

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO



FACULTAD DE DERECHO



DIVISION DE INVESTIGACION Y ESTUDIOS DE POSGRADO

TESIS

“EL LENGUAJE PROFUNDAMENTE MORAL DEL DERECHO”

QUE COMO PARTE DE LOS REQUISITOS PARA OBTENER EL GRADO DE

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA

ENRIQUE ALFONSO CRÔTTE CASTRO

DIRIGIDA POR

DR. GERARDO SERVÍN AGUILLÓN

Dirección General de Bibliotecas UAQ



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO

FACULTAD DE DERECHO

Doctorado en Derecho

Tema: Lenguaje y Derecho

Tesis: El lenguaje profundamente moral del Derecho

*Que como parte de los requisitos para obtener el grado de Doctor en
Derecho*

Presenta

Enrique Alfonso Crôtte Castro

Dirigido por

Dr. Gerardo Servín Aguillón

Dr. Gerardo Servín Aguillón

Sinodal Presidente

Dra. Gabriela Nieto Castillo

Sinodal Secretaria

Dr. Raúl Ruíz Canizales

Sinodal Vocal

Dr. Israel Covarrubias González

Sinodal Suplente

Dr. Lutz Alexander Keferstein Caballero

Sinodal Suplente

Centro Universitario, Querétaro, Qro.

Aprobado por Consejo Universitario en el mes de enero de 2020

México

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y POSGRADO

ENRIQUE ALFONSO CRÔTTE CASTRO

Dirección General de Bibliotecas UAQ

CENTRO UNIVERSITARIO
QUERÉTARO, QRO

Índice de Contenidos

RESUMEN	i
ABSTRACT	i
Introducción	I
Capítulo I	1
La transmutación de la moral a la ética y al Derecho.	1
Una pregunta, una contradicción lógica y la correcta ubicación del Derecho.....	1
El advenimiento del hombre como existencia físico-biológica.....	10
Concepto de lo mental.....	17
Una visión moral y una calificación ética	28
Capítulo II	44
Justicia, moral y Derecho	44
Hacia una teoría contemporánea	44
Hans Kelsen, una justicia irrelevante para el Derecho.....	49
Teorías iusnaturalistas.....	59
Un acercamiento moral clásico.....	59
Teorías contemporáneas de la justicia.....	72
Capítulo III	85
El Derecho como semiótica Inter subjetivista.....	85
Significación semiótica del Derecho.....	91
El lenguaje: el ser del Derecho.....	101
Capítulo IV	121
Ser consistente.....	121
Una propuesta de enseñanza del Derecho	121
Adiós a la lógica formal	129
Derecho, un conocimiento comprensivo y de libertad.....	136
Capítulo V.....	144
Derecho: Un sistema ideológico de soluciones.....	144
Condiciones de comprensión del Derecho como parámetro argumentativo	163
Apéndice I.....	183
Un caso pragmático en México: Los valores se decantan y rigen a las reglas	183
Bibliografía	217

Una dedicatoria con el alma

*Porque mi vida no es una vida, es un poquito de sus vidas, que tan generosamente me han dado...
Con ustedes todo, sin ustedes... muero.*

*A mi padre, siéntete orgulloso,
¡llegamos!... ¡Gracias... siempre gracias!*

*Para mi madre, la razón de ser de todo lo que existe en mi vida, mi vida misma.
Donde todo nace y donde todo vuelve*

Ana Laura, mi esposa, mi compañera, mi existencia, porque codo a codo somos mucho más que dos... mi bendición

Ana Estefanía, ejemplo de lucha, de valor, de salir adelante con todo... mi lección diaria de vida, de amor y de unión

Karla Daniela, razón constante de alegría, de fortaleza, de esfuerzo y tenacidad... mi dosis necesaria de ternura y cariño

Sofía Monserrat, por su talento, su alegría, su nobleza y su carácter... por encontrarse cada día y entender que, si tú sonríes, sonrío yo

RESUMEN

Esta tesis analiza un cuestionamiento fundamental en la ciencia jurídica, ¿qué es el Derecho?, partiendo de un análisis lógico del cuestionamiento para después resolver la forma como es que se presenta el sistema jurídico. Es relevante conocer y comprender que el Derecho no es un sistema jurídico rígido, dado que en todo momento se presenta como el resultado de ideologías hegemónicas, lo que dará pie a la asunción de que el Derecho se corresponde a modelos morales de calificación ética. Se trata de procesos de significación contemporánea que implican un tiempo, un lugar y una sociedad determinada. El análisis individual no depende de un subjetivismo único y personal, dado que esto es una utopía, en todo caso se trata de normas intersubjetivas de construcción sociocultural. El Derecho es un campo de libertad y no de obediencia ciega. La comprensión de estos parámetros permitirá un mejor ángulo epistémico de los modelos políticos contemporáneos que se fundamentan en la libertad y la construcción del ser humano a partir de su libertad y no a partir de reglas rígidas de construcción. La libertad es la misma que dota a la autoridad jurisdiccional de obligaciones de construcción y no de simple aplicación.

Palabras clave: Derecho, intersubjetivismo, semiótica, moral, ética, ideología.

ABSTRACT

This thesis examines a fundamental questioning in legal science, what is law?, based on a logical analysis of questioning and then resolving the way in which the legal system is presented. It's relevant to know and understand that law is not a rigid legal system, since at all times it is presented as the result of hegemonic ideologies, which will give rise to the assumption that the law corresponds to moral models of ethical qualification. These are processes of contemporary significance that involve a given time, place and society. Individual analysis does not depend on a single and personal subjectivism, since this is a utopia, in any case it is intersubjective norms of sociocultural construction. Law is a field of freedom and not blind obedience. Understanding these parameters will allow for a better epistemic angle of contemporary political models based on the freedom and construction of the human being from their freedom and not on rigid rules of construction. Freedom is the same as that which gives the judicial authority construction obligations and not simple application.

Keywords: Law, intersubjectivism, semiotics, morals, ethics, ideology.

Introducción

Una visión del Derecho se decanta por la propuesta no sólo de que este es un discurso, sino que, además, sus contenidos están fundamentados en una filosofía moral y una evaluación ética como resultado. Este es apenas el comienzo de lo que será el desarrollo del sistema de reglas llamado Derecho. El manejo que se hace de este parece mostrarse como la forma correcta de resolver las problemáticas sociales, de ahí que se pretende una regla positiva de construcción normativista cerrada, cuando en realidad, y se tratará de mostrar esta tesis, se trata de normas de contenidos morales que para alcanzar su máxima eficacia requieren un estándar de libertad más amplio. La reflexión tiene por objeto hacer visible la falaz tensión que existe entre la moral, la ética y el Derecho, siendo que la moral es acusada falsamente de ser relativista de contenidos subjetivos, es decir, de conformación individual; la ética no es más que la aplicación de la moral, lo que también es falso, y; el Derecho es formal, de cumplimiento legal, y es el único sistema que sostiene las estructuras de poder, lo que de nueva cuenta constituye una falacia, ya que, a la propuesta de una rigidez normativa aparente, se ha tomado la solución de configurar códigos de ética con la pretensión de positivar los contenidos éticos en la relación médico-paciente, es decir, la moral priva sobre el positivismo en que se encuentra inmerso el Derecho, se transforma en una regla de libertad de significación propia, que al final encuentra un calificativo a partir de valores éticos, lo que se considera como justo o injusto, y sirve de referencia como aparato de corrección del sistema jurídico. En este sentido no es la norma la que corrige a

la norma, este razonamiento resultaría contradictorio con la configuración del positivismo jurídico, donde la norma es una abstracción, y la corrección deriva de sistemas pragmáticos de apertura, en consecuencia lo que se pone en juego es parte de la rigidez del sistema jurídico en cuanto a sus contenidos, los procesos de significación que pasan de símbolos a pensamiento y su interpretación intersubjetivista conformada por las ideas socioculturales contemporáneas al ser cognoscente.

En este contexto se defenderá la tesis de que el Derecho tiene un lenguaje discursivo específico, altamente especializado y disciplinador fundamentado en la moral y de aplicación ética, en conclusión, se defenderá la tesis de que el Derecho es un sistema ideológico de soluciones, por tanto, de un profundo lenguaje moral, de construcción y significación propio, un modelo argumentativo de corte moralista y con procesos éticos de autocorrección.

El planteamiento pasa por matices muy diversos, el primero de ellos es tratar de diferenciar lo que convierte al antropoide en un ser humano, y si este es identificado como el origen del Derecho, es decir, la discusión se traba inicialmente entre la existencia de la narrativa como el origen del Derecho, conjuntamente con una identificación del ser humano como un animal social, o bien la simple expresión de la fuerza, que caracteriza a un homínido, puede ser considerado como de contenido jurídico.

Resulta indiscutible que la narrativa es un producto social, es algo que se da entre personas,¹ siendo un producto de la mente, lo que deriva que el pensamiento, como potencialidad humana, existe en el hombre y entre los hombres, lo que lleva a pensar que la energía y la fundamentación derivada de las narrativas se dan en todo el cuerpo y no sólo en la mente, lo que se transformará en el cuerpo pensante, que tiene como fundamento y naturaleza, un flujo constante de “energía”, que se identifica en este momento como pensamiento.

Las características de este pensamiento, como flujo, son, en primer lugar, que está abierto a influencias externas; que puede ser caótico,² y; no es lineal. Lo único cierto del ser humano es que es totalmente incierto. El pensamiento, en este sentido, es abierto y caótico, de otra forma resultará impensable su desarrollo en las diferentes disciplinas de la convivencia social. El concepto permite identificar etapas del pensamiento humano, desde las estructuras sociales y su beneficio, así como desde el liberalismo y la buena vida como

¹ SIEGEL, Daniel J., *Viaje al centro de la mente. Lo que significa ser humano*, Barcelona, Paidós, p. 41. Resulta claro que la narrativa se constituye como un elemento central dentro de la conformación de las relaciones sociales, partiendo del grupo más breve, como lo es la familia, a subgrupos y posteriormente la sociedad en general, donde no sólo son narrativas en torno a lo que se construye como realidad, sino también la comunicación de ideas, deseos, sentimientos, resultando entonces un producto epistémico, que va a ser la característica del lenguaje, su trascendencia. Entonces la narrativa no surge como un simple medio para describir la realidad, sino también para establecer relaciones entre personas, y lo más importante, entre personas y cosas.

² Esta puede ser una de las características fundamentales del pensamiento humano en esquemas libertarios, el caos. Las mentes se desarrollan bajo perspectivas sociales diversas, lo que convierte a sus resultados en verdaderas contingencias, sin embargo el ser humano no escapa a realidades que le son impuestas, ya que al nacer en un grupo social, adquiere los valores de este grupo que se transmiten por narrativas de sus antecesores a él mismo, por tanto se transforma en un ser intersubjetivo, que puede tomar esa base para transformar la realidad, siempre en total apego a los principios y valores que le han sido inculcados (sin despreciar términos como impuestos, insertados, adoctrinados). La condición de contingencia en el pensamiento humano tiene un límite objetivo, y este no es la realidad, sino el lenguaje metaético que le permite al ser cognoscente construir realidades intersubjetivas.

conceptos de justicia. Siendo el Derecho un producto del ser humano, resultaría de la mayor inocencia pensar que se trata de un producto lineal, predictivo y controlado.³ El Derecho pasa por desarrollos caóticos de pensamiento, donde no necesariamente se tienen las mejores perspectivas, sino aquellas que van siendo resultado de corrientes hegemónicas de cada época.

De las perspectivas propuestas se colige que la mente adquiere elementos de multifuncionalidad, tales como las derivaciones del “yo”, el “nosotros”, “ustedes”, que no son sino perspectivas de proyección, cada una de ellas conformadas por una profunda moral dominada por el intersubjetivismo sociocultural, de ahí la inocencia del pensar que una perspectiva puede ser subjetiva, como conformación individual, pero puede ser subjetiva de sometimiento a una ideología dominante.

Una de las preguntas que quedarán para la reflexión será si el positivismo, el iusnaturalismo, el neoconstitucionalismo son en verdad perspectivas del Derecho o bien se trata de modelos ideológicos donde se pretenden mover dimensiones políticas como el poder, la jerarquía o la autoridad, dado que cada una tendrá una conformación diferente.

³ Si bien es cierto las palabras son las mismas, cambian sus contenidos y su significación, lo que Lev Semiónovich Vygotsky llama evolución funcional del lenguaje. Entonces no es la palabra lo que fija la estática del sistema jurídico, sino sus contenidos, y estos irán cambiando paulatinamente con el devenir del ser humano, que resulta en el desarrollo del pensamiento y las estructuras de conocimiento. *Cfr.* VYGOTSKY, Lev Semiónovich, *Pensamiento y lenguaje*, México, Booket, 2015, pp. 163-212.

La representación de imágenes del mundo encontrarán un metalenguaje en los aparatos intersubjetivos y no en la realidad misma, por tanto parece que la propuesta de Ludwig Wittgenstein⁴ es correcta, en cuanto a la ontología del Tractatus, donde fija que el mundo está conformado por hechos, y al referir que el lenguaje es uso y es la construcción del mundo, parece permear en el sentido de que los hechos no tienen una estructura inamovible, y en todo caso dependen de los contenidos morales de cada ser cognoscente para su configuración, por tanto la realidad no es una verdad, sino una construcción dependiente de estados mentales. La construcción de la realidad a partir de pensamientos, creencias y, en general, actitudes, no es sino el reflejo de una actividad mental.

La cuestión planteada no es cosa menor, dará origen a un cuestionamiento del que se han ocupado a nivel antropológico, ¿la mente puede ser considerada como una mente social?, si el desarrollo del ser humano parte de un grupo social, será la mente también un producto social que está determinado por las construcciones sociales, y entonces los convencionalismos adquieren el carácter de una regla. La solución a esta cuestión dará pie al planteamiento del Derecho, ya que al ser un producto de la mente del ser humano no puede escapar a las limitaciones de este. La respuesta podría ser un espejismo ya que

⁴ WITTGENSTEIN, Ludwig, *Tractatus lógico-philosophicus*, España, Alianza, 2012. Resulta paradójico que el autor considere la existencia del mundo a partir de estados mentales que propician la percepción y la construcción del mundo, de donde deriva que el lenguaje sólo se corresponde con el uso y no exista una conexión directa entre la palabra y el objeto, la palabra y la relación, la palabra y el ser humano, cuando al remitir este libro a su entonces maestro, Bertrand Russell, le indica que no lo comprenderá, entonces el lenguaje deja de ser uso y se transforma en un elemento de contenido profundamente mental, de pensamiento concreto. Sin embargo es de resaltar su trascendencia y comprender que la construcción del mundo no deriva de una palabra, sino de la relación de palabras entre sí, lo que dará margen a conceptos como los juegos de lenguaje, los parecidos de familia y el gran problema que afecta al Derecho, como sistema lingüístico, seguir una regla.

asumirla podría tener como equivalencia el paro automático del desarrollo del ser humano, lo que de suyo supone una irreverencia hacia la mente. Por el contrario, suponer que se desarrolla el pensamiento en contra de los convencionalismos sociales podría llevar a un desfase ideológico, donde cada idea tendría un valor excepcional por sí mismo que al mismo tiempo se diluye en la diversidad, todas las ideas tendrían el mismo valor, lo que es equivalente a decir que ninguna idea tendría valor.

La propuesta lleva a adoptar una idea intermedia, donde se permite la libertad individual en beneficio de la sociedad y de la buena vida, que será abordada como una teoría de la justicia contemporánea, donde el razonamiento del ser humano lo llevará por caminos de moralidad, para significar o resignificar sus ideas a partir del intersubjetivismo que las conforma, y llegar a verdaderos procesos de cambio, entonces la mente adquiere un contexto social libertario intersubjetivo. Dunbar plantea la estructura de la idea anterior con meridiana claridad:

“La hipótesis del cerebro social sostiene que las complejidades de la vida social hominina fueron responsables de impulsar la evolución del cerebro hominino primitivo desde sus inicios esencialmente homínidos hasta su forma moderna. Esta teoría ofrece una perspectiva dinámica nueva para explorar los orígenes evolutivos de las capacidades sociales fundamentales como la formación de comunidades grandes y cooperadoras y el mantenimiento de grados elevados de intimidad y confianza. Al mismo tiempo, de información sobre aptitudes cognitivas concretas, como la teoría de la mente, que sustentan estas capacidades.”⁵

⁵ DUNBAR, Robin, *Social brain, distributed mind*, Nueva York, Oxford press, 2010, p. 12.

La mente social tendrá finalidades específicas más allá de la narrativa, y entre otras está la de poner de manifiesto o bien de ocultar las problemáticas sociales y de promover su solución o bien de obstaculizarla.⁶

Con lo anteriormente expuesto parece que el ángulo libertario tendrá como limitantes la razonabilidad, la racionalidad, y en este ángulo Jon Elster⁷ señala que el actuar racional es actuar por razón suficiente, entonces la razón no obedece a una regla rígida, sino a un razonamiento fundamentado en la libertad de elección. Una de las reglas primarias será que mientras la libertad sea mayor, se pone de manifiesto con claridad la moralidad, cuando la libertad es menor, se pone de manifiesto la legalidad. De lo anterior se colige que el nexo entre Derecho y moral no es tal, en cambio se afirma que el lenguaje que utiliza el Derecho es profundamente moral y con una calificación ética consecuencialista necesaria como parámetro de autocorrección.

⁶ BUNGE, Mario, *Epistemología*, México, S XXI, 2015, p. 145. Resalta el concepto de Bunge, quien no oculta su desprecio por las ciencias sociales, y específicamente por el Derecho, por tanto, se refiere a las ideas de ideología, que es lo más a que aspiran, según su dicho, las ciencias humanas y sociales. La referencia de la mente social no pasa sólo por explicitar las problemáticas sociales, sino que se ocupa del ángulo negativo, ocultarlas, lo mismo que hace con la posibilidad de solucionar que refiere, como antítesis, el obstaculizar. En todo caso, lo que no se plantea Bunge, es la intencionalidad que pudiera tener este tipo de lenguaje, en todo caso pareciera que el manejo ideológico del Derecho tenderá a otorgar una solución, aún cuando el esfuerzo se de en obstaculizar, dado que este matiz también es una forma de solución. Sin embargo lo destacable del concepto de Mario Bunge se encuentra en el sentido de que el reconocimiento de la realidad lingüística tiene como finalidad explicitar problemas y soluciones, entonces la dialógica del Derecho tenderá a encontrar estos problemas y sus posibles soluciones, pero dados en un ámbito de libertad, entonces será más o menos asequible comprender que el Derecho otorga soluciones a partir de la intencionalidad, la pregunta correcta es ¿intencionalidad de quién?

⁷ ELSTER, Jon, *Razón y racionalidad*, trad. Horacio Pons, Buenos Aires, Amorrortu, p. 9-13.

Para una mayor comprensión habría que considerar lo que establece Michael Gazzaniga,⁸ cuando señala que si alguien, parte de una sociedad, no reacciona con reciprocidad de manera involuntaria, no se le califica éticamente, contrario a quien lo hace de forma deliberada, a quien se le reprueba éticamente. Lo anterior pone de manifiesto que la conducta se corresponde con una moralidad y su calificativo con una ética práctica.

Otfried Höffe⁹ realiza un planteamiento que acentúa el carácter moral del Derecho, cuando cuestiona, “¿existen diferencias cualitativas en la fascinante diversidad de los seres vivos que permitan diferenciar un orden superior y otro inferior?”, lo que va dirigido a pensar si corresponde al ser humano ser el gran organizador del mundo, lo que llevará a una corriente de pensamiento denominada antropocentrismo, el hombre como centro del universo. Resulta evidente que la construcción del concepto de lo vivo no deriva de la naturaleza, sino del ser humano, quien realiza una proyección de sus propias ideas sobre aquellos seres u objetos que considera como vivos e inferiores, de ahí que el ordenamiento del mundo, como imagen intersubjetiva, deviene del mismo ser humano, que tiene como parámetro de racionalidad a la naturaleza misma, lo que lleva a pensar en el

⁸ GAZZANIGA, Michael S., *¿Qué nos hace humanos? La explicación científica de nuestra singularidad como especie*, Barcelona, Paidós, 2010, pp. 127-130.

⁹ HÖFFE, Otfried, *El poder de la moral en el siglo XXI. Aproximaciones a una ética actual*, trad. Ana Zelin, Madrid, Biblioteca Nueva, 2014, p. 49.

antropocentrismo, si es el hombre el que organiza o bien en el biocentrismo, si es la naturaleza la que organiza.

La construcción biocéntrica tiene como fundamento el antropocentrismo proyectado, es decir, la protección de la vida en general tiene como punto de partida el reconocimiento humano del concepto de vida, y aún así se trata de establecer que todos los seres tienen la capacidad de autoconservación, pero esta todavía tiene como dependencia la vida humana, por tanto es una teoría que se destruye a sí misma desde sus cimientos, no se trata de un concepto biocéntrico en sí mismo, sino de una proyección del antropocentrismo, lo que lleva a este concepto derivado hacia el poder.¹⁰ Las ciencias y sus avances derivan en el mejoramiento de la calidad de vida del ser humano, en tanto que el cuidado de las especies y la ecología devengan en un beneficio para el ser humano, habrán de ser admitidas, reguladas e incluso ordenadas. Bajo estas coordenadas el antropocentrismo adquiere un calificativo que intercala ambas corrientes, el ser humano vive un antropocentrismo biocéntrico, por tanto, de responsabilidad hacia la generalidad de su realidad.

La pregunta será, ¿cómo limita el hombre su responsabilidad hacia la realidad?, desde luego por medio de convencionalismos sociales. La libertad del ser cognoscente no se fundamenta en un hacer totalitario, sino en una conducta con limitaciones

¹⁰ Ibidem., p. 52-53.

intersubjetivas que darán origen a la moral, pero parece no ser suficiente este ángulo y entonces se establecen y protegen intereses sociales que se consideran superiores a la libertad del ser, esto se determina por medio de reglas, que para ser correctamente interpretadas, ameritan el conocimiento del entorno sociocultural en que se desarrollan.

El Derecho se conforma por un lenguaje profundamente moral, cuya significación parte de los signos y los íconos determinados por la sociedad e interpretados a la luz de la semiótica, con una calificación ética, que bien puede ser entendida como una búsqueda introspectiva social con parámetros de corrección al lenguaje del Derecho. El punto de partida es la moral, cierra el ciclo la ética que a la vez se estatuye como un nuevo inicio y perfeccionamiento del lenguaje moral del Derecho.

Los parámetros axiológicos del Derecho serán el origen y fundamento del discurso jurídico para volver, en una sentencia ética, con procesos de resignificación o resemantización y perfeccionamiento jurídico. Este es el andar cotidiano del Derecho, de la moral a la ética y a la moral. Los procesos de articulación serán los que determinen la significación y la evolución funcional del lenguaje profundamente moral del Derecho.

La metodología utilizada es la documental-analítica. Los textos que se consideran fundacionales en cada uno de los razonamientos que se exponen y que tienen una relación de coherencia y pertinencia. La pretensión se aleja de la exclusión y se transforma en una

constante suma de elementos por medio del análisis histórico-funcional. La finalidad no es realizar un examen exhaustivo histórico, sino un análisis conceptual.

El desarrollo se fundamenta en cinco capítulos de contenido principalmente conceptual, que se plantea desde la fijación de conceptos generales hasta la conceptualización abstracta, partiendo de la fijación de una pregunta que, de un modo u otro, ha ocupado la mente de juristas, filósofos y sociólogos en torno a la comprensión sobre lo que es el Derecho. Las respuestas van desde el orden práctico hasta las problematizaciones filosóficas. En este orden, no se pretende abordar todas las respuestas posibles, pero sí el proponer la mayor cantidad de problematizaciones posibles.

El primer capítulo tiene por objeto la fijación de la pregunta principal a resolver a lo largo de esta investigación, ¿qué es el Derecho?, por tanto se ubica a partir de la aparición del Derecho, desde un análisis sobre el nacimiento del hombre y la diferenciación entre las manifestaciones de fuerza hasta la conceptualización del Derecho como discurso disciplinador hegemónico.

Del posicionamiento anterior se desprende el examen lingüístico sobre el advenimiento de la moral y su transformación a un mandato de autoridad, entendiendo que la realidad del concepto de Derecho pasa por un filtro necesario, el lenguaje y la comprensión de este como una forma no sólo de comunicación, sino como un medio de

transmisión de pensamiento, que puede llevar a entenderlo como un medio de manipulación e imposición de ideas, que más adelante se observará como un sistema subjetivo, pero también como su derivación en un ilusorio sistema de libertades.

Se colige una relación directa entre los índices de moralidad y de libertad, que conducen a una ética de calificación de los actos jurídicos, donde la relación parece mostrarse en el sentido de que, a mayor libertad se equivale una mayor moralidad, por ende, una calificación ética más alta, en tanto que las limitaciones en libertad inciden en las manifestaciones morales y el calificativo ético es menor, siendo substituido éste por un término referencial directo, la legalidad.

Resulta evidente que al ofertar el Derecho un lenguaje, este se manifestará bajo dos perspectivas diferentes, la primera es considerar a la moral como el lenguaje del Derecho y el segundo de considerar a la moral como un metalenguaje del Derecho. La consideración de ambas perspectivas no es menor, pero en todo caso decantará en encontrar un aspecto común, la moral y una perspectiva funcional concreta.

La diatriba propuesta llevará a la conceptualización de la moral como un proceso mental, en consecuencia, habrá que establecer el concepto de lo mental, una vinculación directa entre la potencialidad del cerebro y las construcciones morales inherentes, pasando

por imágenes mentales tales como la libertad, la conciencia y el libre albedrío para establecer si es que estas inciden en la construcción e interpretación del Derecho.

La consecuencia de las derivaciones previas llevará a una reflexión en torno a la tensión que puede existir entre la visión moral y la calificación ética, el reflejo de la sociedad donde se mezclan las ideas sociales, la evolución y las perspectivas de desarrollo social. El Derecho, así entendido, será un parámetro de libertad o bien de limitaciones, y en ambos casos será referencia pragmática respecto a las construcciones intersubjetivas sociales, que no llevan a un parámetro de legalidad, sino de justicia.

En el segundo capítulo se aborda la relación necesaria entre tres conceptos que son diferentes, pero, al ponerlos en referencia directa, parecen encontrar un punto de relación. La moral, el Derecho y la justicia. Tal vez la faceta más estudiada en la triada propuesta, sea la relación entre moral y Derecho, donde se han dado discusiones que aterrizan en que sí existe una relación. Los paradigmas dominantes son incluyentes, donde hay una relación o bien excluyentes, no existe relación alguna. El agregar a la justicia como una tercera hipótesis tiene como efecto llenar de una finalidad a la relación moral y Derecho, alejarse de conceptos tan parcos como la subjetividad, comprendida como el punto de vista único y personal del intérprete de la norma. La subjetividad en la cara planteada, resulta una utopía insostenible y la negación de la naturaleza social del ser humano como ente cognoscente.

Esta trampa es la que lleva al precursor del positivismo jurídico a negar la existencia de la justicia como elemento del Derecho, por tanto, establece, esta corresponde a la filosofía del derecho y no al Derecho, dado que la considera como una perspectiva personal y única. Este parámetro es una falsedad y la argumentación se puede llevar al campo de las falacias, pero no es el objeto del análisis, lo relevante será que el simple hecho de considerar a la justicia como tal, implica su reconocimiento, y la negativa de que este pueda pertenecer al Derecho lleva a la asunción de que entre ambos conceptos puede existir una relación, es decir, la argumentación puede válidamente llevar a la existencia de nexos entre ambos campos y a la necesidad de argumentar sus diferencias.

La justicia puede asumirse como una intención mínima del Derecho, por tanto puede equipararse sin problema alguno a la verdad y establecer una regla rígida poco acertada, lo que es verdadero es justo. Entonces el problema se traslada a la verdad, y en este sentido se puede plantear el problema de la verdad en el Derecho para comprender que, si es que esta resulta importante para los campos jurídicos, de nueva cuenta se está explorando en panoramas filosóficos, éticos y de construcción intersubjetiva para pretender dotar de una objetividad a la norma jurídica. Lo anterior conlleva la equiparación entre la discusión de la justicia y el Derecho, ahora la verdad y el Derecho. Si la primera se considera como inaceptable en el Derecho, ¿no debería pasar lo mismo con la verdad?, y si en todo caso se admite la verdad, ¿no debería admitirse la justicia?

Una respuesta afirmativa traería por el suelo las teorías positivistas excluyentes y darían toda la razón al positivismo *soft*, que considera que todo sistema jurídico tiene un mínimo de moral, lo que abre puertas para considerar la relación intensa entre moral y Derecho, donde la norma jurídica de construcción cerrada, no es más que un reflejo de la intencionalidad de que determinados aspectos de la vida jurídica no sean tocados, pero en todo caso, dicha determinación, sigue siendo un reflejo moral.

Las tesis anteriores llevan a un camino que también debe ser analizado, la norma como vehículo de transporte de la moral. El panorama resultará más claro si se substituye a la norma por el lenguaje, a partir de principios de identidad matemática, si son equivalentes, entonces pueden ser substituidos sin que cambie el sentido del enunciado, por tanto, si el lenguaje es un vehículo de intenciones, ideas y deseos, así como su influencia por estados mentales, entonces la norma jurídica puede estar conduciendo estos elementos, lo que permite aducir que se trata de estructuras, que bien pueden ser consideradas como rígidas, pero que sus contenidos son de una profunda moralidad.

La antítesis del positivismo jurídico, el iusnaturalismo, parece contener una moralidad, aún más clara, al partir de una interpretación de la naturaleza para abstraer normas que rigen la vida del ser humano, como ser cognoscente, y parece, entonces, tener una mayor proyección sobre la naturaleza que rodea al ser humano. Sin embargo, no es un secreto que el iusnaturalismo parece llevar a la necesidad de positivizar normas, con el fin de

dotar de un cierto elemento de estabilidad al sistema jurídico, pero esta sólo será sustentable bajo la idea de una libertad, tanto interpretativa como aplicativa de la norma, entonces la ética se transforma en el sistema de corrección del aparato jurídico. Interesante punto donde se genera la apariencia de un guiño entre el iuspositivismo, el iusnaturalismo, la moral y la ética. Luego entonces se puede válidamente llegar a la conclusión de que el Derecho sólo es visto desde pisos diferentes, pero no implica que se trate de una materia diferente.

Se concluye que si el Derecho es este sistema constante y estable de las relaciones humanas, entonces su calificación es moral, aún cuando se pretenda cierta objetividad, lo que decanta en la existencia de la justicia como valoración ética. El problema serán las consideraciones de justicia, que no es un modelo ético único, sino que también adquiere variables diferenciadas, lo que permitirá un análisis desde lo histórico hasta lo contemporáneo, mismo que se identifica con toda claridad con ideas comunitarias y de libertad.

La referencia en torno a la moral, el Derecho y la justicia, pasa por un filtro necesario que tiene que ver con la construcción del Derecho como sistema de soluciones o bien como sistema de impartición de justicia, donde, en el primer caso, existe la apariencia de que no interesa la moral y se torna como un subjetivismo, entendido como la legitimación del sistema o del grupo que domina el sistema en las identidades políticas, de poder económico

o bien de poder ideológico; el segundo caso lleva a considerar la construcción como un esquema de libertad con directrices derivadas de las construcciones sociales intersubjetivas, bajo este esquema, entonces la propuesta es un análisis a la luz de la semiótica como modelo de construcción de la realidad y por tanto del Derecho.

Este tema es tratado en el capítulo tercero, donde se plantea la importancia e intensidad del proceso de articulación y la significación entre los íconos y los signos para ser transformados en información relevante y fundamental en la toma de decisiones. La relevancia destaca a partir de los procesos de significación, la construcción del Derecho, si bien pasa por parámetros intersubjetivos, estos son considerados como parte del proceso inicial de significación, lo que permite arribar a las conceptualizaciones de justicia, analizadas en el segundo de los capítulos, para llegar a propuestas de educación, en el cuarto de los capítulos y las conclusiones que derivan del capítulo quinto.

El elemento de mayor relevancia deriva de considerar al Derecho como un discurso, por tanto, un proceso de comunicación de construcción intersubjetiva, es decir, de significación que deviene de la articulación de sus diferentes elementos que tendrán como conclusión la apropiación del significado. La semiótica permitirá apreciar al Derecho en su forma de presentarse, pero también en el proceso de significación.

La significación del Derecho, como proceso, no puede partir únicamente de reglas rígidas, de contenidos normativos de estructuras cerradas, sino de toda la costumbre, tradición, creencias y conductas sociales, las cuales, en muchos sentidos, son comprendidos y contruidos como valores, de ahí que estos no pueden alejarse y en todo caso son piedra de toque del contenido del Derecho. El valor adquiere una importancia semiótica como signo que incide necesariamente en la asunción y admisión del Derecho.

El mundo jurídico se conformará, entonces, por narrativas conceptuales o de generalización, que es la forma tradicional de construcción del lenguaje, de ahí que el Derecho tiene un proceso de construcción semiótica idéntico al sistema lingüístico. Si las fases de recorrido, como construcción semiótica, se fundamentan en el historicismo del concepto, el Derecho se institucionaliza como punto de ruptura entre sistemas pasados y presentes, que en todo caso no son sino manifestaciones del pensamiento en un devenir histórico y los procesos de significación del lenguaje y, consecuentemente, del Derecho.

El lenguaje, y el Derecho, tienen un sentido de pertenencia en tres elementos fundamentales, un tiempo, un espacio y una sociedad determinada. Pareciera entonces que el planteamiento de la pregunta de que parte este análisis sea, ¿qué es el derecho en un lugar, un tiempo y una sociedad determinada?, lo que dotaría de una estructura lógica acorde a la historicidad lingüística, un tiempo y un lugar, partiendo de una sociedad determinada. El Derecho pertenece a su tiempo, pero también a un lugar y a una sociedad.

La condición previa, una vez admitida, podrá asumir la existencia de diferentes sistemas jurídicos en un tiempo y un lugar, cuando se reconozcan diferentes estructuras sociales y más aún, las diferentes construcciones intersubjetivas de cada sociedad. El Derecho, por tanto, no es un proceso ni un producto terminado, es un constante dándose en sociedad a partir de construcciones de carácter moral y de calificación ética, donde ahora intervienen los grupos en el poder para determinar sus calificativos éticos, que van desde la libertad hasta la legalidad.

La aceptación de las condiciones previas conlleva a considerar a las palabras que conforman el lenguaje, especialmente el lenguaje del Derecho, como símbolos y entonces será sencillo asumir que los símbolos tienen una evolución funcional que deriva del devenir histórico de las sociedades. La construcción semiótica del lenguaje y del Derecho, adquieren un sentido de significación, las palabras son símbolos y su significación será relativa a un tiempo, un lugar y una sociedad determinada, adicionado a los sistemas de dominación existentes, entonces el Derecho se puede transformar en un sistema ideológico de soluciones, independientemente de su perspectiva de significación, como sistema de soluciones o administrador de justicia.

El capítulo cuarto conlleva una obligación ética del planteamiento, dado que si se establece al Derecho como un sistema moral, entonces se encuentra imbuido de libertad,

lo que permite asumir que no puede ser, dentro de los modelos didácticos de su enseñanza, como un objeto que se obedece, sino como un instrumento que permite crear. La propuesta parte de dos perspectivas diferentes, la primera tiene que ver con los litigios estratégicos y la segunda con la necesidad de apartarse de un estorbo total, la lógica formal que de suyo supone la posibilidad de formalizar todo enunciado jurídico, y en consecuencia parece que la construcción de significado se encuentra en relación rígida, el símbolo, la palabra, y su significado no pueden ser modificados.

La visión poliédrica del Derecho, en cuanto a su enseñanza, permitirá asumir que se trata de una aplicación social, donde lo más importante será conocer a la sociedad, y al operador jurídico, de ahí que mucho depende del juez que aplica la norma, y no tanto del hecho debatido, este será apenas un motivo argumentativo en torno al Derecho aplicable y a la admisibilidad de la resolución.

La perspectiva respecto de la lógica formal es aún patente con la aplicación del silogismo demostrativo, donde la premisa mayor siempre será la norma y la premisa menor el hecho demostrado, lo que lleva a considerar la problemática de la verdad como construcción lógica para comprender que la misma no existe y siempre será relativa. La demostración objetiva, en este sentido, se establece a partir de la necesidad de poner un segundo término para convertir a la verdad como admisible, de ahí que se habla de verdad jurídica o bien verdad histórica, lo que pone en relieve que la verdad no existe como modelo

absoluto, por tanto la construcción de la segunda premisa no puede ser considerado como una verdad absoluta, sino como una verdad probable.

Aplicado éste término a los sistemas punitivos, donde cuenta el fundamento pragmático de tratar al acusado como inocente y sentenciar sin duda razonable, llevaría a la conclusión de que el procedimiento penal debería concluir siempre con la absolución del acusado ante la imposibilidad de alcanzar una verdad histórica absoluta y entenderla siempre como una verdad relativa.

La aplicación del silogismo práctico llevará a conclusiones similares, asumir que la premisa mayor es algo ético para obtener, la premisa menor, el objeto que se busca, llevará de nueva cuenta a la conclusión de que algo es éticamente posible, pero tampoco se tratará de construcciones absolutas.

Lo único cierto es que entre el silogismo demostrativo y el silogismo práctico, parece que la diferencia es el marco de libertad de decisiones, el primero con una libertad sumamente limitada, lo que se asume como legalidad, y el segundo como un proceso de justicia, correcto o incorrecto. La perspectiva que se plantea es que el Derecho es un instrumento de creación, incluso de rebeldía, por tanto de libertad, de ahí que el silogismo demostrativo tendrá como un primer objetivo el mostrar al Derecho como una regla rígida que debe ser obedecida bajo la pretensión de una aparente estabilidad.

La conclusión del capítulo cuarto llevará a la tensión entre la didáctica partiendo de la lógica formal o bien de la libertad, el primer caso atiende a la enseñanza de normas de contenidos cerrados, como reglas rígidas, y la segunda en la enseñanza de sentencias y modelos de interpretación del Derecho. La solución será a partir de quien enseña, y no basta una mera manifestación de intención en torno al cambio o su conservadurismo, sino a una conducta práctica coherente con la elección que se lleva a cabo, después de todo la enseñanza se fundamenta tanto en modelos como en lo que se denomina como contra-modelos.

De esta forma se arriba al capítulo quinto, donde se trata de fijar las diferentes conclusiones analíticas, partiendo de dar respuesta en torno a lo que es el Derecho, conceptualizándolo como un sistema ideológico de soluciones, sean estas cerradas o de legalidad, o bien, abiertas o de justicia. Cobra vital relevancia la conceptualización del Derecho como parámetro de partida.

La diferencia establecida en un principio en torno a las esencias del Derecho y la forma como éste se presenta, parecen llevar a un periplo de ida y vuelta, es decir, no se puede conceptualizar la forma de presentación sin regresar a la esencia del Derecho, de ahí que la propuesta de ser un discurso disciplinador conlleva a la esencia argumentativa del

Derecho como disciplina de carácter social, de construcción semiótica y contenidos intersubjetivos de significación.

La conclusión previa conduce a un parámetro inevitable, la naturaleza argumentativa del Derecho. El Derecho tiene un momento de existir y es cuando se argumenta, de modo que el sistema comprensivo del Derecho se entiende en los procesos argumentativos. Existen diferentes modelos argumentativos, y unos pueden ser de mayor aceptabilidad que otros, lo único cierto es que siempre será necesario contar con una técnica y conocimiento de argumentación para dotar al Derecho de marcos de comprensión y admisión.

Por último, dejar el planteamiento únicamente en el campo teórico parecería una irresponsabilidad, dado que no se puede problematizar sin comprender que el planteamiento ético y filosófico tiene una aplicación práctica, de ahí la necesidad de obviar un tema jurídico concreto, esta es la razón de existencia del cierre de esta edición en el apéndice I, que no es más que la consideración de existencia de todos los puntos previamente planteados aplicados a la posibilidad de construcción argumentativa de una figura específica del Derecho, que en materia de amparo se centra en la suspensión del acto reclamado.

El planteamiento concreto es una disrupción completa entre el concepto objetivo legalista planteado por la ley de amparo y la obligación moral que conlleva para el juzgador el contenido específico de la norma, consideración que obliga a comprender a la moral como medio de regularidad de la norma, por tanto, como elemento obligatorio para el juzgador.

El conocimiento y asunción del concepto previo llevará a la consideración de que el proceso de significación en el Derecho, llevado por medio de modelos argumentativos, rigen la solución jurisdiccional, el planteamiento y la solución derivan de procesos inmersos en libertad de construcción a partir de lógicas deónticas, donde se tiene una finalidad específica que se aleja de la aplicación de la norma considerando a esta como una regla de construcción normativa cerrada.

No queda más que calificar los alcances pragmáticos del planteamiento y medir los resultados a partir de la admisibilidad de la solución y su apego a los modelos intersubjetivos de justicia contemporánea. El modelo del Derecho como regla rígida que parece ser inmutable ha quedado atrás. La comprensión en torno a que el Derecho es producto de la moralidad permitirá asumir que la solución de las problemáticas jurídicas no deriva de reglas inmutables, sino de comprender la naturaleza humana que se desarrolla a partir de la teoría del caos y no de una construcción lineal.

Siendo el Derecho un producto humano, no puede escapar a la contingencia de pensamiento del ser cognoscente, entonces el Derecho no tiene una construcción rígida inmutable, sino una condición de flexibilidad moral, no cambian las palabras, cambian las significaciones a partir de los procesos semióticos, pero no se alejan de ideologías hegemónicas con una pretensión legitimadora en cuanto a objetivos y lo justo, bueno o correcto de su decisión.

El Derecho es un proceso de significación semiótica, que permite asumir diversos modelos de solución y que difícilmente pueden ser separados de pretensiones ideológicas. Después de todo cada élite de poder tenderá al discurso de que su “opción” es la más justa, buena o adecuada, lo que confiere a la decisión jurídica una dimensión ética que se transformará en modelo de corrección de la norma.

“...el problema de las relaciones entre moral y derecho, no es un tema de la filosofía jurídica, sino que es el lugar donde la filosofía del Derecho está...”

Francisco Laporta.¹¹

Capítulo I

La transmutación de la moral a la ética y al Derecho.

Una pregunta, una contradicción lógica y la correcta ubicación del Derecho.

Sostiene Aristóteles que el hombre tiene por naturaleza la necesidad de saber, con lo cual se justifica una serie de operaciones que son inherentes al ser humano, la duda y el conocimiento.

Bajo esta primera tesis, pareciera una regla de conocimiento y de comunicación el tratar de comprender la naturaleza de las cosas que rodean al ser humano, lo cual permite construir el mundo por medio de diferentes metodologías que no dejan de ser perspectivas, tal vez no excluyentes, pero en ocasiones difícilmente incluyentes. De ahí la pregunta universal en torno al Derecho, ¿qué es el Derecho?,¹² pero a partir de la teoría del

¹¹ LAPORTA, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1993, p. 7

¹² KANT, Emmanuel, *Crítica de la razón pura*, México, FCE, 2010. La pregunta será abordada desde una perspectiva kantiana, donde lo importante no es el objeto, sino las condiciones que debe reunir el ser humano para convertirse en aprendiz respecto del objeto, de modo que comprender al Derecho como un objeto de estudio cuyo entendimiento deriva de la capacidad del ser humano en sí mismo, permite considerarlo como un fenómeno de la existencia del ser y no como una mera idea, por tanto se rompe la idea del nómeno kantiano, ya que si se considera al Derecho como un objeto en sí, sería pragmáticamente imposible conocer al objeto, dejaría su concepción objetiva para transformarse en un producto del subjetivismo. Al considerarlo como un fenómeno, su apreciación depende no del subjetivismo, que por sí mismo no existe, sino del intersubjetivismo, es decir, de la apreciación del ser humano, su construcción y la producción de imágenes del Derecho, a partir de la perspectiva que genera la sociedad, entonces la moral, como parámetro subjetivo por excelencia, no es sino una construcción social.

conocimiento trascendental kantiano, esta adquiere un matiz diferente para transformarse en varios cuestionamientos inherentes e inmanentes al ser humano, ¿Qué necesita el ser humano para conocer?, y; ¿Qué hace el ser humano con lo que conoce? Al llegar a este punto se podrá advertir que el fenómeno de la moral humana que se refleja en el Derecho, es una apreciación antropológica, sociológica, pero siempre ética, moral e intencionalista.

Sostiene Paul Ricoeur,¹³ que las preguntas válidas son aquellas que abren comunicación, entendimiento y lenguaje, por lo tanto, el cuestionamiento del que ahora se ocupa este tema debería tender puentes en sus respuestas, lo que nos llevaría a encontrar lo que es el Derecho.

Sin embargo, el planteamiento anterior tiene por lo menos dos elementos consustanciales, el primero de ellos de carácter ontológico, donde el ser adquiere elementos que le son inherentes e inmanentes y permiten diferenciarlo de cualquier otro ser, lo que lleva a pensar que el Derecho cuenta con una esencia diferenciadora.

La ontología del Derecho designa necesariamente un conjunto de condiciones, e incluso una sola condición, como atributo trascendental, que por sí misma se opone a la fenomenología e incluso a una ciencia categorial, de ahí que la respuesta ontológica del ser,

¹³ RICOEUR, Paul, *La metáfora viva*, México, Trotta, 2001, p. 75-78.

como primera instancia, sea diferenciada de la fenomenología del ser como segunda concepción.

Una de las primeras tensiones que se deben resolver adecuadamente está en el hecho de que al formularse una respuesta en torno a la fenomenología del Derecho, para que esta tenga validez deberá tener una referencia circular con la primera premisa ontológica del ser del Derecho, por tanto, prima facie, no resulta posible diferenciar ambos elementos, de modo tal que al final deberá existir este puente entre ambas perspectivas que doten de validez conceptual y de fondo a la respuesta que se pretenda dar, lo que puede llevar a considerar a la fenomenología y la ontología en conjunción como meras apariencias.

Esta última consideración parece riesgosa en torno a las concepciones del Derecho, desde parámetros dominantes como el positivismo jurídico, el iusnaturalismo e incluso algunas perspectivas de estos sistemas como son el Estado de Derecho, el Estado de Derecho constitucional y el multiculturalismo, dado que retorna al Derecho a un punto de partida, la moral como fundamento lógico y sociológico del Derecho y la ética como parámetro de aplicación. Comprender esta propuesta llevaría a entender que el Derecho no tiene un desarrollo en el tiempo de forma lineal, que desde luego se aleja de la naturaleza humana, sino que se corresponde con el modo de pensamiento humano que, en parámetros de tiempo, es el caos.

En esta dinámica no es asequible interpretar que la fenomenología es una ciencia de fenómenos, de formas, ya que asumirlo llevaría a la falacia de que la ontología es una penetración de esencias. Si bien el ser del Derecho, entendido como la fenomenología del Derecho, dota a este de una estructura que tiene su cierre en la ontología del Derecho, se puede concluir válidamente en que la pregunta en torno a lo que es el Derecho tiene como punto de cierre encontrar la estructura ontológica del Derecho.

Bajo esta perspectiva es que el análisis del Derecho se realiza a partir de la comunicación de intenciones y deseos, así como de la descripción de parámetros objetivos de existencia, es decir, la exposición del mundo.¹⁴

¹⁴ HABERMAS, Jürgen, *Verdad y justificación*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 9-11. El paso de la filosofía de la conciencia a la filosofía del lenguaje trastoca necesariamente tres temas, el primero de ellos tiene que ver con la comunicación necesaria, que trasciende a la construcción y estructura de pensamiento, en tanto que el segundo de ellos atiende a la exposición. El tercero puede ser el más relevante en torno a esta exposición, ya que permea de forma transversal a la idea, y es la intencionalidad que refiere San Agustín en su libro *Confesiones*, dado que dispone de la objetividad para pasar a la subjetividad moral de la comunicación y la exposición. Esta se presenta como la razón principal por la cual Michael Dummett plantea a tal diferendo como una falsa alternativa, dado que considera que la finalidad de la comunicación nunca es autónoma a la exposición, la consideración diversa daría como consecuencia una *caricatura intencionalista*, y pensar que la función de exposición es independiente de la comunicación haría perder la perspectiva de las condiciones epistémicas para la comprensión de las oraciones emitidas. Cfr. DUMMETT, Michael, *Lenguaje y comunicación*, The seas of language, Oxford, 1993, pp. 166-187. En el primer caso daría como consecuencia la simple intención de que el hablante persiguiera que el oyente tuviera no sólo el conocimiento de lo que piensa, sino que se sume a su intención; En el segundo caso la finalidad de la comunicación estaría sujeta a la verificabilidad de la veracidad de sus enunciados, donde se daría una importancia semántica desproporcionada, las condiciones de verdad estarían delimitadas irrestrictamente a la importancia de la interpretación, dada la carencia de una condición epistémica inmediata.

La relación necesaria e indisoluble del lenguaje parte de la exposición y la comunicación, lo que dota de objetividad, condiciones epistémicas y la intencionalidad al lenguaje.

Se colige, en consecuencia, que tanto lo ontológico como su fenomenología, la comunicación y la exposición, son rangos inherentes a la forma del Derecho, de ahí que el análisis se debe realizar a partir de su integridad y no de sus partes. Si el Derecho es un discurso, entonces resulta incuestionable que el análisis debe partir del discurso mismo para contemplar sus partes, dado que todas ellas se consideran igualmente originarias y se suponen una de otra, lo que Habermas va a distinguir como filosofía práctica.¹⁵

A pesar de lo expuesto, es dable establecer un límite de análisis en virtud de que el ángulo que se revisa dista mucho de la esencia del Derecho, sin el ánimo de excluir la perspectiva en cita en virtud de que la exposición o la comunicación en torno a lo que es el Derecho tiende a regresar al punto de partida de las diferencias específicas aristotélicas, lo que de algún modo se identifica con las esencias trascendentales platónicas.

La esencia del Derecho se ha ubicado en diferentes tiempos como un acuerdo con el nacimiento del lenguaje y el sentido de pertenencia, lo que se refleja con las expresiones

¹⁵ *Idem.* p. 13.

de los primeros homínidos; como una esfera de poder y por tanto de decisiones de autoridad, como sostiene Austin; como la decisión de las élites de poder, Lassalle; la decisión del pueblo, que da forma a las autoridades democráticas, y; las normas que surgen a partir de normas que así lo permiten, Kelsen. Lo cierto es que no existe un concepto esencialista y diferenciador en torno al Derecho, ya que cada uno de los autores que han intentado conformar un concepto de fondo, han caído una y otra vez en la confusión del ser y de sus funciones. La pregunta en torno a ¿qué es el Derecho?, dista de una respuesta esencialista, asumiendo que todas y cada una de las definiciones o conceptos que se han generado a lo largo de la historia son válidos.

Se asume con claridad que la pregunta en torno a la ontología del Derecho discurre con ciertas dificultades en una estructura ontológica funcional del Derecho, donde se confunde conceptualmente la esencia diferenciadora con la función diferenciadora, el concepto y la función caen en una síntesis no válida, pero si admisible.

Es evidente que, si la ontología del ser no proporciona una respuesta correcta sino una multiplicidad de opciones, se debe atender a la forma del ser, es decir, la pregunta tiene una variación a la cual, para efectos metodológicos, se considerará como correcta, el cuestionamiento es ¿cómo se presenta el Derecho?, entendiendo que la forma corresponde al ser, lo que implica una serie de dificultades epistemológicas importantes.

Asumiendo que el Derecho es un discurso, una de las primeras cuestiones a debatir es si el origen del Derecho puede ser ligada a un discurso articulado y trascendente, es decir, a un concepto de lenguaje, de donde deriva un primer análisis sobre el surgimiento del ser humano y su correlación con el Derecho, el análisis se centra en la posibilidad del nacimiento del derecho como condición inmanente del ser humano, del *homo sapiens*, e incluso de los primeros homínidos.

El segundo tópico necesario será el análisis del concepto de lenguaje con el fin de establecer si el nacimiento de éste como un sistema de convenciones articuladas y trascendentes marca el nacimiento del Derecho, lo que llevará a una exclusión del ser humano como condición inherente para llegar al lenguaje, la forma del ser del Derecho, entonces dejará de ser un producto de la intencionalidad humana para convertirse en una convención humana, después de todo el lenguaje, como tal, requiere para su trascendencia la existencia de convenios previos, lo que dará origen tanto a la exposición como a la comunicación, con el cuestionamiento implícito respecto de la intencionalidad.

Las propuestas anteriores tienen como elementos comunes la contrastación¹⁶ y colocación epistémica de tres puntos en tensión, la filosofía del lenguaje, la comunicación y la acción como eficiencia lingüística.

¹⁶ BUNGE, Mario, Op. Cit., pp. 86-102.

En este momento resulta indispensable evitar posibles confusiones, por tanto, diferenciar el discurso jurídico de las funciones del lenguaje, mismas que establece de forma meridiana Alexander Von Humboldt, al señalar que a este le corresponde la expresión de producir pensamientos y expresar hechos, que identifica como una función cognitiva; exteriorizar sentimientos y producir emociones, como función expresiva, y; hacer saber algo, que es la función comunicativa. Estas circunstancias o funciones tomarán ángulos diversos a partir de determinar si se trata de una imagen del mundo, es decir, de la expresión lingüística del mundo o bien si se trata de la forma pragmática del mundo, de la comunicación y la construcción del mundo, ya que en un primer plano se corresponde con los contenidos semánticos y en el segundo permea la intención.

Se hace patente la propuesta de Alejandro Tomasini Bassols en el sentido de que la existencia de verbos psicológicos, tales como comprender o entender, plantean la posibilidad de que se analice desde una primera persona, donde el comprender implica la existencia del mundo, su imagen, pero también la intención de comunicar a otros y provocar una acción, en tanto que el análisis de una tercera persona conlleva necesariamente a la asunción de que se ha preparado adecuadamente a un nuevo hablante, que es capaz de comprender la imagen del mundo y dotarla de una intencionalidad objetiva e incluso subjetiva, para provocar una acción determinada partiendo de la comunicación y la

exposición. Estos verbos psicológicos permean en la condición de trascendencia del lenguaje humano. El Derecho es un lenguaje humano.

Se ha llegado al punto donde es necesario debatir una idea clara, ¿el Derecho es producto del ser humano en su apariencia o bien en sus deseos, ideas e intenciones?

La primera forma lleva a un estatus instintivo, que se corresponderá al desarrollo de los primeros homínidos, donde se aparenta más una fuerza y una amenaza que el reconocimiento de el otro, como condición de existencia del Derecho, es decir, el Derecho no existe en la individualidad, sino en el colectivo.

La segunda perspectiva arroja como condición inherente la existencia de un lenguaje estructurado, coherente y capaz de transmitir, de donde deriva que el Derecho no se corresponde con cuestiones instintivas, sino con intencionalidades, pasando de una fuerza y amenaza a un orden mental, incluso en los desarrollos jurídicos más absurdos en la historia de la humanidad se debe reconocer la existencia de una estructuración mental y un manejo más dirigido a las neurociencias y a la existencia física del ser humano.

De los planteamientos previos se llega a conclusiones en diferentes dimensiones, la primera es que, si el Derecho es un discurso y por tanto es lenguaje,¹⁷ entonces ¿se puede ubicar el origen del Derecho en el origen del hombre?, a lo que continúa, ¿el origen del hombre es una referencia física-biológica, o bien moral-ética?, ¿el origen del Derecho se puede implicar en el nacimiento físico del hombre como inicio de la vida y actividad cerebral? Como se puede apreciar se trata de tres perspectivas diferentes para encontrar el origen del hombre para arribar a un cuestionamiento toral, ¿el Derecho es moralidad como lenguaje especializado interno o bien un producto cultural, por tanto, externo? La solución de estos cuestionamientos llevará a una etapa conclusiva para dar respuestas al planteamiento inicial, considerando que el Derecho es discursivo y argumentativo, por tanto, lenguaje, entonces, ¿el Derecho será un sistema de intenciones morales o éticas?, y, por último, asumiendo que el Derecho sea intencionalidad, ¿cómo es que el operador jurídico implanta los modelos morales de aplicación ética en el gobernado?

El advenimiento del hombre como existencia físico-biológica

¹⁷ SAPIR, Edward, *Cultura, lenguaje y personalidad*, 1985. El lenguaje no puede ni debe ser considerado como cualquier medio que comunica algo, sino que se trata de una actividad exclusivamente humana, de donde deviene que hablar de lenguaje es hablar del ser humano. La característica fundamental que establece Edward Sapir es que el uso del lenguaje hace que trascienda el pensamiento humano, es decir, a diferencia de los animales, el hombre aprende de su entorno de sus decisiones, lo que conforma su carácter, y el lenguaje le permite transmitir esta información a las siguientes generaciones, lo que no sucede con los animales, que pueden aprender e incluso tomar alguna decisión, pero no la transmiten a sus generaciones posteriores, de ahí que el lenguaje sea, hasta ahora, un elemento únicamente humano, es por esta circunstancia que se considera que el lenguaje es inherente al ser humano, y por tanto, la distinción de los momentos en que *se crea* el ser humano, como resultado de un proceso evolutivo, biológico o moral. Estas distinciones llevarán a la concreción del Derecho como discurso y como lenguaje altamente especializado y disciplinador.

En este rubro parecería una decisión arbitraria el pensar en qué momento surge el *homo sapiens*, como si se tratara de una creación instantánea, cuando en realidad se trata de todo un proceso evolutivo, es decir, el primer cuestionamiento será resolver cuáles son los antecedentes evolutivos de *nosotros*.

Los especialistas no se han puesto de acuerdo en torno al origen del *Homo*, pero es coincidente el que podría ser el *Homo rudolfensis* cuyos restos más antiguos datan de hace 2.5 millones de años, en cambio otros autores consideran que los restos encontrados corresponden al *Homo habilis*.¹⁸

Las especies que se desarrollan durante el período del paleolítico inferior, de 2'000,000 de años al 120,000 antes de Cristo, tienen como dificultad clasificatoria el determinar el tipo de sociedad que se creó y, lo que interesa a este trabajo, si su organización social es afectada por el fenómeno llamado Derecho.

La respuesta puede resultar intuitiva más que científica, ya que considerar que existe una organización social puede suponer la existencia de normas jurídicas, lo cual es un error, no toda norma se constituye como jurídica, sino *cierto tipo de normas*,¹⁹ parece que el

¹⁸ HARRIS, M., *Introducción a la antropología general*, trad. F. Muñoz, Madrid, Alianza Editorial, 2013, p. 80.

¹⁹ ROMANO, Santi, *El ordenamiento jurídico*, trad. de la 2ª edición efectuada por Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963, pp. 101, 106, 113 Y 186. En este texto desarrolla el concepto del Derecho como Institución, donde señala que este es un subproducto social, dado que siempre será necesario que exista la sociedad para generar el Derecho, y la sociedad surge a partir de la

parámetro debe ser más específico y especializado, y será el lenguaje, concretamente, el lenguaje verbal, mismo que facilitará el fenómeno de *la conciencia*, que será el rasgo diferenciador entre los homínidos primitivos, que cuentan con un esbozo de estructura social, y el *homo sapiens*. A partir de estos primeros acercamientos se afirma que el lenguaje es un fenómeno únicamente humano,²⁰ que permite la construcción del mundo, considerando a este como una existencia lingüística donde no escapa el arte, la religión o los mitos y, por supuesto, el Derecho. En general se puede afirmar que toda cultura tiene una existencia lingüística, se percibe, se interpreta y se expresa por medio de un lenguaje.²¹

La importancia del surgimiento del lenguaje como fenómeno humano, es que se funda la *realidad humana*, misma que puede ser caracterizada como la única que transmite el ser humano de generación en generación,²² las comunidades, por tanto, son

existencia de normas de carácter organizacional, de modo que, concluye el autor, no toda norma es jurídica, sino cierto tipo de normas.

²⁰ Esta afirmación es compatible con un concepto complejo de lenguaje, donde no sólo se considere como la transmisión de un mensaje, su recepción y el mensaje mismo, sino como la utilización de símbolos convencionales, su sentido y el pensamiento. Existen características que pueden diferenciar el lenguaje humano de cualquier otro medio de comunicación, donde se da cuenta del *sentido*, la *manipulación*, las *intenciones* y el *pensamiento*, donde se abordan temáticas específicas como la responsabilidad de la comunicación y las condiciones de su emisión, que atiende a problemáticas de argumentación o bien de retórica. Por tanto, en la afirmación vertida, resulta coincidente con planteamientos de BURKERT, W., *La creación de lo sagrado. La huella de la biología en las religiones antiguas*, trad. S. Mastrangelo, Barcelona, Acantilado, 2009, p. 270, así como la estructuración que previamente realiza GILSON, É., *Lingüística y filosofía*, trad. F. Béjar, Madrid, Gredos, 1974, pp. 48-91 quien aborda estructuralmente el problema de el *sentido*. En todo caso ambos autores dejan ver que la emisión del lenguaje se corresponde con la naturaleza humana en torno a la manipulación y los sentidos.

²¹ MERLEAU-PONTY, Maurice, *Fenomenología de la percepción*, París, Éditions Gallimard, 1945. El filósofo francés da cuenta de que es la percepción la que interviene como mediador de la conducta, es decir, el ser humano tendrá un comportamiento a partir de su capacidad de percepción, por tanto, si esta puede ser manipulada, se provocará una conducta determinada acorde a la *realidad* que construye el ser humano y a las intenciones de éste. El lenguaje, por tanto, no sólo transmite un mensaje, sino que a partir de la construcción lingüística que parte del *yo* hasta la *realidad*, se transforma en una condicionante de la conducta humana.

²² La circunstancia propuesta permite establecer una diferencia entre los signos que puede aprender un animal, pero que no transmite a sus siguientes generaciones, lo que dista de la cultura humana. *Cfr.* LEVI-

comunidades lingüísticas. Se afirma de manera contundente, que la cultura surge y se transmite a partir de la palabra, es decir, la cultura trasciende a partir del lenguaje. El lenguaje tendrá como condición epistémica la trascendencia para ser considerado lenguaje.

Retomando el planteamiento de partida, donde se cuestiona la aparición del *hombre* y se empata con la aparición del *Derecho*, es dable diferenciar el origen del hombre, como producto evolutivo, y de sus antecesores, los homínidos primitivos, donde se reproducen pautas y parámetros animales, pero no intencionalidades expresas que pudieran considerarse de relevancia jurídica. Si el Derecho es un discurso, parece evidente que su nacimiento se da con el lenguaje, identificado este como pensamiento e intencionalidad trascendente.

Es el *homo sapiens* el que se encuentra en la disyuntiva de la repetición de pautas de conducta animal, reproducidas por los *homínidos* y su posterior discontinuidad al ser

STRAUSS, C., *El pensamiento salvaje*, trad. F. González, México, FCE, 1984. En este sentido se confirma una idea que es recurrente en este análisis, y es que el lenguaje conlleva intenciones, como, en el caso, se resume en la idea de transmitir conocimientos de generación en generación, que va desde el ámbito estrictamente individual como puede resultar el familiar hasta comunidades enteras, como las universitarias, donde se congregan en locales específicos con la intención de transmitir conocimientos o bien insertar dudas, como punto de toque de nuevos conocimientos y que estos sean trascendentes. Bajo una tesis diferente, pero coincidente de fondo, se manifiesta RIBAS Alba, José María, *Prehistoria del Derecho. Sobre una "genética" de los sistemas jurídicos y políticos desde el Paleolítico*, Madrid, Almuzara, David González Romero, 2015, p. 24-26, al señalar que el lenguaje verbal da origen a un nuevo mundo para el ser humano, el *espiritual*, donde se encuentran cosas que no tienen una realidad objetiva, que no existen, pero que pueden ser transmitidas y que condicionan eficazmente la conducta del ser humano, es decir, cosas que pueden ser pensadas y que aportan un elemento muy fuerte para la construcción de comunidades. Siendo que este nuevo mundo escapa de la sensibilidad y a la experiencia empírica, se encuentran fuera del alcance animal, se establece como un nuevo parámetro en la construcción del ser humano, donde a sus características ahora se adiciona la de ser espiritual.

capaz de generar su mundo, una *realidad humana* y sobre todo una *realidad espiritual*, con el surgimiento del lenguaje y la conciencia, un campo moral.

Una primera tensión histórica y contextual relevante será determinar que efectivamente lo moral no se corresponde con lo material, pero sí con lo mental.²³ La doctrina tradicional hará una división entre lo material como factores externos y lo mental como factor interno. Esta bifurcación es útil para efecto de diferenciar el lenguaje como producto de factores externos o bien como el resultado de cuestiones internas de hombre. Parece evidente, pero se plantea la importancia a partir de un ejemplo simple, si el ser humano se mueve es evidente que primero surge la idea de moverse, es decir, se parte del factor interno para que se generen consecuencias externas, el hombre se mueve a partir del deseo de moverse.²⁴

²³ RYLE, Gilbert, *El concepto de lo mental*, trad. Eduardo Rabossi, Barcelona, Paidós, 2005, pp. 25-37. El texto retoma la propuesta en torno a la dualidad del ser humano en torno a que este posee un cuerpo y una mente, que se corresponde a la propuesta de René Descartes, que lleva a una cuestión fundamental, el cuerpo se mueve en el tiempo y en el espacio, en tanto que la mente no se corresponde con estos, por tanto, cuando el cuerpo deja de funcionar, sostiene el autor, lamentablemente continúa. El cuerpo está sujeto a las leyes mecánicas, donde está obligado a obedecer las leyes que gobiernan a todo cuerpo espacial y sus estados pueden ser controlados por observadores externos. La vida corporal se constituye como un fenómeno público. La mente no se encuentra en esta tesitura, sus operaciones no son observables y, en consecuencia, pertenecen al campo de lo privado. Continúa Ryle sosteniendo, que el ser humano vive dos historias paralelas que se encuentran íntimamente conectadas, la vida pública, material y espacial, y la vida privada, que corresponde a lo mental. Bajo esta tesitura es interesante tratar de encontrar el lugar que guarda el lenguaje en esta dicotomía, dado que pertenece a lo público, se exterioriza y es condicionante de la conducta, pero también es evidente que tiene su origen en lo mental. ¿Será el lenguaje un tercer tipo de construcción entre lo público y lo privado?, o bien ¿Será el lenguaje la condición intrínseca para convertir lo privado, mental, en público?, y en todo caso, ¿Existe algo que subyace al lenguaje para transformar lo privado en público?

²⁴ Cftr. DAMASSIO, Antonio, *El error de Descartes*, México, Ariel, 2017. El planteamiento en torno a la existencia de factores internos y externos en la conducta del hombre servirá para que Damasio establezca una dura crítica al pensamiento de René Descartes, al señalar que el pensamiento no se da necesariamente en la mente, sino que para la existencia de éste es necesario contar con mediadores como son los sentidos, lo que de manera primigenia tiene una razón simple, pero no superficial. Si la percepción es mediadora de la conducta, entonces los sistemas perceptivos inciden en dicha conducta, es decir, los sentidos del ser humano

La conceptualización que se ha realizado incide en la categorización de la *existencia* que domina tanto la percepción como la conducta. Entonces se encuentra una *existencia física* y la *existencia mental* que se traduce en la conciencia o bien en una consecuencia de esta.

A partir de los diferentes conceptos que se han plasmado se reitera que el lenguaje es atribuible exclusivamente al ser humano, que tiene que ver con el pensamiento y las intencionalidades, de modo tal, que es factible diferenciar las expresiones de los *primeros homínidos* como meras manifestaciones no necesariamente dotadas de una estructura lingüística, pero que no tienen relevancia de carácter jurídico.²⁵

determinarán la conducta de este, en consecuencia, sostiene Damasio, el pensamiento tiene como origen los sistemas perceptivos del cuerpo humano y desencadenan en procesos mentales. La dicotomía planteada por Descartes, a la luz de los planteamientos de Damasio, serían un error, dado que la conexión entre cuerpo y mente serán los procesos perceptivos que, sobra decirlo, son procesos neuronales de sensibilidad. Pareciera que el proceso mental que refiere el autor, está determinado por dos niveles básicos, el conocimiento y la experiencia, que son mentales, pero que no pueden ser explicados sino a partir de los procesos sensoriales. Los procesos de percepción relevantes implican una experiencia compleja que va de lo físico a lo mental, y cuando estos marcan de manera relevante la conducta del hombre, Damasio los denomina como *marcadores somáticos*, luego entonces las experiencias que determinan la conducta posterior del ser humano son marcadores somáticos.

²⁵ La expresión de reprobación que manifestara un sujeto al asumir que otro pretende tomar algo que pertenece al primero, no puede ser considerado como la construcción de un derecho porque para su existencia es necesaria una convención previa, lo que no ocurre, sino que se trata de una mera expresión, de una afirmación primaria, posiblemente un protolenguaje. De la afirmación anterior se obtiene una nueva característica del lenguaje que habrá de ser analizada posteriormente, y es que la naturaleza de este es de condición *conceptual*. Serán WUNDT, Wilhelm, *Fundamentos de psicología fisiológica*, Engelman, Berlín, 1874, y FINGERMAN, Gregorio, *Lógica y teoría del conocimiento*, El Ateneo, Bs. As., 1972, pp. 1-10, quienes se entablarán en un debate teórico conceptual en torno al elemento fundamental del lenguaje, el juicio, como relación entre dos conceptos, o la unidad conceptual, como aquella idea mínima que nunca será simple ni aislada, por tanto, es un error hablar de concepto y lo correcto será la *unidad conceptual*. La construcción de conceptos y la relación entre estos sólo puede ser concebida como una actividad humana, lo que marcará el devenir de la ciencia, del conocimiento y, desde luego, de la historia de la humanidad. Cfr. KUHN, Thomas, *Estructura de las revoluciones científicas*, FCE, México, 2009, donde son los conceptos admitidos por la

El Derecho tiene un metalenguaje inherente, que se ha calificado como moral, de ahí que no toda expresión, en el caso de los primeros homínidos, pueda ser considerada como producto de una moral, sino como una mera expresión de fuerza. La moral distingue entre expectativas y cuestiones que merecen ser protegidas, lo que no se presenta hasta este momento.

La pregunta, en todo caso, será ¿el Derecho es producto de la cultura del ser humano?, ya que en caso de responder afirmativamente, entonces será dable considerar que el Derecho se presenta como producto de una evolución de pensamiento y desarrollo de este, es decir, el Derecho contará con fases de desarrollo y presentación, mismas que se presentarán de forma individualizada en cada sociedad, por tanto se genera una abstracción representacional del Derecho y su evolución, pero no una regla de desarrollo general, sino un desarrollo particularizado en cada conglomerado social.

La perspectiva expuesta permite asumir al Derecho como un producto de la cultura de cada pueblo, o bien, de cada sociedad, siempre derivado de lo mental.

comunidad científica los que marcan la evolución del conocimiento, entonces el concepto no es individual, sino producto de una convención. El lenguaje sigue tomando vertientes cada vez más complejas.

Concepto de lo mental

A partir de la determinación de la aparición de los primeros homínidos y sus expresiones se determina que no es la aparición del ser humano la que se puede vincular con la aparición del Derecho, de ahí que la idea del Derecho como producto de la fuerza sea desechada, lo que corresponde, en todo caso, será el análisis sobre el nacimiento del Derecho con la vinculación a lo mental, por tanto, se hace indispensable conocer un concepto sobre *lo mental*.

Sostiene Gilbert Ryle,²⁶ que el nacimiento del concepto de lo mental se puede fijar con René Descartes, quien sostiene que, salvo el caso de los idiotas y los recién nacidos, todo ser humano tiene un cuerpo y una mente. Es de resaltar la filosofía trascendental de Platón, que sostiene que todo ser humano se conforma de dos materias, una que se corrompe y es mortal, y la segunda que es pura y es inmortal, haciendo una referencia al cuerpo y a el alma, que marca una diferencia con Descartes, pero en todo caso, de un

²⁶ RYLE, Gilbert, Op. Cit. p. 25. En torno a este planeamiento existe una diferencia con Descartes, ya que tanto el idiota como el recién nacido cuentan con una materialidad que se identifica con el cuerpo, el problema es la potencialidad de la mente y la posibilidad de manejar no sólo esta corporeidad sino la forma de exposición y comunicación con el entorno. Se puede decir que efectivamente, como sostiene Noam Chomsky, existe un protolenguaje que permite un inicio de comunicación y que, principalmente en el caso del idiota, no existen facultades para conocer un lenguaje, sino medios para asumir un lenguaje. Después de todo la mente construye la realidad, y el hecho de que una persona construya una realidad diferente no permite asumir que se trata de un idiota como término peyorativo, pero si de asumir también diferencias, no sólo de construcción de la imagen del mundo, sino limitantes en la comunicación y en la construcción de sentimientos y emociones. Cfr. CHOMSKY, Noam, *Arquitectura del lenguaje*, México, Trillas, 2015, p. 176-185.

análisis semántico, se puede arribar a la conclusión de que ambos tienen como referencia a la mente, aún cuando Platón la analiza como una potencialidad.

Continúa Descartes señalando que el cuerpo humano se encuentra sujeto a las leyes físicas y mecánicas que gobiernan a todos los cuerpos espaciales, por tanto encuentra un límite en tiempo y espacio, de ahí que la vida corporal sea pública; la mente, por el contrario, no se encuentra limitada a estos parámetros de tiempo y espacio, su desarrollo y funciones no son observables, por tanto se estiman en el campo de lo privado, de ahí que toda persona vive dos historias paralelas, una corporal y otra mental, es la disrupción del ser humano en lo público y lo privado, en lo externo y lo interno.

La propuesta de Descartes incurre en un grave error de categorías, puesto que pretende que lo mental no tiene relación con lo corporal, cuando en realidad existe una interdependencia, lo corporal puede condicionar lo mental, en tanto que lo mental es línea de conducta corporal, de ahí que se sostiene que no se tiene una mente pensante, sino un cuerpo pensante.

Las diferencias filosóficas entre el cuerpo y la mente cayeron en un error categorial, ya que se pretendió establecer a la mente como una *cosa*, aunque de tipo distinto a los

cuerpos, con lo que se determinó otorgarle una materialidad. El problema principal es que confundieron cerebro, como materia, y mente, como potencialidad.²⁷

La referencia a la mente como mediadora de la conducta lleva necesariamente al *conductismo*, en el cual, sostiene Kathinka Evers, existe como regla la eliminación del subjetivismo, es decir, de la conciencia en el discurso y la investigación científica.²⁸

Es necesario distinguir tres versiones de este *eliminativismo*, el primero que es *conceptual*, cuando cierto término está tan contaminado que es preferible abandonarlo; *contextual*, según el cual cierto objeto no es existente en un campo determinado, por ejemplo, la conciencia, y; *ontológico*, según el cual cierta cosa no existe.

La relevancia del eliminativismo deriva en que se puede defender la posibilidad de una existencia conceptual cuando la contextual resulta falsa y la ontológica resulta absurda. La afirmación vertida deriva en que la conciencia, o bien el subjetivismo, existe conceptualmente, pero es falso que sólo exista en un contexto determinado y resulta absurdo pensar que no existe. Lo anterior sin obviar el hecho de que la conciencia puede

²⁷ Cfr. EVERS, Kathinka, *Neuroética. Cuando la materia se despierta*, Madrid, Katz, 2013, pp. 43-47. El simple título aporta una diferencia esencialista respecto del cerebro, dado que es la única materia altamente especializada en el cuerpo humano capaz de generar tanto hacia el interior como al exterior del cuerpo, los pensamientos que no sólo son regla de conducta, sino que son mediadores de conducta. El pensamiento tendrá dos niveles fundamentales, el primero que atiende a una estructura neuronal y el segundo que se corresponde con el exterior y la posibilidad de generar imágenes del mundo, exposiciones y comunicación.

²⁸ Ídem.

ser confundida con su fenomenología, y entonces se utilizan términos que se encuentran inmersos en un error conceptual, tales como *espíritu, fantasma, ángel*, mismos que pueden ser reducidos a una actividad neuronal. La relevancia del término es que no puede ser separada del concepto mental, lo que lleva a establecer que existe una conciencia, como estado mental, que permite la construcción del pensamiento, entonces es una mediadora de la mente.

La conciencia participa en la distinción entre apariencia y realidad, y según Searle,²⁹ la apariencia emerge de los procesos de la arquitectura cerebral, realizando una distinción entre el cerebro, como estructura, y el pensamiento como proceso y potencialidad, pero esta afirmación lleva a la conclusión de que el *pensamiento materialista* es conceptualmente insostenible.

La circunstancia de que lo exterior sea independiente de lo interior en torno al pensamiento y la conducta, cuerpo y mente, resulta en una falsa tensión, la propuesta de Kant en torno al *noúmeno*, como la cosa en sí, es insostenible y llevaría la implícita la imposibilidad para conocer la cosa como elemento externo. Todo lo que se considere externo debe pasar necesariamente por el filtro del pensamiento para que resulte asequible al ser humano, se abandona lo externo para convertirlo en algo interno. Vale la pena

²⁹ SEARLE, John, *Ver las cosas tal como son. Una teoría de la percepción*, trad. Víctor Manuel Santamaría Navarro, Madrid, Anaya, 2018, pp. 56-61.

retomar el pensamiento de Humboldt en el sentido de que el lenguaje tiene una función cognitiva al plantear una imagen del mundo, y que esta imagen depende de una construcción interna, de ahí lo relativo de la verdad, en todo caso es de resaltar el abandono de lo externo para asumir que, cuando la mente conoce al objeto, entonces ya es parte de lo interno y de una construcción relativista de la imagen del mundo.

El mundo adquiere un carácter fenoménico y este existe en la medida que es posible percibirlo. El planteamiento correcto, en este punto, parece ser determinar si existe lo ontológico como propiedad de la cosa, lo que llevaría al *nóumeno* kantiano, o bien si se trata de una proyección del pensamiento del perceptor, haciendo nugatorio el materialismo para transformarlo en un subjetivismo, en la construcción interna como representación del objeto.

La consideración anterior lleva necesariamente a comprender que el mundo es objetivo y a partir de este se generan las imágenes que se denominan como *realidad*, lo que implica que el mundo tiene una realidad lingüística fenomenológica, siguiendo la teoría kantiana trascendental, el mundo existe en la medida que puede pasar por parámetros internos de interpretación, lo que imposibilita conocer el mundo en sí, y todo lo que está al alcance de la mente es una construcción interior.

Sostener la afirmación anterior resulta en una circunstancia circular, tautológica y parcial. En efecto, si el mundo es fenomenológico y depende de la construcción intersubjetiva del ser, entonces la construcción intersubjetiva depende del mundo fenomenológico, además, comprendiendo que la condición epistemológica del mundo en los términos que ha sido planteado, depende del *conocer del ser*, entonces cuenta con déficit epistémico básico que se corresponde con la finitud del pensamiento humano.

El extremo que hace patente esta limitación se encuentra cuando una construcción finita, por tanto, incompleta, es interpretada por otro ser finito, lo que lleva a la construcción del absurdo, lo incompleto interpretado por lo incompleto, a su vez cobra importancia cualquier dato que resulte novedoso para cualquiera de estos seres, entonces la condición epistémica del pensamiento cobra un sentido claro. El mundo cuenta con una imposibilidad lógica de construcción completa, se arriba a la conclusión mental de que el mundo es perfectible, cuando en realidad lo que se plantea es que el pensamiento es perfectible por medio de sus productos, entre ellos, el Derecho.

Bajo perspectivas de igualdad formal y sustantiva, los hombres son equivalentes entre sí, lo que conduce a la Ley de Leibniz,³⁰ construida en su obra *Discours de métaphysique*, conocida como *Ley de la identidad de los indiscernibles*, según la cual, si a y

³⁰ EVERS, Kathinka, Op. Cit., p. 49-50.

b tienen las mismas propiedades, entonces son equivalentes; por tanto, lo que es válido para *a*, es válido para *b*, situación que aplicada a los hombres resulta insostenible.

En efecto, sostener que los hombres son equivalentes no es más que un espejismo derivado de las normas positivas como la sostenida por Kelsen en su *Teoría pura del Derecho*, donde el ser humano es la personificación de derechos y obligaciones, en consecuencia, todos los hombres son iguales entre sí, pero omite una valoración sustantiva, y es que los seres humanos son personas neuronales, lo que conlleva una diferencia específica estructural y de potencialidad en el pensamiento.

Las estructuras neuronales que corresponden a cada individuo pueden proporcionar una *cartografía neuronal del pensamiento*, concepto utilizado por Evers,³¹ aunque posteriormente lo limita a una *red neuronal*, estableciendo que el primer concepto resultaría incompatible por hacer referencia a una cuestión física, una cartografía neuronal parece asequible, pero no una cartografía del pensamiento.

Se puede establecer una idea materialista respecto de la potencialidad del ser humano, pero no de forma cualitativa, la que dependerá de la ética de su aplicación, por tanto, se reitera que el concepto de *justo e injusto* se corresponderá a una calificación ética.

³¹ Ibidem., p. 50-55.

Como muestra se utiliza el concepto de *conciencia*, que hace referencia a la asunción de consecuencias respecto de actos determinados y que, bajo una perspectiva ontológica, será únicamente una cuestión biológica, es decir, la capacidad de percepción neurológica; epistémicamente, es la comprensión del ser, su acto y consecuencia, la información introspectiva y la observación anatómica que dirige conductas.³² En ese contexto se aduce que el concepto de *conciencia* suma las perspectivas biológicas, es decir, estructuras neuronales y aspectos sociales, que se identifican con la potencialidad de pensamiento. En consecuencia, el procesamiento del Derecho, como generación, conceptualización y aplicación, derivan de ambas condiciones, el Derecho carece de un carácter de reglamentación externa y en cambio permite una construcción interna, moral.

Por ende, el cuestionamiento derivado es, ¿qué hace que el cerebro se vuelva consciente?, y si se asume como consciente, entonces, ¿la materia cerebral se encuentra moralmente comprometida? Este tema no es menor, tomar conciencia de las cosas y sus consecuencias implica tener una forma de construir y aplicar el Derecho, que tendrá como fundamento la construcción intersubjetiva, de ahí que cobre vigencia la importancia de la

³² CHANGEUX, J.P., *El hombre neuronal*, trad. Pozuelo de Alarcón, Madrid, Espasa Calpe, 1983, pp. 78-84. El concepto pasa por una valoración moral necesaria, la conciencia no es una regla ni una directriz, se trata, según el autor, de una concepción que se construye a cada momento. La conciencia se caracteriza como una percepción de *la realidad* con la condición *social*. La información introspectiva consiste en una valoración y no sólo en una suma de datos. Esta valoración adquiere un talante intersubjetivo, la calificación moral y la aplicación ética depende de la conformación del lenguaje y del conocimiento que adquiere el agente a partir de las condiciones de convivencia y la posibilidad físico-biológico de procesamiento de datos. La conciencia es una construcción de carácter social equivalente a lo que algunos otros autores llamarán como condición necesaria del *libre albedrío*.

educación, pero no sólo bajo aspectos formales, sino la que conlleva cada uno de los modelos culturales y antropológicos, de donde se desprende que la moralidad tiene un compromiso, pero no es con reglas, sino con la formación socio-cultural. El Derecho no es un conjunto de reglas, sino una construcción moral, derivada del compromiso que pudiera tener la materia cerebral y su potencialidad, el pensamiento.

De ello resulta necesario admitir la diferencia que plantea John R. Searle,³³ en torno a que la percepción marca, necesariamente, el estado de conciencia, a la que califica como real e irreductible, como un conjunto de partes que conforman una unidad, que da como resultado el cumplimiento de uno de los objetivos de Changeux,³⁴ en el sentido de que se

³³ SEARLE, John R., Ídem. Para Searle la conciencia tiene experiencia que implica la subjetividad ontológica, pero la característica principal es que dicho estado de conciencia no es uno en dos partes, sino que estas dos partes coexisten en un ámbito de unidad. La propuesta decanta en cinco elementos que señala como aquellos que conforman la conciencia: 1. La conciencia es real e irreductible; 2. Todos los procesos calificados como conscientes, derivan de procesos neuronales; 3. Todo proceso consciente se conforma en el cerebro; 4. La conciencia es biológica y por tanto, física, pertenece al mundo real, y; 5. Toda conciencia perceptiva parte de un campo consciente total. El planteamiento deriva en una circunstancia que resulta total como mediadora de la conducta. En efecto, los conceptos que se han planteado parecen determinar a la conciencia como un proceso condicional de una realidad y de una estructura biológica, pero Searle pone énfasis en un aspecto sin el cual la conciencia simplemente no existe, este es la percepción. El señalamiento de que la conciencia es biológica, por tanto pertenece al mundo real abre la discusión en torno a lo real, al mundo real, lo que lleva a una concepción wittgensteiniana, conocida como la *ontología del tractatus*, según la cual el mundo no sólo se constituye por cosas o personas, sino por las relaciones entre estos, lo que lleva a establecer que el mundo se conforma por *hechos*, que es el estado de las cosas, y se añade, el estado de las personas. En todo caso se hace referencia a la percepción respecto de los hechos, que decanta en una proyección del estado interno del observador para conocer el objeto o la persona como objeto. El planteamiento lleva necesariamente al concepto del nómeno de Kant, que implica la cosa en sí misma, situación que entendida en su planteamiento, implica la imposibilidad de conocer totalmente el mundo objetivo, ya que no se conoce el objeto en sí, sino la interpretación interna del objeto. El planteamiento de Searle conlleva la condición de que toda realidad será una construcción parcial que depende de la percepción, es decir, de la capacidad de percepción, por consiguiente, no existe una conciencia total, siempre será de condición parcial ante la imposibilidad de una percepción total o absoluta.

³⁴ CHANGEUX, J.P., Op. Cit., p. 168.

deben destruir las barreras entre lo neural y lo mental, es decir, una conformación como unidad y no como dos partes autónomas o independientes.

En otros términos, asumir los argumentos que han sido vertidos, implicaría reconocer que el Derecho surge de una moralidad de una comunidad determinada, misma que pasa por estados mentales de conciencia y por tanto de percepción. La forma descrita conlleva una apreciación parcial, dado que, en apariencia, toda decisión sería moral y con una intencionalidad consciente. La pregunta que surge en este momento es, ¿existen limitantes a las construcciones morales conscientes?, y la respuesta será comprendida a partir de la intersubjetividad, y, por tanto, de una conciencia con una calificación moral como responsable, que va del libre albedrío individual a el liberalismo comunitario.

Es claro que las sociedades se han conformado a partir del concepto de *libertad*, y la historia muestra cómo es que se ha regulado para pasar de una concepción ética-filosófica a una construcción jurídica, que redundará en una construcción moral-ética, lo que concluye en que todo actuar del individuo se califica finalmente como *adecuado o inadecuado* a partir de dos elementos, la capacidad para generar una experiencia cognitiva y el resultado hacia la comunidad de la que el individuo forma parte. El conocimiento redundará en la reiteración de los actos llevados a cabo y su trascendencia social, en tanto que el resultado implicará la admisibilidad o reprobación del acto por parte de la sociedad.

Este concepto redundará en la conciencia responsable, la posibilidad de tomar decisiones y la adecuación moral y ética adecuada al campo social, del mismo modo habrá que establecer diferencias entre los actos voluntarios, los involuntarios y los obligados, ya que cada uno de estos reflejan un aspecto de libertad, comprendida como una entidad regulada y no como la posibilidad ilimitada de actuación. La diferencia deriva a partir de la intencionalidad³⁵ del acto.

En consecuencia, se puede responder a la primera cuestión, el Derecho no se identifica con el nacimiento del ser humano, ni en la figura de los primeros homínidos, así como tampoco en el surgimiento del *homo sapiens* como resultado evolutivo. El surgimiento del Derecho está ligado a un lenguaje articulado por medio del cual se pueden

³⁵ SEARLE, John R., *intencionalidad*, trad. Enrique Ujaldón Benítez, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 62-89. Sostiene Searle que la intencionalidad es una característica de la mente, por la cual el pensamiento se dirige *a*, o versa *sobre*, o *acerca* de estados u objetos del mundo, por tanto, la intencionalidad es un fenómeno humano común a humanos y algunos animales. La intencionalidad fenomenológica se presenta desde formas primitivas como la percepción consciente, el hambre, la sed, la ira, entre otros ejemplos, donde las creencias, los deseos o las expectativas son formas derivadas, a las cuales denomina como *estado intencional*. Estos aspectos resultan muy relevantes para la exposición del Derecho como producto moral de calificación ética, dado que cada acto derivado del Derecho tendrá la intención específica y será calificada a partir de la conciencia responsable a que se ha hecho referencia. La intencionalidad se deberá identificar con la axiología del Derecho, misma que puede ser ubicada en la idea de *justicia*, que se aborda más adelante. Las intencionalidades en el campo del Derecho no pueden ser consideradas bajo una perspectiva de liberalidad absoluta, sino que se deberán limitar al campo, bien de las necesidades o bien de los talentos y las capacidades, en ambos casos se procura el beneficio de la comunidad, de ahí el modelo de justicia de comunidad y vida buena, que no es sino hacer patente la intención del Derecho. La segunda perspectiva que plantea Searle resulta aún más importante al Derecho, ya que define la intencionalidad no como un recuerdo o una creencia, que implica el ajuste al mundo como *es*, en tanto que los deseos y las *intenciones stricto sensu* se dirigen al mundo como *debería ser* o bien *cómo se desea que sea*, en ambos casos el criterio de corrección será el parámetro de satisfacción, entendiendo a éste como un método de contrastación entre el objetivo axiológico buscado y el resultado, es decir, el calificativo ético del acto como *justo o injusto, correcto o incorrecto*. Como resultado se concluye que el Derecho, siendo un lenguaje altamente especializado, contará con una intencionalidad y su parámetro de corrección será la satisfacción en torno a los objetivos buscados. El Derecho se abandona de las reglas rígidas a parámetros de moralidad intersubjetiva clara, al buscar un resultado de carácter comunitario, entendiendo la libertad individual como un aspecto de construcción y beneficio social.

expresar deseos en torno al mundo, como es que debe ser el mundo o bien cómo es que se quiere que sea el mundo. El hombre descubrirá en el lenguaje la mejor forma de expresión de sus ideas, deseos o emociones, lo que dotará al Derecho de una condición cognitiva, expresiva y emotiva.

La conclusión previa pone un énfasis adicional en una cuestión no menos importante, si el Derecho nace con el lenguaje, entonces ¿la asignación de *hombre* corresponde a una categoría moral?

Una visión moral y una calificación ética

La ética es identificada como la disciplina filosófica que se encarga de los asuntos morales, de la conducta entendida esta como actos, hábitos y vida en general, bajo la perspectiva del bien, calificándolos como buenos o malos, correctos o incorrectos, justos o injustos.

El análisis semántico dirige a dos elementos fundamentales identificados como *êthos* y su correlativo *éthos*, siendo que el primero aludía al lugar de residencia, el lugar que se habita, donde vale la pena destacar que la circunstancia puede estar referida tanto a un lugar físico, el lugar donde se habita, como a un lugar mental, donde radican las ideas y por

consecuencia la moral, que se acerca a la segunda acepción, que es referida a las costumbres, que bien puede ser entendido como el lugar de las ideas que derivan en la conducta.

Ambas palabras fueron traducidas al latín bajo la voz *mos*, de la cual derivaría la *moral*, que se relacionaría posteriormente hacia la costumbre, es decir, la ética fue desplazándose de lo moral a los hábitos y los actos de vida en general. Esta conceptualización daría lugar a la llamada *vida moral*, que se traduce en lo correcto, por tanto, los actos morales fueron dando lugar a la definición de cada persona, la moral y su exteriorización forjan el carácter.

De esta forma la ética se recela como un saber teórico-práctico, donde se analizan los actos del hombre no para descubrir la virtud, sino para aplicar la virtud y tener hombres buenos, como lo sostiene Aristóteles,³⁶ quien hace una distinción entre la ciencia, como aquella disciplina que se repite constantemente, que es inmutable, y la ética que se aplica sobre lo contingente, dado que no parece ser necesario reflexionar sobre las cosas que sólo son de una forma determinada.³⁷

³⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, II, 1, 1103b26.

³⁷ *Ibidem.*, VI, 5, 1140a30.

Un primer acercamiento al concepto de la vida moral, y el más obvio, es la calificación en términos de bondad o maldad. Con Aristóteles, bueno; con Kant, deber, y; con Scheler el valor. Cada una, en su momento, ha tratado de adueñarse de la calificación a la vida moral, pero el acercamiento más adecuado parece derivar del extremo opuesto, es decir, inmoral como algo malo, indebido o no valioso, y términos intermedios como amoral, carente de bondad y desmoralizado, cuando falta una motivación, y tal vez sea esta la configuración más adecuada para exponer que la moral es la casa del ser, el lugar donde se forman las costumbres que se derivan en conducta, por tanto, donde se configura el carácter. La moral se transforma en el motor, la motivación y los intereses que obligan, o por lo menos permiten, la superación del hombre.

De lo expuesto se colige que la moral no sólo funciona como una serie de ideas internas, sino que además se constituye como una estructura del ser que tiene como condición necesaria la libertad. Esta llega a configurarse como un espejismo si se atiende aun concepto amplio de libertad, el hombre se siente libre cuando en realidad está limitado por su moralidad, sometiéndose a un extremo determinismo. Esta apariencia es la que define Kant como *Schein*, dado que no somos capaces de descifrar en su real dimensión, por lo que no deja de ser un mero espejismo. El concepto parece estar relacionado con el nómeno, lo que se conoce es sólo limitado por la capacidad de conocimiento, es decir, no se puede conocer más allá de lo que ya se conoce, lo que llevaría a comprender el concepto de libertad como la comprensión en la medida de la libertad que se tiene, luego entonces

no se conoce a la libertad, sino a un concepto propio de libertad, para Kant la libertad corresponde a la razón práctica. En síntesis, no puede existir la vida moral sin libertad.

La condición de libertad permite al ser humano apearse a la realidad, pero con *justeza*, que se puede concebir como el contenido de la estructura, la libertad permite el acercamiento a la justicia, que históricamente se somete a los conceptos socioculturales.

Bajo la línea argumentativa que se ha venido trazando se puede establecer una conexión directa entre la bondad y la justicia, que está marcada desde *Aristóteles y su Ética a Nicómaco*,³⁸ cuando afirma “El bien es todo aquello a lo que todas las cosas aspiran”, por tanto, el hombre no puede³⁹ obrar mal.

El planteamiento es consistente con la filosofía kantiana, cuando se realiza una diferencia entre la filosofía teórica, la que existe en la naturaleza y la filosofía práctica, que deriva en la filosofía moral, es la práctica de la razón, y esta depende del concepto de

³⁸ *Ibidem.*, I, 1, 1094a3.

³⁹ Es interesante el manejo de las cargas morales en el texto o contenido de las palabras. Si en la traducción que se plantea se substituye el término “puede” por “debe”, sería relativamente sencillo asumir el contenido del deber moral a diferencia de la obligación moral. Entonces se llegaría a Kant sin problema alguno al establecer que el bien es un deber, sujetándolo en todo momento a las reglas morales, la decisión moral estaría contemplada en el momento en que el ser tuviera la libertad para elegir entre dos conductas diferentes, la moral y la inmoral, lo que decantaría en que la libertad es una condición de la moralidad, y el rompimiento de estas normas internas llevarían a la conclusión de que se puede tener una conducta inmoral a partir de parámetros de libertad, luego entonces el máximo de libertad permitiría asumir la verdadera moral, la moral que pertenece exclusivamente al sujeto a partir de su conformación intersubjetiva.

libertad. Sin embargo dicha dicotomía no es sino un paralelismo, dado que ambas se sostienen a partir de los mismos principios, solo que una pretende ser relacionada con el mundo exterior y la otra con el interior, al final parece caer en el mismo problema kantiano del fenómeno y el nómeno, cuando ambos dependen de la capacidad de observación, en síntesis, nada existe sino en mérito del sentido de existencia del sujeto cognoscente.

El planteamiento realizado lleva a considerar a la moral tanto como estructura como contenido, y aún se puede ampliar a la conducta, que será la exteriorización de las dos primeras, y que tendrá como guía la “conciencia”, que siempre será tal en la medida que esté sometida a condicionamientos específicos tales como el contexto, la intersubjetividad y la capacidad de comprensión. Se puede concluir que el ser es capaz de un actuar moral en la medida que se hace consciente y responsable de sus actos. La pregunta es, entonces, ¿la moralidad tiene relación con el libre albedrío?, o bien ¿es el libre albedrío una condición limitante de la conducta?

Sostiene Víctor Hugo de la Fuente Flores,⁴⁰ que el ser humano tiene la necesidad de tener el control de sus decisiones, y que esto se logra a partir de la libertad, por tanto es un concepto tan cotidiano que prácticamente no se cuestiona, cuando en realidad no es más

⁴⁰DE LAFUENTE Flores, Víctor Hugo, *Cerebro, subjetividad y libre albedrío*, Magda Giordano y Roberto Mercadillo, Coordinadores, México, Herder, 2016, pp. 69-92.

que un espejismo. Las neurociencias y su avance han demostrado que el llamado “Libre albedrío”, se encuentra cada vez más limitado.

En este sentido tanto la libertad, y todavía más grave, la voluntad son ilusiones, circunstancias que en realidad no existen. Benjamin Libet, Izhak Fried y Haynes⁴¹ demostraron que la actividad neuronal se desarrolla de manera anticipada a la acción, es decir, el cerebro es capaz de tomar una decisión antes de que el cuerpo sea consciente de la misma, de modo tal que la voluntad no condiciona a la mente, sino que la mente se anticipa a la voluntad. La conciencia no es sino producto posterior a la actividad neuronal.

La condición del libre albedrío parece poner énfasis en que las determinaciones son impredecibles, cuando en realidad las elecciones son tomadas con anticipación bajo dos fundamentos necesarios, la actividad neuronal y las experiencias, lo que van a dar forma a la moral.

El libre albedrío parece construir una imagen del mundo, con el cual elabora modelos de funcionamiento en los cuales basa sus decisiones, pero estas se trabajan a nivel neuronal antes que en el nivel consciente, por tanto, identificando estos factores dentro de la conducta moral, se puede deducir que la moral es anterior a la conducta humana, y que

⁴¹ Ídem.

esta no es consciente hasta que ocurre la conectividad de la corteza cerebral y sus funciones superiores, con el cuerpo como organismo pensante en un segundo nivel.

La respuesta a los cuestionamientos planteados parece dirigirse a que si existe una relación entre la moral y el libre albedrío, entendiendo a ésta como condicionante de la segunda, en tanto que el libre albedrío será una limitante de la conducta, de donde se puede colegir que existe una cadena necesaria de dinámica neuronal, primero es la moral y la actividad neuronal, después surge la conciencia de la decisión y por último se exterioriza, entonces la base del comportamiento humano es la moral, reiterando que se da en ámbitos de libertad, y mientras la libertad sea más intensa, la moralidad será más evidente y clara.

Si bien se ha planteado la moral como un producto individual, es evidente que para que esta exista es necesario comprender que surge de un diálogo con el resto de los seres, con diversas moralidades, de ahí que el factor determinante no sea el subjetivo, sino el intersubjetivo. La plática se desarrolla en ambientes socioculturales.

En conclusión, la moral, en cuanto a sus contenidos, proviene de la tradición social, iniciando por el lenguaje y pasando a las consecuencias de este, como la vida moral y las calificaciones éticas, comprendiendo que la ética no tiene un carácter normativo sobre la moral, pero su aplicación tendrá efecto en la reconfiguración de la moral. De lo expuesto deriva que la ética se constituye como una retroalimentación de la moral, o bien, como

sostiene Adela Cortina, es una forma de configurar el carácter, si bien la moral es contenido, la ética, como calificación asertiva, permite dar forma a las futuras decisiones morales.

El cuestionamiento inmediato surge en torno a ¿qué es la ética?, no con pretensiones de profundidad conceptual, sino como parámetro de calificación de las conductas humanas, por tanto se debe partir de bases concretas que parten de la concepción moral, misma que, ya ha sido demostrado, no pueden pasar por la idea de la “moral universal”, misma que no existe, el sujeto, al conformar su estatus moral lo hará siempre a partir de la tradición sociocultural que le corresponda vivir, en ese sentido se afirma que el hombre es producto de su tiempo, al igual que la moral que lo determina.

El concepto anterior se refuerza con la crítica que realiza Marx a Hegel, al establecer que la ética se constituye como una ideología pura, alienante e ilusoria que tiene por objeto la legitimación de las estructuras de poder,⁴² que si bien deriva de un principio válido, como

⁴² Parece que la idea de Marx resulta un tanto debatible, toda vez que la ética no será más allá de una calificación, como se verá en las páginas siguientes, sin embargo, la referencia que se realiza parece más en torno a la ideología que a la moral o la ética. La ideología es la que permite asumir que las estructuras de poder, bien sea político, económico o ideológico, con las que manejan parámetros específicos de criterios de valor, y cuando se trata de encontrar una menor libertad, entonces la moral se encuentra disminuida y la ética se limita a una mera comparación entre la decisión “moral” y los campos de aplicación, entonces el concepto de ética viajará de lo justo a lo injusto a partir del concepto de libertad que incide en la moral, es decir, la ideología será la mediadora entre la moral, la decisión y la incidencia de la ética en la reconstrucción de la moral. Pensar en la moralidad de campos semánticos cerrados, al estilo de la afirmación de Tarsky en torno a que la nieve es blanca sí y solo sí la nieve es blanca, parece asumir que el lenguaje tiene un solo significado, el proceso de significación será siempre cerrado y ésta circunstancia corresponde a la ideología, no a la ética. Es precisamente la ética la que pone en jaque la afirmación tarskiana para cuestionar si todo objeto nombrado “nieve” es conceptualmente el mismo, a lo que se responderá que no, que al abrir los campos semánticos, el proceso de significación encuentra su relieve cognitivo, al igual que sucederá con el concepto de “blanca” de la misma aserción, lo que lleva entonces a concluir que efectivamente la ideología es la que determina la

la no admisión de la ética como modelo social, hace patente la existencia de un sistema hegemónico dominante que pone énfasis en las cargas mentales, como lo son los sistemas políticos y económicos, que derivan, o pretenden derivar, en paradigmas sociales de calificación de las conductas morales. La conclusión teórica es que los modelos sociales pretendidos como modelos éticos, no podrán ser resquebrajados y substituidos por medio de la moral universal, sino por medio de la comprensión de la libertad como contexto ético.

Una comprensión más cercana se construye a partir de establecer que una convivencia se transforma en lenguaje y la singularidad desaparece para tomar un papel de colectividad, dado que una de las funciones del lenguaje será desaparecer las diferencias conceptuales, la substitución de un objeto por una palabra y la normalización de ésta. Este paradigma lleva a la construcción de valores morales, que no son individuales jamás, sin producto del entorno sociocultural del ser cognoscente.

La circunstancia expuesta lleva a considerar que la ética tendrá diferentes espacios de construcción y de aplicación, ya que mencionar que deriva de la libertad, obliga a construir tesis diferentes al respecto.

decisión ética como valoración de la conducta derivada de la moral, pero la ética no puede descansar en imperativos sociales hegemónicos, sino en imperativos sociales libertarios. *Cfr.* CAMPS, Victoria, *Concepciones de la ética*, en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, T.2, Madrid, Trotta, p. 13.

Una de las primeras perspectivas tiene que ver con el orden práctico, que es un paralelismo, en su planteamiento, a lo que resulta ser el Derecho. Entonces la moral y la ética no son un elemento perenne a la existencia del ser humano, sino al lenguaje como producto de éste, lo que genera el fenómeno llamado “antropocentrismo”, que persiste hasta la presente época y tiene sus propias problemáticas a partir de su resignificación o bien su resemantización.

Esta primera faceta implica que ser “ser humano” implica ser “ser ético”, lo que dará lugar a la “falacia naturalista”, que pretende diferenciar al ser humano de su sistema normativo interno o su eticidad, situación que implica un argumento a los aspectos satelitales del concepto de ser humano, sin atender a su construcción interna, de ahí que resulte una mera falacia. El ser humano siempre ha sido moral y ético.

Lo ético es una práctica, reiterando que se trata de una práctica sociocultural, por ende, la ética se constituye apenas como un primer campo práctico de la filosofía, conformando centros epistémicos que se someten a diferentes formas de metodologías. La ética funciona, entonces, como un concepto *ex post* respecto de la fenomenología de las conductas individuales o sociales, y es un contraste en torno a los modelos libertarios socioculturales, de ahí los calificativos como correcto o incorrecto, justo o injusto. Si el Derecho se estatuye como un sistema de limitaciones a la libertad, entonces, mientras más estricto sea, su calificativo ético, si se le pudiera llamar así, sería de legal o ilegal, en tanto

que al resultar con criterios más libertarios y un proceso de significación amplio, el calificativo será justo o injusto. El valor intermedio pasará por conceptos como correcto o incorrecto.

Si se atiende a su trascendencia histórica, parece sencillo a sumir que la moral, y la ética, se conforman a partir de la realidad vivida por modelos sociales, culturales, lingüísticos⁴³ de forma cotidiana, existencial.

Las perspectivas que han sido detalladas llevan a sostener que la ética se conforma como un proceso descriptivo y analítico de significación similar a la filosofía del lenguaje, que al concluir, reconstruye, resignifica o resemantiza las abstracciones que la representan. La ética se integra con los campos prácticos del ser humano, incluyendo los procesos de proyección.⁴⁴ Entonces habría que dimensionar que si la ética parte de campos prácticos y

⁴³ Resulta claro que la conformación de la moral y la ética pasa por estos modelos sociales, de ahí que la moral no se constituye como un modelo de pensamiento subjetivo, sino intersubjetivo, donde conviven las creencias y decisiones de los grupos con los que convive el sujeto cognoscente. Asumir la existencia de una subjetividad individual implicaría justificar la existencia aislada del ser humano y negar su naturaleza social, donde la moral o la ética no tendrían razón de existir. Tanto la moral como la ética sólo serán comprensibles si se establecen como modelos relacionales, y entonces tanto moral como ética tendrán una construcción sociocultural y, efectivamente, lingüística. *Cfr.*, DUSSEL, Enrique, *14 tesis de ética. Hacia la esencia del pensamiento crítico*, Madrid, Trotta, 2016, pp. 15-25.

⁴⁴ Tal vez uno de los más significativos sea el de la consideración de los derechos de los animales, que si se parte de la doctrina clásica del Derecho, estos deben tener la forma voluntaria de defender, lo que de suyo no existe, por tanto sería un absurdo asumir derechos de los animales o las plantas per sé, en cambio resulta relativamente sencillo asumir que se trata de un marco de protección de aquellos factores que pueden reflejar un cambio en la vida del ser humano, entonces se abandona el término y se puede incluir en ramas tales como la ecología o la ética del trato a los animales y su dignidad. Parece recobrar importancia la propuesta de Kant en torno a la fenomenología y el nómeno, donde se trata a los animales a partir del filtro de la propia moralidad o conocimiento del ser humano, dado que resulta materialmente imposible conocerlos por sí mismos. El hombre proyecta los derechos hacia otros seres, diferentes al hombre en sí, considerando la

reconstruye la moral, entonces no se trata de meras interpretaciones, sino de verdaderas transformaciones prácticas a partir de la regeneración de modelos morales socioculturales.

Llegado este punto, resulta total plantear una cuestión práctica respecto de la moral, ¿la moral puede ser instituida?, dado que se presenta como un espejismo la idea de la libertad alejada del concepto jurídico, la libertad filosófica de pensar, que no parece tener cabida en la conducta cotidiana. El tema no es menor, dado que el mundo goza (o sufre) una institucionalización manifiesta, así las estructuras sociales se encuentran institucionalizadas al igual que las económicas y las políticas. Siendo parte de la sociedad de su tiempo, es evidente que las mismas permean de manera transversal a los grupos a los que pertenecen, por tanto los modelos que se transforman en hegemónicos derivan de pensamiento institucionalizado, de modo que el problema real es encontrar si el ser cognoscente inicia el aprendizaje del lenguaje y de modelos morales a partir de ideas o ideologías institucionalizadas.

La respuesta parece evidente. Siendo parte de un conglomerado ya formado, el individuo se desarrolla a partir de morales institucionalizadas, la idea anterior confirma el hecho de que el hombre es producto de su tiempo, y su moral deriva de las moralidades institucionalizadas en su tiempo.

aplicación propia, lo que atiende al principio kantiano, los derechos que el ser humano reconoce en otro, son los propios.

Resulta importante señalar en este punto que la idea del Derecho como un producto sociocultural que corresponde a un espacio y un tiempo determinado, se confirma con la idea de que la moral es un producto sociocultural que corresponde a un espacio y un tiempo determinado. El dato relevante es que precisamente ambos son un reflejo en sí mismos de los grupos sociales en un contexto histórico, de tal forma que parecen ser un paralelismo del pensamiento y no un mero complemento.

Tampoco es una mera coincidencia que las soluciones jurídicas más justas se apeguen a modelos de libertad más amplios, entendiendo a estos como la posibilidad de significación, lo que trasciende hasta la época presente, donde se puede cuestionar prácticamente todo, la idea central es el individuo que, incluso si desea limitar su libertad, es porque tiene la posibilidad de limitarla, la libertad para limitar la libertad. Es moral identificada con el Derecho.

Entonces, ¿qué significa tener un sistema jurídico fuerte?, es incuestionable que al ser un producto sociocultural, el Derecho, para ser considerado como un sistema fuerte que dé respuestas acorde a la sociedad y su tiempo, debe gozar de un ángulo necesariamente de libertad, un aspecto de razonabilidad y de admisibilidad de ideas diferentes, ya que de lo contrario entramos a un sistema rígido que construye la sociedad a su modo y la idea de

jerarquía o de soberanía pasa del grueso de la población a un puñado de élites políticas, económicas e incluso ideológicas.

Toda vez que las instituciones de pensamiento parten del Derecho, y regularmente del Derecho positivo, es necesario considerar que tanto las limitaciones como las libertades deberán también partir de dichos contextos. La libertad de la valoración de hechos y probanzas en el Derecho no parten de una libre determinación del juzgador, sino que encuentran sus alcances y límites en la misma norma, y siendo los sistemas normativos positivos una serie de reglas con una construcción normativa cerrada, entonces el margen de pensamiento queda corto y las calificaciones éticas pasarán exclusivamente a la legalidad. El reconocimiento de la existencia de valores y principios que son de construcción al caso concreto, derivan en sistemas libertarios objetivos más amplios, donde la solución a los conflictos pasa de lo legal a lo justo.

Robert Alexy⁴⁵ al referirse a la ética constructiva, refiere que se pueden identificar tres niveles de fundamentación, la primera refiere al interés individual, qué se pide; la segunda a niveles normativos, qué norma faculta, y; la tercera a la fundamentación de dicha norma. A partir de estos tres niveles, Alexy señala la existencia de un principio al que denomina “principio de deliberaciones prácticas”, lo que Schwemmer llama el “Principio de

⁴⁵ ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 146-151.

la razón práctica”, en el cual se afirma que todo enunciado normativo debe ser admisible para cualquiera, pero esta situación llevaría a que cualquiera puede argumentar y sostener normas que resulten contrarias o contradictorias entre sí, por tanto la solución no se encuentra en la directa aplicación de la norma, sino en un principio moral que permita dilucidar cuál de ellas debe ser aplicada. Dicho principio lo concreta Schwemmer en su obra *Philosophie der Praxis*,⁴⁶ al establecer “¡Formemos conjuntamente... nuestro conocimiento y nuestra comprensión y en su caso, nuestra voluntad!”, decreto del que deriva la necesidad de contar con una formación integral, donde la moral permea al conocimiento y a la voluntad, de esta forma el discurso se fortalece como medio de justificación de deseos y exigencias en el Derecho. Esto no es más que moralidad en el Derecho.

Las ideas que se presentan permean en una dirección, si el Derecho es lenguaje y por tanto de naturaleza discursiva y argumentativa, este debe contar con una intencionalidad, según las ideas agustinianas, y estas parten, según la teoría jurídica y política, de la voluntad general. En realidad, permean a partir de los diferentes liderazgos que se pueden esbozar en una sociedad institucionalizada, bien sean de carácter político, económico, ideológico, cultural, deportivo e incluso de espectáculos, donde la popularidad trastoca al sistema de soluciones.

⁴⁶ Ibidem., pp. 151-152.

El Derecho no se encuentra dominado por las sociedades, sino por sus representantes, los que integran élites de poder, de ahí que el sistema jurídico se transforme en una base ideológica que pretende dar soluciones, las reglas se transforman para convertirse en principios y éstos en una argumentación sólida a los tres niveles que señala Alexy.

La consideración de la existencia de moral y su trasfondo en soluciones de calificación ética, pasan necesariamente por el Derecho, sin olvidar que las mismas adquieren un talante de verdad bajo los modelos de convencionalidad que establece Jürgen Habermas, donde la realidad y la verdad son creaciones sociales, por ende, hegemónicas en la construcción de certezas.

La calificación ética de las decisiones en el Derecho parecen constituirse como un modelo de corrección, si alguna de estas decisiones no es popularmente aceptada o bien se considera injusta, entonces implicará un modelo argumentativo reforzado que atenderá a principios y valores con el fin de hacer asequible a una sociedad que parece impugnar cada vez más los modelos instituidos. La libertad jurídica con que cuenta una sociedad, termina con la misma libertad que le es conferida, pero esto se refleja necesariamente en modelos de aplicación del Derecho y su posterior calificación.

Capítulo II
Justicia, moral y Derecho
Hacia una teoría contemporánea

Sostiene Ernesto Garzón Valdés,⁴⁷ que *difícilmente se encontrará algún filósofo del Derecho que no haya dedicado alguna parte de su obra a intentar dilucidar las diferentes relaciones (entre moral y derecho), lo que deriva de la forma en que filosóficamente se imbrica el pensamiento y la norma, la intencionalidad y la axiología del Derecho.*⁴⁸ Esta perspectiva no es mera casualidad, sino que deriva desde el inicio del movimiento de la ilustración, con la frase que populariza Kant, al realizar un llamado, un reto hacia el ser humano y le invita a vivir de lo que sabe, *Sapere aude!*, lo que hace suponer que la ciencia y el devenir del pensamiento tiene una intencionalidad manifiesta que se puede traducir en el dominio sobre el ser humano.

A partir de esta premisa es que, a principios del S. XX, se dan tendencias de pensamiento que tienen como finalidad distanciar la intencionalidad de la ciencia, y en el campo del Derecho no es la excepción, cuando en 1934 Hans Kelsen, en su *Teoría pura del Derecho*, sostiene que el Derecho se desprende de todo aquello que le resulta externo, de forma tal, que su justificación, su aplicación y sus medios de corrección se encuentran

⁴⁷ GARZÓN Valdés, Ernesto, "Derecho y Moral", en Vázquez, Rodolfo (ed.), *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Barcelona, Gedisa, 1998, p. 18-20.

⁴⁸ SAN AGUSTÍN, *Confesiones*.

inmersos en si mismo, lo que parece señalar que se trata de un sistema autosustentable fundamentado en las sanciones.

El cuestionamiento principal en este momento es, si lo objetivo y positivo se encuentra en la norma, ¿dónde se puede ubicar lo moral en el Derecho?, y la respuesta parece evidente.

Una primera concepción del Derecho será como un sistema normativo, donde lo importante es la solución de un conflicto o bien la aplicación de una norma, en consecuencia, la segunda perspectiva es de carácter moral, es decir, la concepción del Derecho como un sistema que suministra justicia. El lado moral del Derecho, en caso de considerar viable y objetiva su existencia, se identifica con la justicia, que será determinada como un principio axiológico y valor máximo del Derecho.⁴⁹

⁴⁹ La forma más sencilla de ilustrar este parámetro es por medio de un análisis del suicidio. Si se considera al Derecho como un sistema normativo, por tanto, de seguridad jurídica, el suicidio no estará justificado bajo ninguna circunstancia normativa. Si por el contrario, el Derecho es un sistema que suministra justicia, donde la libertad es el valor más alto, entonces parece moralmente, y en consecuencia jurídicamente, justificado que el suicidio sea admisible cuando no se goza de una libertad plena. Ambas perspectivas permiten una valoración diferente respecto de una figura, la primera bajo un ángulo meramente normativo, positivista, y el segundo bajo una perspectiva moralista. Cfr. Kelsen, Hans, *Qué es la justicia*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1991, pp. 20-24. Kelsen plantea una situación similar al tratar de establecer un cuestionamiento en torno al suicidio que plantea un esclavo o un prisionero de guerra. El autor señala que la perspectiva será diferente si el valor de la vida o la libertad son superiores, dado que en el primer caso resulta el suicidio injusto, en tanto que si la libertad es el valor superior, entonces parece moral y jurídicamente justificado el suicidio, dado que una vida sin libertad es una vida sin valor alguno. Kelsen refiere que la solución es de carácter subjetivo, lo que no se comparte a partir del concepto de lo subjetivo. Parece que el autor trata indistintamente un estado mental como puede ser la opinión, que es personal, y la construcción moral que no es subjetiva, sino intersubjetiva. La construcción de valores morales, como lo es la vida, y por tanto, la calificación de bueno, malo, correcto o incorrecto, no deriva de una subjetividad, sino de una intersubjetividad, la moral con aplicación ética se corresponde con construcciones intersubjetivas. Es

Si bien es claro que Kelsen pretende una separación entre la norma positiva y la moral, también es claro que éste busca una verdad lingüística, lo que aduce una relación entre moral y derecho de forma implícita.

Supóngase por un momento que sea cierto lo que afirma Rocco Ronchi,⁵⁰ en el sentido de que la filosofía se comprende a sí misma como la ciencia de la verdad, porque entonces podríamos asumir que el trabajo filosófico busca una verdad, la cuestión a debatir será ¿qué verdad?, lo que el mismo italiano contesta:

... la verdad que se manifiesta espontáneamente al hombre [objeto]. La tarea del filósofo consiste en interpretar esta revelación, transcribiéndola en un discurso capaz de defenderse por sus solas fuerzas en el ágora, el centro de la vida política griega. La verdad expuesta "en la plaza", emplazada, se torna así en objeto de una búsqueda en

necesario, en este rubro, retomar que el mundo tiene una realidad lingüística, y lo que hace una persona desde el inicio es modelar sus intencionalidades por medio de los grupos sociales que lo rodean, desde la familia, como grupo primario. La moral que va conformando se encuentra regida por diferentes aspectos, uno de ellos es su capacidad mental y su estructura neuronal, pero otro, necesariamente, es la modelación social, entonces la moral no existe como concepto subjetivo, sino como un resultado intersubjetivo. Luego entonces, si el Derecho es un sistema lingüístico, obedece a parámetros de moralidad, de ahí la identidad de la justicia como valor máximo del Derecho. Pareciera que Kelsen utiliza indistintamente el concepto de opinión y de moral como sinónimos. En el mismo sentido Alf Ross, *Cfr. Ross, Alf, Sobre el derecho y la justicia*, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 267, considera que los enunciados éticos no pueden ser verificados empíricamente, en consecuencia las palabras *correcto, incorrecto, justo o injusto* sólo pueden tener una aplicación concreta cuando se trata, en el Derecho, de una resolución de aplicación de la norma, es decir, de una condición empírica que tiene que ver con la condición epistemológica del procedimiento jurisdiccional, pero no tienen cabida cuando se trata de una calificación sobre una norma, es decir, la norma no es más que una abstracción que tiene un marco de aplicación por medio de un operador jurisdiccional, la norma por sí misma no es justa o correcta sino a partir de su aplicación, entonces ésta se puede verificar empíricamente, siendo este planteamiento coherente y sostenible a partir de la prueba, que se corresponde con la verificación objetiva y la base de la valoración en el Derecho.

⁵⁰ RONCHI, Rocco, *La verdad en el espejo. Los presocráticos y el alba de la filosofía*, Madrid, Akai, 2008, contraportada.

común basada en el diálogo, a diferencia de la verdad interpretada por el aeda homérico, cuyo decir asertórico y fascinante se hurtaba, necesariamente, a toda confrontación dialéctica.

Bajo esta tesitura la pregunta es ¿existe un concepto de verdad en el pensamiento kelseniano?

Una postura fácil y acomodaticia es suponer que en Hans Kelsen no existe dicho concepto, simplemente porque para su *Teoría pura del Derecho*, como bandera de conocimiento, resulta irrelevante, no existe.

Este argumento toma una mayor fuerza al considerar el mismo autor⁵¹ una separación metodológica entre el Derecho y la moral, la pretensión es excluir del objeto de conocimiento del Derecho, todo aquello que le es ajeno, por tanto, es una tesis que se explica internamente, es decir, el Derecho por medio del Derecho. Es una teoría que se lleva a puerta cerrada. Entonces Ronchi tendría razón en la clasificación que hace, y se trata de una verdad que no es expuesta al diálogo, es autorreferencial y autocomplaciente. El único diálogo que acepta es bajo sus condiciones.

⁵¹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, Porrúa, 2013.

Con toda claridad Kelsen establece la neutralidad metodológica detallada, señalando que no es trascendente para el Derecho que éste sea calificado de forma alguna, dado que el Derecho es válido y eso es suficiente para ser obedecido.⁵²

La proposición de que es conforme a derecho sancionar a un ladrón con la horca, es falsa, cuando conforme al derecho válido sólo debe ser castigado con privación de libertad, pero no con privación de la vida. Una norma en cambio no es verdadera ni falsa, sino solo válida o no válida.

El Derecho como sistema normativo no es verdadero ni falso, es decir, no contiene verdades ni falsedades, escapa a cualquier calificación, simplemente es válido o no.

Para un mayor abundamiento al hablar de la justicia, de nueva cuenta parece desdeñar el término de verdad, para ocuparse exclusivamente de lo que es la justicia.⁵³ Si bien es cierto en su obra sobre la Teoría pura del Derecho establece que al Derecho no le corresponde la justicia y que ésta es un término relativista, lo pone de manifiesto al establecer que surge de la pregunta de Pilato: “¿Qué es la verdad?” y de la sangre del

⁵² Ibidem, p. 33.

⁵³ KELSEN, Hans, *¿Qué es la...*, Op. Cit. p. 1. Resulta cuestionable el concepto de verdad, cuando el autor hace una referencia de entrada a la pregunta que responde Jesús a Pilato, al señalar que está en este mundo para hablar de la verdad, y ¿qué es la verdad?, cuestiona Pilato. Jesús cambia su respuesta y señala que está para hablar de su Padre. El problema de la verdad queda disuelto desde el cuestionamiento a Jesús, por lo que Kelsen, profundamente religioso, sólo se concreta a continuar la línea marcada por el Maestro, como él lo refiere.

Crucificado otra pregunta mucho más importante: la pregunta eterna de la humanidad: “¿Qué es la justicia?”,⁵⁴ es decir, el ángulo de la verdad parece no importarle, por tanto si, es sencillo acomodarnos en éste punto y terminar señalando que éste concepto no existe en Kelsen, pero si se ocupa de la justicia a la que consideró como relativa y utilitaria.

Hans Kelsen, una justicia irrelevante para el Derecho

En efecto, el primer requisito será establecer si existe un elemento de verdad en el pensamiento kelseniano, para cuyo efecto no es suficiente conocer qué es lo que escribe el autor, sino qué es lo que no escribe. Al escribir una afirmación, existe una negación que tiene exactamente el mismo valor.

Al referirse a la validez y eficacia de la norma jurídica, escribe que *...La primera solución del problema se inclina a favor de una teoría idealista, la segunda a favor de una realista. La primera es falsa puesto que no puede negarse que un orden jurídico como un todo, así como una norma jurídica aislada pierden su validez cuando cesan de ser eficaces; y que por ende, en esa medida, aparece una relación entre lo debido de la norma jurídica y lo existente de la realidad.*

⁵⁴ Ibidem, p. 7.

Bajo esta tesis Kelsen refiere que la falsedad consiste en que no se puede negar, es decir, un enunciado que contiene una doble negación, al modificarlo no debe perder su valor, entonces diría que una verdad consiste en que, si se puede afirmar, en ambos casos es referido a la relación entre la norma jurídica y lo existente, lo real. El planteamiento es acorde con la filosofía positivista, donde el conocimiento es real, positivo por tanto demostrable, y sus enunciados verificables empíricamente.

Entonces podemos asumir también que Kelsen no se preocupó por un concepto de verdad, sino que este concepto infectara y contaminara su neutralidad metodológica.

De esta forma para Kelsen el concepto de verdad que lleva inmerso es de talante positivista, por tanto, correspondentista, sus proposiciones serán verdaderas en cuanto sean correspondientes con la realidad de cosas que describen. Este concepto lo encontramos cuando se habla de la validez de la norma, que requiere un acto derivado de una norma superior que faculte a un órgano, y siempre que éste haya observado las directrices de la norma superior.

La validez de la norma depende de realidades, como por ejemplo la existencia de normas superiores y, desde luego, la verificación del acto humano que actualice los supuestos de dichas normas para considerar que la producción de normas inferiores les confiere el carácter de válidas, por tanto, el que dichos actos hayan existido se requiere que

sean verdad, ya que de otra forma las normas no son válidas. Entonces el concepto de verdad está ligado a la validez, con lo cual se demuestra la doble negación que nos sirve de partida, si se puede afirmar.

En este momento parecería que la idea de una verdad por correspondencia directa, para verificar los actos que llevan a producir Derecho o bien indirecta, al establecer el contenido de las normas que permiten la generación de esos actos, parecería suficiente, pero existe un ángulo que se puede reclamar válidamente a la teoría kelseniana.

Es incuestionable que el mundo es lenguaje, a partir de ahí lo atinado de la afirmación de Rocco Ronchi,⁵⁵ en el sentido de que una verdad se expresa, bien sea en el ágora para ser dialogada o a puertas cerradas sin prestarse a una confrontación dialéctica, lo cierto es que una verdad debe ser expresada, y esto no se logra sino por medio del lenguaje.

Por momentos parece que en la teoría kelseniana las normas escapan al lenguaje y se les otorga una calidad enunciativa superior, que no es explicada por el autor y sólo se concentra en señalar que las proposiciones pueden ser verdaderas o falsas, en tanto que la norma es válida o no, pero entonces habría que cuestionar cuál es el contenido de la norma,

⁵⁵ RONCHI, Rocco, Op. Cit. p. 54.

y llegaríamos necesariamente a establecer que es lenguaje, incluso, siguiendo a Zagrebelsky⁵⁶ diríamos que éste lenguaje debe ser natural, y en consecuencia sujeto a interpretación, como bien lo sostiene el autor al hablar de la interpretación auténtica.

A partir de éste punto llegamos a una afirmación categórica, no es suficiente la coherencia como teoría de la verdad, para justificar los argumentos kelsenianos, sino que es necesario también llevar a cabo una verificación lingüística que se da desde los actos propios del ritual parlamentario hasta el contenido de la norma, porque, un punto que escapa a la teoría de Kelsen, sería preguntar, ¿qué sucede con la norma cuando no coincide lo aprobado en el proceso legislativo o en la decisión judicial con su contenido?, ¿seguiría gozando de validez?, parecería que a primera vista la *Teoría pura del Derecho* diría que sí, que no se trata de una norma nula, sino anulable. Entonces, si la realidad está ligada con la validez, la norma anulable se encuentra en desapego a la realidad, bien sea a la expresada por el órgano productor de normas o bien a la conducta regulada. Podemos concluir que la norma anulable es falsa por no apegarse en su contenido lingüístico a la realidad.

Esta afirmación nos acerca a otro problema toral, ¿qué es la realidad y cómo la conocemos?, dado que se trata de hechos entonces la realidad se conoce empíricamente, y en tal circunstancia los órganos productores de la norma no se acercan a la realidad, sino a la forma como ésta es percibida por terceras personas. La realidad abandona el campo

⁵⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, 2011.

fáctico para convertirse en sensaciones, es decir, interpretaciones subjetivas de construcción de algo que probablemente pasó.

Señala Kelsen que la verdad o falsedad de las normas implica una relación entre enunciados normativos y realidad, con lo cual la teoría coherentista cobraría cierto valor. Aducimos que el término que se utiliza para la expresión de la norma es lenguaje, por tanto, habría que realizar un proceso de verificación del lenguaje utilizado para establecer si éste se constituye como un puente fidedigno entre la voluntad del órgano generador de norma y la conducta real regulada, es decir, si lingüísticamente existe esta identidad.

Pero queda un aspecto toral todavía pendiente de análisis, si una norma debe ser interpretada para realizar su aplicación, se cuestionaría sobre la finalidad de dicha interpretación, y en todo caso significa hacer asequible el contenido de la norma, bien sea para el órgano encargado de su aplicación y en todo caso para el hombre sujeto de derecho.

Confundir el enunciado con su contenido sería muy inocente, equivaldría a confundir un vaso con el agua que contiene. El lenguaje se utiliza como medio de transporte de un elemento fundamental en toda comunicación, ideas, sensaciones, deseos y, de forma muy importante, intencionalidades.

En este nivel se puede afirmar que lo objetivo de la *Teoría pura del Derecho* se empieza a desmembrar por dos elementos fundamentales, el primero es que con la interpretación lo que se busca es el descubrimiento de ideas, entonces el Derecho deja de tener la objetividad que plantea Kelsen para convertirse en un mundo de ideas, la verdad no tiene que ver con los hechos sino con la correspondencia ideal.

Martín Heidegger⁵⁷ tendrá razón en la afirmación categórica de que la esencia de la verdad son las ideas, y por tanto lo que buscan los órganos que realizan interpretación auténtica es la generación de estas ideas que den sustentabilidad al sistema jurídico y lo doten de elementos para su autoproducción.

Entonces, otro tipo de verdad utilizada por Kelsen es la ideal que tanto criticó de Platón, a quien recrimina utilizar un doble concepto de verdad, como ideal y como un pragmatismo ético, aduciendo a la verdad el valor de bueno.⁵⁸

La segunda de las causas que rompen el esquema objetivo y materialista de la *Teoría pura del Derecho* se encuentra en lo que Kelsen denomina como norma fundante básica, que no es sino una norma de carácter moral, por tanto, la totalidad de la teoría kelseniana

⁵⁷ HEIDEGGER, Martín, *De la esencia de la verdad*, Barcelona, Herder, 2007.

⁵⁸ VERNENGO, Roberto J., *Alrededor del Problema de la verdad en Kelsen*, Buenos Aires, Anuario de filosofía jurídica y social, 1996, pp. 85 y 86.

encuentra su último fundamento en una norma moral, de donde deviene insostenible el resto de su teoría.

Se ha demostrado que Kelsen utiliza diversos criterios de verdad a lo largo de su teoría, lo que de suyo supone también la asignación de valores éticos que incluso utiliza cuando toma términos como *bueno, malo o mal*, que desde luego son de contenido relativista y ético, en torno a la aplicación y no de la norma misma. Así cuando dice que el cumplimiento negativo de una norma es *malo*, habría que matizar a quién se refiere. Si no existe una identidad moral entre el derecho y el hombre sujeto de derecho, la desobediencia puede ser algo bueno para el incumplido y malo para el sistema jurídico.

Si en el cumplimiento coactivo de una sentencia civil, que importa bienes, se cuestiona a quien recibe la coacción, éste la percibirá como un mal, en tanto que quien ve satisfecho su derecho objetivo incuestionablemente será bueno, es decir, la utilización de términos relativistas también implica una ética en el sistema de Derecho, que Kelsen se esfuerza en negar, pero que resulta también una verdad manifiesta.

De igual forma cuando refiere una discrecionalidad en los órganos encargados de la aplicación de las normas, no hace sino referir una ética judicial o una ética administrativa, entonces el Derecho positivo adquiere valores que le son ajenos, que pertenecen a las personas que lo aplican.

La verdad, como acontecimiento fáctico, poco a poco se va diluyendo en el proceso de aplicación de una norma, no se juzga ni se resuelve a partir de un hecho, sino de la percepción que pudiera tener otro hombre, bien sea como sujeto de derecho o bien como órgano facultado en la aplicación del Derecho. La verdad se torna también como un valor relativo, bajo los parámetros positivos en la teoría de Kelsen.

Las afirmaciones anteriores llevan a dotar de un contenido ético, moral a la *Teoría pura del Derecho* y a las ideas Kelsenianas, entonces la preocupación de Kelsen no estaba en que existieran estos conceptos, sino en que no se tomaran como fundamentos estructurales para calificar el contenido de la norma, lo que de suyo resulta inevitable.

El ángulo más grave se encuentra en la formulación de la norma fundante básica, que no es sino el estatuto moral del que deriva una teoría positiva, y atenta en contra de la filosofía materialista de la que deriva el positivismo, si todo debe ser demostrado, ¿cómo es que Kelsen pretende demostrar la existencia de la norma fundante básica?, porque entonces su planteamiento se vuelve no sólo dogmático, sino que se diluye en la parte superior para dejar sin fundamento a la Constitución, como origen, en segundo término, del sistema normativo positivista.

Regularmente el concepto de verdad está ligado, por no decir estigmatizado, con lo bueno, lo correcto, lo deseable, pero en el caso de la teoría kelseniana se trata de conceptos que se van filtrando en las grietas para terminar por debilitar su estatuto y debilitar gravemente la validez de esta teoría.

La última frase del texto establece toda una realidad, lo que busca Kelsen es la generación de una seguridad jurídica, pero pasa por alto que ésta no se puede lograr a partir de dogmas, sino de una argumentación sólida, y la norma fundante básica, no es sino un dogma de fe, bien sea moral, político, sociológico e incluso teológico, pero que en todo caso es externo al sistema jurídico. El contenido de este estatuto metafísico también debe ser asumido como una especie de fundamento axiológico, lo que nos lleva, otra vez, a la admisión de argumentos éticos en la teoría positivista de Kelsen.

Ha quedado demostrado que la teoría kelseniana, a pesar de la pureza que argumenta en la *Teoría pura del Derecho*, está inmersa de conceptos morales y éticos, lo que resalta la intención del autor de separar la moral y el Derecho. Bajo esta perspectiva es que la disrupción del Derecho y la justicia adquieren un mediador que se identifica con la moral intersubjetiva de la persona y particularmente del operador jurídico, siguiendo la propuesta de Alf Ross, la calificación moral se da sobre las resoluciones derivadas del Derecho, la moralidad se encuentra inmersa en la construcción de la norma y la ética en el campo de la aplicación del Derecho.

La propuesta de Kelsen en el sentido de que puede existir una norma injusta en el sistema jurídico, pero no por ser injusta deja de ser norma, entonces el problema de la justicia cede en su jerarquía al concepto de legalidad, es decir, si la norma tiene una existencia legal, entonces debe ser obedecida.

La finalización de la Segunda Guerra Mundial, puso en evidencia este concepto de legalidad y de justicia, que va a poner de manifiesto diversas propuestas por Gustav Radbruch,⁵⁹ en torno a la justicia y la norma, donde señala que una norma notoriamente injusta no debe ser obedecida, pero después pone de manifiesto que la certeza jurídica que deriva de las normas es identificado como un *cierto sistema de justicia*, por tanto la tensión entre la norma y la justicia parece encarar problemas de grados de justicia, la justicia tiene grados de aplicación y de aceptabilidad. Entonces no toda norma positiva debe dejar de ser aplicada por ser injusta y no toda justicia debe prevalecer por encima jerárquicamente de cualquier norma positiva. Toda norma positiva tiene un umbral de justicia que una vez trastocado implica que esta norma debe dejar de ser aplicada, entonces la justicia o la injusticia, con una mirada al lado negativo, tienen grados. Cuando esta injusticia no se transforma en un factor de inaplicabilidad de la seguridad jurídica y de la injusticia

⁵⁹ RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. Wenceslao Roces, México, FCE, p. 44-46.

conjugada, entonces lo injusto de la norma cae en cierto grado de aceptabilidad. La norma, para su validez, pasa por parámetros morales y éticos.⁶⁰

Dentro de estos esquemas tradicionales en torno al Derecho y a la justicia, la antítesis del positivismo se conforma, aparentemente, por el iusnaturalismo, del cual parece ingenuo tratarlo como una teoría, cuando en realidad se presenta como una serie de teorías.

Teorías iusnaturalistas Un acercamiento moral clásico

Es común que al mencionar el concepto de iusnaturalismo, se haga una referencia inmediata a la utilización de estados mentales, considerados como morales de aplicación ética, los que resultan en principios y valores. Este primer acercamiento puede parecer parcialmente cierto, pero se estaría reduciendo todo un concepto a un reflejo, que por cierto, resulta no del todo correcto.

⁶⁰ Ídem. Radbruch se ajusta a un concepto de justicia objetivista, apartándose de un idealismo extremo, de modo que se identifica con el principio latino de *suum cuique tribuere*, dar a cada quien lo suyo. El problema no se encuentra en este punto, sino en el *quién* determina lo que es de cada uno, la aplicación llana pondría el principio de la justicia al alcance de cualquiera, pero si depende de una percepción de quien la aplica, esta se transforma en una valoración de carácter moral, de ahí se justifica la propuesta de que la injusticia o bien la justicia, tiene grados y sólo en determinados umbrales se debe dejar de aplicar la norma y esta debe ceder en beneficio del principio. Los parámetros de justicia que utiliza Radbruch son en torno a la distribución y la justicia conmutativa.

Se ha establecido una discusión clásica y tal vez inocua en cuanto a la conceptualización del iusnaturalismo a partir de su opuesto, por lo menos así se describe, el iuspositivismo. Lo cierto es que cada una de estas concepciones del derecho tienen características propias, que no son susceptibles de ser comprendidas sino a partir de conocer su génesis y su desarrollo, y no de su antagónico.

Resulta evidente que el término alude al Derecho Natural y éste tiene, por lo menos de inicio, tres concepciones relevantes:

- i. Una ley divina revelada a los hombres. (Concepción suprahumana)
- ii. Una ley natural susceptible de ser conocida por medio del instinto. (Concepción infrahumana)
- iii. Una ley, resultado de la razón humana, como contenido implícitamente humano. (Concepción humana)

La característica común es que, cualquiera que sea la concepción de Ley Natural, conlleva un orden que podemos denominar como justo, es decir, su contenido axiológico existe fuera de la norma al resultar admisible que se trata de algo intrínsecamente justo.

En todo caso se trata de leyes⁶¹ con características comunes:

⁶¹ Más que leyes sería correcto hablar de principios, lo que diferencia este tipo de normas de las que conforman el Derecho Positivo.

Son leyes que hacen alusión a la naturaleza,⁶² entendiendo que no derivan de una ley positiva, sino de una interpretación sobre el concepto de naturaleza. En consecuencia, se trata de leyes susceptibles de ser conocidas y calificadas como ciertas o falsas a partir de su correspondencia con los criterios interpretados, retomando los conceptos previos de moralidad donde los parámetros de justicia o de corrección derivan de una aplicación, por tanto son cuestiones totalmente morales, y en el mejor de los casos, éticas, con la pretensión de que las mismas son universales ya que se aplican a todo el orden existente, por tanto se trata de leyes inmutables, permanecen de forma transversal en el tiempo y espacio.

Como se puede apreciar, el iusnaturalismo no niega la existencia del derecho positivo, pero lo condiciona a que se apegue al derecho natural, en caso de que éste se aleje de aquel, será considerado como una apariencia de derecho o como una corrupción del derecho, pero no como un derecho legítimo.

⁶² KANT, Emmanuel, Op. Cit., pp. 65-90. Resulta interesante la aplicación de los conceptos de la filosofía kantiana en torno al fenómeno y el nómeneo, siendo que lo que se llega a conocer es la parte fenoménica y no la cosa en sí misma, lo que dota al iusnaturalismo de una perspectiva prácticamente total de quien observa y quien interpreta, de ahí que se puede realizar un reduccionismo en un doble sentido. Primero como la interpretación del que observa, lo que la filosofía kantiana pretende como lo necesario para aprender, donde el objeto depende de la capacidad del observador y no del objeto mismo, se conoce la parte fenoménica en tanto que la cosa en sí, el nómeneo, permanece intocado. El nómeneo impide el conocimiento de la cosa en sí, por tanto, lo que se llega a percibir sólo es producto de la mente del observador, lo que implica que la ley natural no es sino un producto moral del que interpreta. El segundo aspecto será que la norma natural, con el fin de dotarla de una trascendencia y una estética, parece que muestra como camino indisoluble la positivación, dado que, de otra forma, considerando la apreciación del fenómeno y su dotación de moralidad, daría margen a la existencia de diferentes *normas naturales* a partir de las diferentes interpretaciones. La condición de trascendencia que refiere Kant, parece ser entendida como una perspectiva de positivación.

Prima facie, este razonamiento lleva a pensar en un bloque teórico, sin embargo está compuesto por un grupo heterogéneo de pensadores, y cada uno de ellos con una interpretación diferente de la naturaleza, lo que lleva a plantear si se trata de una teoría con diferentes interpretaciones o bien de diferentes teorías con algunos elementos comunes.

El primero en hablar de una ley natural en la conducta humana es Heráclito quien busca dar una explicación bajo un nuevo paradigma en las polis. De aquí decir la verdad y actuar conforme a la naturaleza es la verdadera sabiduría, naturaleza que se nutre de la ley divina.

Esquilo y Sófocles contribuyen a dar dan un sentido más realista a las afirmaciones de Heráclito. Esquilo considera que la justicia debe ser retributiva y que las sentencias se deben basar en leyes justas. Sófocles considera que la justicia son las tradiciones y usos en que se forma a una sociedad, una ley no escrita familiar.⁶³ La comprensión de esta

⁶³ CORTINA, Adela, *Neuroética y neuropolítica. Sugerencias para la educación moral*, Madrid, Tecnos, 2014, pp. 99-116. Esta pudiera ser la base de pensamiento de Adela Cortina, cuando señala la inexistencia de una moral *subjetiva*, haciendo énfasis en que las cuestiones de moralidad se forman a partir de los grupos que rodean a la persona, de ahí que no se trate de una construcción individual, sino de una construcción social que parte de las bases fundamentales para reflejarse después en estructuras más complejas, de la familia, como primer grupo social, a grupos de interacción política, como estructuras complejas. El concepto que resulta asequible en este sentido es la moral *intersubjetiva*, donde se trata de construcciones entre personas y no de una persona. La justificación de Cortina parece irreductible, en torno a que el individuo se desarrolla ya con elementos sustanciales sociales. La pregunta sería, entonces, ¿cuál es la razón por la que dos personas, aparentemente educadas y formadas con los mismos principios, toman decisiones diferentes? La respuesta la sugiere la misma Cortina y es desarrollada por Kathinka Evers, *Op. Cit.*, y por una serie de neurocientíficos, incluyendo a Noam Chomsky en su *Arquitectura del lenguaje*, donde se habla de estructuras cerebrales y neuronales, lo que potencializa a la mente. La referencia inequívoca a pensadores como René Descartes y

estructura lleva a considerar a los seres humanos como iguales, tanto en su forma como en el fondo, y la conclusión la da Eurípides que considera la igualdad como el principio de legalidad para los hombres, es decir, la legalidad tiene como fundamento a la moral.

En la época grecolatina se distinguen los siguientes tipos que se diferencian en mérito de la concepción específica de cada uno de sus exponentes. Iusnaturalismo Biológico de Calicles; Iusnaturalismo teológico y racional en Sócrates; Iusnaturalismo racional, sociológico y realista en Aristóteles; Iusnaturalismo teológico y racionalista de Cicerón.

Protágoras de Abdera considera que por encima de las leyes escritas existe un orden superior, derivado de la naturaleza. Las normas escritas son contingentes, en tanto que el orden natural es inmutable y plenamente valioso por ser producto divino.

Calicles aboga por la ley del más fuerte como producto y razón de la ley de la naturaleza, por tanto, la fuerza deriva de un designio divino. Sostiene que el principio de igualdad es artificial, creado por los débiles para contrarrestar a los fuertes. Parece fácil asumir que la norma no es sino una moral matizada a partir de considerar a la fuerza como un designio divino y no producto de una biología de azar.

Antonio Damassio parecen irreductibles, donde el ser humano transita de una mente pensante a un cuerpo pensante. En todo caso las experiencias no se crean solas y el ser aprende a partir de lo que ya conoce, que es una estructura social.

Sócrates es el primero que participa del ser humano y considera que frente a la ley positiva debe existir un actuar prudente. El hombre no puede prescindir del Estado, pero éste debe procurar la formación de hombres buenos. El orden es resultado de la justicia, que a su vez deriva de que cada uno cumpla su oficio.

Platón y Aristóteles conciben al derecho y a la justicia como ideas, y entre ideas no puede haber conflicto que no derive de la imperfección de la ley. La ley tiene una función educativa y tiende a la felicidad. La ley actúa por convencimiento y se enfoca al bien común. Platón reconoce al gobierno como el que sirve al derecho.

Para Aristóteles de Estagira, el filósofo y el hombre bueno son los que deben enfocar tales virtudes al gobierno. La igualdad es proporcional al mérito de cada uno. El derecho natural es inmutable y objetivo, impreso en la naturaleza. El derecho positivo es mutable. La vinculación del ser humano con su ciudad deriva de la naturaleza, en segundo lugar, por sus tradiciones nacionales. La filosofía griega deja las siguientes enseñanzas:

El hombre es sociable por naturaleza, al existir en grupos debe obedecer la ley que lo educa y regule su conducta, derivación intrínseca de la moral intersubjetiva.

La ley natural emana o de una divinidad o de una voluntad que regula el cosmos. La justicia no es una función positiva de la ley, sino una necesidad de la naturaleza humana. La ley positiva debe actuar por convencimiento y no sólo por la voluntad arbitraria de un tirano. Vale la pena destacar la sinergia que existe al considerar la aplicación de la norma como una cuestión de naturaleza moral, bien sea que se llame justa, injusta o bien tiránica, correcta o incorrecta. Es la aplicación de la norma la que conduce a un parámetro de moralidad y no la norma en sí misma. La norma se trastoca en una interpretación intersubjetiva de la persona, y su aplicación en una cuestión ética.

Ulpiano define a la ley natural como aquella que se ha impuesto a los seres humanos quienes obedecen al derecho, en tanto que los animales, como seres irracionales obedecen al instinto.⁶⁴

Cicerón habla en *De Legibus* de la diferencia entre derecho natural y derecho positivo. El derecho natural en Roma toma un matiz más realista y se aleja de los planos lógicos especulativos y filosóficos para aterrizar en cuestiones humanas. Para los romanos existen dos lógicas, la primera, heredada de la cultura griega, para crear principios, en tanto

⁶⁴ SAN AGUSTÍN, Op. Cit., siguiendo el orden expositivo, el derecho se corresponde a un lenguaje, pero en el caso concreto se trata de un estadio impuesto, de ahí la referencia a las intencionalidades que señala San Agustín en su obra Confesiones. Todo lenguaje lleva inmersa una intencionalidad, en este caso la intención debe ser asequible para que de un resultado directo, lo que deriva en la necesidad de sacar del discurso a los animales, quienes sólo tienen instinto, por tanto no se trata de una voluntad impuesta, sino de un concepto del orden de las cosas.

que también existe la lógica jurídica, que permite la búsqueda de principios evidente, como axiomas del sistema jurídico.

Cicerón resume esta diferencia al señalar *...deseo discutir no al modo de los oradores y los filósofos, sino de los jurisconsultos, así deseo discutir bastante*. La lógica de uno y otro difiere en sus finalidades. Establece que la ley deriva de la naturaleza que la insertó en el orden humano, por tanto, no nace de la opinión sino de la naturaleza del hombre. La ley natural es constante y eterna. La ley humana es contingente. La ley humana que no se apega a la ley natural es un mandato arbitrario.

Durante la época medieval la principal corriente fue la escolástica que trató de entender y comprender la doctrina cristiana por medio de la filosofía griega, fue penetrar y fundamentar el sistema de dogmas por medio de la filosofía. Sus principales exponentes son Santo Tomás de Aquino y San Agustín. Isidoro de Sevilla materializa estos conceptos al señalar que la justicia es ley divina, en tanto que el derecho es ley humana. Dios es erigido como parte central del sistema.

Se fortalece la idea del derecho natural identificado con la ley divina revelada por Dios a Moisés y con el evangelio. Esto se debió principalmente a Graciano y sus comentaristas durante el siglo XII.

Tomás de Aquino hace una diferencia entre la ley eterna, la ley divina, la ley natural, la ley humana y la ley positiva.⁶⁵ La ley es regla y medida de todo acto y es tendiente a la felicidad y la bienaventuranza.

⁶⁵ Tal vez uno de los temas recurrentes a lo largo del devenir del conocimiento es el concepto de verdad, que implica otros conceptos igualmente fundamentales tales como razón, realidad e incluso los medios de aprendizaje o percepción, de ahí que sea interesante el desarrollo paralelo en torno a cómo es que se adquiere el conocimiento. Tomás de Aquino realiza diversos planteamientos a partir de un concepto fundamental, que es la Ley Eterna, entonces, en la Suma Teológica, al referirse en el Tratado de la Ley a la verdad, cita a San Agustín, quien señala que por encima de la mente del ser humano está la verdad, para entonces matizar en el sentido de que lo único que está por encima de la mente del ser humano es la Ley Eterna y concluye, como un mero silogismo aristotélico demostrativo, que la Ley Eterna es la Verdad.

A primera vista parece que se da el reflejo directo de la creencia de Aquino en torno a la verdad, ya que su formación es tan férrea, que era evidente que no podía dejar margen alguno de interpretación, y por el contrario, desde éste momento ya marca de forma contundente que sí la verdad es la Ley Eterna, la mentira, la falsedad o lo oculto es ajeno a la Ley Eterna. Este esquema de planteamiento y de conocimiento delimita de una vez lo que pudiera ser considerado como verdad, atendiendo a lo que Heidegger llama como la esencia de la verdad. En efecto, este autor señala que la verdad pasa por esquemas sensibles, para lo cual toma la Alegoría de la Caverna de Platón, para concluir que la esencia de la verdad es una idea, y armonizando éste concepto con el de Aquino, podemos arribar a el hecho de que la verdad sigue siendo una idea, pero que ésta idea es la Ley Eterna. Aunque pareciera *prima facie* que este argumento deriva de una fuerte formación dogmática en el cristianismo, lo cierto es que Aquino proporciona varios argumentos que, si bien son necesarios en el esquema religioso al que pertenece, abordan una temática bajo un ángulo racionalista, es decir, no toma el camino fácil del dogma, sino que pretende aterrizarlo en las ideas humanas. Sensibiliza para lograr una aceptación, lo que implica, por sí, el que exista previamente una identidad por lo menos en cuanto a tendencias espirituales. Uno de los primeros escalones para el establecimiento del concepto de la verdad lo ubica el autor en la inclinación del ser humano para el bien, identificando como bien el quehacer cristiano. El concepto de bien y de mal puede ser relativista moralmente, eso no cabe duda, sin embargo, es necesario asumirlo como cierto con el fin de avanzar sobre lo que piensa Aquino y no plantear una serie de tensiones que llevaran a cuestionar cada concepto para llegar a lo que él llama relativismo al señalar que la ley hace hombres buenos conforme al régimen, lo que indica que hablar de bueno no es un término absoluto.

La segunda visión del hombre bueno tiene que ver con la admisibilidad del razonamiento, dado que al ser un texto que, desde luego, requiere una lectura, el intérprete podrá ubicarse de inmediato dentro del ángulo moral que resulte mejor a sus propios esquemas, después de todo ¿habrá alguien que no quiera ser ubicado como bueno?, considero que no, por tanto este razonamiento cuenta ya de entrada con una aceptación intrínseca, ya que su objeción llevaría a pensar que yo como intérprete soy malo.

Un tercer ángulo de observación lleva implícito el punto de vista psicológico que detalla que nadie hace algo por dañarse. Bajo este parámetro podemos precisar que aquel que busca su muerte (suicida) lo hace bajo la convicción de que efectivamente estará mejor, luego podemos asumir que la afirmación de que todo ser humano tiene inclinaciones hacia lo correcto, hacia lo bueno, hacia los designios divinos, como mayor parámetro de bondad y de bienaventuranza, es acertado, por lo menos en nuestro caso, como lectores.

Esta primera conclusión lleva necesariamente a considerar que efectivamente el ser humano tiene inclinaciones naturales para cumplir con el bien, por tanto, a cumplir con la ley natural, como reflejo de la ley divina y de la ley eterna, es decir, el hombre tiene como inclinación natural la verdad, y el desvío de ésta inclinación puede ser considerado como un vicio o como una perversión.

Destaca lo relativo del término, pero sigue resultando en un argumento admisible por convicción o por conveniencia, que redundan en la afirmación del mismo Aquino, que señala que un premio lo da cualquiera, como considerar al hombre bueno, pero a la ley le corresponde preceptuar. Aquino da un premio bajo una convicción y un parámetro primario, que es la tendencia del ser humano a lo bueno con lo que confirma sus propias convicciones y es coherente con el texto en análisis.

Es evidente que al establecer una identidad entre la Ley Eterna y la verdad, Aquino combina dos elementos subjetivos, por tanto que escapan a una demostración fáctica y se encuadran en el ángulo de la filosofía moral, requieren para su confirmación una argumentación y no una demostración. Este punto es relevante toda vez que pareciera que en principio el parámetro de verdad en Aquino es de carácter Correspondentista, ya que si lo afirmado se corresponde con el parámetro, entonces es calificado como verdad, pero esto sería sujeto de una demostración material poco probable en las afirmaciones y construcciones de Aquino.

Bastaría pasarlo por el razonamiento de Tarsky, aduciendo campos semánticos y conceptuales cerrados, para comprobar que efectivamente Aquino tiene razón. Podríamos afirmar que en la mente del ser humano algo es verdad si y solo si, se apega a la ley eterna, para después redundar que si es parte del Gobierno de Dios, entonces se corresponde a la ley divina y a la ley eterna, por tanto lo que pudiera encontrarse en la mente humana será una verdad.

Pero es el mismo Aquino el que se encarga de acotar el concepto al señalar la Ley Eterna como de comprensión omnipresente de Dios, la Ley Divina como la revelación y la Ley Natural como reflejo de ésta en el entendimiento humano, lo que lleva a atender los fines, o bien el orden que él mismo refiere. Entonces, para identificar la Ley Eterna, habrá que establecer los fines y si se identifican con la virtud, la felicidad y la bienaventuranza, entonces será una verdad que coincide con los fines de la Ley Eterna y de la Ley Divina, incluso con la Ley Natural.

Si por el contrario lo que existe en la mente del hombre atiende a lo útil o a lo poco virtuoso, entonces, sin importar que se encuentre bajo el Gobierno de Dios, resultará en desapego a la Ley Eterna y por tanto será ajeno a la verdad.

Bajo este parámetro interpretativo resulta evidente que el planteamiento de Aquino no es una Teoría Correspondentista de la Verdad, sino una Teoría Coherentista de la Verdad, ya que lo dicho en torno a la identidad entre Ley Eterna y Verdad resulta con este carácter siempre que sea coherente con los fines de ordenación y valores de la Ley Eterna como tal, con la Ley Divina revelada o bien con la Ley Natural como reflejo de la Ley Eterna en el razonamiento del hombre.

Es evidente que la Teoría de Tarsky, como campos semánticos cerrados y la correspondentista de Aristóteles no tienen aplicación cuando se trata de conceptos morales, pero aún existe un ángulo que resulta más interesante.

En un principio pareciera que la lógica del planteamiento de Aquino nos llevaría a contestar a la cuestión sobre si el concepto de verdad es correspondentista, con un categórico no, dado que la Ley Eterna no es sujeta de calificación convencional y su existencia no depende de una convención, sino que resulta del razonamiento Divino, como él mismo lo establece, por lo que habría que plantear, si hemos convenido que el razonamiento humano puede tener rasgos que se alejen de la verdad, como el fomen, por ejemplo, y además se condiciona la verdad a la Ley Eterna, es dable comprender que existen posibilidades de pensamiento que no sean necesariamente una verdad, a pesar de encontrarse bajo el dominio del Gobierno de Dios. Pero hemos asumido también que el hombre tiene inclinaciones a lo correcto, entonces podría fácilmente concluir que lo que hace, lo que piensa es correcto, incluso sólo como un medio de autocomplacencia o autorreferencia conceptual, incluso sabiendo que su razonamiento no es adecuado y con conocimiento claro de que es ajeno a la Ley Eterna, porque no hará nada por dañarse.

Asumiendo este razonamiento como cierto, entonces encontramos que el hombre no puede ser el parámetro para calificar una verdad, sino que será la forma de exteriorizar su pensamiento o su razón, es decir, la verdad se encontrará en su actuar bien sea expresado en forma de lenguaje hablado, escrito o en hechos concretos que no lesionen a otros y que busquen el bien común, lo que lleva a un planteamiento general a modo de pregunta:

En el concepto de Verdad de Aquino, ¿es necesario que exista alguien ajeno a un determinado ser humano, para que califique los actos de éste último como apegados a la Ley Eterna y en consecuencia, apegados a la verdad?

El neo tomismo español, encabezado por Fray Francisco de Vitoria, Suárez y Vázquez retoman y vivifican la doctrina de Santo Tomás de Aquino. Vitoria estima que la *recta ratio* es la solución a los problemas jurídicos. Estudia los principios de igualdad entre los pueblos, reconociendo iguales derechos a los cristianos y a los no cristianos.

Crisian Tomasio es quien realiza una separación entre el imperio de la ley relativa a las razones internas de los actos y el derecho como razón externa.

Evidentemente sí, de otra forma será tanto como dejar al libre arbitrio del razonamiento humano, la omnicomprensión de sus actos y la exteriorización de su calificación, lo que llevará a que otros lo asuman como cierto o no, es decir, a quien se califique como que piensa o actúa con verdad, dependerá el juicio de quien lo escucha, parafraseando a Hegel, una autoverdad sólo se realiza en otra autoverdad.

Esta conclusión nos saca completamente del planteamiento de Aquino para establecer que la verdad, si bien puede implicar una coherencia con la Ley Eterna, dependerá siempre de otro ser humano que la califique, por tanto el concepto de verdad que utiliza Aquino se aleja de parámetros de moralidad ética o religiosa, para inscribirse en parámetros de convencionalidad.

Pero asumir ésta postura dejaría un resquicio muy grave en la obra de Aquino, dado que entonces la Ley Eterna también será sujeta de convencionalidad, surgiendo la cuestión final y que, por hoy, se quedará sin una respuesta de mi parte, ¿la Ley Eterna es un producto convencional?

En conclusión, el planteamiento de la verdad en la obra de Aquino es coherente con su férrea formación moral, pero al llevarla a planos de pragmatismo puro, tiende a acercarse a una convención. No es pretensión, por ahora, establecer una Ley Eterna o Ley Divina como producto convencional, pero si es evidente que toda ésta pasará necesariamente por modelos interpretativos que se ajustarán a señalar como verdad aquello que sea también coherente con la forma de pensar del intérprete.

El concepto de verdad no existe en la obra de Aquino, lo que plantea es la calificación de un tercero como verdad sobre otro hombre en lo que piensa o actúa. La verdad en la obra de Aquino tiene como fundamento la Ley Eterna, pero su calificación pasa por el razonamiento humano, de donde podemos asumir una contradicción ya que la Ley Eterna quedará sujeta a la calificación humana, es decir, la Ley Eterna por debajo del razonamiento humano.

Plantear que toda verdad es una irradiación, participación de la ley eterna, que es la verdad inmutable es equivalente a sostener que toda irradiación debe ser calificada por los hombres en mérito de la bondad, bienaventuranza o virtud de los actos del hombre mismo, entonces la Ley Eterna se convierte en relativa conforme a la interpretación del calificador.

La verdad, en Aquino, resulta un concepto convencional, en consecuencia, estrictamente moral por utilidad.

El renacimiento no trajo mayores avances para el iusnaturalismo. Entre las teorías iusnaturalistas antiguas, medievales y modernas no existe una ruptura sino una continuidad sustancial. El iusnaturalismo moderno pone énfasis en la parte subjetiva, los derechos innatos, y deja un tanto de lado el aspecto objetivo, la norma. Durante los siglos XVII y XVIII el iusnaturalismo informó a la política sobre corrientes individualistas y liberales, acentuando el respeto por parte de la autoridad para los derechos del hombre, derechos naturales, derechos innatos.

Esta época se caracteriza por los derechos innatos, el derecho natural y el contrato social. La concepción racionalista del iusnaturalismo se resalta en ésta época con Kant, quien destaca la razón como valor máximo del individuo y de la sociedad; En Rousseau encuentra su liderazgo ideológico y la corriente del iusnaturalismo contractualista, en tanto que con Grocio y Puffendorf destaca el ángulo jurídico. Prácticamente es bajo ésta tendencia ideológica y filosófica que se lleva a cabo la Revolución Francesa.

En el transcurso del S. XIX, el iusnaturalismo subsistió prácticamente como corriente religiosa bajo las normas de Tomás de Aquino, pero sólo en los ambientes clericales. El término iusnaturalista era utilizado por los juristas en sentido peyorativo, pues se entiende por jurídico exclusivamente lo positivo.

Con motivo de la primera y segunda guerra mundial por medio del iusnaturalismo se incrementan los movimientos de reacción en el orden económico, social, contra el materialismo dialéctico, contra el estatismo de los regímenes totalitarios y en lo jurídico, contra el positivismo. Se abandona el concepto de la ley eterna y la ley natural ahora se considera inmanente a la historia. Se revitaliza por medio de doctrinas sociológicas y realistas que rechazan el formalismo del positivismo.

Alfred Verdross afirma que la vida en sociedad es indispensable, de donde derivan las ideas de respeto bajo dos corrientes, las individualistas que refieren derechos del hombre y los que resaltan el bien común; Jaques Maritain refiere que el derecho natural es descubierto por la razón humana, según la cual debe obrar la razón humana; Se genera una concepción axiológica del Derecho, donde se deben determinar los valores fundamentales supremos que inspiran al derecho.

Rudolph Stammler da una nueva dirección relativista e historicista al iusnaturalismo, partiendo de la contingencia y variabilidad de las condiciones condicionantes del comportamiento humano, de ahí que el derecho debe ajustarse a la variabilidad; Georges Renard habla de un derecho natural de contenido progresivo como instrumento necesario para la elaboración jurídica. Identifica justicia y derecho natural, orden derecho positivo.

Werner Maihofer en la corriente del existencialismo jurídico y la naturaleza de la cosa, donde señala que el derecho se va formando permanentemente y de forma paralela al ser humano. Erich Fechner considera al derecho natural como un continuo hacer, toda vez que el derecho es complejo, formado en capas jerarquizadas y es multidisciplinario, donde se une lo biológico, lo social, lo histórico.

Las perspectivas propuestas son clásicas, con diversos puntos de ruptura, por lo que es pertinente analizar propuestas de justicia contemporánea, que permean de manera transversal al sistema jurídico.

Teorías contemporáneas de la justicia

En éste ámbito resulta incuestionable el advenimiento de un liberalismo fortalecido, que debilita los valores sociales tales como la fraternidad, la solidaridad para llegar a perspectivas individualistas. El desarrollo creciente es en el ámbito del cuestionamiento del yo por encima del *nosotros*.

En palabras de Michael Sandel⁶⁶ “de una filosofía pública de propósitos comunes a una de procesos imparciales, de una política de lo bueno a una política de lo correcto, de

⁶⁶ SANDEL, Michael, *The procedural republic and the unencumbered self*, en Avinero, Shlomo y Shalit, Avner de, *Communitarianism and individualism*, USA, Oxford University Press, 1992, pp. 19-35.

una república nacional a una república procedimental.” Este es el tránsito que ha llevado al abandono de los valores sociales, pero se ha llegado al establecimiento de una forma diferente de justicia de contenido social a partir del individualismo, es decir, a la justicia como comunidad y vida buena.⁶⁷

El parámetro de partida para lograr el advenimiento de la justicia como comunidad desde el libertarismo, se da en la igualdad, dado que una condición intrínseca de la libertad es la igualdad, de otra forma deja de ser una libertad para convertirse en un privilegio discriminatorio y dictatorial. Bajo este parámetro la igualdad tiene dos dimensiones, una *igualdad simple*, que se corresponde con el uso o disfrute de un elemento comunitario, por tanto, una sociedad será libertaria en la medida en que todos sus miembros puedan usar o disponer de los mismos bienes. La segunda dimensión es la *igualdad compleja*, que parte de reconocer la propia individualidad y pertenencia. Un sujeto puede encontrarse en un grupo temático determinado y el hecho de que pueda cambiar no implica una privación por parte de la autoridad, es decir, se favorece una convivencia plural que implica reconocer a cada quien con sus criterios auto adscritos de pertenencia o distribución que le permiten desarrollarse igualmente en cada círculo social, grupo o subgrupo que desee. Walzer⁶⁸ denomina a ésta circunstancia dinámica de igualdad social como un socialismo descentralizado democrático, donde el Estado adquiere la obligación, y la cumple, de

⁶⁷ VÁZQUEZ, Rodolfo, *Teorías contemporáneas de la justicia. Introducción y notas críticas*, México, IJ UNAM, 2019, pp. 83-107.

⁶⁸ WALZER, Michel, *Las esferas de la justicia*, trad. Heriberto Rubio, México, FCE, 1993, p. 29-35.

garantizar diversos bienes considerados como fundamentales libertarios, tales como la beneficencia, escuelas públicas independientes, trabajo, tiempo libre, etcétera. Cada uno de ellos permitirá la movilidad social en marcos autorreferenciales de libertad, el cambio será un índice de libertad cada vez más alto, y por el contrario, la poca posibilidad mermará el mismo índice. La justicia parece obtener beneficios en torno a la libertad comunitaria reflejada en el individualismo contemporáneo.

En tanto, Michael Sandel,⁶⁹ establece que las sociedades no buscan un fin particular, sino el facilitar que sus miembros puedan alcanzar sus propios fines, y esta será la caracterización de una sociedad justa. El modelo propuesto por Sandel resulta consistente con las ideas de las perspectivas clásicas del Derecho en el sentido de que la justicia es apreciable como enunciado sintético, verificable empíricamente. La sociedad será justa en la medida que la aplicación de sus diversos modelos sociales, culturales e incluso jurídicos, permiten a sus individuos alcanzar sus propias metas.

El razonamiento de Sandel plantea un espejismo ideológico, dado que el individuo conoce lo que a su sociedad le interesa que conozca, por tanto los cambios son controlados en una primera instancia a partir del decisionismo social y su reflejo jurídico y cultural. Pero también lleva a extremos donde la individualidad parece llegar a plantearse por encima de los intereses de los demás miembros de la comunidad, situación que favorece más el trato

⁶⁹ SANDEL, Michael, Op. Cit., p. 13.

desigual complejo y la asunción tiránica al poder desde el micropoder. Ante esta circunstancia y la crítica planteada es que Sandel⁷⁰ corrige su propia idea de justicia como comunidad, para manifestar que la comunidad ha de tomar alianza de las virtudes de sus miembros para favorecer la buena vida de sus diferentes grupos sociales, desde la familia, con lo que se genera un estado de autosuficiencia.

La perspectiva propuesta por Sandel permite contemplar al estado libertario de justicia con una finalidad intrínseca, que es el bienestar de sus grupos, de modo tal que ahora tanto la igualdad simple como la igualdad compleja tienen como finalidad que los grupos fundamentales asciendan a un estado de bienestar a partir de la movilidad de sus diversos elementos. Con este límite ideológico se asume que cada elemento dentro de la sociedad adquiere conciencia de su situación, de sus propias posibilidades y deseos, pero también de sus necesidades que se reflejan en las necesidades sociales. El cambio es una forma de permear la justicia a la sociedad.

La perspectiva de justicia parte, entonces, de una visión recíproca entre el Estado y sus miembros, donde estos últimos ven al primero como un ente autónomo e imparcial, pero con autoridad de cuidado, mantenimiento y respeto, en tanto que el primero ve a sus miembros como socialmente responsables y conscientes.

⁷⁰ Sandel, Michael, *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?*, trad. Juan Pedro Campos Gómez, Barcelona, Debate, 2011, p. 175-250.

La justicia como comunidad y vida buena parte de un parámetro moral intersubjetivo con una regulación ética a la que no escapa el Derecho, que como instrumento del Estado deberá reflejar en sus normas, su interpretación y la doctrina que genere, por tanto, no se trata de una regla nacida del positivismo a ultranza, sino de una moral intersubjetiva positivada con el ánimo de trascendencia y conservación.

Las respuestas que se dan en el modelo de justicia de comunidad y buena vida, parecen ser correctas, sin embargo, habría que realizar un cuestionamiento válido, ¿los miembros de la comunidad deben pertenecer al mismo modelo socio-cultural?, dado que de existir diferencias entonces ¿debe permear la cultura del lugar? O bien, ¿se debe privilegiar la cultura del visitante?

Si el análisis parte del respeto a la libertad, entonces se pueden encontrar válidamente dos miembros de culturas diferentes, por lo que Luis Villoro⁷¹ responde en el sentido de que se debe establecer un contexto de respeto a la culturalidad derivado del respeto mutuo a la autonomía de las personas, incluyendo su identidad y las autoadscripciones que pudieran considerar cada uno, aspectos torales entre los cuales se encuentra la cultura, con los límites de marco moral y ético que establezcan las normas

⁷¹ VILORRO, Luis, "Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos", en *Isonomía*, México, ITAM-Fontamara, número 3, octubre de 1995, p. 9.

fundacionales, es decir, a partir del principio de libertad e igualdad, no se pueden reconocer facultades que atenten contra estos mismos principios. Los conceptos anteriores también pueden conducir a un modelo de justicia intercultural.

Lo relevante, en todo caso, es que el modelo en cita parte de conceptos morales y éticos, de ahí que las referencias sean indistintamente a una libertad ética, individualismo ético, culturalidad ética e interculturalidad ética. El resultado es la valuación moral a partir de principios objetivos donde permea el calificativo de justo e injusto, dependiendo de su aplicación y el resultado. La valuación siempre será de naturaleza moral, y el modelo de corrección del Derecho y su axiología de justicia será moral y ético.

Amartya Sen,⁷² en el libro *La idea de la justicia*, que escribe en memoria a John Rawls, aborda el tema de la justicia estableciendo tres directrices generales, en la primera refiere que se debe atender a la cotidianidad de las personas, de donde deriva un principio en boga actualmente en la construcción de la justicia positiva, la justicia cotidiana, que no es más que comprender que el gobernado no espera las grandes resoluciones nacionales e internacionales, sino que la afectación llega a partir de las cuestiones de la vida diaria en los diferentes entornos en que se desarrolla, bien sean geográficos, sociales o culturales.

⁷² SEN, Amartya, *La idea de la justicia*, trad. Hernando Valencia Villa, Madrid, Taurus, 2010, pp. 45-129.

La segunda directriz establece que se debe tener una visión globalizada del pensamiento humano, donde el pensamiento de occidente no excluya el de oriente, contemplando que la voz de la ilustración no deriva de un solo autor, sino de una multiplicidad, cada uno con ideas diferentes, pero no excluyentes.

En la tercera directriz pone en énfasis directo el principio de que sólo se puede conocer la justicia con acercamientos a la injusticia, por tanto propone que pudiera existir un acuerdo mayor en los aspectos negativos de la justicia, las injusticias, las desigualdades, los temores, las carencias. El acceso a las carencias y la solución, comprendiendo que ésta es imperiosa, resulta, según Sen, en una vía provechosa, pero que, hasta ahora, ha resultado insuficiente, por ello habría que considerar, más que el acceso a las necesidades, la alternativa de las capacidades.

Las necesidades han sido entendidas como mínimos de bienestar particular, frente a las necesidades materiales, en tanto que las capacidades implican ventajas en cualquier nivel. Abordar la justicia por vía de las necesidades estaría limitando a países en vías de desarrollo, en tanto que alentar la justicia por capacidades pudiera aplicarse en todo ámbito económico, geográfico y cultural, por tanto, la apariencia es clara, tiene una dimensión de aplicabilidad mayor al ámbito de las necesidades. Este modelo de justicia contemporáneo tiene como fundamento la moral, tanto para la determinación de las necesidades como de las capacidades.

La teoría contemporánea de la justicia como capacidad tiene una realidad lingüística, por tanto, queda sujeta a las mismas problemáticas de la materia, lo que lleva necesariamente a considerar que no se trata de un producto preconstituido, sino de una construcción que va de lo moral a lo social y a lo moral, con una aplicación ética.

La consideración del Derecho como parte de las teorías clásicas que han sido detalladas, lleva a establecer institucionalmente un error estructural lo que conlleva al pensamiento en torno a que el Derecho debe ser obedecido y se trata de un artefacto que no puede mutar más allá de sus propios límites, pero que pasa por algo un cuestionamiento básico, ¿si fuera necesario, se deben pasar los límites del Derecho? La respuesta parece evidente en torno a la consideración del Derecho como un sistema de soluciones, donde no es necesario pasar límites para encontrar respuestas o bien como un modelo de suministro de justicia en el cual lo relevante es la solución de la problemática. En el primer caso se trata de una norma positiva irrestricta, con algunas tendencias hacia el reconocimiento de lo natural e incluso una corriente específica, del positivismo ético, en el segundo es incuestionable que se requiere una moralidad intersubjetiva para reconocer, visibilizar y resolver problemas más allá del Derecho y sus límites.

La perspectiva del Derecho en torno a la solución de conflictos sociales, sean grupales o individuales, no pasa por un paradigma fijo y establecido, sino por criterios

conscientes de valoración, circunstancia a la cual habría que agregar el criterio de Ferdinand Lassalle en torno a que estas valoraciones son tomadas desde las élites del poder, lo que conlleva un esquema de solución que bien encuadra en la *ideología* de los grupos en el poder.

La perspectiva propuesta lleva a considerar que las problemáticas de valuación en torno a lo *justo e injusto*, las necesidades, las capacidades y las posibles soluciones, no pasan por un tamiz jurídico en primera instancia, sino por el filtro necesario de las ideologías en el poder, por tanto, el Derecho es un sistema ideológico de soluciones.

Una de las mayores preocupaciones de todo sistema jurídico es el de generar un sistema estable de decisiones judiciales, que permita conocer ex ante las determinaciones en las controversias propuestas ante los operadores jurisdiccionales.

El sistema jurídico se conforma por una multiplicidad de momentos que van desde la identificación de un hecho social y su descripción empírica para determinar su necesidad de ser regulado; la propuesta legislativa y su discusión, pasando por todo el ritual parlamentario hasta llegar a generar una norma que se integra al sistema jurídico. Esto no es suficiente para considerar que existe Derecho creado, lo cierto es que hasta este momento lo que se tiene es un texto de valor literario, pero no es Derecho.

Esta discusión no pretende pasar por estándares de interpretación teórica del derecho, por tanto no se ocupa de una discusión entre el positivismo y el iusnaturalismo, es decir, se asume que el sistema jurídico, después de un ritual parlamentario, genera normas justas y evidentemente omite a éstas como fuente de decisiones judiciales en virtud de que siendo las mismas reglas y principios, continúan existiendo controversias judiciales, lo que implica que el problema no necesariamente se ubica a priori en la norma, sino en los procesos posteriores.

La segunda etapa implica la aplicación del Derecho, es decir, el contacto de la norma con una situación fáctica que amerita una solución, y es entonces donde el Derecho cobra su real naturaleza argumentativa. Aquí es donde existe el Derecho como tal, y donde inicia el proceso de predictibilidad de las decisiones judiciales y también un proceso complejo para establecer dónde es que se debe realizar un análisis para prever estas decisiones.

En esta segunda etapa es donde intervienen factores humanos externos a la norma que van desde las partes materiales en conflicto, los abogados y los jueces. En éstos es donde se encuentra una correcta decisión judicial, el problema es determinar si éstas son previsibles en cuanto a su sustancia o bien si sólo cumplen con la norma positiva o los principios que son inherentes a la misma norma.

Si la propuesta que se plantea en torno a considerar al Derecho como un sistema ideológico de soluciones, por tanto de una moralidad intersubjetiva, implica descartarlo como motor de previsibilidad de decisiones, sujetándose en todo momento a la moralidad y ética de las decisiones, entonces no se trata de meras ocurrencias, sino de una apreciación intersubjetiva que permita alcanzar decisiones que puedan ser calificadas de justas o menos injustas. El estándar de valoración de la decisión se transforma en una moralidad. El Derecho no puede depender de el aprendizaje y comprensión de reglas rígidas, sino en una conformación ética y moral que sea intersubjetivamente admisible y tenga como objetivos el lograr parámetros de justicia, como pueden ser la justicia de comunidad y vida buena que sostiene Sen.⁷³

Ronald Dworkin,⁷⁴ señala con toda pulcritud conceptual que el Derecho es el mismo siempre, es decir, que si existe una controversia no será en torno a qué es el Derecho, sino a una interpretación que realizan los operadores jurídicos. La interpretación pasa por marcos morales, a pesar de que toda norma deba ser citada en su literalidad, lo cierto es que dependerá del operador jurídico y de su formación, pero no en el campo de las normas, sino en el campo de la sensibilidad social, para que su decisión pueda ser considerada como justa o no.

⁷³ Idem.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2008, pp. 19–22.

Esta perspectiva es la que Dworkin denomina como del *hecho evidente* que implica que los operadores jurídicos saben que el derecho que se tiene que aplicar es el mismo, no existe una controversia en este tema, sino en la interpretación que se hace del enunciado jurídico. Si están de acuerdo en cuanto al Derecho entonces la problemática se plantea desde dos ángulos probables, bien sea de interpretación o bien de hechos.

El hecho evidente que plantea Dworkin tiene que ver con la existencia del Derecho, que se asume apegado a los principios y valores de la comunidad, y de admitirse éste ángulo, entonces es preciso señalar que la resolución de los hechos adquiere un matiz socio-cultural, moral, que se puede reducir como una perspectiva antropológica, pero jamás una aplicación de reglas rígidas.

Esta circunstancia deja claro que si el Derecho es una constante y las decisiones judiciales son variables, éstas no dependen de constantes sino de otros elementos sustantivos variables. Por tanto, el Derecho no es un elemento de influencia en la variabilidad de las decisiones judiciales, ya que si fuera el caso habría que partir de un punto lógico, si el Derecho es estable, las decisiones judiciales deberían ser estables y consecuentemente se deberían prever estas decisiones en cuanto al fondo de cada controversia. Admitir la continuidad del Derecho en cuanto a su estabilidad y predicción de resoluciones, sería equivalente a negar la naturaleza humana en el mismo, en cambio admitir su contingencia a partir de las ideas de la comunidad es aceptar que el Derecho se

modifica a partir de los valores que asume conscientemente cada sociedad, y resulta el reflejo de su desarrollo en cuanto a estados mentales y estructuras neuronales. Pareciera que en este momento salta Sartori y pone en evidencia el *Homo Videns*, que no es más que la justificación del porqué una sociedad llega a caer en puntos retrógrados graves. Efectivamente, la asunción de la moralidad y la ética como coma de decisiones no implica una superación, sino el conocimiento del estatus de las sociedades en una cosmovisión que parte de la liberalidad y la responsabilidad ética.

Es claro que los enunciados jurídicos que son resultado de un ritual parlamentario adquieren un valor literal, textual y literario, pero no son Derecho. Este existirá al momento de ser argumentado, cuando entra en contacto con un hecho controvertido, esta es la primera posibilidad de controversia que dependerá de varios aspectos, entre ellos la moralidad de las partes y de sus operadores jurídicos.

Hasta este momento se ha demostrado la moralidad del Derecho, y la ética como patrón de corrección, en consecuencia, se aduce que se trata de un modelo ideológico.

Capítulo III

El Derecho como semiótica Inter subjetivista

La tesis principal deriva en considerar al Derecho como un lenguaje altamente especializado, en consecuencia, se pasa por condiciones que son inherentes al lenguaje mismo, la semiótica. La razón es que el señalamiento de una alta especialización atiende a la condición de su significatividad, se asume que el Derecho tiene una materialidad propia, que implica su significatividad, signos e íconos, que no son sino condiciones semióticas. En este momento el cuestionamiento será, ¿el Derecho es semiótica?, o bien, ¿el Derecho utiliza la semiótica para sus fines axiológicos o normativos?

El planeamiento toral es que el Derecho es un lenguaje, en consecuencia, se trata de códigos que tienen un proceso dinámico de significación y dependen en todo caso del constructor y del receptor, luego entonces se pueden identificar como elementos comunicativos un *código, pensamiento, capacidad e interpretación*. La relación que existe entre cada uno de estos elementos se denomina *articulación*, y el resultado de toda articulación es la *significación*.

Como es indicado por Jesús Becerra,⁷⁵ el lenguaje como fenómeno social adquiere una condición simbólica que se inscribe en dos perspectivas fundamentales, la *apropiación*

⁷⁵ BECERRA, Jesús, *La semiótica como metodología*, México, Universidad Autónoma de Zacatecas, 2014, p. 14.

y *configuración*, donde la primera tiene una condición activa y la segunda el resultado de la primera, la razón es que, para tener el resultado de una interpretación, el símbolo, cualquiera que este sea, pasa por filtros primarios como es toda el área cognitiva previa del sujeto, lo que lleva a obtener una interpretación. El proceso por medio del cual la norma pasa por el sujeto activo de la interpretación y por los códigos morales de este, implica la apropiación, en tanto que el resultado es la obtención de un modelo conductual concreto que se traduce en la interpretación, esta se corresponderá con la configuración. La característica será que se constituye como un modelo interpretativo que regula la conducta para posibles casos posteriores, pero en todo caso sujeto a criterios morales constituidos a partir del tiempo y el espacio. En ese contexto se reitera el cuestionamiento en torno a ¿cómo se presenta el Derecho en un tiempo y en un lugar determinado?

El planteamiento propuesto es consistente con la tesis que se sostiene en torno al Derecho como sistema moral intersubjetivo e ideológico de soluciones, por tanto, se trata de un proceso de comunicación y de significación que se lleva a cabo por diferentes metodologías, pero todas ellas implantadas desde el mismo sistema jurídico, lo que dota a este de una moralidad dirigida, una intersubjetividad como lógica de significación.

Del examen anterior se desprende la necesidad de conceptualizar a la *semiótica* como contexto de exposición, y al efecto Saussure,⁷⁶ en su obra de *Curso general de lingüística*, refiere un concepto un tanto restringido como una ciencia que estudia la vida de los signos en un contexto social.

Charles Snades Peirce⁷⁷ establece un concepto más amplio que el detallado de Saussure, y considera a la semiótica como una doctrina de la naturaleza y las variedades fundamentales de cualquier clase de semiosis, entendiendo a esta como la relación entre un signo y su significación, por tanto, el concepto es fundamentalmente amplio al no determinar la existencia de un significado rígido sino establecer que puede ser cualquier tipo de significado y bajo cualquier variación. Se reconoce la posibilidad de que la mente

⁷⁶ SAUSSURE, Ferdinand de, *Curso de lingüística general*, Buenos Aires, Losada, pp. 36-45. La limitación de Saussure deriva en relacionar su concepto con la sociología, entonces la semiótica la dirige en dos puntos, el *significante*, que son las voces que trasladan información, y el *significado*, que es el resultado de la interpretación y, por tanto, un hexo de conexión entre el símbolo y su significación. Siendo un resultado ligado a la psicología, la significación tiene la apariencia de ser rígida, ligada al lenguaje. La postura resulta un tanto débil a partir de encontrar dos teorías antagonistas en torno al lenguaje, la de Ludwig Wittgenstein que considera al lenguaje como el uso, es decir, las palabras no contienen una significación específica y en todo caso esta depende del uso que da el sujeto activo. Cfr. WITTGENSTEIN, Ludwig, Op. Cit. La antítesis en torno al lenguaje la propone Noam Chomsky, quien establece el uso de reglas rígidas en torno al lenguaje, en su teoría gramática se hace referencia al uso que propone Wittgenstein, al cual llama como *gramática superficial*, la *gramática profunda*, deriva del conocimiento, en consecuencia, el lenguaje adquiere un talante rígido y un uso correcto, específico y preciso. Cfr. CHOMSKY, Noam, Op. Cit. Como resultado de las premisas previas, es claro que la significación del lenguaje cambia y tendrá una diferencia de fondo al considerar al lenguaje como algo superficial y, por el contrario, considerarlo como una corrección a partir del conocimiento, de ahí lo relativamente corto del concepto de Saussure.

⁷⁷ Eco, Umberto, *Tratado de semiótica general*, trad. Carlos Manzano, México, Debolsillo, 2018, 3 ed., pp. 36-40. El concepto citado por Eco, parece contar con un elemento intrínseco que es la capacidad de conocer y significar, dado que no se trata de una cuestión de resultado inminente y menos aún de un resultado correcto, lo que llevaría a la semiótica como un concepto multívoco, cualquier resultado parecería ser adecuado, cuando se trata de una identidad de pensamiento entre el signo, la información que contiene en sí mismo, y la interpretación, que debe ser coherente y, por lo menos, pertinente. La relación se encontrará condicionada por la capacidad del sujeto para conocer y, en consecuencia, significar como proceso cognitivo.

pueda generar una relación semiótica sin someterse a una regla específica, la referencia específica es en torno a tres elementos, un signo, su objeto y el interpretante.

Es de resaltar que la triada de Peirce se puede aplicar no sólo a los fenómenos humanos sino a todo aquello que sea susceptible de ser interpretado, como los fenómenos meteorológicos, donde no hay un pensamiento, pero el conocimiento bajo la teoría chomskiana permitiría aducir que esa fenomenología contiene una idea concreta, de ahí que no cualquier interpretación y relación semiótica resulte adecuada o correcta, ello autoriza a concluir que un signo no es cualquier fenómeno, sino únicamente aquellos que sean previamente convenidos y aceptados. Todo signo será un acuerdo previo de naturaleza social.

La convención previamente referida podría pasar por parámetros morales por considerar que la misma es necesaria, justa o relevante, de igual forma podría pasar por meras condiciones de fluidez de conducta. El concepto de Peirce asume la posibilidad de tratar tanto con conceptos de Wittgenstein como chomskianos, sin problema alguno.

Pedro Juan Aristizábal,⁷⁸ al realizar un análisis en torno a la posibilidad de resolver un problema comunitario, establece una consideración en torno a lo que debía ser el

⁷⁸ ARISTIZÁBAL Hoyos, Pedro Juan, *Intersubjetividad y comunicación*, Universidad Tecnológica de Pereira Colombia. Acta fenomenológica latinoamericana. Volumen III (Actas del IV Coloquio Latinoamericano de

intersubjetivismo, y señala ...*La intersubjetividad no es la suma de subjetividades personales, sino la existencia de mundos de la vida, es decir, intersubjetividades sociales en correlato con las condiciones objetivas de la sociedad, la cultura, la economía y la historia...* por consiguiente la intersubjetividad es el reconocimiento de diversas formas de vida que inciden en la solución de una problemática determinada, se concluye que no se trata de una condición subjetiva sobre lo que *yo* pienso sino sobre lo que *nosotros* pensamos. Esta circunstancia parece plantear que la construcción del *yo* es eminentemente social, por tanto, no es más que un espejismo donde lo realmente importante no es el *yo*, sino el *nosotros*. La realidad como condicionante del ser es un producto social. Ello permite concluir que la capacidad de apreciación y construcción de significación se aleja de un subjetivismo que, en teoría, no existe, y en todo caso supone ser la consecuencia de una construcción de carácter social.

Resulta evidente que el subjetivismo deriva de relaciones de poder, colonialismo y descolonización como procesos libertarios, de ahí que este contexto implique al subjetivismo como una ideología dominante que excluye cualquier otra forma de construcción de la realidad, entonces el intersubjetivismo es el rompimiento con estos procesos mentales colonizadores para crear realidades a partir del pensamiento y expresión de las otredades como referentes sociales inherentes a la realidad.⁷⁹

Fenomenología) Círculo Latinoamericano de Fenomenología Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú; Morelia (México), Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo 2009 - pp. 335-355.

⁷⁹ El tema será abordado en un capítulo en torno a los problemas del Derecho, baste, por ahora, decir que la construcción de la realidad no es una constante.

La perspectiva que se utilizará temporalmente, será la de intersubjetivismo como la conformación de una conciencia social, lo que excluye la posibilidad del subjetivismo como si se tratara de la idea personal y única, misma que no es más que una falacia argumentativa ante su imposibilidad lógica.

Lo relevante, en todo caso, es que el proceso de significación deja de ser una cuestión de naturaleza estrictamente personal y única, para transformarse en un resultado social, esta se constituye como una forma de control y corrección de los procesos semióticos.

El proceso detallado inicia con la existencia del *signo*, que, en palabras de Umberto Eco,⁸⁰ es aquello que, previa convención aceptada, es una cosa que está en lugar de otra. Se trata de equivalentes lingüísticos, por tanto, uno puede ser aceptado en lugar del otro. En todo caso se trata de la interpretación que realiza el intérprete sobre algo. El signo es la provocación a la significación, de donde deriva que, siendo la interpretación a partir de criterios intersubjetivos, la semiótica no se ocupa de semiosis particular, sino de semiosis general. La significación adquiere un carácter metodológico y no empírico.

⁸⁰ Eco, Umberto, Op. Cit., p. 37.

El signo no surge del azar, siempre se trata de un trabajo que implica una elección de entre las señales de que se dispone para crear una expresión, y se colige que los signos también son *analíticos o sintéticos*, los primeros son los que llevan la información implícita en el sujeto, en tanto que los segundos es necesario acudir a los datos de la experiencia, se verifican de manera empírica.⁸¹

La afirmación concreta en el presente apartado es que el Derecho también adquiere una condición semiótica, se trata de la existencia de signos, su interpretación como proceso de articulación y su significación.

Significación semiótica del Derecho

Resulta pertinente retomar un punto toral, el Derecho tiene como metodología de construcción la ficción jurídica, lo que se concluye a partir de considerar que el papel del Derecho es tomar conductas determinadas, asignarles un nombre y con ello una categoría jurídica específica, lo que implica la generación de signos.

⁸¹ KANT, Emmanuel, Op. Cit., la referencia que realiza Kant en el sentido de que todos los cuerpos tienen una dimensión es un juicio analítico, en tanto que detallar que tiene un peso específico es un juicio sintético. El primero es porque lleva la información en sí misma, en tanto que el segundo requiere un proceso de verificación empírica. Umberto Eco, *Cfr. Op. Cit., p. 243*, refiere un campo conceptual que resulta de aplicación directa al Derecho. Refiere a los enunciados analíticos kantianos el carácter de *juicios semióticos*, dado que la información se vierte en el mismo enunciado y afecta al sujeto, i.e. un soltero no es casado, de donde deriva que la sola afirmación de soltería lleva implícita la información en torno a que no es casado, en cambio la afirmación de que Luis es soltero, lleva una forma concreta de aplicación del juicio sujeto a verificación, en consecuencia este es un *juicio factual*, no se refiere a la información concreta que deriva del enunciado mismo, sino que deviene de la verificación fáctica, empírica.

Por añadidura, la generación de signos en el Derecho se adminicula con la existencia de *valores*, que en semiótica son entendidos de dos formas distintas, la primera que atañe a un proyecto de vida y el segundo que tiene un carácter estructural.⁸² En ambos casos se trata de una valoración axiológica, tanto en la vida como en la estructura del pensamiento y su exteriorización. De ahí deriva la validez del pensamiento de Luigi Ferrajoli⁸³ cuando en su obra *Epistemología jurídica y garantismo*, refiere que cuando una norma no es suficiente para resolver una controversia, se debe atender al principio subyacente, situación que implica que todo precepto legal tiene como base un principio, y este adquiere una posición estructural de valor en condiciones semióticas.

De lo anterior deviene que en la creación de signos en el Derecho se debe atender, entre otras cuestiones, a los valores que corresponden a cada sociedad, lo que pone de manifiesto el carácter profundamente moral del Derecho, y la forma como un reflejo de esta moralidad. En el momento en que el intérprete y la articulación pueden ser proyectados en una perspectiva semiótica, entonces el Derecho los transforma en categorías, vinculando el signo y su significación.

⁸² GREIMAS, Algirdas Julien y Fontanille, Jaques, *Semiótica de las pasiones. De los estados de cosas a los estados de ánimo*, Puebla, México, S XXI, 1994, p. 42-47.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi, *Epistemología jurídica y garantismo*, México, Fontamara, 4 ed., 2011, pp. 20-36.

En consecuencia con los tópicos aludidos, el Derecho dista mucho de ser una regla rígida, lo más que se puede inferir serán directrices que en todo caso están sujetas a procesos de significación que pasan por tamices morales de aplicación ética, y la consecuente calificación ética, de ahí la percepción del acto *justo o injusto, correcto o incorrecto*.

Estas conclusiones no afectan en nada la metodología jurídica como metodología semiótica, es decir, el *recorrido* como teoría semiótica, que se asemeja al historicismo en el Derecho, pone de manifiesto que existen modelos, signos, que son implicados unos con otros, y el cuestionamiento de cada uno de ellos con una *reconstrucción semántica*, llevará a una *resignificación* de la palabra, entonces la actualización del Derecho no deriva de una reforma estructural constante, lo que llevaría a una incertidumbre total, sino a una resignificación categorial, bien sea por una cuestión semántica o bien una resignificación semiótica. El recorrido, como metodología semiótica y jurídica, admite un calificativo como *generativo*, que pocas veces se repite a sí mismo, y en cambio se reinterpreta en cada caso particular, pero respetando los valores que le subyacen, mismos que en casos extremos serán sujetos de una *regeneración semiótica*. De lo expuesto se colige que el Derecho se transforma en un interventor de sí mismo, que se encuentra constantemente en la búsqueda de antinomias y lagunas con la finalidad de aplicar procesos *regenerativos* para crear nuevos signos, articulaciones y significaciones concretas. El Derecho es dinámico, evoluciona y se protege a sí mismo, pero no bajo el esquema de reglas, sino admitiendo que es un producto social, por tanto, va a la par de la sociedad. El Derecho, como signo, se

regenera a cada instante y no existe un modelo fijo que lo ate a un concepto de *realidad rígida*, sino que cobra vigencia como un instrumento de desarrollo social intersubjetivo.

Bajo las tesis expuestas, no es de sorprender que la parte más importante del Derecho sea su articulación, es decir, el signo y su interpretación, para lograr una significación, dotar de una materialidad conceptual y comprensiva al signo, otorgando una cualidad epistémica y discursiva.

Por consiguiente, tanto la semiótica como el Derecho parten de un paradigma lógico que es la discontinuidad del mundo. El mundo no es dado hoy y para siempre, este se va construyendo momento a momento a partir de las condiciones epistémicas y de racionalidad del ser, se generan imágenes del mundo derivadas de la capacidad de apreciación, conocimiento, aprensión y valoración por parte del sujeto cognoscente. El cuestionamiento en torno a los elementos materiales u objetivos de construcción de la realidad, así como los intersubjetivos y las relaciones que existen entre ellos son las que darán cuenta del mundo, este jamás será una constante, de modo tal que la significación de sus elementos y del Derecho pasan por estos elementos de actualización.

Es evidente que, si el mundo tiene una realidad lingüística, entonces se conforma de narrativas, conceptuales o de generalización, pero al ser realizadas por el sujeto cognoscente se transforman en *narrativas transformacionales*. El mundo y el Derecho

adquieren, entonces, una condición de *transformabilidad*, donde la narrativa plantea apenas los primeros esbozos de significación. La construcción del mundo es una cuestión dialéctica, no de imposición, pero en el caso del Derecho la narrativa transformacional adquiere la condición de legitimidad semántica y semiótica, que es utilizada estructuralmente por los grupos de poder para obtener aceptación en torno a sus decisiones y la transformación de la sociedad. El Derecho se convierte en un sistema ideológico de soluciones tendiente a lograr legitimidad en el poder, y en el caso del populismo, una *legitimidad democrática*.

La transformación que se ha venido refiriendo se estatuye e institucionaliza como los puntos de ruptura entre el mundo pasado y el presente, se condiciona como actuar del sujeto cognoscente, atendiendo, sobre todo, a sus intencionalidades. La cuestión que ahora se plantea es saber si el concepto de verdad permea en la regeneración de la realidad y del Derecho.

Un buen punto de partida en el análisis de la cuestión deviene, en un primer planteamiento, de Gadamer,⁸⁴ misma que consiste en apartarse de los conceptos de verdad, de los cuales se pretende desprender para abordar la historicidad de la

⁸⁴ GADAMER, Hans-Geor, *Verdad y método*, trad. Ana Aguad Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, España, Sígueme, 2012, pp. 31-120.

comprensión, por ello se volverá al concepto de círculo hermenéutico de Heidegger con el fin de aprovechar la estructura circular que plantea.

Este concepto se centra inicialmente en la posibilidad positiva del conocimiento más o menos originario, cuya tarea consiste en no dejarse imponer ocurrencias propias ni populares, sino en asegurar la elaboración del tema científico desde la cosa misma. La reflexión heideggeriana consiste más en resaltar el sentido ontológico positivo que en la estructura circular de la hermenéutica.

Resulta evidente que el texto se lee desde determinadas perspectivas, por tanto, quien se acerca a un texto inicia por realizar un proyecto, una vez que aparece el texto se proyecta un sentido del todo. La comprensión de lo que pone en el texto es la elaboración de éste proyecto, el cual debe ser revisado constantemente a partir de la penetración del sentido.

Toda revisión del primer proyecto anticipa un nuevo proyecto de sentido. La interpretación empieza siempre con conceptos previos que tendrán que ser substituidos

progresivamente por otros más adecuados, pero la comprensión alcanza sus verdaderas posibilidades cuando las opiniones con las que se inicia no son arbitrarias.⁸⁵

La tarea real consiste en no introducir directa y acríticamente hábitos lingüísticos propios del sujeto cognoscente, se gana la comprensión del texto sólo desde el hábito lingüístico de su tiempo o de su autor. Por tanto, es asequible asumir que existe una diferencia entre el uso de lenguaje.

No se puede presuponer como dato general que lo que se nos dice desde el texto tiene que integrarse sin problemas en las propias opiniones y expectativas. No se puede suponer que el uso del lenguaje es igual, por la distancia en el tiempo y el contexto en que se genera. El que quiere comprender un texto tiene que estar en principio dispuesto a dejarse decir algo por él. Una consecuencia formada hermenéuticamente tiene que mostrarse receptiva desde el principio por la alteridad del texto.⁸⁶

⁸⁵ BEUCHOT, Mauricio, *La hermenéutica y el ser humano*, México, Paidós, 2015, pp. 13-32. El concepto que parece muy adecuado es el de Hermenéutica Analógica de Beuchot, donde establece tres posibilidades, la primera la univocidad, es decir, una interpretación única, la cual es un error. El segundo plano es la equivocidad, pensar en que cabe cualquier tipo de interpretación lo que lleva a situaciones arbitrarias y de ocurrencias, que también es el extremo del error, entonces no se aplican estos extremos, ni una interpretación única y menos cualquiera que se ocurra. La analogía implica un parámetro de razonabilidad, donde sólo caben determinadas interpretaciones relacionadas al contexto del texto, este es el concepto de Beuchot sobre la hermenéutica analítica.

⁸⁶ Este es el principio universal en torno a los prejuicios, es decir, el acercamiento a una materia es en virtud de la convicción de que dicha materia arrojará una respuesta, entonces no sólo es el acercamiento al texto, sino a cualquier situación en la vida. i.e. la religión, adquiere un grado de acercamiento a partir de asumir que otorga una respuesta. Situación similar ocurre con las matemáticas, la música o una persona en específico.

Heidegger⁸⁷ tiene razón cuando da una descripción fenomenológica sobre lo que es leer lo que pone, es una pre-estructura de la comprensión. En *Ser y tiempo*, Heidegger explicita la situación hermenéutica del problema del ser mediante la posición, previsión y anticipación. Una comprensión llevada a cabo desde una conciencia metódica, donde intentará no llevar a término directamente sus anticipaciones, sino hacerlas conscientes para poder controlarlas. Esto es lo que Heidegger quiere decir cuando requiere que el tema científico se asegure en las cosas mediante la elaboración de la posición, previsión y anticipación.

Sólo ese reconocimiento del carácter esencialmente prejuicioso de toda comprensión confiere al problema hermenéutico toda la agudeza de su dimensión. Un análisis del concepto, de carácter histórico, lleva a otorgar un ángulo negativo al prejuicio, como desventaja o daño. Sin embargo, ésta negativa es sólo secundaria, es la consecuencia de una validez positiva, el valor prejudicial de una pre-decisión igual que el de cualquier precedente.⁸⁸ Esta es una reminiscencia de la Ilustración, donde reposa el descrédito de los prejuicios en general y la pretensión del conocimiento científico de excluirlos totalmente.⁸⁹

⁸⁷ HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo*, trad. Jorge Eduardo Rivera C., Madrid, Trotta, pp. 23-73.

⁸⁸ *Préjudice*, en sus raíces implica un juicio previo. GADAMER, Op. Cit., asumirá posteriormente que el prejuicio sólo es una forma de acercamiento al texto a partir de un proyecto, que ya había señalado Heidegger, este proyecto anticipado es el prejuicio, por tanto, si la idea de Gadamer es alejarse del concepto de verdad, también es evidente que se aleja de toda estigmatización del lenguaje. Bajo esta tesitura el prejuicio sólo será una anticipación de proyecto y de sentido con que se acerca al texto.

⁸⁹ En la Ilustración priva la razón por encima de todo, en consecuencia, ésta debía encontrarse libre de todo prejuicio, entendido éste en su sentido negativo.

Es necesario distinguir los prejuicios por respeto humano de los prejuicios de su precipitación. Es evidente que el respeto tiene que ver con un concepto de autoridad, o bien se trata de un discurso auto-legitimado al estilo kantiano, donde sí se quiere gozar de algún respeto se debe reconocer y procurar ese mismo respeto.

El que la autoridad sea una fuente de prejuicios coincide con el postulado de la Ilustración tal como fue emitido por Kant, al señalar ¡*Sapere aude!*,⁹⁰ es decir, atreverse a vivir de su propio entendimiento. Esta crítica se dirige inicialmente a la tradición religiosa del cristianismo y la sagrada Escritura. Por eso el problema hermenéutico le es particularmente central, intenta comprender la tradición correctamente, esto es racionalmente y fuera de todo prejuicio, como acercamiento negativo o sesgado a un texto.

Hace falta un esfuerzo crítico muy grande para liberarse del prejuicio generalizado a favor de lo escrito y distinguir aquí, como en cualquier forma oral, lo que es opinión de lo que es verdad.⁹¹ Es decir, aparece una tensión ente la estabilidad del texto y la contingencia sobre su crítica. Lo que está escrito no necesita ser verdad, ésta es la máxima general con la que la Ilustración moderna se enfrenta a la tradición y en virtud de la cual acaba convirtiéndose en una investigación histórica. De estas inversiones del romanticismo sale la

⁹⁰ *Sapere aude!*, es tal vez uno de los más populares conceptos de la Ilustración y su alejamiento de cualquier forma de prejuicio, no entendido como un acercamiento a un texto o un símbolo, sino como la estigmatización del lenguaje derivado de las enseñanzas dogmáticas de la iglesia.

⁹¹ Curioso, porque al inicio del texto que se analiza, el autor pretende una distancia respecto del concepto de verdad, pero ahora supone una diferencia entre una opinión y una verdad. Me parece contradictorio, pero claro para el objeto didáctico y académico.

actitud de la ciencia histórica del S. XIX, que no mide el pasado a partir de los patrones del presente.

El descubrimiento de las lenguas como concepciones del mundo, el estudio de la religión y la sabiduría de los indios desencadenó una investigación histórica que fue convirtiendo poco a poco este intuitivo despertar en un conocimiento histórico con distancia.

El hecho de encontrarse inmerso en tradiciones significa estar sometidos a prejuicios y limitado a la propia libertad. La idea de razón absoluta no es una posibilidad de la humanidad histórica, sólo existe como real e histórica, esto es que la razón no es dueña de sí misma, sino que está referida a lo dado en lo cual se ejerce. Esta circunstancia implica que la razón pertenece a un contexto y un lugar determinado, por tanto, la razón y el conocimiento o las creencias justificadas, según la escuela epistémica que se prefiera, pertenecen a un contexto de razón y un lugar determinado, lo que establece la tradición como condición histórica.

Al final todo tiene un valor de aquí y ahora, en el más amplio sentido heideggeriano, por tanto, el lenguaje también pertenece a un lugar y un tiempo determinado y se produce como resultado de su historicidad.

Este concepto vale más decisivamente para la conciencia histórica y para la posibilidad del conocimiento histórico, pues que el hombre tenga que ver aquí consigo mismo y con sus creaciones (Vico), sólo es una solución aparente al problema que plantea el conocimiento histórico. El hombre es extraño a sí mismo y a su destino, al igual que a la naturaleza que no sabe nada de él. El problema epistemológico es diferente y Dilthey lo comprendió. Su punto de partida, la interiorización de las vivencias no podía tender el puente a las realidades históricas, porque las grandes realidades históricas, sociedad y estado, son siempre determinantes previos de toda vivencia.⁹²

El lenguaje: el ser del Derecho

Si el mundo es lenguaje, o la casa del ser, como sostiene Heidegger, entonces éste es determinado de forma relacional. En este sentido no es la historia la que nos pertenece, sino que nosotros pertenecemos a la historia, el ser es resultado de su tiempo.

Bajo la idea de una autoconstrucción absoluta de la razón, los prejuicios, entendidos éstos de forma negativa en torno a los conceptos de la Ilustración, se constituyen como un limitante del conocimiento de la realidad histórica. Si se quiere hacer una justicia al modo

⁹² Tratar de fijar las vivencias como parámetro para comprender la realidad es generar una tautología ideológica, dado que efectivamente, los parámetros como sociedad y estado son condicionantes previas para comprender la realidad histórica.

de ser finito e histórico, es necesario llevar a cabo una rehabilitación del prejuicio y reconocer que existen prejuicios legítimos.

Se intentará desarrollar en forma positiva la teoría de los prejuicios que la Ilustración elaboró en forma crítica. Por lo que se refiere a la división de los prejuicios en prejuicios de autoridad y por precipitación, es claro que la base de la distinción está el presupuesto formal de la Ilustración según el cual un uso metódico y disciplinado de la razón es suficiente para proteger de cualquier error. Esta era la idea cartesiana del método.

La precipitación es la fuente de equivocación que induce al error en el uso de la propia razón. La autoridad es culpable de que no se llegue siquiera a emplear la razón. La distinción se basa en una oposición excluyente entre autoridad y razón. Lo que se trata es de combatir la falsa inclinación preconcebida a favor de lo antiguo de las autoridades.

La Ilustración considera que la gran gesta reformadora de Lutero, consiste en el prejuicio del respecto humano y en particular del papa filosófico y del romano que quedó profundamente debilitado. Las consecuencias de una hermenéutica así, no necesitan ser una crítica religiosa tan radical como la que se encuentra en Spinoza. La posibilidad de una verdad sobrenatural queda abierta en cualquier caso.

Así en Walch aparece la distinción entre las dos clases de prejuicios, donde el autor debe encontrar el punto medio entre la razón y la autoridad bíblica. A esto responde el prejuicio de la precipitación como prejuicio a favor de lo nuevo, como una inclinación a rechazar de inmediato las verdades sin otro motivo que el ser antiguas.⁹³ De este modo se confronta con los librepensadores (Collins) y defiende la fe histórica frente a la norma de la razón.

Sin embargo, el resultado de la Ilustración es su contraria, es decir, la sumisión de toda autoridad a la razón, el prejuicio de precipitación en el modo de Descartes, es fuente de errores.

La hermenéutica se libera de todo vínculo dogmático. Así Schleiermacher distingue como causas de los malentendidos las sujeciones y la precipitación. Pero omitió que los prejuicios también pueden contener una parte de verdad. Es precisamente la idea de sujeción a partir de la realidad, por tanto, sólo tiene valor para los prejuicios no justificados, entonces existen prejuicios justificados y pueden ser productivos para el conocimiento, entonces el problema de la autoridad y los prejuicios de autoridad se debe replantear.

⁹³ KUHN, Thomas S., Op. Cit. p. 89-113. De alguna forma Thomas Kuhn sostiene que efectivamente lo nuevo no necesariamente resulta mejor, pero si adquiere y requiere una cierta cantidad de seguidores y adeptos para convertirse en un nuevo paradigma. A pesar de que lo nuevo no implica per sé algo mejor, si es un prejuicio científico donde se venera lo antiguo, pero se prefiere lo nuevo por el hecho de ser nuevo y aceptado por la comunidad científica. Es una mezcla entre la retórica y la ciencia.

En la medida en que la validez de la autoridad usurpa el lugar del propio juicio, la autoridad es de hecho una fuente de prejuicios.⁹⁴ Este ángulo fue despreciado claramente por la Ilustración, quien la ignoró sistemáticamente. Baste como ejemplo la actividad de un precursor de la Ilustración, Descartes.

Este prejuicio de rechazo del concepto de autoridad en la Ilustración, condujo a una grave deformación del concepto mismo de autoridad, la convirtió en una idea contraria a la razón y a libertad. Sostiene Gadamer que la autoridad no se otorga, sino que se adquiere, y tiene que ser adquirida para apelar a ella. Reposa sobre el reconocimiento y en consecuencia en una acción de la misma. Correctamente entendido deberá alejarse de un concepto de obediencia ciega.

El verdadero fundamento de la autoridad está relacionado con un acto de libertad y de razón, que concede autoridad al superior básicamente porque tiene una visión más amplia o sabe más. De este modo el reconocimiento de la autoridad está relacionado con que no es irracional ni arbitrario, sino que en principio puede ser reconocido como cierto.

⁹⁴ Tal vez un planteamiento legítimo sería establecer dónde radica el concepto de autoridad, si es externo al ser, entonces los errores son inducidos, si en cambio el concepto de autoridad es interno al ser, los errores son deducidos. Gadamer sostendrá que la *autoridad* es un atributo de las personas, pero que no tiene su fundamento último en un acto de sumisión y de abdicación de la razón, sino en un acto de reconocimiento y conocimiento; se reconoce que el otro está por encima de uno en juicio y perspectiva, en consecuencia, su juicio es preferente o tiene primacía respecto al propio. No aporta luz alguna en torno a dónde radica la autoridad.

Los prejuicios que derivan de la autoridad, bajo este parámetro, estarán justificados, se convierten en prejuicios objetivos, dado que implican una inclinación a partir de la razón.

Por ello debe buscarse apoyo en la crítica romántica a la Ilustración. Hay una forma de autoridad que el romanticismo defendió con un énfasis particular, La tradición. Lo consagrado por la tradición y el pasado posee una autoridad que se ha hecho anónima. Toda educación reposa sobre esta base.

La realidad de las costumbres es y sigue siendo ampliamente algo válido por tradición y procedencia. Las costumbres se adoptan libremente, pero éstas no son resultado de un acto de liberalidad. Esto es lo que se denomina como tradición, el fundamento de su validez. La superioridad de la ética antigua sobre la filosofía moral de la edad moderna, se caracteriza precisamente por el hecho de que fundamenta el paso de la ética a la política, al arte de la buena legislación en base a la ineludibilidad de la tradición. La tradición aparece como la contrapartida abstracta de la libre autodeterminación, ya que su validez no necesita fundamentos racionales, sino que nos determina mudamente. Es más bien una reflexión crítica propia la que intenta volverse hacia la verdad de la tradición para renovarla, y que podría recibir el nombre de tradicionalismo.⁹⁵

⁹⁵ El tradicionalismo como corriente de pensamiento implica una conjunción entre las tradiciones y la razonabilidad. Parece un reduccionismo pensar que la simple existencia de una tradición da lugar a una ideología de pensamiento, cuando en realidad, por mínimo que parezca, puede y debe ser, producto de la razón.

No se puede suponer una oposición irreductible entre tradición y razón. Aún la tradición más auténtica y venerable, no se realiza naturalmente, sino que necesita ser afirmada, asumida y cultivada.⁹⁶ La conservación es un acto de la razón, caracterizado, paradójicamente, en no atraer la atención sobre sí. La actividad de la investigación espiritual-científica no puede pensarse en sí misma en oposición al modo como nos comportamos respecto del pasado en nuestra calidad de entes vivientes históricos.

Es un reconocerse en el que para nuestro juicio histórico posterior no se aprecia apenas un conocimiento, sino un imperceptible irse transformando al paso de una tradición. Es válido preguntarse frente al metodologismo epistemológico que domina actualmente, saber si la conciencia histórica ha logrado distinguir la verdad y el comportamiento científico respecto al pasado. En consecuencia, la comprensión de las ciencias del espíritu comparte con la pervivencia de las tradiciones un presupuesto fundamental, el de sentirse interpelado por la tradición misma.

En este sentido no se debe entender la conciencia histórica como algo nuevo, sino como un momento nuevo dentro de lo que ha sido la relación humana con el pasado, lo que satisface la conciencia histórica es siempre una pluralidad de voces en las cuales

⁹⁶ Actos necesarios de la razón.

resuena el pasado. En las ciencias del espíritu no se repite el objeto de estudio, el investigador vuelve hacia la tradición, pero está motivado especialmente por sus intereses y por su presente.

Es indudable que la primera exigencia a las ciencias del espíritu deriva de la necesidad de liberarse del modelo de las ciencias naturales y considerar la movilidad histórica de su tema no solo como restrictiva de su objetividad sino también como algo positivo. Se ve una vuelta hermenéutica hacia la investigación con un interés más autorreflexivo.

El concepto de la antigüedad clásica y de lo clásico implica un uso mediado entre el sentido normativo y el sentido histórico, lo que encontramos en la obra de Herder. Hegel también se atiene a ésta mediación y se refiere al arte clásico conservando su excelencia, como una religión del arte.

Como arte pasado atestigua el carácter pasado del arte mismo. Hegel justifica la historización del concepto de lo clásico e introduce una tendencia que acabaría concibiendo lo clásico como un concepto estilístico y descriptivo. Lo clásico conserva el contenido normativo sólo implícitamente e incluso, sostiene Gadamer, inconfesadamente.

Como designación de estilo el concepto antiguo era cualquier cosa, menos unívoco. El empleo actual implica una contrastación entre lo viejo y lo nuevo. El concepto de lo clásico designa hoy una frase temporal del desarrollo histórico, no un valor supra-histórico.

Se podrá decir que lo clásico es una verdadera categoría histórica porque es algo más que el concepto de una época o el concepto histórico de un estilo, sin que por ello pretenda ser un valor. Designa un modo característico del ser histórico.

Es clásico lo que se mantiene frente a la crítica histórica porque su dominio histórico, el poder vinculante de su validez transmitida y conservada, va por delante de toda reflexión histórica y se mantiene en medio de ésta. Es lo que se ha destacado a diferencia de los tiempos cambiantes y sus efímeros gustos.

Por tanto, el primer aspecto del concepto de lo clásico es el sentido normativo, y esto responde por igual al uso lingüístico antiguo y moderno. La historia de la cultura y educación occidentales guardó y mantuvo a estos autores, clásicos, porque se habían convertido en canon. Estos autores representaron un género literario. Todo nuevo humanismo comparte con el primero y más antiguo la conciencia de su pertinencia inmediata y vinculante a su modelo que, como pasado, es inasequible y sin embargo presente. En lo clásico culmina un carácter general del ser histórico: el de ser conservación en la ruina del tiempo. Claro que la esencia general de la tradición es que sólo hace posible

el conocimiento histórico aquello que se conserva del pasado como lo no pasado. Sin embargo, y como dice Hegel, lo clásico es lo que significa y en consecuencia se interpreta a sí mismo.⁹⁷

En conclusión, clásico refiere la pervivencia de la elocuencia inmediata de una obra que es fundamentalmente ilimitada. Trasciende a su tiempo y su espacio. La autocrítica de la conciencia histórica llega al cabo de reconocer la movilidad histórica no sólo en el acontecer sino también en el comprender.

El comprender debe pensarse menos como una acción de la subjetividad que como un desplazarse uno mismo hacia un acontecer de la tradición en la que pasado y el presente se hallan en una continua mediación. Esto es lo que tiene que hacerse oír en la teoría hermenéutica, demasiado dominada hasta ahora por la idea de un procedimiento, de un método.⁹⁸

La primera pregunta será, ¿cómo se inicia el esfuerzo hermenéutico? En este punto recordaremos la regla hermenéutica de comprender el todo desde lo individual y lo

⁹⁷ Efectivamente, hablar de lo *clásico* implica una definición tautológica, dado que se convierte en un concepto autorreferencial a su forma. La autoridad normativa se transforma en un referente circular.

⁹⁸ GADAMER, Hans-Geor, Op. Cit., p. 325. Gadamer parece sugerir que todo fenómeno social debe entenderse como un producto de una tradición, es decir, de su propia historicidad, pero en conjunción con el presente. Entonces cobra sentido el acercamiento a un texto a partir de un proyecto previo, de los prejuicios como factores de acercamiento y la reelaboración de proyectos y sentidos anticipados.

individual desde el todo. Es una regla que procede de la antigua retórica y que la hermenéutica ha trasladado del arte de hablar al arte de comprender.

Este proceso es similar a la comprensión de lenguas, donde se trata de construir frases y después analizar sus componentes. Esta analogía implica que se pueden realizar correcciones al texto, pero siempre se deberán entender como círculos concéntricos. La tarea es ampliar la unidad del sentido-comprendido en círculos concéntricos. Este criterio para la corrección de la comprensión es siempre la congruencia de cada detalle del todo. Cuando no hay tal congruencia, esto significa que la comprensión ha fracasado.

Con relación a esta teoría, Dilthey hablará de estructura y de la concentración en un punto central desde el cual se produce la comprensión del todo. Cada texto debe ser comprendido desde sí mismo.

Schleiermacher refiere una interpretación subjetiva, pero cuando se trata de comprender un texto no se desplaza hasta la constitución psíquica del autor, sino que, ya que hablamos de desplazarse, lo hacemos hacia la perspectiva bajo la cual el otro ha ganado su propia opinión.

Ahora bien, cuando el romanticismo y Schleiermacher fundan una conciencia histórica de alcance universal prescindiendo de la forma vinculante de la tradición, de la que preceden y en la que se encuentran, como fundamento de todo esfuerzo hermenéutico, esto representa una verdadera innovación cualitativa.

Incluso Friedrich Ast, mantenía una comprensión decididamente material de la tarea hermenéutica, cuando presentaba como su tarea específica la reconstrucción del acuerdo entre la antigüedad clásica y cristianismo. De ésta forma la hermenéutica así no mide y condena ya la tradición desde el patrón natural, ya que intenta una concordancia llena de sentido entre las dos tradiciones en que se encuentra.

Heidegger, por el contrario, a Schleiermacher, describe este círculo hermenéutico en forma tal que la comprensión del texto se encuentre determinada continuamente por el movimiento anticipatorio de la pre comprensión. El círculo del todo y las partes no se anula en la comprensión total, sino que alcanza en ella su realización más auténtica.

El círculo no es de naturaleza objetiva ni subjetiva, es un reflejo del movimiento de tradición y el movimiento del intérprete. La anticipación de sentido que guía nuestra comprensión no es un acto de la subjetividad, sino que se determina desde la comunidad y la tradición. Entonces el círculo no es metodológico, sino que describe un momento estructural ontológico de la comprensión.

El sentido de este círculo que subyace a toda comprensión posee una nueva consecuencia hermenéutica que Gadamer llama anticipación de la perfección. Significa que sólo es comprensible lo que representa una unidad perfecta de sentido. El prejuicio de la perfección contiene pues o sólo la formalidad de que un texto debe expresar perfectamente su opinión, sino que también de que lo que dice es una perfecta verdad. Se determina lo que puede ser considerado como sentido unitario y en consecuencia la aplicación de la anticipación de la perfección.

El que la comprensión ulterior posea una superioridad de principio frente a la producción originaria y pueda formularse como un comprender mejor no reposa en realidad sobre un hacer consciente posterior, sino que remite a una diferencia insuperable entre el intérprete y el autor, diferencia que está dada por la distancia histórica.

En cada época el texto es entendido de una forma peculiar, pues el texto forma parte del conjunto de una tradición por la que cada época tiene un interés objetivo y en la que intenta comprenderse a sí misma. El sentido de un texto supera a su autor siempre. Por eso la comprensión no es nunca un comportamiento sólo reproductivo, sino que es a su vez siempre productivo.

Sólo la distancia en el tiempo hace posible resolver la verdadera cuestión crítica de la hermenéutica, la de distinguir los prejuicios verdaderos bajo los cuales comprendemos, de los prejuicios falsos que producen los malentendidos.

Es claro que el hacer patente un prejuicio implica poner en suspenso su validez, dado que sólo rige cuando no se es consciente del mismo.

La condición hermenéutica suprema consiste en poner en suspenso todos los prejuicios. La suspensión de todo juicio y, a fortiori, la de todo prejuicio, tiene la estructura lógica de la pregunta.

Una hermenéutica adecuada debe mostrar en la comprensión misma la realidad de la historia. Al contenido de este requisito Gadamer lo denomina Historia efectuar, comprendiendo que el interés histórico no se orienta sólo hacia fenómenos históricos o las obras transmitidas, sino que tiene como temática secundaria el efecto de los mismos en la historia.

La conciencia histórica tiene que hacerse consciente de que en la aparente inmediatez con que se orienta hacia la obra o la tradición, está siempre en juego este otro planteamiento, aunque de una manera imperceptible y en consecuencia incontrolada.

La historia efectual es la que determina por adelantado lo que ya parece cuestionable y olvidamos normalmente la mitad de lo que es real, más aún, olvidamos toda la verdad de este fenómeno cada vez que tomamos el fenómeno inmediato como toda la verdad.

Cobra una importancia lapidaria la propuesta de Antonio Damasio⁹⁹ al señalar que “la actividad cultural comenzó profundamente unida a los sentimientos y que esta unión ha permanecido intacta. La interacción, tanto favorable como desfavorable, entre el sentimiento y la razón debe ser tomada en cuenta si pretendemos comprender los conflictos y las contradicciones de la condición humana” lo que deriva en que las transformaciones son producto del sentimiento humano y llevan implícita una intencionalidad, la que es necesario conocer para comprender estos fenómenos. Se concluye que el Derecho, como sistema de soluciones, también está dotado de estos sentimientos e intencionalidades, por tanto, es importante conocerlo como sistema ideológico. La comprensión del concepto de *ideología* pasa por tres entidades previas, lo real, lo simbólico y lo imaginario.

⁹⁹ DAMASIO, Antonio, *El extraño orden de las cosas*, trad. Joandomènec Ros, Barcelona, Ariel, 2018, p. 18.

Lo imaginario, establece Jaques Lacan,¹⁰⁰ es una etapa en la cual el niño construye una imagen completa de sí mismo, una imagen ideal que deriva de la relación con otros, de donde deviene que el concepto lacaniano es un espacio dialógico donde cobra importancia el concepto de intersubjetividad, se confirma el “yo” a partir del concepto “nosotros”. Es el espacio por excelencia para la otredad, que sufrirá cambios dentro del proceso simbólico, que se corresponde con la introyección de la normativa social como conciencia moral. La primera apariencia es que se trata del intersubjetivismo como proceso de formación de la conciencia del sujeto cognoscente, lo que no hace sino confirmar la imposibilidad lógica de creación de un subjetivismo personal.

Se aduce que lo simbólico es el estado de conciencia, el mundo de las palabras que dan lugar a las cosas, dicho de otra forma, consiste en la construcción semiótica que une el signo con su significación, por tanto esta se constituye como el estado de conciencia respecto del mundo, la conciencia, como significación, facilita la concepción del mundo.

Lo real, en cambio, es el lugar donde residen los fracasos de lo simbólico, es el lugar donde se encuentra la verdad que está oculta y es inaccesible, siguiendo el concepto de Heidegger en torno a la verdad revelada, es decir, aquella a la cual se le imponen velos con el fin de ocultarla, es una verdad inaccesible. Lo real es externo al sujeto.

¹⁰⁰ LACAN, Jaques, *Escritos 2*, trad. Tomás Segovia, México, S XXI, 1975, p. 117.

Paul Ricoeur,¹⁰¹ toma como punto de partida una hipótesis, en el sentido de que la conjunción de ideología y utopía tipifica lo que se puede denominar como *imaginación social y cultural*. Coloca el concepto de ideología, al igual que el de utopía, dentro del marco de lo imaginario, como creación de la identidad social y cultural del individuo, al cual adiciona dos condiciones, como *deformación* y como *legitimación*.

La ideología de deformación, se identifica como aquellas condiciones impuestas que se consideran obligatorias, es este cúmulo de ideas capaz de generar cuestiones subjetivas. La ideología de legitimación, que consiste regularmente en un grupo de actos y directrices para cumplimiento de ofrecimientos políticos, en los cuales el grupo en el poder encuentra una aceptación social.

José Eduardo Moreno¹⁰² sostiene que el concepto de ideología sirve para dar cuenta de un conjunto de ideas ilusorias que se estatuyen como mecanismo de dominación para legitimar la explotación de una clase sobre otra. Esta perspectiva de condición económica parece encontrar un paralelismo con los conceptos marxistas, y se identifican con distorsiones de la realidad, lo que remite a los conceptos estructurales y superestructurales

¹⁰¹ RICOEUR, Paul, *Ideología y utopía*, trad. Alberto L. Bixio, 2 ed., Barcelona, Gedisa, 1994, p. 360.

¹⁰² MORENO, José Eduardo, "Pensar la ideología y las identidades políticas. Aproximaciones teóricas y usos prácticos", en *Estudios Políticos*, Núm. 35 (mayo-agosto, 2015), México, FCPS UNAM, pp. 39-59.

de la teoría de Marx. En todo caso se trata de una práctica social, correspondiendo a la perspectiva de Luciano Galuccio¹⁰³ que define a la ideología como:

...conjunto de valores, creencias en parte ciertas en parte falsas, opiniones, actitudes (...) compartido en diversa medida por los miembros de una clase social, un grupo de interés, una élite, una profesión, un partido, que tiene la función principal de describir, explicar y sobre todo justificar para sí y para los demás la posición o el status presente (...) o bien las acciones dirigidas a mejorarlo.

Se trata de ideas que configuran el mundo con una imagen determinada, predeterminada, que es portador de una idea política, bien sea conservando, progresando o rompiendo los valores determinados de un orden social. El concepto permite contemplar el fenómeno de la ideología como un esquema legitimador de las ideas de élites en el poder. Resulta indisoluble la realidad y la conducta, donde la creación y construcción de la realidad se transforma en un mediador de la conducta. En ese sentido resulta de vital importancia el Derecho como constructor y limitador de conductas, en el que se establecen con claridad las intencionalidades del discurso jurídico, y que corresponde a las élites políticas, económicas e ideológicas. El Derecho, así como la ideología, cuentan con una estructura de construcción simbólica, de donde se concluye que ambos son sujetos de interpretación previa a su aplicación, de una calificación posterior y esta se estatuye como una medida de corrección, ambos sistemas, el jurídico y el ideológico, son cíclicos en constante perfeccionamiento.

¹⁰³ GALUCCIO, Luciano, *Diccionario de Sociología*, México, S XXI, 2005, p. 504.

Al respecto Michel Foucault¹⁰⁴ sostiene que el discurso no sólo traduce las luchas y los sistemas de dominación, sino aquello por lo que y a través de lo que la lucha existe; el discurso es el poder que debe ser conquistado. Esta tesis permite aducir que lo ideológico está ligado con lo político, que no es más que la búsqueda de soluciones, lo que se puede aplicar sin problema alguno al Derecho, es un sistema ideológico relacionado con la política, es un sistema ideológico de soluciones.

Teun Van Dijk¹⁰⁵ utiliza una perspectiva en tres ángulos diferentes para abordar la problemática conceptual de la ideología, en la que refiere los aspectos cognitivos, discursivos y sociales.

En todo caso hace una referencia a las creencias, que está dirigido tanto a lo que existe o lo que es (creencias fácticas) como a los juicios o evaluaciones (creencias evaluativas), pero las dos creencias propuestas abarcarían todo tipo de pensamiento, por lo que Van Dijk propone criterios de diferenciación, al respecto señala que existen creencias sociales, compartidas por un grupo, y creencias individuales, que no corresponden con

¹⁰⁴ FOUCAULT, Michel, *El orden del discurso*, Buenos Aires, Tusquets, 1999, pp. 52-53.

¹⁰⁵ VAN DIJK, Teun, *Ideología, una aproximación interdisciplinaria*, Barcelona, Gedisa, 2005, pp. 105-112.

otros individuos, bajo este primer criterio las creencias, como ideologías, son las sociales, las compartidas, en consecuencia las creencias individuales no son ideológicas.¹⁰⁶

El segundo de estos criterios, sostiene Van Dijk, es el de los elementos epistémicos abstractos por encima de los particulares, de ahí que aquellas abstracciones generales aportan elementos ideológicos por encima de los aprendizajes individuales. Los sistemas ideológicos se conforman por abstracciones representacionales generales y no por las individuales. El proceso cognitivo parte de lo general y no de lo particular.

El tercer tópico lo refiere Van Dijk en torno a la diferencia entre creencias de un grupo social en general y las creencias de grupos sociales particulares, y siendo consistente con los planteamientos previos, la ideología se conforma por aquellas creencias del grupo social en general y no por los subgrupos que lo pudieran conformar. La ideología se identifican como sistemas básicos de cognición social, de ahí que la asunción del conocimiento del lenguaje y la construcción moral se determina por grupos sociales que reúnen las condiciones de Van Dijk, lo que obliga a apartarse de la ideología como subjetivismo único y adoptar como hegemónica la ideal del intersubjetivismo que deriva de la creencia general, lo abstracto general y la admisión social general. Es evidente que la

¹⁰⁶ Resulta destacable la conceptualización de ideologías con el intersubjetivismo, en ambos casos se trata de construcciones socioculturales, y este es el medio de solución de conflictos que no parte desde el “yo”, sino desde el “nosotros”.

condición cognitiva deriva de lo general en tres perspectivas, pero jamás de una individualidad que no es más allá de una utopía.

Se colige que la ideología no admite valores de verdad o falsedad, sino que, en todo caso, admite calificaciones de corrección o incorrección, de justo o injusto, lo que se ajusta a las calificaciones éticas que han sido referidas, en consecuencia se puede identificar a la ética como una especie de la ideología, con factores diferenciadores que tienen que ver con la libertad de pensamiento y de conductas. Mientras que la ideología dominante sólo permitirá aducir valores de corrección, una mayor libertad o una ideología más laxa en ése sentido tendrán como valoraciones las de justicia, de modo que no es rara la expresión de justicia social como directriz ideológica.

La propuesta descrita no impide considerar que el sistema ideológico o de creencias, conjuntamente con los sistemas morales, sostienen intereses que pueden ser identificados como de grupos, situación que se sostiene a partir de la lógica deóntica crítica, que contempla los modales deónticos del Derecho, como prohibido, permitido u ordenado para alcanzar una determinada situación, que estará marcada por los intereses de grupos, desde la sociedad en lo general hasta la comprensión de intereses de élites económicas, políticas o ideológicas.

Capítulo IV
Ser consistente
Una propuesta de enseñanza del Derecho

En la obra de Duncan Kennedy¹⁰⁷ se resalta la importancia de la enseñanza del Derecho en las facultades como una línea de cambio ideológico y social. Sin embargo, el planteamiento implica que basta con querer para que el cambio se genere, cuando en realidad es un trabajo más profundo que tiene que ver con la actitud y la concepción del Derecho que tenga un profesor para que éste pueda ser de influencia en el estudiante, es comprender que la decisión de enseñar derecho es una actitud constante y permanente, de ahí la importancia de establecer una metodología dependiendo de la concepción del Derecho.

Este análisis se plantea a partir de comprender que el proceso de enseñanza no es únicamente un discurso, sino toda una conducta del profesorado, por tanto, no basta adoptar una postura sino realmente encontrarse comprometido por convicción con esa postura, ya que de otra forma lo único que se muestra es la posibilidad de asumir conductas utilitaristas y no a mantener una convicción de fondo.

¹⁰⁷ KENNEDY, Duncan, *La enseñanza del Derecho como forma de acción política*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012.

El efecto de la educación tradicional¹⁰⁸ actualmente es generar estudiantes camaleónicos,¹⁰⁹ pero no legítimas convicciones en ellos, con lo cual se infectaría un sistema propuesto por Duncan Kennedy, como factor de cambio.

Se considera que el problema principal se centra en el uso de una metodología que puede llegar a ser de orden conservador, como es el planteamiento y solución de problemas a partir de la lógica formal, hasta ideas innovadoras de cambio, partiendo de una lógica deóntica crítica, donde no es suficiente considerar a una norma como ordenadora, prohibitiva o permisiva, sino que además debe cumplir con valores axiológicos del Derecho desde ángulos psicológicos y filosóficos. Entonces, este trabajo se plantea como una crítica al modelo de enseñanza trascendiendo del plano de la voluntad de enseñar¹¹⁰ al de la voluntad conductual a partir del modelo lógico de enseñanza del Derecho.

Siendo que la naturaleza del derecho es discursiva, argumentativa a partir de su interpretación, es dable entender el método que se utiliza como parámetro de comparación en el presente análisis antes de entrar directamente en las ventajas o desventajas

¹⁰⁸ Actualmente la educación es una forma de obtener una habilidad para hacer con lo que ya existe, es decir, no se provoca una actitud crítica, sino colaborativa en torno al Derecho y todas las consecuencias de éste, desde el manejo ideológico hasta la legitimación en el poder y los esquemas de dominación.

¹⁰⁹ La enseñanza se torna como un manejo de intereses clientelares, pero no una actitud crítica. Entonces el Derecho se utiliza de la forma que mejor convenga para obtener un resultado acorde al mismo sistema, pero nunca con la intención de innovar o cambiar.

¹¹⁰ Se entiende por *voluntad de enseñar* una intencionalidad manifiesta por parte del profesor, que atiende a lo que se desea enseñar por encima de las convicciones del ponente. En cambio, la *voluntad conductual* implica poner de manifiesto la voluntad clara del profesor. Una es consciente en tanto que la otra es inconsciente.

modélicas. Esta naturaleza argumentativa del Derecho tiene como punto de partida la interpretación del enunciado jurídico para generar un contenido normativo. Esta interpretación no tiene el mismo valor en todos los operadores jurídicos, desde las aulas hasta la aplicación pragmática del Derecho.

La interpretación con valor en el derecho será realizada por las autoridades que participan en la creación, aprobación y aplicación de las normas. Pero esta interpretación se encuentra bajo el marco de un acto de autoridad, en consecuencia, tiene como límite formal positivista el principio de legalidad, que atiende a que una autoridad sólo puede hacer lo que la ley le permite, interpretación sistemática, en virtud de que toma los precedentes ya existentes y procura su aplicación al caso concreto actual. En síntesis, la tendencia ideológica de este tipo de interpretación atiende a un sentido conservador en el Derecho, método formalista derivado de la filosofía materialista y positivista. La interpretación se constituye en acontextual y atemporal, con la única finalidad de confirmar lo ya estudiado y resuelto. El modelo interpretativo formal tiende a ser autorreferencial y, por ende, tautológico.

Este razonamiento llevó a la aplicación del silogismo teórico aristotélico como un método infalible de aplicación del Derecho. El valor primordial de este sistema lógico formal es el de verdad, entendiendo a ésta como un valor intrínseco de las premisas. Pero esta forma de razonamiento no tiene cabida en el derecho.

Derivado de este planteamiento, se tensiona la inaplicabilidad en el Derecho de la lógica aristotélica referida, en este caso, al silogismo teórico, que no genera certeza alguna y en todo caso lo único que puede garantizar es que el argumento que lo utiliza tendrá una estructura lógica correcta en términos aristotélicos, pero su resultado distará mucho de arrojar aplicación estable del Derecho, de ahí su contingencia y la necesidad imperiosa de romper este paradigma, al cual se presenta ya muerto ideológicamente.¹¹¹

En efecto, durante la Revolución Francesa, en 1789, surgió la idea liberal de que toda Constitución debía contemplar un catálogo de derechos del hombre como límites al ejercicio de poder público, lo que en apariencia era correcto. A partir de este planteamiento pareciera que la forma lógica del Derecho resultaba ser el positivismo, mismo que encuentra su más grande expositor en Hans Kelsen,¹¹² y se fortalece con el principio de legalidad, situación que privilegia a la ley como fundamento de todo acto de autoridad, en otras palabras, el estatuto lógico del razonamiento jurídico era muy sencillo, si lo ordena la ley es legal, y siguiendo el discurso del positivismo arcaico, si lo ordena la ley como producto

¹¹¹ COURTIS, Christian, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, 2006, p. 349. Courtis plantea una dicotomía entre la ideología como modo de entender un objeto y como modo de valorarlo. El primero es un uso neutro y el segundo es un uso negativo, reminiscencia de un concepto marxista. En este caso el uso del término *ideología* atiende a la forma de entender un objeto jurídico, que partiendo del uso del silogismo era sencillo de comprender, por lo menos en apariencia, en tanto que también resultaba una forma de categorizarlo y calificarlo. Por ello la consideración de que ideológicamente la lógica aristotélica no es suficiente ni para comprender el derecho y menos aún para calificarlo.

¹¹² KELSEN, Hans, *La teoría pura...* Op. Cit. p. 83.

de las mayorías, entonces es justo por convención de la sociedad.¹¹³ Esta es una de las bases de la cátedra del Derecho, la intención es funcionalista, pero con un carácter eminentemente conservadorista.

En este sistema positivista, la democracia, como decisión de mayorías, es el parámetro de medición no sólo de legitimidad de la ley, sino de su contenido como algo racional, justo y verdadero. Se justifica la forma de aplicación del Derecho a partir silogismo aristotélico. Esta estructura de pensamiento se divide a la vez en dos formas principales, el llamado silogismo práctico y el silogismo teórico.

El silogismo práctico es constituido como una razón para la acción humana. Esta forma de razonamiento deriva del análisis de porqué se hacen las cosas, y parte de premisas básicas a las cuales considera como verdaderas.

La estructura de pensamiento derivada del silogismo práctico pudiera encontrar un campo pragmático en la generación de normas, dando como una verdad, siguiendo el razonamiento aristotélico, que los generadores de normas obedecen a conceptos morales y éticos adecuados a la sociedad a la que representan y no a meras dimensiones de poder

¹¹³ KENNEDY, Duncan, *Left legalism/left critique*, Dunke University Press, EE.UU., 2002, p. 59. Kennedy sostiene que el problema del Derecho se soluciona mediante la democracia y el voto. El razonamiento es que al resultar votado por mayorías se establece lo que se considera *mejor*, con la advertencia de que este término pertenece a la metafísica y por tanto se encuentra en el área de lo poco confiable.

derivadas de un sistema democrático metodológico. Desafortunadamente no es el caso de Latinoamérica, donde existen vicios que han trastocado a la democracia, llegando a resultados de mera apariencia.¹¹⁴

El silogismo práctico, dada su naturaleza, decanta en ser utilitarista y relativista, por tanto, ajeno a la aplicación del Derecho. Ahora bien, lo que concierne al silogismo teórico, este tiende a ser demostrativo por medio de la deducción, y encuentra su estructura lógica a partir de dos premisas consideradas como verdaderas. La mayor de orden universal y general; la segunda implica un caso particular, y el contraste de ambas dará por resultado una conclusión igualmente verdadera.

Entonces el Silogismo teórico es demostrativo, en otras palabras, sirve para acreditar que un sujeto cumple con un predicado y ésta es la conclusión que deriva de dos enunciados o premisas consideradas como verdaderas.

¹¹⁴ DRESSER, Denise, *El país de uno. Reflexiones para entender y para cambiar a México*, México, Aguilar, 2011. En este texto la autora refleja una realidad en México, y que se puede trasladar a Latinoamérica donde es curioso que Dresser llame a el sistema como *una realidad pseudo democrática*, cuando el concepto de Democracia refiere participación, es decir, la selección y sus vicios también son parte de esta Democracia desde el momento en que el pueblo lo permite, porque entonces sería un absurdo pensar que Democracia sólo es lo que nos parece "correcto" o "adecuado". Es innegable que se trata de una decisión democrática, con resultados nefastos, pero democrática al fin. Bajo este esquema los conceptos legislativos no derivan de consensos con intencionalidades derivadas de una ética pública o privada, sino de una conveniencia a grado tal que se cuestiona la *voluntad* que se aduce del poder legislativo y se transforma en un mero *consenso del poder legislativo*. La autora continúa en el sentido de que la democracia es entendida de forma metodológica, es decir, deriva en un método de reparto de poder y consecuentemente reparto de presupuestos, de ahí que sus decisiones se alejen de la ética, dado que nada tiene que ver con su origen.

Hasta ahora se ha mencionado el planteamiento lógico y pareciera ajustado a parámetros de razonabilidad. A pesar de ello existen razones por las cuales dicho paradigma no tiene cabida en la aplicación del Derecho atendiendo a la naturaleza argumentativa de éste.

En principio, el silogismo teórico tiene su fundamento en la existencia de premisas verdaderas, lo que lleva a un primer problema respecto del Derecho, ¿Podemos considerar los enunciados normativos como verdaderos?, siendo que la premisa mayor hace referencia a un ámbito universal que provee el predicado de la conclusión, éste será la ley. El problema fundamental es que la ley no es verdadera.

La característica de la ley no radica en su verdad, sino en su obligatoriedad, es decir, el enunciado jurídico no es verdadero, es legal.¹¹⁵ Adquiere esta calidad y en consecuencia es obligatorio una vez que concluye todo el ritual parlamentario. La premisa mayor no es verdadera, es legal y en el mejor de los casos vigente.

¹¹⁵ RIBEIRO Toral, Gerardo, *Verdad y argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2015.

La segunda premisa, denominada como menor, hace referencia a un caso específico, mismo que se conforma por hechos que, a decir de los comentaristas y apologistas de la ley, actualizan los supuestos fácticos normativos.

El problema de los hechos es su demostración¹¹⁶ atendiendo a los intereses de las partes. La situación que plantea la norma nos lleva a concluir que los hechos no son absolutos, sino que dependen de su demostración. Un hecho sólo existe a partir de su argumentación, de modo que, salvo los hechos notorios, un hecho sólo existirá para el Derecho a partir de dos momentos, su argumentación y su demostración.

Establecidas las bases que se han detallado se cuenta con un punto de partida donde los hechos, como premisa menor, tampoco son verdaderos, sino que son demostrables, son probables. Este planteamiento lo realiza el Dr. Gerardo Ribeiro,¹¹⁷ lo que nos lleva a sintetizar la estructura lógica aristotélica aplicada al Derecho, la premisa mayor no es verdad, es legal; la premisa menor no es verdad, es probable.

¹¹⁶ La ley civil señala la obligación de demostrar los hechos en que el actor fundamente su acción y el demandado sus excepciones; la norma penal obliga a demostrar los hechos que acrediten la existencia del delito y la presunta responsabilidad del imputado, y en el caso concreto, a la defensa a demostrar los hechos de la inculpabilidad, inimputabilidad, inexistencia del delito o causa atenuante, etcétera. En todo caso se hace referencia a hechos.

¹¹⁷ RIBEIRO Toral, Gerardo, Op. Cit., pp. 126-136.

Se concluye que la aplicación del Silogismo teórico aristotélico no lleva a una correcta aplicación del Derecho, sino a una implementación de lo probablemente legal, es decir, una circunstancia probabilística ajena a la certeza jurídica que supone el principio de legalidad que fundamenta esta lógica.

El problema surge cuando el Derecho no permite estas condiciones en su aplicación ya que choca con principios como el debido proceso y el de certeza jurídica, definidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹¹⁸ y que tienen por efecto lograr la eficacia en la aplicación de la norma, por medio de la demostración absoluta de los extremos fácticos normativamente condicionados.

Adiós a la lógica formal

El Derecho es lenguaje y éste es polisémico, de modo que pensar que un enunciado dice una y sólo una cosa, es una falacia, lo que lleva a concluir que la premisa mayor del silogismo, y que lleva a la ley, admite diversas definiciones.

Ahora bien, suponiendo como parte de la fenomenología jurídica a la ley, y a ésta la consideramos como una norma, en el sentido más positivista posible, implicaría un objeto

¹¹⁸ Tesis 2ª VII/2015 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Tomo II, Libro XV Febrero de 2015, p. 1766.

regularmente estable, es decir, que puede ser apreciado ontológicamente y que admite un lenguaje objeto que lo describe y a partir de este un metalenguaje que lo explica, y a pesar de ello seguiría siendo sólo legal. El problema será considerar al Derecho como un objeto, es decir, como una constante en el tiempo y el espacio, lo que definitivamente es contraria a la naturaleza del sistema jurídico, que no puede, ni debe, ser entendido como algo dado hoy para siempre, sino como algo dándose constantemente.

Si se substituye en la premisa mayor a la ley, por un principio, el problema se acentúa, dado que, si el primero es sólo legal, el segundo adquiere una dimensión ética, es decir, una aplicación que se supone es correcta, buena, adecuada, sana, etcétera, que implica por sí mismo una duda en su marco de aplicación. Los hechos, como premisa menor, continúan siendo algo sólo probable, no absoluto.

Merece atención la tensión de señalar que, en materia de aplicación de principios, si es éticamente correcto que sea suficiente esa probabilidad para que sea aplicado. ¿Será el mismo criterio de tensión si se habla de un procedimiento penal?, es decir, contra el resultado del silogismo aristotélico que concede que sólo se trata de algo probablemente legal, la aplicación en torno a principios que dice que es probable que sea correcta su aplicación, ¿supondría que todo acusado podría alcanzar un beneficio en virtud de que siempre existirá una duda razonable?, porque de ser así se llegaría al absurdo de que el

proceso penal no tiene razón de ser, lo que implicaría el fracaso total de toda una tradición jurídica.

Definitivamente, no es la metodología adecuada para este análisis. Ha quedado demostrado que la lógica aristotélica no es aplicable en el derecho en materia del más rancio positivismo y menos aún en el pujante iusnaturalismo.

La imagen formalista del derecho queda completamente destruida. Para comprender el método que se utiliza, es necesario retomar el punto de que la naturaleza del Derecho es argumentativa, discursiva, interpretativa. En efecto, el Derecho no existe si no es interpretado, si no es dicho, si no se argumenta. El Derecho tiene sólo un momento de existencia y es cuando se argumenta.

La propuesta tiene tentaciones inherentes. Si el método formalista no es aplicable, entonces la retórica será la que domine en el proceso hermenéutico de la norma, para dotar de existencia al Derecho, en consecuencia, la estructura del discurso sólo será eficaz cuando logre un grado de aceptación en el auditorio para el que está destinado, lo que llevará sin duda a la legitimación del proceso interpretativo, su admisión y su aplicación por medio de los operadores jurídicos mediante una interpretación auténtica.

La metodología didáctica en la enseñanza del Derecho basada en la lógica formal tiene como primera consecuencia la confirmación del Derecho como ideología dominante y la inherente idea de obediencia absoluta.

Si el proceso democrático nos indica, por lo menos teóricamente, cuál es la voluntad de la comunidad, podemos asumir que esa voluntad se fundamenta en lo que la comunidad considera como mejor para sí, es decir, mediante la utilidad práctica del voto los grupos humanos organizados establecen cuáles son los parámetros que considera adecuados.

El problema atiende, entonces, a cuáles son las posibilidades que se sujetan a una votación, si es que se pueden considerar como reflejo de una necesidad o bien si se da la apariencia de una necesidad a intereses de grupos de poder. Si este fuera el caso, y evidentemente lo es, entonces los intereses de grupo son presentados como propuesta de ley para ser discutidos bajo la apariencia de ser una necesidad social, en consecuencia, al ser votados y aprobados, lo que en realidad sucede es que los intereses de grupos de poder ahora son legítimos reclamos.

Bajo esta perspectiva la enseñanza del Derecho bajo el esquema de la lógica formal tiende a confirmar el Derecho, es decir, confirmar los intereses de grupos pequeños pero poderosos, como si fueran intereses comunitarios. El aprender, por parte del estudiante, a

partir del material existente como regla, no es sino formar parte de un sistema ajeno a la comunidad, pero inherente a los esquemas de dominación.

Partir del silogismo atiende a conceder al enunciado jurídico un valor de verdad que no tiene, pero que se asume a partir de una decisión, por lo menos en apariencia, democrática. Tan es así que cuando existe la posibilidad de que una autoridad tensiona una decisión democrática, se enfrenta con lo que la doctrina denomina como dificultad contramayoritaria, que no es sino una estigmatización que establece que la conducta de un juzgador atenta contra la mayoría, por tanto, atenta contra los intereses de la comunidad.

La verdad, en la lógica formal, es un valor deseable de un enunciado, que se da por sentado, en consecuencia, al hablar de que una de las premisas del silogismo atiende a la ley, ésta adquiere un valor de verdad que en realidad no tiene, pero se le confiere una supremacía en la didáctica jurídica, bajo un parámetro simplón, si es verdad, es deseable, la ley deja de ser un reflejo de los intereses de grupos para convertirse en un elemento deseable.

La consecuencia inherente es que ideológicamente la ley es considerada como deseable en la sociedad, y sus efectos son identificados como coherentes con su fin, por tanto, la ley y sus consecuencias legales son buenos para la comunidad en sí misma.

El Derecho se convierte en un adoctrinamiento de los intereses de grupos y, por ende, en la ratificación caso por caso de la legitimidad de dichos intereses.

Una segunda consecuencia que se genera en la enseñanza del Derecho, que puede ser considerada como deseable, es que otorga una condición de estabilidad a los sistemas de decisión de controversias, dada la tendencia a ratificar los contenidos previos, entonces los casos admiten resoluciones basadas en precedentes.

Los sistemas interpretativos cognitivos son el fundamento legal de la decisión, es decir, cada caso y su resolución se transforman en acontextuales y atemporales para resolver casos futuros, la decisión jurisdiccional se transforma en la garantía de que la decisión política que se ha transformado en Derecho continuará su vigencