenciones recíprocamente expectables... Afirmaciones (juicios declarativos), *preceptos* (juicios normativos) y

³¹⁴ Habermas, Jürgen, *Conocimiento e interés*, Trad. de Jiménez, Manuel *et. al.*, Taurus, 1968, p. 310

³¹⁵ *Ibidem*, p. 313

³¹⁶ *Ibidem*, p. 316

valoraciones (juicios e valuativos) expresan un “ contenido experiencial” objetivo, quedando garantizada la objetividad de la percepción gracias a la estructura intersubjetivamente compartida de los objetos de la experiencia posible, y la objetividad de los preceptos y valoraciones merced al carácter intersubjetivamente vinculante de las normas de actuación o de los criterios de valoración.³¹⁷

En ese sentido, para Habermas, la posibilidad de universalizar los intereses y las valoraciones dependen del reconocimiento intersubjetivo que se da a las normas y valores, es decir de la resolución discursiva de sus pretensiones de validez. Habermas sostiene una teoría consensual de la verdad, señalando que “el consenso fundamentado discursivamente no ha de obtenerse, en modo alguno, ‘en la realización de una acción común’, sino bajo las condiciones bien precisas de una situación ideal de habla, es decir, de una comunicación *exonerada* de coerciones de la acción”,³¹⁸ por lo que una de sus preocupaciones es establecer las condiciones del consenso obtenido de forma argumentativa.

Podríamos entender que el lenguaje es una herramienta que posibilita la intersubjetividad, que es esencial para la resolución discursiva de cualquier pretensión de validez. Hacer uso del lenguaje implica volición, e implica llevar a cabo un juicio de valor (es decir razonamiento moral), ya que el hablante elige qué decir, cómo decirlo, a quién decirlo, generalmente con un propósito (¿por qué o para qué decirlo?), por lo que manifiesta la capacidad valorativa del que emite un mensaje (el hablante) y apela a la capacidad valorativa del que recibe el mensaje (el interlocutor).

El derecho, además de formar parte del lenguaje humano, es en sí una forma de lenguaje que tiene el propósito de influir en el comportamiento humano, es decir un discurso.³¹⁹ Es claro que existen limitaciones a partir de la forma en que conceptualizamos un objeto, especialmente cuando el objeto no existe como parte del mundo físico (por ejemplo el concepto *derecho*).³²⁰ Por lo tanto no siempre podrá existir un solo significado que pueda ser “descubierto” a través de la razón o la lógica. Dice Brian Bix: “*We have a tendency to create legal concepts and then turn around think that they do or should determine how social disputes must be resolved. It is like the ancient peoples who built idols out of stone and wood, named them, and then bowed down to them, asking for assistance and guidance*”.³²¹

³¹⁷ *Ibidem*, pp. 316-317

³¹⁸ *Ibidem*, p. 329

³¹⁹ Los discursos pueden definirse como una secuencia de actos ilocucionarios pueden ser identificados por sus condiciones de éxito/fracaso, *Vid.* Vernengo, Roberto, J., “El discurso del derecho y el lenguaje normativo”, *Isonomía*, No. 4, ITAM, México, Abril, 1996, p. 91.

³²⁰ “*Philosophers of law cannot solve their problems by giving a definition of the word ‘law’, any more than philosophers of language can solve their problems by giving a definition of the word ‘language’*”, Endicott, *Op. Cit. Supra* 311.

³²¹ Bix, Brian, “Law and Language: How Words Mislead Us”, University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 09-22, En línea: <http://ssrn.com/abstract=1376366>, p. 3

El concepto es algo que se construye, y el significado algo que se atribuye, y que definitivamente puede cambiar.³²² No obstante, lo relevante es la comprensión que mi interlocutor pueda tener, ya que de este modo será posible lograr el acuerdo y por tanto tener una expectativa sobre una actitud o conducta. A qué cobra relevancia la idea de interpretación, que veremos más adelante.

El papel interpretativo del derecho en la bioética (función hermenéutica del razonamiento jurídico)

¿Cómo se piensa el derecho? ¿Cómo se construye “lo jurídico”?

En un inicio, el derecho no consistía en sí de normas, reglas y procedimientos. Sus premisas se originaron fuera de lo estrictamente normativo. Se construye a partir del razonamiento moral. La toma de decisiones en el ámbito jurídico es, en el fondo, una decisión ética en sí (incluso la decisión misma de regular). De hecho, el derecho mismo nace a través de la argumentación.

Manuel Atienza, en su libro *Las razones del derecho*, señala que pueden distinguirse tres campos de lo jurídico en los cuales se efectúan argumentaciones: 1. En la producción o establecimiento de las normas (que a su vez contemplan la fase prelegislativa y la fase propiamente legislativa), que se efectúan como consecuencia de la aparición o detección de un problema social que pretende resolverse a través del derecho; 2. En la aplicación de las normas jurídicas en la resolución de los casos (que incluyen argumentaciones en relación a los hechos, o bien al derecho, que serían propiamente problemas de interpretación); 3. En el ámbito de la dogmática jurídica (actividad compleja en la que, según el autor, cabe distinguir esencialmente tres funciones: suministrar criterios para la producción del derecho, suministrar criterios para la aplicación del derecho, y ordenar y sistematizar un sector del ordenamiento jurídico).³²³ Para Atienza, las decisiones en el ámbito jurídico deben fundarse y motivarse, es decir justificarse, no solamente elaborando conclusiones a partir de premisas fácticas-normativas, sino a partir de *razones*. Dice el autor:

...a partir de premisas falsas se puede argumentar *correctamente* desde el punto de vista lógico; y, por otro lado, es posible que un argumento (sic) sea *incorrecto* desde el punto de vista lógico, aunque la conclusión y las premisas sean verdaderas o, por lo menos, altamente plausibles. En unos casos, la lógica aparece como un instrumento necesario pero insuficiente para el control de los argumentos (un buen argumento debe serlo tanto desde el punto de vista formal como material).³²⁴

³²² Sobre esto nos dice Habermas: “...la objetividad de una experiencia no garantiza la *verdad* de la afirmación correspondiente, sino sólo la unidad de esa experiencia en la diversidad de las afirmaciones por las que es interpretada”, Habermas, *Op. Cit. Supra* 314, p. 331.

³²³ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2005, p. 2

³²⁴ *Ibidem*, p. 13.

Es innegable que existen determinadas normas que carecen de una aplicabilidad absoluta y universal, y que es fundamental poner atención a las circunstancias que rodean un caso. En ese sentido, diversos autores han afirmado que las proposiciones jurídicas son en sí de carácter dialéctico. Dice Manuel Atienza:

Los argumentos dialécticos –los de la tónica- se diferencian de los apodícticos, porque parten de los implemente opinable o verosímil, y no de proposiciones primeras o verdaderas. Pero por lo demás, las conclusiones dialécticas son, al igual que las apodícticas y a diferencia de las erísticas y de las pseudoconclusiones, formalmente correctas. La diferencia esencial radica, pues, en la naturaleza de las premisas, que, en el caso de los argumentos dialécticos son *endoxa*, esto es, proposiciones que parecen verdaderas a todos o a los más conocidos o famosos.³²⁵

La casuística guarda una estrecha relación con la retórica y la tónica, que conforme a la concepción aristotélica tiene por objeto “conclusiones que derivan de proposiciones que parecen verdaderas con arreglo a una opinión acreditada”.³²⁶ “Los tónicos”, dice Atienza, “deben entenderse de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas... Por otro lado, los tónicos deben verse como premisas compartidas que gozan de una presunción de plausibilidad o que, al menos, imponen la carga de la argumentación a quien la cuestiona”.³²⁷

Para Aristóteles, la Tónica o *ars inveniendi* es una meditación prelógica, en que primero se lleva a cabo la *inventio* y posteriormente la *conclusio*, es decir que la tónica señala las premisas, mientras que la lógica las recibe para trabajar con ellas en un momento posterior.³²⁸ La tónica para Aristóteles es una técnica del pensamiento problemático³²⁹, y los *topoi* eran “puntos de vista utilizables y aceptables universalmente, que se emplean en favor y en contra de lo opinable y que parecen conducir a la verdad”.

Cicerón retoma la tónica aristotélica, pero “en Cicerón desaparece la distinción entre lo apodíctico y lo dialéctico, pero en su lugar surge una distinción, que tiene un origen estoico... entre la invención y la formación del juicio... la tónica sería el arte de hallar argumentos. La formación del juicio, por el contrario, consistiría en el paso de las premisas a la conclusión”³³⁰ En ese sentido se dice que el nivel de tónica en Cicerón es inferior a la de Aristóteles, puesto que reduce el ejercicio retórico a la cuestión lógica o de formación

³²⁵ *Ibidem*, p. 32.

³²⁶ Viehweg, Theodor, *Tónica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, España, 1964, p. 36

³²⁷ “Los tónicos”, dice Atienza, “deben entenderse de un modo funcional, como posibilidades de orientación y como hilos conductores del pensamiento que sólo permiten alcanzar conclusiones cortas...” “Por otro lado, los tónicos deben verse como premisas compartidas que gozan de una presunción de plausibilidad o que, al menos, imponen la carga de la argumentación a quien la cuestiona”, Atienza, *Op. Cit. Supra* 323, p. 34

³²⁸ Viehweg, *Op. Cit. Supra* 326, 1964, p. 58

³²⁹ *Ibidem*, p. 49.

³³⁰ *Ibidem*, p. 33.

del juicio, es decir a la utilidad meramente práctica, dando prioridad a los resultados y no a las causas:

For Cicero... rhetoric is the study of useful speech, speech adapted to the context of its audience and their likely beliefs (topics), speech likely to persuade by virtue of its relevance to practice (res publica) and the immediate needs of the community that the rhetorician serves... For Cicero especially, rhetoric was the instrument of practice and of practitioners, it was the art and criticism of public speech conceived not as truth (stasis) but as the active and "topical" argumentation necessary for the determination of the needs and choices of the historical and political community".³³¹

En ese sentido, el lenguaje desde el punto de vista de la retórica, tenía un propósito de influir en el comportamiento colectivo (que sigue siendo la intención del derecho y de la política como discursos o formas de lenguaje):

The rhetoricians would study philosophy (dialectic, argumentation and proof), politics, law, language and the social psychology of possible audiences. In each of these spheres, their interests were pragmatic and functional... language was power for those who had access to the realm of public discourse. For the early rhetoricians, in short, rhetoric was to study speech as action, namely speech that would persuade by virtue of the systematic use of linguistic and argumentative devices that render discourse relevant and effective.³³²

Es importante señalar que en un principio, para la retórica no había una distinción o separación entre el lenguaje jurídico y otros sistemas de lenguaje, nos dice Peter Goodrich: "...the earliest tradition of legal criticism, forensic rhetoric, made no distinction between the study of law and that of the general forms of language use and persuasion and inducement to action",³³³

La retórica en el contexto de la Antigua Roma no estaba ligada a la idea de verdad, sino a la de argumentos que en determinado contexto pudieran persuadir a la audiencia, siendo que no había privilegio para los argumentos jurídicos por encima de otro tipo de argumentos: *The study of law was but one of the subdivisions of the rhetorical discipline, and legal arguments were not to be differentiated or privileged against other arguments.*³³⁴

Con el declive de la República y sus instituciones, la retórica poco a poco va perdiendo relevancia, cediendo el paso a los estudios analíticos del lenguaje y el discurso. Es así que toma fuerza la filología como disciplina en la Europa medieval, en el contexto de un Occidente latinizado, con la intención de la comprensión del lenguaje en términos de

³³¹ Goodrich, Peter, "Law and Language: A Historical and Critical Introduction", *Journal of Law and Society*, Vol. 11, No. 2, Summer, Cardiff University, UK, 1984, pp. 175-176.

³³² *Ibidem*, pp. 175-176

³³³ *Ibidem*, p. 175

³³⁴ *Ibidem*, p. 176

unidad a través de la idea de la búsqueda de significado y bajo la concepción del habla y el lenguaje como estático y apriorístico. El papel del filólogo en ese contexto sería el de la exégesis, con ayuda de la filosofía y la teología, avanzando poco a poco hacia una taxonomía lingüística hasta la consolidación de la lógica como herramienta esencial para el estudio del lenguaje como sistema.

Es por ello que el estudio del derecho durante esa época se dio a través de los textos, y los juristas estaban enfocados a la comprensión del mismo a través de la interpretación – filológica, filosófica y lógica- de los mismos:

*The techniques of legal science developed by the glossators in relation to the Justinian Codes were philological in the extreme, they were techniques which presupposed the absolute, Biblical, authorities of the texts of the Civil law. In short, the first law to be studied and taught in the West was not vernacular but oracular, it was contained in a series of texts which were to be comprehended as containing a complete and integrated body of doctrine, as the embodiment of reason and as the “source of all deductions”.*³³⁵

Es así que el estudio y la concepción del derecho poco a poco se van tornando sistemáticos y científicos. Theodor Viehweg, en su obra *Tópica y Jurisprudencia*, observa que en la modernidad, Occidente abandonó por completo la tónica y la sustituyó por el método deductivo. Dice el autor:

...la categoría del sistema deductivo aparece, al final, como algo inadecuado, casi como un impedimento a la vista...Se observa que la lógica es tan indispensable en nuestro terreno como en cualquier otro y que se la menciona con frecuencia, pero en el momento decisivo, tiene que conformarse con un segundo puesto. El primero lo ocupa el *ars inveniendi*, como pensaba Cicerón, cuando decía que la tónica precede a la lógica. Se sigue de ello que antes y después, se debe conceder un interés sustancial a la tónica. Es, sin embargo, totalmente consecuente oponerse a ella si se quiere emprender la tarea de cientificar la técnica jurídica.³³⁶

Para Viehweg “la deducción hace innecesaria la invención”,³³⁷ siendo el sistema mismo el que resuelve los problemas y califica las proposiciones de verdaderas o falsas, sin que puedan calificarse de aceptables o defendibles. Acerca de los axiomas o principios, dice Viehweg:

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

³³⁵ *Ibidem*, p. 178

³³¹ Viehweg, *Op. Cit. Supra* 326, pp. 121-122

³³⁷ *Ibidem*, p. 63.

En ese sentido, su propuesta es desarrollar un estilo especial de búsqueda de premisas, que con apoyo en puntos de vista probados, sea a su vez inventivo poniendo énfasis en el problema, y en ese sentido concebir al derecho no como algo dado, sino como algo por construir, que es responsabilidad del jurista, como se hacía en el derecho romano del cual resultó el *ius civile*.³³⁸

Nos dicen Jonsen y Toulmin:

*For its first three hundred years, indeed, Roman law comprised no systematic body of rules or generalizations, which went beyond the bounds of accepted good sense. Unlike modern judges, Roman pointiffs were required only to render decisions: they did not have to give reasons or cite well-established "rules" as justifying their adjudications. In a word, their task was not to argue: it was to pontificate.*³³⁹

Lo que señalan Jonsen y Toulmin, es que la autoridad moral que tenían los pontífices romanos, les permitía tomar decisiones éticas con base en el sistema moral de la comunidad. Esto fue lo que originó posteriormente la existencia de la ley. Aquí podemos apreciar el paso del valor, al principio y posteriormente a la norma jurídica. Con el tiempo, el derecho romano se constituyó en un sistema taxonómico, basado en la casuística (y en el razonamiento analógico), que se erigió en la base de la enseñanza de la profesión legal y su ejercicio. La lógica de los juristas que yacía detrás del pensamiento jurídico (principios), que evocaban y apelaban a una interpretación de la justicia (evidentemente fundada en el orden natural), se convirtió en los cimientos para la construcción del conocimiento jurídico.

De hecho, la obra de Jonsen y Toulmin ilustra precisamente cómo el derecho surge como reflexión ética en la práctica, y el papel que juega el casuismo³⁴⁰ en la toma de decisiones (jurídicas y bioéticas). La casuística hereda de la retórica la reapropiación acerca de la decisión sobre un caso, a la luz de ciertas máximas morales establecidas, a través de una serie de argumentos y énfasis en las circunstancias de los actos y de las personas, y la finalidad de llegar a una conclusión.

Esta metodología es de fundamental relevancia, no solamente en el ámbito de la bioética, sino en el ámbito de la toma de decisiones en general. Se basa en las particularidades de una situación, y en una combinación entre el método inductivo y analógico, derivado del

³³⁸ Viehweg nos dice que "La raíz de todo está simplemente en que el problema toma y conserva la primacía. Si la jurisprudencia concibe su tarea como una búsqueda de lo justo dentro de una inabarcable plétora de situaciones, tiene que conservar una amplia posibilidad de tomar de nuevo posición respecto a la aporía fundamental, esto es, de ser 'móvil'", *Ibidem*, p. 142.

³³⁹ Jonsen, Albert, and Toulmin, Stephen, *The Abuse of Casuistry*, University of California Press, USA, 1988, p. 53.

³⁴⁰ Jonsen y Toulmin presentan su definición de casuística: "*The analysis of moral issues, using procedures of reasoning based on paradigms and analogies, leading to the formulation of expert opinions about the existence and stringency of particular moral obligations, framed in terms of rules or maxims that are general but not universal or invariable, since they hold good with certainty only in the typical conditions of the agent and circumstances of action*", *Ibidem*, p. 18.

pensamiento aristotélico y la concepción práctica e inmanente de la ética y los valores. Desde el punto de vista del derecho, el casuismo o casuística cobra un papel fundamental en el desarrollo de su contenido moral, es decir que en gran parte, el derecho se construye y se transforma de manera práctica, sin olvidar que su lógica responde a la interpretación humana del universo.

El derecho romano se basó en el desarrollo de principios y la construcción de un orden jurídico basado en la *iurisprudentia* o las opiniones de los jurisconsultos, y en su génesis la costumbre constituyó la fuente primordial de obligaciones, que con el tiempo fueron consolidándose como cánones o máximas, que hacia el siglo VI, bajo el imperio de Justiniano, fueron recompiladas en el *corpus iuris civilis*,³⁴¹ el cual indudablemente fungió como principal herramienta difusora que resultó en la recepción del derecho romano en el mundo occidental a través de los glosadores y posglosadores.

Generalmente pensamos que la tradición del derecho romano (*civil law*) es totalmente distinta y separada de la tradición del derecho anglosajón (*common law*). No obstante lo anterior, ambos modelos o sistemas no solamente tienen una génesis común, sino que tanto comparten ciertas características, como son la primacía de lo procesal y el empleo de la casuística, entre otras. Asimismo, el derecho romano tuvo cierta influencia en el derecho anglosajón, a través de lo que se conoce como *equity*,³⁴² que en 1485 surge como sistema complementario al *common law* en virtud de su excesiva procedimentalidad y rigidez, y que incorpora más elementos del derecho canónico, que a su vez fue desarrollado a partir de la tradición romanista, y que dotó de flexibilidad al derecho inglés.³⁴³

Las instituciones jurídicas de la tradición anglosajona actualmente parten de la idea del *case law*, es decir el derecho tradicionalmente constituido por las decisiones judiciales. Es conocida la frase “*The life of the Law has not been logic, it has been experienced*”. El profesional del derecho debe hacer referencia a los principios enunciados en las resoluciones de los tribunales. El punto central del *case law* estriba en lo que se conoce como *ratio decidendi*, es decir la razón de la decisión o fundamento de la resolución de una

³⁴¹ El *corpus iuris civilis* se integraba por el Código o *Codex*, la *Institutas*, la *Novelas* y el *Digesto* o *Pandectas*. Este último contenía las principales obras de los grandes jurisconsultos romanos a manera de precedente. Vid. Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *sistemas jurídicos contemporáneos*, 11ª ed., Porrúa, México, 2008.

³⁴² La *equity* permitía al juez reconocer excepciones en la aplicación de una norma general. El *writ* se había establecido como recurso básico para el inicio de una acción procesal en el *common law*, y en ese sentido el *writ* equivalía a la acción, y habiendo sido limitado el número de writs, también lo eran las acciones. El *common law* se erigió así como un sistema eminentemente procesal (de ahí el dicho “*Remedies precede rights*”). La *equity* era el conjunto de normas elaboradas y aplicadas por la figura del canciller a fin de dar respuesta a aquellos casos que quedaban fuera de la jurisdicción de los tribunales del *common law* en virtud de la excesiva rigidez formal de los writs. El procedimiento en la *equity* se distinguía del *common law* por iniciar con una petición y no una demanda, por ventilarse ante un juez y nunca ante un jurado, y en que su resolución consistía en un decreto que no solamente establecía el pago de daños y perjuicios, sino que podía consistir en una prevención del daño (*injunction*) orden de investigación, de cumplimiento exacto (*specific performance*) o la rescisión (*rescission*). Ambas jurisdicciones fueron combinadas a través de la *Judicature Act* de 1873-1875. Vid. López Monroy, José de Jesús, *Sistema jurídico del common law*, 4ª ed., Porrúa, México, 2006.

³⁴³ Vid. Margadant, Guillermo F., *La segunda vida del derecho romano*, Porrúa, México, 1986.

caso, y distinguirla del *obiter dictum*, es decir de aquellas consideraciones no fundamentales que acompañan a la decisión. Es precisamente la *ratio decidendi* lo que constituye la base del precedente judicial. Asimismo, en virtud de la concreción de las decisiones, es posible separarse de ellas a través de la técnica de la *distinction*, es decir establecer las razones por las cuales un caso en particular es sustancialmente diferente al del precedente y, por tanto, no existen razones para deliberar en el mismo sentido en este nuevo caso.

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

...para el jurista inglés un sistema de derecho fundado exclusivamente en la ley no sería sino una concepción abstracta de los preceptos y en todo caso una dirección muy genérica de la conducta humana...en tanto que fundamental el derecho en las decisiones judiciales permite presentarnos un sistema abierto.³⁴⁴

Las razones son lo que en su momento permitieron nacer al derecho, ante la búsqueda de lo justo, de “lo debido”. El derecho no se enfoca en el *ser*, sino en el *deber ser*, y de ahí deriva el *poder hacer*. El espíritu del derecho es siempre resolutivo, puesto que requiere un posicionamiento (ético) en torno a un problema (moral) que se suscita en el ámbito intersubjetivo.

La manera en que el derecho se piensa y se construye ha permeado en otros ámbitos donde la argumentación, la fundamentación y la motivación se han vuelto esenciales. Los Comités de Ética e Investigación, Comités Hospitalarios de Bioética, y otras instituciones similares, utilizan en gran medida razonamientos (e incluso procedimientos) que se utilizan en la práctica jurídica para el análisis de los casos que se les presentan y para emitir sus resoluciones o recomendaciones. Esto es porque el valor de la justicia ya no está enfocado a resolver solamente problemas concretos o disputas, sino que se ha convertido en una pretensión moral que abarca todos los ámbitos de la vida común (que además, cada vez son más gracias a las posibilidades que abren la ciencia y la tecnología).

El derecho, al entrar en contacto con la Bioética también integra nuevos conceptos, nuevos conocimientos, nuevas perspectivas, contenidos, en fin, nuevas razones y argumentos que le permiten dar respuesta a las necesidades y a los problemas que se le presentan. En ese sentido, para seguir teniendo capacidad resolutiva, deberá emplear recursos fuera de lo estrictamente normativo e incluso de lo jurídico:

Whenever nonlegal materials are borrowed for law's purposes –regardless of whether those materials are scientific, medical, social, scientific, or bioethical-questions arise regarding how they interact with law, how closely law can rely on

³⁴⁴ López Monroy, *Op. Cit. Supra* 342, p. 126. Lo anterior no significa que el derecho inglés carezca de seguridad jurídica, puesto que precisamente el carácter vinculante del precedente, la regla del *stare decisis et non quieta movere*, le permite desarrollarse de acuerdo a las construcciones que desde el punto de vista histórico-social se han dado en el ámbito judicial.

*them, and how much openness or closure toward nonlegal material is desirable...to function effectively in complex societies, law interacts with other systems in a variety of ways. These interactions are intricate formal and informal arrangements that link law with other systems. Law can, as a result, receive input from them; rely on them on an ongoing basis, even delegate some of its tasks to them; and thus evolve to meet its own needs and the needs of an increasing complex society.*³⁴⁵

El problema actualmente es la falta de referentes éticos y morales compartidos. No tenemos ya pontífices romanos. El reto para la bioética y para el derecho está en reconstruir no solamente un lenguaje universal (como han pretendido los derechos humanos), sino una base común. La construcción de conocimiento para la toma de decisiones, la orientación de la conducta individual en la vida colectiva, la solución de conflictos, dependerá de esto. Ahora más que nunca, necesitamos construir un puente hacia el futuro. La crisis de los valores, como bien observa Bindé, proviene de la ausencia de valores compartidos, de la escisión y la ruptura del tejido social ante la falta de referentes. La radicalización y polarización del mundo, la violencia y la decadencia son producto de la inercia que provoca no tener nada que nos mantenga unidos. Robert Mc Shea señala:

*However much we may sometimes envy the calm certitudes, the confident value orientation, of our ancestors, we cannot but also see them as victims of illusion. Meanwhile, the continuing fluidity of our society, its pluralism and intercultural penetrations, render impossible the emergence of a new set of authoritative conventions...In this attempt to find a reasonable basis for judgments, we are commonly caught between two fears. One is that there is no such basis and so we are condemned to consent to live subject to the will of the cleverer or stronger. The other fear is that there is such a basis and that we will be condemned to live under a moral absolutism.*³⁴⁶

Para poder encontrar o generar referentes comunes, que sin ser absolutos sirvan para la resolución de dilemas, es probable que el derecho deba asumir en la bioética la tarea de encontrar razones para la toma de decisiones. La argumentación y la interpretación son sin duda herramientas fundamentales para la reflexión y la deliberación en la bioética. El pensamiento jurídico se basa en la aplicación práctica de las normas y los principios, que en sí constituye una reflexión ética (jurídica): los principios generales iluminan a los casos prácticos para la toma de decisiones, pero a la vez los casos prácticos definen la aplicación y el alcance de los principios generales y las normas.

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

³⁴⁵ Spielman, Bethany J., *Bioethics in Law*, Humana Press, USA, 2007, p. 2

³⁴⁶ McShea, Robert J., *Morality and Human Nature*, Temple University Press, USA, 1990, pp. 6-7.

Las normas y los principios jurídicos, en su aplicación práctica, requieren de liberación ética. Esto quiere decir que la interpretación y argumentación jurídicas son en sí expresión de la naturaleza ética del derecho, puesto que implican precisamente hacer la conexión con su dimensión axiológica (y no solamente reducirlo a una operación lógica).

Los principios en el derecho

Cuando hablamos de principios, hablamos de axiomas, es decir de verdades que, por lo menos de manera apriorística, no requieren ser demostradas en virtud de su carácter evidente. La palabra “principio” hace referencia a “la idea de inicio, o rigen o causa de algo”.³⁴⁷ Es así que podemos encontrar principios en diversas áreas del conocimiento, desde la física, la economía, y por supuesto la filosofía.

Es común escuchar hablar de principios en el campo de la moral (incluso se habla de que una buena persona “tiene principios”), así como en el del derecho se habla mucho sobre los principios generales del derecho.

En el universo de lo jurídico, los principios juegan un papel fundamental, no solamente desde el punto de vista sistemático u operativo, sino interpretativo y material.

La doctrina atribuye a los principios jurídicos, en su calidad de pilares básicos del edificio del Derecho, una serie de funciones altamente relevantes, lo cual deja fuera de toda duda su innegable necesidad para el buen funcionamiento del orden jurídico... La mayoría de los autores asigna a los principios tres grandes funciones: la integradora, la interpretativa y la programática o directiva. La primera consiste en propiciar o disciplinar la resolución de aquellas controversias no encuadrables en ninguna de las normas jurídicas válidas... La función interpretativa consiste en orientar la explicación o correcta comprensión de las normas cuyo sentido resulta más o menos oscuro (o más o menos insatisfactorio); y la función directiva, también llamada informadora, consistiría en apuntar el rumbo que habrá de seguir el orden jurídico en su desarrollo.³⁴⁸

Al respecto, Antonio Pérez Luño establece que los principios, “en una primera acepción... actúan como *metanormas*... es decir como reglas orientadores para el conocimiento, para la interpretación y para la aplicación de las restantes normas jurídicas”.³⁴⁹ Más adelante, afirma que los principios también guardan “un sentido primordialmente *ontológico*, como *principia essendi* a los que remite el ordenamiento jurídico en calidad de fuentes normativas”,³⁵⁰ refiriéndose a su función como

³⁴⁷ Pérez Luño, Antonio Enrique, “Los principios generales del derecho “¿Un mito jurídico?”, *Revista de Estudios Jurídicos (Nueva Época)*, Num. 98, Octubre-Diciembre, España, 1997, p. 10

³⁴⁸ Ramos Pascua, José Antonio, “El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. IX, España, 1992, pp. 271-272.

³⁴⁹ Pérez Luño, *Op. Cit. Supra* 347, pp. 16-17

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 17

“manifestaciones del ‘ser’ del derecho”.³⁵¹ Finalmente, refiere que los principios “pueden entenderse también, en su dimensión *axiológica*, como los *prima principia*, axiomas o postulados éticos que deben inspirar todo el orden jurídico”.³⁵²

Los principios forman parte del derecho desde su génesis (e incluso se consideran fuente del derecho) y son resultado de lo que intersubjetivamente se ha construido en torno al valor justicia:

La forma de regulación social que llamamos “derecho” ha generado, a través de su muy dilatada historia, unas creencias básicas y unas reglas técnicas de observancia generalizada, si no universal; creencias y reglas que encierran criterios de justicia reiteradamente reelaborados por la doctrina y la jurisprudencia en la resolución de los casos concretos y las elaboraciones teóricas, hasta formar un cuerpo reducido de formulaciones precisas y diferente concreción conceptual, consagradas por el uso: los principios generales del derecho.³⁵³

Es importante comprender que los principios no solamente son supletorios a la norma, sino que, como hemos dicho, son también fuente del derecho y por lo tanto tienen una naturaleza normativa. De hecho, los principios tienen tal relevancia que podría cuestionarse la validez de una norma jurídica en el caso de contradecir un principio (esto tiene que ver con la función directiva de los principios anteriormente mencionada).

Tampoco se diferencian de las normas únicamente por tener un grado mayor de abstracción,³⁵⁴ sino porque mantienen una configuración normativa (es decir que orientan la conducta) sin estar dotados de una estructura prescriptiva (que establece un supuesto de hecho y consecuencia jurídica, como hacen las normas). Esto no implica que un principio no tiene eficacia o que no es aplicable como lo son las normas, o que no tiene un carácter institucional o vinculante (que sería colocarlos en el espectro pre-positivo del derecho), puesto que existen principios y criterios que se constituyen plenamente en fuentes del derecho y por lo tanto son vigentes.

No obstante, la positividad de un principio difiere de la positividad de una norma, ya que la norma pasa a formar parte de un orden jurídico a partir de un proceso claramente

³⁵¹ *Ibidem*, p. 17

³⁵² *Ibidem*, p. 18.

³⁵³ García Canales, Mariano, “Principios generales y principios constitucionales”, *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Num. 64, Abril-Junio, México, 1989, p. 134

³⁵⁴ Esto es lo que Robert Alexy denomina “tesis débil de la separación” entre principios y normas, ya que para el autor la distinción no solamente es de grado, sino cualitativa (Vid. Alexy, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas, celebradas en San Sebastián, España, septiembre de 1988, Consultado en línea 2017: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf> . Por su parte, Bobbio habla sobre la generalidad de los principios del derecho, estableciendo que pueden distinguirse diversos grados de generalidad (1) de un instituto; 2) de una materia; 3) de una rama del derecho; 4) del ordenamiento jurídico), y que existen principios de generalidad relativa (principios *de* derecho) y de generalidad absoluta (principios *del* derecho). También para Bobbio los principios jurídicos pueden clasificarse de acuerdo a su sentido material, ámbito de validez, fuente, función, entre otros, Vid. Pérez Luño, *Op. Cit. Supra* 349, p. 11 y 16.

establecido y está delimitada temporal, material y subjetivamente. La positividad para los principios, dice Josef Esser, viene del reconocimiento de los operadores del sistema (en específico, de los jueces), por lo que son “contenidos que necesitan forma”.³⁵⁵ Para Esser, la pertenencia de un principio al orden jurídico no depende de su validez en sentido material, sino real, a través de una manifestación clara, explícita o implícita, sobre su aplicabilidad práctica por quienes están autorizados para crear o aplicar el derecho.

No obstante, es evidente que la validez (en sentido material) de un principio, al igual que la validez de las normas, tiene también una dimensión ética, puesto que viene dada a partir de los valores que tutela y expresa. En ese sentido, un principio podrá ser, al igual que las normas, por una parte, válido, por otra vigente y, también, aplicable. Esser se enfoca en la aplicabilidad para dotar a un principio de vigencia. Pero esa su vez la validez o la correspondencia de un principio con *lo que vale* lo que moral y éticamente constriñe al operador a aplicar dicho principio. De acuerdo con José Antonio Ramos Pascua, Esser entiende a los principios como

...expresión de las convicciones o de las voliciones que manifiestan los jueces en su labor de resolución de problemas jurídicos concretos. Voliciones ciertamente no arbitrarias, sino dependientes de su comprensión de los fines del ordenamiento y de las necesidades del tráfico jurídico. Si Esser otorga, aunque sólo a parentemente, tanta importancia a los principios generales del Derecho es porque cree necesario apelar a ellos para que resulte admisible la creación judicial del Derecho bajo la apariencia de no ser tal creación, sino aplicación de ciertos elementos de indiscutible raigambre jurídica.³⁵⁶

Esser reconoce a los jueces discrecionalidad ante la indeterminación, poca claridad, apertura o incluso inexistencia de una norma jurídica para responder a un caso concreto (como lo hace H.L.A. Hart). Esto no implica que el juez pueda resolver según sus simples preferencias personales o dejar su decisión al azar (ni que se tome una decisión sin precedente alguno en el universo ético, moral o jurídico de manera aislada y circunstancial como sería el caso de la ética situacional), sino que “Tendrá que hacer uso de valores, convicciones e intereses sociales, propósitos u objetivos políticos, principios de moralidad y justicia o cualesquiera otros elementos que pudieran considerarse “buenas razones” para una decisión”.³⁵⁷

Este fue uno de los puntos fundamentales a los que Ronald Dworkin se opuso en su obra *Los derechos en serio*, señalando que la función de los jueces es descubrir y no inventar el derecho,³⁵⁸ y de hecho establece que los principios aquí juegan un papel fundamental,

³⁵⁵ Esser, Josef, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, citado en Ramos Pascua, J.A., Rodilla González, M.Á. (Eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2006, p. 1165.

³⁵⁶ Ramos Pascua, *Op. Cit. Supra* 348, p. 281.

³⁵⁷ *Ibidem*, p. 282.

³⁵⁸ Dworkin, *Op. Cit. Supra* 157, p. 397.

puesto que están ahí para dar luz al operador jurídico frente a la falta de claridad, de determinación o existencia de las normas jurídicas.

Para Dworkin, como ya hemos señalado, los principios son estándares que no operan igual que las normas, pero que forman parte del universo del derecho y que gozan de plena vigencia y, por lo tanto, los jueces están obligados a aplicarlos.

Cabe recalcar que, para Dworkin, si bien los principios tienen validez en virtud de que contienen exigencias del deber ser o de los valores, también es importante tomar en cuenta que éstos deben ser adecuados para el sistema jurídico del que pretenden formar parte. Así, Dworkin no niega el carácter sistemático del derecho, pero lo plantea como un sistema más bien abierto, que incluye a los principios que conectan al sistema jurídico con la política y con otros sistemas normativos, como es la moral, apelando (reconociendo) a la dimensión axiológica del derecho. Ahora bien, Dworkin reconoce que la manera en que los principios orientan la decisión del juez no es del todo concluyente, ya que es evidente que así como las normas, los principios pueden entrar en conflicto unos con otros.

En la obra de Dworkin los principios son entendidos desde sus funciones integradora, interpretativa y programática o directiva. Nos dice Pérez Luño que, para Dworkin:

...la identificación de los principios requiere un proceso argumentativo, es decir, no obedecen a una apreciación mecánica, pero tampoco pueden ser fruto de una decisión arbitraria. Los principios son el resultado de juicios ponderados y buenas razones que evidencian, por su conexión con la tradición institucional, con el sistema normativo y con las pautas y valoraciones morales institucionalizadas de una comunidad, su idoneidad para justificar las reglas o instituciones de su sistema jurídico... los principios se manifiestan como causas argumentativas que fundamentan soluciones para los casos jurídicos, especialmente a los más difíciles, basadas en un esquema coherente de justicia, que se deriva argumentando a partir de esos criterios normativos y morales institucionalizados.³⁵⁹

Para Robert Alexy, hemos dicho que los principios difieren de las reglas, en virtud de que éstos operan como “*mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados”³⁶⁰, mientras que aquellas son mandatos definitivos, es decir que, en caso de ser válidas “entonces debe hacerse exactamente lo que ellas exigen, ni más ni menos, pues se supone contienen *determinaciones* en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”.³⁶¹

Para Alexy, una teoría de los principios que no contenga nada sobre la relación de prioridad que existe entre ellos, es decir sobre el peso que tienen unos frente a otros, sería una teoría débil de los principios; una teoría en sentido fuerte sería aquella que contuviera “además de

³⁵⁹ Pérez Luño, *Op. Cit. Supra* 347, p. 14.

³⁶⁰ Alexy, *Op. Cit. Supra* 354 p. 143.

³⁶¹ Islas Montes, Roberto, “Principios jurídicos”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVII*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2011, p. 403.

todos los principios, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, determinar unívocamente la decisión en cada uno de los casos”,³⁶² siendo que solamente en caso de ser esta posible (que para Alexy, no lo es), la tesis de Dworkin sobre la existencia de una respuesta correcta, que el operador jurídico debe descubrir y no inventar, podría estar perfectamente fundamentada.

Para lo anterior, Alexy establece que es fundamental entender la relación entre principios y valores, siendo que para este autor “toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. La única diferencia consiste en que en la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor.”³⁶³ En ese sentido, los principios corresponden a la dimensión de ontológica, mientras que los valores a la dimensión axiológica.

Alexy argumenta que “no es posible un orden que conduzca en cada caso precisamente a un resultado”, a lo que él llama orden estricto, en el cual “el peso de los valores o principios y sus intensidades de realización fueran expresables en una escala numérica, de manera calculable”.³⁶⁴ No obstante, esto no significa que sea imposible elaborar una teoría de los principios que establezca: “1) un sistema de condiciones de prioridad, 2) un sistema de estructuras de ponderación y 3) un sistema de prioridades *prima facie*”.³⁶⁵

Las condiciones de prioridad “proporcionan información sobre el peso relativo de los principios”,³⁶⁶ lo cual evidentemente requiere de la argumentación. Las estructuras de ponderación, que se refieren a las posibilidades jurídicas y fácticas que existen para dar cumplimiento a la exigencia de realización máxima posible de un principio y que hace referencia a su vez a los principios de adecuación y necesidad.

En ese sentido, Alexy formula su ley de la ponderación de la siguiente manera: “cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”,³⁶⁷ lo cual implica primero definir el grado de no satisfacción o afectación de uno de los principios (leve, medio o grave), sin ser esta estimación arbitraria sino razonable y plausible; segundo, la importancia de la no satisfacción de un principio contrario; y tercero definir si la importancia de la satisfacción de este justifica la restricción o no satisfacción del primero. La propuesta de Alexy parte entonces de una concepción sistemática de los principios, y es por ello que se trata de una herramienta de carácter lógico, que asigna a su vez valores aritméticos para llegar a una solución.

³⁶² Alexy, *Op. Cit. Supra* 354, p. 145

³⁶³ *Ibidem*, p. 145

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 145-146.

³⁶⁵ *Ibidem*, p. 146.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 147.

³⁶⁷ Alexy, Robert, “La fórmula del peso”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, CNDH-CEDH Aguascalientes, México, 2008, p. 13.

Por último, las prioridades *prima facie* “establecen cargas de la argumentación” lo cual significa que “si son más fuertes los argumentos en favor de una prioridad de un principio que juega en sentido contrario, se cumple suficientemente con la carga de la prueba. Con ello, el orden depende de nuevo de la argumentación”.³⁶⁸

Alexy, como dijimos con anterioridad, afirma que para poder adoptar la idea de una única respuesta correcta a partir de una teoría débil de los principios, requiere una teoría de la argumentación jurídica.

Neil MacCormick señala que un principio es “una norma relativamente general que desde el punto de vista de la persona que lo acepta como tal principio es contemplado como una norma general a la que es deseable adherirse y que tiene de este modo fuerza explicativa y justificatoria en relación con determinadas decisiones o con determinadas reglas para la decisión”.³⁶⁹ Esto quiere decir que, para el autor, los principios por una parte expresan el fin o valor que desea conseguirse o realizarse (a través de una norma, y del derecho en general), y a su vez justifican la toma de decisiones, pero la diferencia sería que una decisión basada en un principio no tendría el mismo carácter tan concluyente o de finitivo que aquella que se basa en una norma.

Algunos teóricos, como Manuel Atienza, destacan un elemento fundamental de los principios jurídicos: la relación razonada. Esto quiere decir que el valor que expresa un principio, para convertir dicho principio en jurídico, debe tener una relevancia casi aparente para el derecho, es decir que es razonable esperar que el derecho aspire a realizar el valor que un principio expresa.³⁷⁰

Para Roberto Islas, los principios son fundamento, punto de inicio, y a su vez tienen un nexo con aquello que se desea realizar:

...son construcciones que correlacionan un fundamento, valor, meta o fin, o en general un estándar establecido como relevante para el derecho, con aquello que se deba relacionar razonadamente; así que establecen algo esencial y algo relacional, pero se encuentran impersonal hasta que se vinculen en aplicación a una situación o caso. Más su existencia no depende de esta vinculación, no depende de su relación horizontal, sino de que los juristas lo hayan querido y hecho; no para resolver necesariamente un caso en concreto sino porque al haberse estimado relevante para la vida jurídica en razón de su importancia, trascendencia o necesidad social, entonces se han establecido como patrón, como modelo, como meta y por ello sirven no solo para resolver casos o participar directamente en una solución, sino además limitan la obtención de resultados evitando que las normas sean utilizadas para fines distintos de aquellos por los que fueron creadas y que estas se produzcan en sujeción a aquello de lo que derivan en cadena normativa, cumpliendo entonces

³⁶⁸ Alexy, *Op. Cit. Supra* 354, p. 148.

³⁶⁹ MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, p. 260, citado en Atienza, Manuel, *Op. Cit. Supra* 323, p. 120.

³⁷⁰ Vid. Islas Montes, *Op. Cit. Supra* 361.

los principios jurídicos con una doble función: determinan contenido normativo y regulan la aplicación de las normas.³⁷¹

Ahora bien, es importante destacar que los autores antes mencionados se están refiriendo a los principios del derecho desde un punto de vista intrasistémico, es decir que se están refiriendo a los principios que forman parte del universo de lo jurídico, y que son propios del derecho en el sentido de que responden a su dimensión axiológica de conformidad con la interpretación que intersubjetivamente se ha hecho en un momento histórico y en un contexto de terminado entorno a los contenidos de la ética. Sin embargo, el derecho también hace uso de principios extrasistémicos, que provienen de otros sistemas normativos como puede ser la moral. Esto en virtud de que, como hemos mencionado, coinciden en un sustrato ético fundamental, que son los valores. En ese sentido, los principios morales también pueden integrarse como principios del derecho.

En 1978, con base en los trabajos de la *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, el Departamento de Salud, Educación y Bienestar de los Estados Unidos, redactara un informe en el cual se establecieron los principios básicos rectores e n toda de cisión de bioética -respeto a la autonomía, beneficencia y justicia-, así como los requisitos mínimos de consentimiento informado, conocido como el Informe Belmont, e n c uya elaboración participaron personajes como Tom Beauchamp y James Childress, y que después dio lugar a su obra *Principles of Biomedical Ethics*, publicándose su primera edición en 1979.

Dicha obra, constituye la principal referencia -o por lo menos la más conocida y difundida- de la corriente de pensamiento conocida como principialismo o principialismo.³⁷² Los autores parten de la moralidad común³⁷³ para establecer los 4 principios³⁷⁴ que constituyen deberes *prima facie*³⁷⁵ (es decir evidentes o aparentes a primera vista, pero que no son

³⁷¹ *Ibidem*, p. 408

³⁷² “El término principialismo se usa en Bioética para referirse a un corriente de pensamiento que privilegia principios abstractos, de validez aparente o absoluta, cuya formulación, especificación, justificación y aplicación son parte de la deliberación moral”, Lolas Stepke, Fernando, “Principialismo (ético)”, en Romeo Casabona, Carlos María, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Comares, España, 2011, p. 1305.

³⁷³ La moralidad común es definida por los autores como “*The set of norms shared by all persons committed to morality...the common morality is applicable to all persons in all places, and we rightly judge all human conduct by its standards...the common morality is not relative to cultures or individuals, because it transcends both.*”, Beauchamp, Tom L. and Childress, James F., *Principles of Biomedical Ethics*, 6ª ed., Oxford University Press, New York, USA, 2009, p. 3. Más adelante, dicen Beauchamp y Childress “The four clusters of principles we present do not constitute a general ethical theory and provide only a framework of norms with which we can start in biomedical ethics” *Ibidem*, p. 16.

³⁷⁴ La diferencia entre principios y reglas es que, si bien ambos conceptos se refieren a normas generales que establecen obligaciones y derechos, “...rules are more specific in content and more restricted in scope than principles. Principles do not function as precise guides to action that direct us in each circumstance in the way that more detailed rules and judgments do”, *Ibidem*, p. 13.

³⁷⁵ Este concepto es tomado de W.D. Ross como algo distinto a obligaciones absolutas: “A *prima facie duty* is one that must be fulfilled unless it conflicts, on a particular occasion, with an equal or stronger obligation. This type of obligation is always binding unless a competing moral obligation outweighs it in a particular circumstance”, *Ibidem*, p. 15.

absolutos, sino que pueden ser sometidos a un proceso de balanceo o *balancing*)³⁷⁶ en el ámbito de la biomedicina.

De acuerdo con Beauchamp y Childress, respecto a la autonomía,³⁷⁷ beneficencia,³⁷⁸ no maleficencia³⁷⁹ y justicia³⁸⁰ permiten derivar un contenido moral básico, sin que sea necesario acudir a teorías éticas para la toma de decisiones. Si bien no sostienen una postura anti-teórica, consideran que de las teorías no debe esperarse derivar reglas concretas,³⁸¹ además de que es mucho más complicado alcanzar un consenso en el plano teórico³⁸² y de que la mayoría de las teorías tienen puntos débiles, que pueden ser subsanados al complementarse entre ellas.³⁸³

Los autores no desarrollan en sí una teoría ética,³⁸⁴ sino que buscan que los 4 principios se complementen con diversos factores,³⁸⁵ así como de los casos prácticos,³⁸⁶ para un análisis

³⁷⁶ “Balancing is the process of finding reasons to support beliefs about which moral norm should prevail...Accordingly, balancing consists on deliberation and judgment about the relative weights or strengths of norms” *Ibidem*, p. 20.

³⁷⁷ “Respect, in this account, involves acknowledging the value and decision-making rights for persons and enabling them to act autonomously”, *Ibidem*, p. 103.

³⁷⁸ “Principle of beneficence refers to a statement of moral obligation to act for the Benefit of others”, *Ibidem*, p. 197.

³⁷⁹ “The principle of nonmaleficence imposes an obligation not to inflict harm on others”, *Ibidem*, p. 149. Al respecto, nos dice Diego Gracia: “Es importante diferenciar claramente el principio de no-maleficencia del principio de beneficencia...Nunca es lícito hacer el mal, pero a veces no es lícito hacer el bien. En cualquier caso, ambos principios pueden reunirse en uno solo, que mande no hacer mal a nadie y promover el bien”, Gracia, Diego, *Los fundamentos de la bioética*, 3ª ed., Triacastella, España 2008, p. 103.

³⁸⁰ Después de analizar varias concepciones sobre el concepto de justicia, dicen Beauchamp y Childress: “We have suggested a general perspective from which to approach these problems. In particular we have proposed that society recognizes global rights to health and enforceable rights to a decent minimum of health care within a framework for allocation that incorporates both utilitarian and egalitarian standards”, Beauchamp and Childress, *Op. Cit. Supra* 373, pp. 280-281.

³⁸¹ “We have not defended what is sometimes called an ‘antitheoretical’ position; indeed we have encouraged moral theories in defense of the common morality. However, we have argued that general ethical theories should not be expected to yield concrete rules or judgments capable of resolving all contingent moral conflicts”, *Ibidem*, p. 397.

³⁸² “...affiliation with a single type of ethical theory is precarious in general ethics as well as in biomedical ethics”, *Ibidem*, p. 361; “Convergence as well as consensus about principles among a group of persons is common in assessing cases and framing policies, even when deep theoretical differences divide the group”, *Ibidem*, p. 362.

³⁸³ “In the absence of general agreement about the inadequacy of theories, we cannot rely on any given theory as an adequate basis for moral justification”, *Ibidem*, p. 371. Los autores intentan armonizar el contenido de las diversas teorías y así compensar los errores que comete cada una de ellas: “Our goal is to eliminate what is unacceptable in each type of theory and to appropriate what is relevant and acceptable for biomedical ethics”, *Ibidem*, p. 333.

³⁸⁴ “We do not claim to have developed a comprehensive ethical theory...at most, we present only elements of a comprehensive general theory”, *Idem*.

³⁸⁵ “The implementation of moral principles and rules must take into account factors such as feasibility, efficiency, cultural pluralism, political procedures, pertinent legal requirements, uncertainty about risk, and noncompliance by patients”, *Ibidem*, p. 9.

³⁸⁶ “Neither general principles nor paradigm cases without principles can guide the formation of justified moral beliefs. Principles need to be made specific for cases, and case analysis needs illumination from general principles”, *Ibidem*, p. 381.

que no está basado en un método deductivo o inductivo, sino en lo que ellos llaman equilibrio reflexivo,³⁸⁷ que busca establecer precisamente un equilibrio o coherencia entre las convicciones o juicios morales -casos concretos- y las premisas o principios morales.³⁸⁸

Las críticas hacia el principalismo de Beauchamp y Childress han sido muy fuertes, especialmente desde el punto de vista de aquellos que sostienen un enfoque universalista y fundacionalista de la moral, así como de aquellos que sostienen una visión práctica y casuística-empírica de la moral.³⁸⁹

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

...no es difícil llegar a un acuerdo sobre los universales éticos, precisamente porque son abstractos y, por lo tanto, ambivalentes. Ése es el problema de los universales, de los códigos éticos constituidos por grandes principios, como los cuatro relativos a la bioética: es fácil estar de acuerdo con ellos, pero sirven poco como guía inequívoca en la práctica. El precepto de lo que consiguen es su propia indeterminación o indefinición...Es decir, no dudamos de que no haya que hacer daño, que haya que procurar el bien, respetar la autonomía y hacer justicia. Pero discrepamos sobre lo que pueda significar mantener tales principios en casa caso concreto...Y ésta es la cuestión ética que corresponde resolver, no la de los principios fundamentales.³⁹⁰

³⁸⁷ "Several models of method and justification operate in ethical theory and contemporary biomedical ethics. We analyze and evaluate three influential models. The first model approaches justification and method from a top-down perspective that emphasizes moral norms...and ethical theory...the second approaches justification and method from a bottom-up perspective that emphasizes precedent cases in moral tradition, experience, and particular circumstances. The third refuses to assign priority to either a top-down or a bottom-up strategy. We adopt a version of the third", *Ibidem*, p. 369.

³⁸⁸ "The goal of reflective equilibrium is to match, prune, and adjust considered judgments and their specifications to render them coherent with the premises of our most general moral commitments", *Ibidem*, p. 382. Al respecto, dicen Beauchamp y Childress: "The state of reflective equilibrium is an idealization that can never be comprehensively realized, but it is not a utopian vision toward which we cannot make progress", *Ibidem*, p. 383.

³⁸⁹ "Accordingly, Principles of Biomedical Ethics has been criticized both by theorists who are in favor of particularist approaches in ethics and those who endorse universalist, comprehensive theories. Particularists argue that general principles cannot have a primary justificatory role in ethical reasoning, because the primary normative task is to correctly assess particular cases. According to their position, principles could at best function as rules of thumb, without being assigned an independent normative status. In contrast, proponents of universalist, comprehensive theories argue that postulating 'mid-level' principles without providing a foundational justificatory framework is theoretically insufficient. Common to both critical positions is the underlying assumption that for the principle-based approach the principles are the only valid reference point for moral justification. Therefore both contend that there is substantially more to ethical justification than mere reference to principles", Schmidt-Felzmann, Heike, "Pragmatic Principles. Methodological Pragmatism in the Principle-Based Approach to Bioethics", *The Journal of Medicine and Philosophy*, Nos. 5-6, Vol. 28, Oxford Journals, USA, 2003, pp. 586-587.

³⁹⁰ Camps, Victoria, "Un marco ético para la bioética", en Herrera Guido, Rosario, (coord.), *Hacia una nueva ética*, Siglo XXI editores-Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2006, pp. 39-40.

Es pertinente dicha observación, que también ha sido hecha por unos de los más importantes críticos del principalismo -especialmente el de Beauchamp y Childress-, que son K. Danner Clouser y Bernard Gert: "...the so called "principles" function neither as adequate surrogates for moral theories nor as directives or guides for determining the morally correct action. Rather they are primarily chapter heading for a discussion of some concepts which are often only superficially related to each other".³⁹¹ Beauchamp y Childress no creen que la moralidad o la ética puedan resolver una solución para cada problema,³⁹² y establecen que los principios tienen una cobertura más amplia, y en ese sentido, en la última edición de 2009 de *Principles of Biomedical Ethics* aceptan las ideas de Henry Richardson acerca del *specified principlism*,³⁹³ diciendo en el prefacio: "*The problems of bioethics are often problems of getting just the right specification of principles*".³⁹⁴

Sin embargo, comulgamos con la crítica en el sentido de que las palabras "Beneficencia", "No maleficencia", "Autonomía" y "Justicia", no constituyen guías para la acción por sí solas, sino que deben dotárseles de contenido a través de la reflexión moral. Sobre este aspecto, nos dice Olga Campos:

El objetivo de la propuesta principalista es conseguir una simplicidad metodológica mediante la asunción de unos determinados universales que no costará demasiado reconocer, en tanto que son abstractos y ambivalentes. Sin embargo precisamente por ello pueden resultar poco útiles como guía práctica. De esta forma, puede que se consiga un lugar común en la bioética, pero pagando el precio de la indeterminación. Tal indeterminación se traduce en la ambigüedad en el momento en que cualquiera de esos principios se contextualiza. Es decir, finalmente para muchos los cuatro principios sólo servirán cuando sean interpretados por una determinada teoría ética.³⁹⁵

Dicen Beauchamp y Childress:

³⁹¹ Clouser, K. Danner y Gert, Bernard, "A Critique of Principlism", en Jecker, Nancy S., Jonsen, Albert R. y Pearlman, Robert A., *Bioethics. An Introduction to the History, Methods and Practice*, 3ª ed., Jones & Bartlett Learning, 2012, p. 165.

³⁹² "We simply lack a single, entirely reliable way to resolve many disagreements, despite methods of specifying and balancing. Neither morality nor ethical theory has the resources to provide a single solution to every moral problem", Beauchamp and Childress, *Op. Cit. Supra* 373, p. 24.

³⁹³ Principalismo especificado, que quiere decir contextualizar a los principios generales al caso concreto, dándoles de ese modo una aplicación práctica concreta, cuestión que además elimina, según los autores, la posibilidad de un intuicionismo, puesto que se parte de una base común: "*Specified principlism*", as I call this model, has the following features: (1) It has one or more (probably more) general principles 'at the top'; (2) It employs casuistry but is by no means reducible to it; (3) It allows the drawing and explication of relationships between norms of different levels, relationships usually irreducible to 'derivation' or 'entailment'; and (4) It allows for discursive justification throughout the system", DeGrazia, David, "Moving Forward in Bioethical Theory: Theories, Cases and Specified Principlism", *Journal of Medicine and Philosophy*, No. 17, Oxford Journals, Houston Texas, USA, 1992, p. 523.

³⁹⁴ Beauchamp and Childress, *Op. Cit. Supra* 373, Prefacio a la sexta edición.

³⁹⁵ Campos Serna, Olga, *Bioética principalista. El papel de la tradición norteamericana*, En línea: http://cfj.filosofia.net/2008/textos/bioetica_principalista.pdf p. 6, consultado en 2011.

*Neither general principles nor paradigm cases without principles can guide the formation of justified moral beliefs. Principles need to be made specific for cases, and case analysis needs illumination from general principles. Some general rules lack an adequate justification without support from more specific considered judgments. There is no fixed order of inference or dependence from general to particular or from particular to general.*³⁹⁶

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

Por una parte, se cree que ante la imposibilidad de alcanzar algún consenso entre las diferentes teorías morales, el filósofo “modesto” debe limitarse al oficio técnico de su disciplina. Por la otra, el filósofo “ambicioso” piensa que cualquier decisión pública se inscribe en un marco teórico que debe aplicarse a la resolución de cada uno de los casos que se presentan a su consideración. Los filósofos ambiciosos, a su vez, abogan por una concepción generalista de la moral (ética deontológica, utilitarista, de derecho natural, por ejemplo) o bien por una concepción particularista (contextualismo, casuística, ética del cuidado, de la virtud, entre otras posibles). En un terreno intermedio, que señala las limitaciones de cada una de las dos posiciones extremas, se ubican aquellos filósofos que apelan a un “equilibrio reflexivo” entre principios generales y convicciones particulares, o bien reconocen la primacía de los principios pero no con un carácter absoluto, sino con un valor *prima facie*. Por cierto, estas dos últimas no son excluyentes.³⁹⁷

El equilibrio reflexivo que adoptan Beauchamp y Childress representa entonces un método basado en la consistencia en el razonamiento moral que sirve para dotar de utilidad práctica a los principios, sin que se niegue por un lado la imparcialidad, y sin ignorar por otro lado que el discurso moral debe tener un vínculo con la realidad. “La consistencia en el razonamiento moral”, dice Vázquez, “significa aceptar las implicaciones de las razones o principios a los que uno apela en la resolución de los casos particulares”³⁹⁸. Es así que lo que se busca es, más que alcanzar la coherencia sistemática, reconocer la relación entre los juicios particulares con los principios sirviendo éstos como razones o justificación de aquéllos, y la construcción de una teoría moral a través de la elección de principios.

Dentro de los esfuerzos que se han hecho para matizar la universalidad de los principios - hablamos aquí de los principios en general y no solamente los que proponen Beauchamp y Childress-, encontramos diversas propuestas hermenéuticas que pretenden armonizar la

³⁹⁶ Beauchamp and Childress, *Op. Cit. Supra* 373, p. 381.

³⁹⁷ Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, pp. 19-20.

³⁹⁸ *Ibidem*, p.36

convivencia entre ellos en el ámbito práctico, puesto que se entiende que en el caso concreto puede darse una contradicción entre dos o más principios.

Ejemplo de lo anterior es precisamente la propuesta que hace Alexy, a través de su ley de la ponderación. No obstante, Alexy reconoce que es necesario contar con una teoría de la argumentación jurídica que pueda llevar a una decisión racionalmente fundamentada, ya que según él, las reglas y los principios no autoregulan su aplicación. Para Alexy:

El punto de partida de la teoría de la argumentación jurídica es que en la jurisprudencia se trata en definitiva siempre de cuestiones prácticas, por tanto de lo que está ordenado, prohibido y permitido, la argumentación jurídica es por ello un caso especial de la argumentación práctica en general. Es un caso especial porque está situada bajo una serie de vínculos institucionales que br evemente pueden caracterizarse como la vinculación a la ley, al precedente y a la dogmática. Estos vínculos, que pueden concebirse mediante un sistema de reglas y formas específicas de la argumentación jurídica, no llevan sin embargo en cada caso precisamente a un resultado...en todos los casos más o menos problemáticos son necesarias valoraciones que no pueden extraerse obligatoriamente del material autoritativamente fijado. La racionalidad de la argumentación jurídica depende por ello esencialmente de sí, y con qué alcance, estas valoraciones adicionales son susceptibles de un control racional.³⁹⁹

Alexy señala que acerca de la cuestión de la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos, si bien no es posible generar “teorías morales *materiales* que para cada cuestión práctica permitan extraer conclusiones seguras intersubjetivamente concluyente precisamente una respuesta” sí es posible hablar de “teorías morales *procedimentales* que formulan reglas o condiciones de la argumentación o decisión práctica racional”.⁴⁰⁰ Es aquí donde Alexy identifica que la clave son las reglas y principios del discurso, con la finalidad de garantizar la racionalidad de la argumentación y de los resultados, de manera que puedan ser aceptables, y que de este modo, si pudiera garantizarse siempre un consenso a partir de las respuestas alcanzadas, podríamos decir que el discurso práctico conduce a una única respuesta (por lo menos relativamente) correcta como Dworkin pretende.

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

En ese sentido, la manera en que Beauchamp y Childress hablan de principios (aunque no son solamente estos autores quienes hacen este tipo de planteamientos), podría ser, en términos de Alexy, una teoría débil de los principios que efectivamente no permitiría

³⁹⁹ Alexy, *Op. Cit. Supra* 354, p. 149.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 150.

argumentar a favor de la no discriminación de los operadores jurídicos como pretendía Dworkin. Hablar de principios sin una construcción ética efectivamente se reduce a conceptos vacíos, sin un marco teórico (axiológico) que permita darles contenido, y por lo tanto se prestan a ser víctimas del contexto en el que se presenten.

Los dilemas bioéticos son en sí conflictos de valores y no basta con decir que hay que concretizar y contextualizar ciertos principios, sino que hay que encontrar a analizar las cuestiones de fondo en cada caso, no bándonos simplemente en intuiciones, sino en razones de peso moral que puedan justificar la toma de decisiones, y para ello es necesaria una base común de valores.

No obstante, es posible y es necesario hablar de principios cuando hacemos un análisis bioético. Lo anterior en virtud de su función integradora, interpretativa y directiva. El derecho en la bioética participa aportando también principios que pueden orientar la toma de decisiones en este campo, que además derivan de su dimensión axiológica, y por supuesto funcionan como criterios de validez para la creación de normas, y estándares previamente validados para su interpretación a través de la argumentación.

El papel normativo del derecho en la bioética

Una aportación casi natural e instantánea por parte del derecho a la bioética, proviene precisamente de su naturaleza normativa. Sabemos que el derecho se compone de diversos criterios orientadores de la conducta humana (normas, principios y valores), y que por lo tanto siempre tenderá a la regulación. El derecho no se enfoca solamente en lo que *podemos* hacer, sino también en aquello que *debemos* hacer. Nos dice Gonzalo Figueroa: “Lo científicamente verdadero deberá entenderse con lo socialmente útil, siempre que de ello surja lo moralmente aceptable... la ciencia biológica exigirá del Derecho que se legisle en los campos recién abiertos por sus descubrimientos e investigaciones, y la normatividad así resultante deberá ser éticamente deseable”.⁴⁰¹

El elemento coercitivo (no solamente en sentido psicológico, diría Hans Kelsen, sino como facultad de realizar o ejecutar actos en contra de la voluntad del individuo a quien se dirige la norma),⁴⁰² para algunos autores, es lo que distingue al derecho de otros órdenes normativos, e incluso para otros, la consecuencia jurídica distingue a las normas de los principios (por ejemplo para Dworkin)⁴⁰³. Para Kelsen

El Derecho funciona como una técnica social destinada a inducir a los hombres a conducirse de determinada manera y como técnica puede ser empleado para cualquier fin social... es posible llegar a concebir al Derecho como un puro

⁴⁰¹ Figueroa Yáñez, Gonzalo, “Bioderecho”, en Romeo Casabona, *Op. Cit. Supra* 372, p. 147

⁴⁰² Vid, Kelsen, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, 3ª ed., UNAM-APDC, México, 2001. El autor alemán señala que desde el punto de vista de la teoría pura del derecho, lo primordial es el concepto de obligación y no el de derecho subjetivo.

⁴⁰³ Vid. Dworkin, Ronald, *Op. Cit. Supra* 157.

instrumento de ordenación destinado a imponer un sistema de organización social elaborado por criterios externos a él. Por consiguiente, el Derecho no es sino el instrumento de una determinada concepción política. Su papel no va más allá de aportar la solución técnica apropiada para obtener la mayor eficacia práctica de las normas requeridas para imponerla... De lo expresado resulta que en el Derecho... no existen principios ni valores propios y que todos los que en él aparecen vienen de fuera...⁴⁰⁴

Como podemos ver, para autores como Kelsen, el derecho carece de contenidos éticos propios y se torna puramente instrumental. Pero, ¿de dónde sino es de los fundamentos éticos del derecho mismo es que éste obtiene la capacidad de castigar? Finalmente, “nadie tiene la facultad para imponer lo ilícito”.⁴⁰⁵

La pregunta entonces sería ¿cómo se justifica la coacción del Estado? La respuesta a esta pregunta requiere volver al debate sobre la discrecionalidad de los operadores jurídicos. Nos dice Albert Calsamiglia:

Las doctrinas positivistas... ofrecen una respuesta precisa a esta cuestión. Las decisiones del pasado —es decir, las leyes, los precedentes, las costumbres jurídicas—, constituyen los criterios mediante los cuales se deben fundamentar las decisiones del presente. Cuando existen leyes que tratan de los problemas que se plantean ante los jueces éstos deben decidir conforme a los criterios preestablecidos. En el caso de que no exista una ley aplicable o un precedente, o una decisión del pasado, entonces el positivismo se divide.⁴⁰⁶

Lo que Calsamiglia quiere recalcar es que existe un consenso en torno a lo que nosotros hemos señalado como obligación moral *prima facie* de obedecer al derecho, en virtud de que se entiende que su contenido, en principio, se encuentra validado intersubjetivamente. Ahora bien, el problema es qué tipo de criterios *deben* orientar la conducta o las decisiones cuando en el espectro (positivo) jurídico no existen elementos para fundamentarlas.

Al respecto, nos dice el autor que para Kelsen, por ejemplo, “el derecho siempre ofrece respuesta porque el juez debe rechazar la demanda cuando no encuentra en el derecho una norma aplicable”.⁴⁰⁷ Este sería un planteamiento desde una versión positivista fuerte en la que los jueces están vinculados totalmente a las decisiones y normas existentes (es decir por el pasado). “Una posición más moderada”, dice Calsamiglia que sería la de Hart, en la que

⁴⁰⁴ Novoa Monreal, Eduardo, “Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado”, *Anuario de filosofía del derecho*, Ministerio de Justicia/Boletín Oficial del Estado/Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Nº 1, España, 1984, p. 200.

⁴⁰⁵ Chauvet, Fidel, “Los principios fundamentales del derecho”, en Curiel, José Luis (coord.) *Filosofía del derecho y problemas de filosofía social. Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Vol. X, IJ-UNAM, Serie G Estudios Doctrinales Núm. 81, México, 1984, p. 234.

⁴⁰⁶ Calsamiglia, Albert, “El derecho como integridad: Dworkin”, Universitat Pompeu Fabra, España, 1990, En línea: http://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_25.pdf, consultado en 2017, p. 4.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 4.

“el juez puede encontrar lagunas y en este caso puede decidir conforme a su discreción”,⁴⁰⁸ siendo que los jueces estarían obligados a actuar conforme a las decisiones del pasado siempre y cuando estas se hayan producido (para Hart, el juez al hacer esto, se allega de elementos metajurídicos). Esto es a lo que Dworkin llama modelo convencional, en virtud de que son en las convenciones del pasado donde encontramos al derecho.

Contrario al convencionalismo, encontramos al pragmatismo, que se centra en la toma de decisión de conformidad con un estándar de justicia, donde la decisión viene primero y la justificación vendría después: “el juez tiene conciencia de la rectitud y trata de encontrar lo que es justo para la solución del caso. Una vez encontrada la solución entonces acude a las normas como criterio de justificación. La intuición y el resultado justo son los criterios decisivos que orientan su actividad”.⁴⁰⁹ Para el pragmatismo, el juez crea derecho todo el tiempo.

En ese sentido, la acción del Estado, para los convencionalistas, se justifica en que las decisiones están basadas en la norma, que proviene de una validación intersubjetiva; para los pragmatistas, proviene a partir de la idoneidad de los resultados alcanzados con la decisión del juez. Dworkin critica ambos enfoques, en virtud de que para él la justificación de una decisión pública recae sobre una concepción del derecho como integridad, enfoque que implica, por una parte, entender que el pasado determina el presente, por lo menos de forma relativa, y que el abandono del pasado requiere una justificación racional con base en principios justificadores, que no solamente son, junto con las normas, parte de lo que denominamos derecho, sino que constituyen su elemento fundamental.

Como hemos dicho anteriormente, la dimensión normativa del derecho, su dimensión formal o institucional, deriva de una pretensión moral que, si bien se encuentra validada de forma intersubjetiva, también cuenta con una base objetiva (que no es externa, sino interna): los valores. Por lo tanto la dimensión normativa del derecho expresa su dimensión axiológica. El sujeto moral interviene a través de la estimación y la interpretación en la validación intersubjetiva y, por supuesto, en la institucionalización de la pretensión moral que ha sido sometida a dicha validación.

Existen una gran diversidad de normas jurídicas, de ordenamientos diversos, sobre materias diversas cuyo contenido desde el punto de vista axiológico está relacionado con el valor vital, y por lo tanto, con la bioética. El ahora llamado bioderecho, no significa el reciente ingreso del valor vital o del *bios* en el universo axiológico-jurídico, sino en todo caso un replanteamiento de la relación del derecho con el *bios* a través del diálogo interdisciplinario en el contexto del desarrollo científico y tecnológico actual. Aquí vale la pena señalar lo que dice Figueroa:

No es que al configurar la voz ‘Bioderecho’ se haya pretendido restar a la voz ‘Bioética’ su contenido valórico, para reemplazarlo por ‘Derecho’, como si existiera, por un lado, una ‘Bioética’ entendida como una Ética de la vida, y por el

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, pp. 4-5.

otro, un 'Bioderecho', para señalar alguna legislación o norma imperativa sobre la vida, como si el Derecho no tuviera nada que ver con la Ética.⁴¹⁰

En ese sentido, no se ha creado una nueva rama del derecho, porque existen normas de carácter internacional, constitucional, penal, administrativo, civil, entre otros, que serán de relevancia para la bioética, ni tampoco se trata de hablar por un lado de Bioética y por otro de Bioderecho. El derecho no puede ser concebido separado del *bios*, ya que, como dicen, "sin vida no hay derecho", puesto que el valor vital es uno de los fundamentos axiológicos de todo el universo jurídico. Bioderecho debe referirse, en todo caso, a una nueva forma de interpretar y generar normas jurídicas a través de un replanteamiento del papel del derecho en su relación inevitable con el *bios*. En ese sentido, "El Bioderecho impregna todo el Derecho y cada una de sus ramas".⁴¹¹

Aunado a lo anterior, la bioética desde sus inicios integra al derecho, no solamente por ser éste una disciplina fundamentalmente ética, sino también por su carácter normativo. Una de las reacciones más naturales ante un dilema es volver a ver al derecho para tratar de resolver un problema (empezando por la presunción de eticidad o moralidad que se otorga a las normas, es decir que se entiende que, al menos *prima facie*, incumplir con una norma jurídica implica una falta ética o moral). Cuando no existe una norma clara, o existe un conflicto entre dos normas, o bien la norma existente parece entrar en conflicto con otros sistemas normativos (como puede ser la moral) de igual manera el derecho tiene la capacidad de proporcionar, a través de la interpretación, una respuesta desde su perspectiva.

Derecho-valor-bioética

Hemos visto entonces que el derecho es un fenómeno humano, un producto cultural, que surge en la intersubjetividad e ingran parte gracias al lenguaje, y que a su vez se ha convertido en un tipo de lenguaje. También tiene la finalidad de orientar la conducta humana, a través de un sistema de normas y principios, de acuerdo con lo que en un determinado contexto sea considerado como deberes mínimos como integrantes de una comunidad, dando y recibiendo lo que nos debemos los unos a los otros (y lo que merecemos por ser lo que somos).

El derecho apunta entonces a realizar los ideales más básicos de la comunidad, y pretende aportar a la posibilidad de vivir una vida humanamente vivida, por lo que surge de y a la vez persigue a la ética, y se encuentra, choca, se complementa, se enriquece, se distingue y se enfrenta con la moral.

Al surgir la Bioética ya estaba implicado el derecho, no solamente a través de los conflictos que terminaron en los tribunales, sino a través de los conceptos, los principios, las normas y sobre todo los valores que lo integran y que sin duda forman parte de los dilemas que surgen en el seno de ésta.

⁴¹⁰ Figueroa Yáñez, *Op. Cit. Supra* 401, p. 147

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 148

El derecho es capaz de intervenir en la Bioética, y es parte fundamental de ella, en virtud de que es un concepto o idea que se creó con la finalidad de a) llegar a acuerdos y consensos b) generar una expectativa razonable con base en dichos acuerdos o consensos en relación a mi conducta y la de los demás, c) promover un cambio u orientar la conducta de las personas, y posiblemente influir en su razonamiento moral, d) tutelar el sistema de valores de una comunidad y de los individuos que forman parte de ella, e) realizar los valores de dichos sistemas, f) influir en el sistema de valores de una comunidad.

Aunado a lo anterior, el derecho tiene la capacidad de aportar a la construcción de los valores que son de relevancia bioética, en virtud de que es un elemento facilitador de las relaciones intersubjetivas y de fungir como herramienta interpretativa. Al interior del universo jurídico existe también construcción axiológica, y sabemos que el paradigma contemporáneo la expresa a través de los llamados derechos humanos.

El derecho es un concepto que se construye en la intersubjetividad, y que en su comunicación e interpretación apela a la capacidad valorativa del sujeto (y en ese sentido, también se constituye en un valor, o en algo valioso). Es una herramienta argumentativa, que apunta hacia el consenso e incluso hacia el acuerdo, al grado también de ser capaz de fundar principios y elaborar normas que generen no solamente una expectativa razonable de la conducta de las personas a quienes van dirigidas, sino que las constriñan a cumplirlas incluso en contra de su voluntad.

A su vez, dichas normas y principios son resultado de los acuerdos y los consensos, de los argumentos, de las interpretaciones y de los conceptos que se construyen a partir de la intersubjetividad. Esto quiere decir que el derecho es dinámico y que por lo tanto la Bioética y las demás disciplinas y áreas del conocimiento que en ella participan habrán de influir al derecho y viceversa.

La relación del derecho con la Bioética se hace evidente en el valor vital, pero se extiende a todo el espectro axiológico. El *télos* del derecho, su dimensión axiológica, es lo que le exige buscar su lugar en la mesa al enfrentar conflictos de relevancia bioética. Asimismo, la Bioética lo requiere para la tutela del valor vital, pero también para la reinterpretación de dicho valor y de otros conceptos fundamentales que con él se relacionan en la práctica, para lograr condiciones para el consenso, para encontrar soluciones viables, que no solamente sean eficientes, sino acordes con la justicia y la dignidad.

El derecho deberá asumir el reto de ser partícipe en la bioética, adaptándose a las necesidades del mundo contemporáneo, y a nutrirse de ella para poder proteger la vida y su dignidad frente a las inclemencias de los modelos de producción, de consumo y de explotación, a la violencia, la dictadura tecnológica, la pérdida de sentido (especialmente del sentido común y el sentido de pertenencia), y sobre todo la indiferencia.

CONCLUSIONES

PRIMERA. La ética se preocupa por conocer qué es lo valioso, por qué es valioso, e incluso puede intentar analizar distintas concepciones, apreciaciones, interpretaciones y realizaciones de lo valioso.

SEGUNDA. Los sistemas normativos, como son el derecho y la moral, serán acordes con la ética siempre que tengan como objetivo realizar aquellos fines a los que ésta otorgue la categoría de valor.

TERCERA. Hay tres elementos que contribuyen a formar el valor: un sujeto (individual o colectivo), un objeto y una actividad que podemos llamar valoración. La inter-acción sujeto-objeto, siendo acción la palabra clave (acción de valorar), son lo que da sentido y fundamento a la idea de valor.

CUARTA. Existen valores que surgen a partir de conceptos creados, como podría ser la idea de justicia, que se ha constituido en un valor. No existiría la justicia sin el ser humano, pero a su vez el *ser humano* no existiría sin ella.

QUINTA. En el escenario contemporáneo tenemos mayor evidencia de los diferentes paradigmas éticos, científicos, códigos morales, sistemas jurídicos, realidades sociales, políticas, económicas y culturales. Existen diversas concepciones de la vida buena, del deber moral, y dependiendo el contexto en que nos encontremos, habremos de encontrar criterios distintos de verdad, por lo menos en sentido ético, o de bondad/corrección. No obstante, la moral y la ética no han perdido su pretensión de universalidad.

SEXTA. El uso de la razón no es nunca libre de contexto, por lo que al hablar de racional/irracional podría parecer que pretendemos descalificar ciertos usos de razón, y por tanto invalidar determinados contextos: cuando hablamos en términos de lo racional, nos referimos a la capacidad de conocer la verdad, y entonces es necesario hablar de lo racional, de quién es racional y quién no, mientras que cuando hablamos en términos de lo razonable estamos más bien haciendo referencia a la capacidad de argumentar, dialogar, construir, consensar, que parecieran otorgar al lenguaje la posibilidad de acceder a la realidad construida en los mismos términos de nuestra representación. Podemos en casos extremos llegar a “descuerdos razonables”, aquello que más que allá de lo evidente, es aceptable desde un punto de vista *humano*.

SÉPTIMA. La cultura y la diversidad no deben ser valores absolutos. Los valores, más allá de estar acreditados en la práctica en el marco de una comunidad, deben ser siempre objeto de reflexión ética desde el discurso filosófico. Las éticas discursivas no pueden agotarse en la dimensión procedimental.

OCTAVA. Es probable que, más que diversas verdades, existan varios criterios de verdad en el sentido ético, ya que los referentes siempre se encuentran sujetos a reinterpretación y a variabilidades contextuales. Esto no quiere decir que debamos aceptar en un relativismo en el sentido de inconsistencia o de “comodidad” en el plano ético y/o moral. Podemos reconocer la diversidad, integrarla como parte ineludible (además de enormemente valiosa) en la actividad discursiva, y combatir la arbitrariedad a través precisamente de la construcción de verdades éticas que

correspondan con nuestra realidad histórica. En ese sentido, podríamos aceptar el relativismo, no solamente como inevitable sino incluso como necesario y deseable, no como inconsistencia sino como diferencia, como diversidad, como dialéctica, que no elimina la ética, sino que la requiere más que nunca, puesto que implica la construcción dialógica y la reflexión argumentativa, razonable y congruente de referentes éticos, que si bien pueden ser transitorios, no son arbitrarios. Dialogar implica siempre respeto y reconocimiento de la dignidad del otro, y esto no es negociable.

NOVENA. Como elemento fundamental en el paradigma democrático el derecho es susceptible de contribuir, tanto desde el punto de vista formal (por su naturaleza normativa institucionalizada), como desde el punto de vista sustantivo (por su contenido ético y su capacidad hermenéutica) a posibilitar el diálogo entre extraños morales.

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

DÉCIMO PRIMERA. Distinguir entre la vigencia, validez o moralidad y aplicabilidad no debe implicar separar la moral del derecho, porque esa relación descansa en el contenido axiológico, ya que la moral tiene un punto de encuentro ineludible con el derecho a través de los valores, y cualquier norma jurídica que carezca del elemento de moralidad, o que no tenga una pretensión ética de realización de valores podrá ser vigente, e incluso aplicable, pero no sería válida desde un punto de vista ético, en virtud de que no cumplirá su función, es derecho en términos formales, pero no sirve como tal para lo que fue creada (que se relaciona directamente con el *valer*).

DÉCIMO SEGUNDA. El derecho no puede pretender sustituir a la moral, ni abarcar todo el universo ético, y que el sistema jurídico no tiene como objetivo principal promover una idea de lo que constituye la vida buena, puesto que de ese modo estaríamos aniquilando toda posibilidad de libertad ética desde el punto de vista individual, pero también es cierto que el derecho comparte en cierto punto los fines de la moral, y por tanto apunta a la ética, generando en gran medida las condiciones que ésta requiere en el plano comunitario. Podríamos entender la relación del derecho con la moral en términos de complementariedad, no en el sentido de que uno sin el otro estarían “incompletos”, o que sea tarea de uno llenar los vacíos del otro, sino en el sentido de que ambos comparten un punto de referencia ético central, que son los valores, pero que lo hacen de manera distinta en respuesta a la complejidad que implican las relaciones intersubjetivas en las sociedades humanas.

DÉCIMO TERCERA. El derecho, entre otras cosas, nos debe posibilitar una vida *humana*, que solamente puede ser entendida como una vida libre, en el sentido ético

de la palabra. La libertad como facultad de *ser humano*. El derecho impone ciertos límites a nuestra libertad solamente para potencializarla e incluso hacerla posible por ser una herramienta para la realización de los valores. El derecho es, idealmente, la expresión de la voluntad colectiva, que a su vez es expresión de la voluntad individual.

DÉCIMO CUARTA. Las normas de carácter moral y jurídico tienen funciones y finalidad distintas, aunque ambas apuntan a la realización de valores. Podríamos pensar que las normas de carácter moral apelan a la realización de valores desde una óptica aspiracional, y que cuando hablamos de derecho hablamos de necesidad, de mínimos, y de valores fundamentales en determinado contexto. No obstante, debemos recordar que tanto moral como derecho no son sistemas cerrados, y que en muchas ocasiones sus contenidos pueden coincidir. Ambos tienen un sustrato ético fundamental. La diferencia estriba en los valores que pretenden, o que deben pretender realizar cada uno: la bondad y la virtud podrían ser primordiales, aunque no exclusivos para la moral, mientras que la equidad y la justicia podrían ser fundamentales para el derecho. Además, el mismo valor se expresará diferente en términos jurídicos y en términos morales.

DÉCIMO QUINTA. Ciertas normas jurídicas tienen también una pretensión de universalidad en cuanto al sujeto, lo cual podría de notar una relación con determinadas normas morales, pero sobre todo deja ver su dimensión ética, es decir su fundamentación axiológica, que resulta de un ejercicio estimativo que resuelve que ciertos valores no solamente deben ser tutelados con mayor fuerza, sino que deben formar parte de la vida intersubjetiva incluso fuera de la comunidad donde inicialmente hayan surgido.

DÉCIMO SEXTA. El fundamento del jurídico es el valor, pero no todos los valores pueden ni deben tutelarse o realizarse a través del derecho. La delimitación de lo jurídico y lo moral no puede eliminarse. No podemos como sociedad relevar a la moral o considerarla sin importancia, porque ello nos llevaría a una crisis ética y social; cuando todo lo que nos debemos los unos a los otros sea lo que mande única y exclusivamente el derecho, incluso si obedecemos las normas por convicción, estaremos corriendo un gran riesgo, no solamente porque quedaría poco o nulo espacio para la diversidad moral (toda moral sería pública), sino porque es imposible para el derecho, por su naturaleza misma, abarcar toda posibilidad que nos abre la libertad en sentido ético.

DÉCIMO SÉPTIMA. Los valores que el derecho tutela generalmente, aunque no incondicionalmente, coinciden con la idea que comparten los individuos de una comunidad acerca de la vida buena en su expresión intersubjetiva y no solamente intrasubjetiva. Existe una conexión inherente entre la moral y el derecho, ya que comparten un fundamento que es la ética. Además, aunque tengan una finalidad diferente, no pueden desvincularse: no es posible hablar de justicia sin hacer referencia a la idea de vida buena, y viceversa. Lo anterior no puede significar que el derecho existe para imponer una idea de la vida buena a una sociedad. El derecho debe siempre permitir y fomentar espacios para la diversidad moral.

DÉCIMO OCTAVA. El derecho es símbolo del consenso (aunque no necesariamente del acuerdo), dejando siempre espacio para la diversidad. Si bien reclama obediencia, ésta es solamente de carácter *prima facie* desde el punto de

vista moral y por supuesto ético. En ese sentido, existe la objeción de conciencia (aunque cabe aclarar que dicha objeción siempre se da dentro de los límites legales, siempre y cuando no se afecten irremediablemente derechos de terceros) pero también podemos observar la resistencia o la desobediencia, en el caso de que el derecho llegue a tal tensión con el sistema de valores de un individuo o una comunidad que derive en ruptura, situación que instantáneamente exige una transformación en el sistema jurídico.

DÉCIMO NOVENA. Las luchas y conflictos sociales más relevantes normalmente buscan, en primera instancia, influir a través de un cambio en la legislación. El derecho es sin duda la huella más tangible de toda revolución, es la prueba más visible del cambio social, del triunfo (o la conquista) moral. La regulación es expresión de interpretaciones axiológicas y actitudes estimativas que se dan en un determinado contexto, que resultan sin duda del dinamismo social, e incluso de conflicto (moral). Esto no quiere decir que todos los valores compartidos en una comunidad habrán de expresarse a través del derecho, ni que todos los valores expresados en el derecho sean compartidos por todos los integrantes de la comunidad. No obstante, un sistema jurídico eficiente apunta a la realización de los valores fundamentales que nos permitan vivir humanamente. Sin embargo, no es susceptible de expresar todo el complejo espectro axiológico que se desarrolla en la intersubjetividad, y es por ello que no podemos reducir a él todo el universo de lo normativo.

VIGÉSIMA. El derecho también funciona como un instrumento para evaluar la pertinencia y la validez (ética) de nuevas pretensiones morales o de los cambios que se hayan suscitado en un determinado sistema de valores, así como nuevas interpretaciones (estimativas) a manera de contrapeso, funcionando como estabilizador ante la volatilidad moral y también conciliador si pensamos en sociedades que se caracterizan por una gran diversidad moral, no permitiendo que una determinada visión de la vida buena sea impuesta sin más, especialmente si podría estar contra la justicia o la dignidad, por ejemplo. De hecho, el derecho puede también tomar un rol activo, enfrentando o poniendo en tela de juicio el sistema de valores vigente en una sociedad o bien proponer nuevas estimativas. En el seno del derecho también es posible generar cambios que se vean reflejados en nuestra visión de la vida buena.

VIGÉSIMO PRIMERA. Desde el punto de vista de la ética, el derecho tiene un valor, porque lo utiliza como posibilitador, como realizador de sí misma. El derecho ayuda a la integración social y a la consecución de objetivos individuales y colectivos. El derecho aspira a que podamos vivir éticamente, humanamente.

VIGÉSIMO SEGUNDA. El derecho es un producto de la cultura humana que expresa y tutela valores sociales, los cuales más allá de ser definidos como una entidad ontológica objetiva o como mera preferencia, interpretación o apreciación subjetiva, adquieren significado en la interacción del objeto con el sujeto a través del acto de valorar.

VIGÉSIMO TERCERA. El derecho posibilita la vida humana en términos de justicia, dignidad y libertad, pero la moral por su parte aspira a un ideal de la vida buena, una vida humana que va más allá de los mínimos, que apunta a la excelencia. Esto no quiere decir que exista un divorcio entre uno y otro, y de hecho, como

hemos visto, una vida buena no puede ser concebida sin referencia alguna a la justicia, la dignidad y la libertad, y viceversa: una vida humana requiere de todo lo anterior.

VIGÉSIMO CUARTA. Si bien el derecho es una realidad que invariablemente se construye en el diálogo, en la vida colectiva, y requiere por lo tanto que las reglas del mismo estén bien establecidas, también es cierto que no podemos pretender sustituir a la moral o la ética a través de los contenidos del derecho, o reducirlas en el consenso alcanzado y plasmado en las normas jurídicas. Si como sociedades humanas desdeñamos las obligaciones morales, o las consideramos obligaciones de segundo plano frente a las obligaciones jurídicas, como meramente “opcionales”, hemos perdido sin duda el rumbo y la esperanza para la ética.

VIGÉSIMO QUINTA. Es distinto hablar de consenso (*consensus*) y de acuerdo (*agreement*), es decir que podemos no estar de acuerdo en términos morales, pero llegar a un consenso al establecer las normas (jurídicas). Es la diferencia entre “estar de acuerdo” y “ponerse de acuerdo”. Lo anterior no quiere decir que a través del derecho no podamos construir condiciones para el acuerdo. El derecho puede ser concebido como un sistema unificador en términos de lenguaje, es decir como elemento fundamental para la integración social en el mundo moderno que está formado por sociedades complejas. Es también una herramienta estabilizadora que debe no obstante fomentar la diversidad, las condiciones de diálogo y posibilitar el consenso –si bien no siempre el acuerdo–, pero no puede ser reducido a las reglas del juego, puesto que tiene un contenido ético sustancial, no solamente formal o procedimental.

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

VIGÉSIMO SÉPTIMA. Lo mejor a lo que podemos aspirar los seres humanos, es a un futuro en el que sea posible la humanidad, no como especie, sino como condición. Actuar *humanamente*, vivir *humanamente* implica responsabilidad en términos bioéticos. No es posible hablar de humanidad sin implicar respeto al *bios*, porque somos parte de él. No podemos *ser humanos* de otro modo. El derecho pretende posibilitar una vida *humana*, y por lo tanto deberá ponerse al servicio de la bioética y nutrirse de ella para lograr la construcción de un nuevo humanismo y proponer formas de realizar una nueva estimativa que incluya al *bios*, y que apunte a alcanzar la justicia, la libertad y la dignidad para todos los que integramos el *bios*, sin el cual no seremos capaces si quiera de hablar de *humanidad*.

VIGÉSIMO OCTAVA. Los derechos humanos se han convertido en el paradigma actual de realización de los valores en el ámbito del derecho. Los derechos humanos son la lógica bajo la cual se encuentran estructurados los Estados constitucionales democráticos en la actualidad, y que además marcan la pauta no solamente para su legitimación y la validez de los actos de autoridad, sino en ve hículo para la interpretación y el desarrollo de todo el orden jurídico hacia los valores que los derechos humanos protegen, especialmente el valor dignidad humana, que es el

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

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

TRIGÉSIMA. El universo de lo jurídico incluye una dimensión axiológica, y son precisamente los valores el puente que une derecho y moral, por lo tanto las exigencias morales pueden fácilmente convertirse en jurídicas y enriquecerse del lenguaje jurídico, y viceversa. El derecho en su dimensión axiológica encuentra su fundamentación ética que le permite tener elementos propios para interpretarse a sí mismo, por lo que la moral no es un orden superior al cual deberá acudir el derecho por autoinsuficiencia hermenéutica.

TRIGÉSIMA PRIMERA. Concebiremos a los derechos en general, y a los derechos humanos en particular, como pretensiones morales que cuentan con una validación subjetiva e intersubjetiva que puede ser reflejada en instituciones (para el caso de las normas jurídicas), pero cuya base objetiva son los valores. El Estado, como punto de referencia de la realidad jurídica en la modernidad tiene el papel de convertir a las exigencias éticas y morales en derecho positivo.

TRIGÉSIMA SEGUNDA. La única forma de poder llegar a una idea de justicia compartida, es a través del reconocimiento del yo en el otro, de nuestra humanidad compartida, y es así que podremos, posiblemente, superar la inconmensurabilidad de los lenguajes técnicos y morales. Lo anterior recalca el deber ético que tenemos no de darle valor a los demás seres humanos, sino de reconocer su valor. La autoridad de los derechos humanos, la razón por la cual es un deber moral y ético respetarlos, viene no solamente de su capacidad como discurso, ni de su razonabilidad –es decir de que su aceptabilidad o validación a través del consenso–, sino de ser, por una parte, resultado de una reflexión en relación a qué es lo que nos debemos los unos a los otros en nuestra condición de seres humanos.

TRIGÉSIMA TERCERA. Tener un derecho en sentido jurídico requiere “estar en posición de reclamar algo”, y aquí el papel del reconocimiento de una pretensión moral juega un papel fundamental. El nacimiento jurídico de un derecho implica su validación intersubjetiva, que da a su titular la posibilidad de exigirlo frente a terceros, y en ese sentido, siempre será histórico, o en otras palabras, imposible de liberar del contexto en el que nace.

TRIGÉSIMA CUARTA. Los derechos humanos generalmente (e idealmente) se encuentran reconocidos a nivel constitucional. Por limitados, controversiales y

perfectibles que sean, sobre todo desde la perspectiva del multiculturalismo, e ellos son los principales e irreversibles parámetros éticos, ético-políticos y ético-jurídicos de carácter laico, humanista y racional que ha aportado la modernidad a la historia universal. Constituyen, en efecto, la “tabla de valores” de nuestro tiempo.

TRIGÉSIMO QUINTA. La legitimidad en sentido amplio es la fundamentación ética de un acto. Dentro de un sistema de valores, la legitimidad podrá traducirse como *accordance*, o como congruencia. Por otra parte, la legalidad, es una forma jurídica de legitimidad, que tiene que ver con la idea de congruencia, pero con un enfoque hacia garantizar cierto grado de certeza o seguridad jurídica y, por tanto, requiere que todo acto (jurídico) de estar fundado y motivado, y en concordancia con las normas de mayor jerarquía, a manera que lógicamente (incluso silogísticamente) dicho acto esté justificado. Es aquí donde los derechos humanos se han constituido también en la premisa mayor de dicha operación lógica, de modo que un acto se entiende de bidamente fundado y motivado, prima facie, si es congruente con el respeto a los derechos humanos, las normas que los reconocen y su garantía (de ahí precisamente la noción que se tiene de los mismos de ser “fundamentales” dentro de un sistema jurídico).

TRIGÉSIMO SEXTA. Los derechos humanos, como discurso, como herramienta hermenéutica, como filosofía, tienen sin duda un valor ético-jurídico. La tendencia a protegerlos a través de normas vinculantes y garantizarlos a través del Estado, incluso en contra del mismo dan muestra del compromiso moral para con ellos. Sin duda reflejan la forma en que actualmente se relacionan el derecho, la política y la ética. Pero así como decimos que no debemos confundir la garantía de un derecho con el derecho garantizado, no debemos confundir la expresión de un valor con el valor. Los derechos humanos valen mientras sean efectivos para tutelar la dignidad humana, por que son la expresión de la reconocida intersubjetividad de la dignidad. Asimismo, hemos mencionado con anterioridad, que ningún valor es ni debe ser absoluto.

TRIGÉSIMOS SÉPTIMA. Toda pretensión jurídica es en el fondo una pretensión moral, y por lo tanto tienen siempre un fundamento ético (los valores), que constituye un elemento objetivo. Es más bien en la expresión o la forma en que es reconocida dicha pretensión donde podemos observar una diferenciación en derechos en sentido moral y derechos en sentido jurídico. Si un valor se traduce en un derecho moral o un derecho jurídico dependerá más bien de la forma en que pretendan realizarse y, por supuesto, de la interacción con la dimensión axiológica subjetiva, que es el sujeto que interpreta el valor. Aquí es precisamente donde la intersubjetividad juega un papel fundamental.

TRIGÉSIMO OCTAVA. No es necesario otorgar personalidad jurídica o ningún status a los demás seres vivos para que exista la obligación de respetarlos y reconocer su valor, por que no somos nosotros quienes, uni lateralmente, se los damos. No obstante, el lenguaje de derechos sin duda robustece a los contenidos morales, aunque es sin duda limitado porque está enfocado a una base mínima de conductas socialmente exigibles desde un ideal de justicia. No obstante, no podemos hablar de justicia sin hacer una referencia a la idea de vida buena, y esa

vida buena se refiere no solamente a la vida humana, sino a todo el *bios*, y es por ello que no puede desligarse el *bios* del *ethos*, ni el *ethos* del *ius*.

TRIGÉSIMO NOVENA. Hablar de intersubjetividad es un poco más complejo que hablar de simple coexistencia. Es necesario que haya alguna especie de intercambio como resultado de la interacción entre los sujetos. Para ello, el lenguaje juega un papel fundamental. Sin lenguaje no podríamos hablar de cultura, y mucho menos de derecho. El derecho consiste en diálogo (moral), porque siempre implica interlocución. Entonces el derecho existe gracias al lenguaje, y es a su vez una forma de lenguaje.

CUADRAGÉSIMA. El ser humano es capaz de comprender a otros a través del lenguaje –si es que la comunicación es efectiva– y posteriormente puede analizar, interpretar, *valorar* y tomar una decisión sobre cómo reaccionar o responder. A partir la concepción del “yo”, “no-yo” (o mejor dicho la idea de otredad), “mío”, “no-mío” (o la idea de la propiedad y de lo ajeno), junto con la correlación entre acto y consecuencia, pudieron haber originado el razonamiento moral, y una vez que la idea existe, puede comunicarse a través de lo que llamamos lenguaje. Hay evidencia que sugiere que a partir de la invención del lenguaje en general, el ser humano fue perfeccionando no solamente sus habilidades comunicativas sino cognitivas. Esto podría implicar que el razonamiento moral se fue perfeccionando conforme se fue traduciendo en lenguaje moral, y viceversa.

CUADRAGÉSIMO PRIMERA. El uso del lenguaje es crucial para la argumentación, y por lo tanto la construcción de conceptos es fundamental para poder generar conocimiento que permita interpretar y aplicar la ley, completando la operación lógica necesaria para darle vida a las normas y principios en el caso concreto. El derecho, además de formar parte del lenguaje humano, es en sí una forma de lenguaje que tiene el propósito de influir en el comportamiento humano, es decir un discurso.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDA. Algunas de las discusiones más fuertes que se han llevado a cabo en el seno de la bioética son acerca de o están relacionadas con conceptos, es decir que existen diversos puntos de vista que interpretan de manera distinta el significado de una palabra, y lo que implica dicho significado. Es posible atribuir un significado específico en el contexto jurídico. El derecho provee un punto de vista hermenéutico que corresponde a su *télos*, a su dimensión axiológica. Una misma palabra puede tener un significado distinto en términos jurídicos, para efectos prácticos, los usos que los operadores jurídicos hacen del lenguaje tienen sentido puesto que derivan de una lógica intrasistémica, aunque claro que esto no debe implicar su hermetismo sistémico, ni su inamovilidad. El derecho, si bien aporta una perspectiva hermenéutica, no tiene la última palabra.

CUADRAGÉSIMO TERCERA. El lenguaje es una herramienta que posibilita la intersubjetividad, que es esencial para la resolución discursiva de cualquier pretensión de validez. Hacer uso del lenguaje implica volición, e implica llevar a cabo un juicio de valor (es decir razonamiento moral), ya que el hablante elige qué

decir, cómo decirlo, a quién decirlo, generalmente con un propósito (¿por qué o para qué decirlo?), por lo que manifiesta la capacidad valorativa de quien emite un mensaje (el hablante) y apela a la capacidad valorativa del que recibe el mensaje (el interlocutor). El concepto es algo que se construye, y el significado algo que se atribuye, y que definitivamente puede cambiar. No obstante, lo relevante es la comprensión que el interlocutor pueda tener, ya que de este modo será posible lograr el acuerdo y por tanto tener una expectativa sobre una actitud o conducta.

CUADRAGÉSIMO CUARTA. En un inicio, el derecho no consistía en sí de normas, reglas y procedimientos. Sus proemisas se originaron fuera de lo estrictamente normativo. Se construye a partir del razonamiento moral. La toma de decisiones en el ámbito jurídico es, en el fondo, una decisión ética en sí (incluso la decisión misma de regular). De hecho, el derecho mismo nace a través de la argumentación.

CUADRAGÉSIMO QUINTA. La manera en que el derecho se piensa y se construye ha permeado en otros ámbitos donde la argumentación, la fundamentación y la motivación se han vuelto esenciales. Los Comités de Ética en Investigación, Comités Hospitalarios de Bioética, y otras instituciones similares, utilizan en gran medida razonamientos (e incluso procedimientos) de naturaleza jurídica para el análisis de los casos que se les presentan y para emitir sus resoluciones o recomendaciones. Esto es porque el valor de la justicia ya no está enfocado a resolver solamente problemas concretos o disputas, sino que se ha convertido en una pretensión moral que abarca todos los ámbitos de la vida común.

CUADRAGÉSIMO SEXTA. El derecho, al entrar en contacto con la Bioética también integra nuevos conceptos, nuevos conocimientos, nuevas perspectivas, contenidos, en fin, nuevas razones y argumentos que le permiten dar respuesta a las necesidades y a los problemas que se le presentan. En ese sentido, para seguir teniendo capacidad resolutoria, deberá emplear recursos fuera de lo estrictamente normativo e incluso de lo jurídico.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMA. El problema actualmente es la falta de referentes éticos y morales compartidos. El reto para la bioética y para el derecho está en reconstruir no solamente un lenguaje universal (como han pretendido los derechos humanos), sino una base común. La construcción de conocimiento para la toma de decisiones, la orientación de la conducta individual en la vida colectiva, la solución de conflictos, dependerá de esto. La radicalización y polarización del mundo, la violencia y la decadencia son producto de la inercia que provoca no tener nada que nos mantenga unidos.

CUADRAGÉSIMO OCTAVA. Para poder encontrar o generar referentes comunes, que sin ser absolutos sirvan para la resolución de dilemas, es probable que el derecho deba asumir en la bioética la tarea de encontrar razones para la toma de decisiones. La argumentación y la interpretación son sin duda herramientas fundamentales para la reflexión y la deliberación en la bioética. El pensamiento jurídico se basa en la aplicación práctica de las normas y los principios, que en sí constituye una reflexión ética (jurídica): los principios generales iluminan a los

casos prácticos para la toma de decisiones, pero a la vez los casos prácticos definen la aplicación y el alcance de los principios generales y las normas.

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

QUINCUGÉSIMA. Las normas y los principios jurídicos, en su aplicación práctica, requieren de liberación ética. Esto quiere decir que la interpretación y argumentación jurídicas son en sí expresión de la naturaleza ética del derecho, puesto que implican precisamente hacer la conexión con su dimensión axiológica (y no solamente reducirlo a una operación lógica).

QUINCUGÉSIMA PRIMERA. Los principios forman parte del derecho desde su génesis (e incluso se consideran fuente del derecho) y son resultado de lo que intersubjetivamente se ha construido en torno al valor justicia. No solamente son supletorios a la norma, sino que son también fuente del derecho y por lo tanto tienen una naturaleza normativa. De hecho, los principios tienen tal relevancia que podría cuestionarse la validez de una norma jurídica en el caso de contradecir un principio.

QUINCUGÉSIMA SEGUNDA. Los principios no se diferencian de las normas únicamente por tener un grado mayor de abstracción, sino por que mantienen una configuración normativa (es decir que orientan la conducta) sin estar dotados de una estructura prescriptiva (que es tablezca supuesto de hecho y consecuencia jurídica, como hacen las normas). Esto no implica que un principio no tiene eficacia o que no es aplicable como lo son las normas, o que no tiene un carácter institucional o vinculante (que sería colocarlos en el espectro pre-positivo del derecho), puesto que existen principios y criterios que se constituyen plenamente en fuentes del derecho y por lo tanto son vigentes. No obstante, la positividad de un principio difiere de la positividad de una norma, ya que la norma pasa a formar parte de un orden jurídico a partir de un proceso claramente establecido y está delimitada temporal, material y subjetivamente.

QUINCUGÉSIMA TERCERA. La validez (en sentido material) de un principio, al igual que la validez de las normas, tiene también una dimensión ética, puesto que viene dada a partir de los valores que tutela y expresa. En ese sentido, un principio podrá ser, al igual que las normas, por una parte, válido, por otra vigente y, también, aplicable.

QUINCUGÉSIMA CUARTA. Un dilema en bioética tiene que ver con valores que se encuentran integrados en un sistema moral universal, pero también en un sistema moral particular o local dentro de un contexto social específico. Hablar de principios sin una construcción ética efectivamente se reduce a conceptos vacíos,

sin un marco teórico (axiológico) que permita darles contenido, y por lo tanto se prestan a ser víctimas del contexto en el que se presenten.

QUINCUAGÉSIMA QUINTA. Los dilemas bioéticos son en sí conflictos de valores y no basta con decir que hay que concretizar y contextualizar ciertos principios, sino que hay que entrar a analizar las cuestiones de fondo en cada caso, no basándonos simplemente en intuiciones, sino en razones de peso moral que puedan justificar la toma de decisiones, y para ello es necesaria una base común de valores.

QUINCUAGÉSIMA SEXTA. No obstante, es posible y es necesario hablar de principios cuando hacemos un análisis bioético. Lo anterior en virtud de su función integradora, interpretativa y directiva. El derecho en la bioética participa aportando también principios que pueden orientar la toma de decisiones en este campo, que además de rivar de su dimensión axiológica, y por supuesto funcionan como criterios de validez para la creación de normas, y estándares previamente validados para su interpretación a través de la argumentación.

QUINCUAGÉSIMA SÉPTIMA. La dimensión normativa del derecho, su dimensión formal o institucional, deriva de una pretensión moral que, si bien se encuentra validada de forma intersubjetiva, también cuenta con una base objetiva (que no es externa, sino interna): los valores. Por lo tanto la dimensión normativa del derecho expresa su dimensión axiológica. El sujeto moral interviene a través de la estimación y la interpretación en la validación intersubjetiva y, por supuesto, en la institucionalización de la pretensión moral que ha sido sometida a dicha validación.

QUINCUAGÉSIMA OCTAVA. Una de las reacciones más naturales ante un dilema es voltear a ver al derecho para tratar de resolver un problema (empezando por la presunción de eticidad o moralidad que se otorga a las normas, es decir que se entiende que, al menos prima facie, incumplir con una norma jurídica implica una falta ética o moral). Cuando no existe una norma clara, o existe un conflicto entre dos normas, o bien la norma existente parece entrar en conflicto con otros sistemas normativos (como puede ser la moral) de igual manera el derecho tiene la capacidad de proporcionar, a través de la interpretación, una respuesta desde su perspectiva.

QUINCUAGÉSIMA NOVENA. La relación del derecho con la Bioética se hace evidente en el valor vital, pero se extiende a todo el espectro axiológico. El *télos* del derecho, su dimensión axiológica, es lo que le exige buscar su lugar en la mesa al enfrentar conflictos de relevancia bioética. Asimismo, la Bioética lo requiere para la tutela del valor vital, pero también para la reinterpretación de dicho valor y de otros conceptos fundamentales que con él se relacionan en la práctica, para lograr condiciones para el consenso, para encontrar soluciones viables, que no solamente sean eficientes, sino acordes con la justicia y la dignidad.

SEXAGÉSIMA. El derecho deberá asumir el reto de ser participe en la bioética, adaptándose a las necesidades del mundo contemporáneo, y a nutrirse de ella para poder proteger la vida y su dignidad frente a las inclemencias de los modelos de

producción, de consumo y de explotación, a la violencia, la dictadura tecnológica, la pérdida de sentido (especialmente del sentido común y el sentido de pertenencia), y sobre todo la indiferencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", ponencia presentada en las IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas, celebradas en San Sebastián, España, septiembre de 1988, En línea: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>
- Amaya, Amalia, "Virtudes Judiciales y Argumentación. Una aproximación a la ética jurídica", Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Serie *Temas Selectos de Derecho Electoral*, No. 6, México, 2009, pp.
- Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, UNAM, México, 2005
- Beauchamp, Tom L. and Childress, James F., *Principles of Biomedical Ethics*, 6a ed., Oxford University Press, New York, USA, 2009
- Beuchot, Mauricio, "Ética y justicia en Tomás de Aquino", en Platts, Mark, *La ética a través de su historia*, UNAM, México, 1998
- Bidart Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, UNAM, México, 1993
- Bindé, Jérôme (Dir.), *¿Hacia dónde se dirigen los valores? Coloquios del siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006
- Bix, Brian, "Law and Language: How Words Misdemean Us", University of Minnesota Law School, Legal Studies Research Paper Series, Research Paper No. 09-22, En línea: <http://ssrn.com/abstract=1376366>
- Bloch, Ernst, *Natural Law and Human Dignity*, The MIT Press, USA, 1986
- Calsamiglia, Albert, "El derecho como integridad: Dworkin", Universitat Pompeu Fabra, España, 1990. En línea: http://www.icps.cat/archivos/WorkingPapers/WP_I_25.pdf
- Campos Serna, Olga, *Bioética principalista. El papel de la tradición norteamericana*, En línea: http://cfj.filosofia.net/2008/textos/bioetica_principalista.pdf
- Camps, Victoria, "Un marco ético para la bioética", en Herrera Guido, Rosario, (coord.), *Hacia una nueva ética*, Siglo XXI editores-Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México, 2006.
- Caputo, John D., and Vattimo, Gianni, *After the Death of God*, Columbia University Press, USA, 1983.
- Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, CNDH-CEDH Aguascalientes, México, 2008.
- Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, Porrúa/UNAM/CNDH, México, 2005
- Carpintero Benítez, Francisco, *Historia del derecho natural. Un ensayo*, UNAM, México, 1999
- Carrión García, Yazmín Yadira, *Derecho: fines y alcances desde la perspectiva de Fernando Savater*, Porrúa-Facultad de Derecho UNAM, México, 2013
- Cassirer, Ernst, *An essay on man*, Yale University Press, 1944
- Constable, Marianne, "Law as Language", *Critical Analysis of Law*, Vol. 1, Núm. 1, Canadá, 2014
- Cortina, Adela, *Ética sin moral*, 9ª Ed., Tecnos, España, 2010
- Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Trotta, México, 2012
- Curiel, José Luis (coord.) *Filosofía del derecho y problemas de filosofía social. Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Vol. X, IJ-UNAM, Serie G Estudios Doctrinales Núm. 81, México, 1984.

- De la Torre Martínez, Carlos, *La recepción de la teoría de los valores en la filosofía del derecho*, IJ-UNAM, México, 2005
- DeGrazia, David, "Moving Forward in Bioethical Theory: Theories, Cases and Specified Principlism", *Journal of Medicine and Philosophy*, No. 17, Oxford Journals, Houston Texas, USA, 1992
- Devlin, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, New York, USA, 1970
- Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, The Belknap Press of Harvard University Press, USA, 2012
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, España, 2002
- Echeverría, Javier, "Axiología y ontología: los valores de la ciencia como funciones no saturadas", *Argumentos de Razón Técnica*, No. 5, Universidad de Sevilla, España, 2000, pp.
- Eifring, Halvor and Theil, Rolf, *Linguistics for Students of Asian and African Languages*, 2005, En línea: <https://www.uio.no/studier/emner/hf/ikos/EXFAC03-AAS/h05/larestoff/linguistics/>
- Engelhardt, H. Tristram Jr., *The Foundations of Bioethics*, 2nd. Ed., Oxford University Press, USA, 1996
- Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, España, 2001
- Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, New York, USA, 2011
- Foot, Philippa, *Bondad natural*, Paidós, España, 2002
- Fronzizi, Risieri, *¿Qué son los valores?*, 3ª ed., 7ª reimpresión, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 135, México, 1972
- Fronzizi, Risieri, *Introducción a los problemas fundamentales del hombre*, 2ª Ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1992
- Fuller, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, Connecticut, USA, 1964
- Gafo, José Domingo, "Crisis moral", *Boletín de ética*, núm. 3, vol. 3, año 1911, pp.
- García Canales, Mariano, "Principios generales y principios constitucionales", *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), Num. 64, Abril-Junio, México, 1989
- García Máynez, Eduardo, *El problema de la objetividad de los valores*, El Colegio Nacional, México, 1969
- García Máynez, Eduardo, *Ensayos filosófico-jurídicos 1934/1979*, 2ª ed., UNAM, México, 1984
- García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 18ª ed., Porrúa, México, 2005
- Gómez Sánchez, Yolanda, *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, CNDH/UNED, México, 2004
- González Valenzuela, Juliana (coord.), en *Perspectivas de bioética*, FCE/UNAM/CNDH, México, 2008
- González, Juliana, *Genoma humano y dignidad humana*, UNAM-Anthropos, 2005
- Goodrich, Peter, "Law and Language: A Historical and Critical Introduction", *Journal of Law and Society*, Vol. 11, No. 2, Summer, Cardiff University, UK, 1984, pp.
- Gracia, Diego, *Los fundamentos de la bioética*, 3ª ed., Triacastella, España, 2008.
- Guastini, Ricardo, "Bobbio sobre la norma fundamental y la regla de reconocimiento", *Analisi e diritto*, G. Giappichelli Editore, Italia, 2005, pp.
- Habermas, Jürgen, *Between Facts and Norms*, The MIT Press, Cambridge, USA, 1998
- Habermas, Jürgen, *Conocimiento e interés*, Trad. de Jiménez, Manuel et. al., Taurus, 1968
- Hage, Jaap C. y Von Der Pfordten, Dietmar, *Concepts in law*, Springer, 2009.
- Hartmann, Nicolai, *Ética*, Ediciones Encuentro, España, 2011
- Honneth, Axel, *Reconocimiento y menosprecio. Sobre la fundamentación normativa de una teoría social*, Katz Editores, España, 2010

- Islas Montes, Roberto, "Principios jurídicos", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XVII*, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Fundación Konrad Adenauer, Uruguay, 2011
- Jaeger, Werner, *Paideia: los ideales de la cultura griega*, FCE, México, 2001
- Jecker, Nancy S., Jonsen, Albert R. y Pearlman, Robert A., *Bioethics. An Introduction to the History, Methods and Practice*, 3a ed., Jones & Bartlett Learning, 2012
- Jonas, Hans, *El principio de responsabilidad*, 2ª ed., Herder, España, 2004
- Jonsen, Albert, and Toulmin, Stephen, *The Abuse of Casuistry*, University of California Press, USA, 1988
- Kelsen, Hans, "What is the Pure Theory of Law?", *Tulane Law Review*, Vol. 34, Tulane University Law School, USA pp.
- Kelsen, Hans, *Introducción a la teoría pura del derecho*, 3ª ed., UNAM-APDC, México, 2001
- Lee, Keekok, *The Natural and the Artefactual*, Lexington Books, USA, 1999
- Legaz y Lacambria, Luis, *Filosofía del derecho*, Traducción de Julius Springer, Labor, España, 1937
- López Monroy, José de Jesús, *Sistema jurídico del common law*, 4ª ed., Porrúa, México, 2006.
- Lyotard, Jean-Francois, *La condición posmoderna. Informe sobre el saber*, 2ª Ed., Ediciones cátedra, Editions de minuit, Madrid, España, 1987
- Macintyre, Alasdair, *Tras la virtud*, 2ª ed., Trad. de Amelia Balcarcel, Crítica, Barcelona, España, 1984
- Marcus, Stephen J., *Neuroethics: Mapping the Field*, The Dana Foundation, 2002
- Margadant, Guillermo F., *La segunda vida del derecho romano*, Porrúa, México, 1986
- McShea, Robert J., *Morality and Human Nature*, Temple University Press, USA, 1990
- Mellinkoff, David, *The Language of the Law*, Little, Brown & Company, USA, 1963.
- Mill, John S., *Sobre la libertad*, 6ª ed., Ediciones Gernika, México, 2006
- Moyn, Samuel, *The last utopia. Human Rights in History*, The Belknap Press of Harvard University Press, Boston, USA, 2010
- Nakhnikian, George, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, Fontamara, México, 1991
- Novoa Monreal, Eduardo, "Algunas reflexiones sobre el derecho de castigar del Estado", *Anuario de filosofía del derecho*, Ministerio de Justicia/Boletín Oficial del Estado/Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Nº 1, España, 1984
- Ortega y Gasset, José, *¿Qué son los valores? Aproximación a una estimativa*, Ediciones Encuentro, España, 2004
- Ortega y Gasset, José, *El tema de nuestro tiempo*, Obras Completas, Tomo III (1917-1925), Santillana, España, 2005
- Peces-Barba, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales (I) Teoría General*, EUDEMA, Madrid, España, 1991
- Pérez Luño, Antonio Enrique, "Los principios generales del derecho "¿Un mito jurídico?", *Revista de Estudios Jurídicos (Nueva Época)*, Num. 98, Octubre-Diciembre, España, 1997, pp.
- Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, 8ª Ed., Editorial Tecnos, Madrid, España, 2004
- Platts, Mark, (comp.), *La ética a través de su historia*, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, México, 1998
- Potter, Van Rensselaer, *Bioethics. Bridge to the Future*, Prentice-Hall, EUA, 1971
- Putnam, Hilary y Habermas, Jürgen, *Normas y valores*, Trotta, España, 2008

- Rachels, James, *Introducción a la filosofía moral*, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 556, México, 2007
- Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, 1ª ed., 9ª reimpresión, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, núm. 42, México, 2005
- Ramos Pascua, J.A., Rodilla González, M.Á. (Eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, España, 2006
- Ramos Pascua, José Antonio, “El fundamento del vigor jurídico de los principios. Dworkin frente a Esser”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. IX, España, 1992, pp.
- Rojas Amandi, Víctor Manuel, “El concepto de derecho de Ronald Dworkin”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LVI, Núm. 246, Facultad de Derecho UNAM, México, 2006, pp.
- Romeo Casabona, Carlos María, *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Comares, España, 2011
- Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 3ª Ed., Eudeba, Argetina, 2005
- Russel, Bertrand, *The Scientific Outlook*, 2a ed., Geaorge Allen and Unwin LTD, UK, 1949.
- Sabater, Fernando, *Ética para Amador*, Ed. Ariel, España, 1991
- Safran Foer, Jonathan, *Eating Animals*, Little Brown and Company, New York, USA, 2009
- Sandel, Michael, *Justice: what´s the right thing to do?*, Farrar, Straus and Giroux, USA, 2009
- Savater, Fernando, *Ética de urgencia*, Ariel, México, 2012
- Schmidt-Felzmann, Heike, “Pragmatic Principles. Methodological Pragmatism in the Principle-Based Approach to Bioethics”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, Nos. 5-6, Vol. 28, Oxford Journals, USA, 2003
- Schneewind, Jerome B., *La invención de la autonomía. Una historia de la filosofía moral moderna*, Fondo de Cultura Ecoómica, México, 2009
- Shaffer, Tom L., “The Practice of Law as Moral Discourse”, *Journal Articles*, Vol. 1, Núm. 1, Univeristy of Notre Dame, 1979
- Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *sistemas jurídicos contemporáneos*, 11ª ed., Porrúa, México, 2008.
- Spielman, Bethany J., *Bioethics in Law*, Humana Press, USA, 2007
- Strauss, Leo, *La ciudad y el hombre*, Katz Editores, Argentina, 2006
- Tamayo y Salmorán, Rolando (coord.), *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, Vol. IV Filosofía Jurídica, IJJ-UNAM, 1979
- Taylor, Paul W., *Respect for Nature. A Theory of Environmental Ethics*, 25th Anniversary Edition, Princeton University Press, USA, 2011
- Vattimo, Gianni, *El fin de la modernidad*, Gedisa, España, 1997
- Vázquez, Rodolfo, *Del aborto a la clonación. Principios de una bioética liberal*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004
- Vázquez, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, Trotta, 3ª ed., México, 2010
- Vernenego, Roberto, J., “El discurso del derecho y el lenguaje normativo”, *Isonomía*, No. 4, ITAM, México, Abril, 1996, pp.
- Viehweg, Theodor, *Tópica y jurisprudencia*, Taurus, Madrid, España, 1964
- Watson, Peter, *Ideas: A History from Fire to Freud*, Phoenix, USA, 2013

Wendell Holmes, Oliver Wendell Holmes, Jr., “The Path of the Law”,
<http://www.gutenberg.org/files/2373/2373.txt>.

Páginas de internet

The Stanford Encyclopedia of Philosophy: <https://plato.stanford.edu/>

Routledge Encyclopedia of Philosophy: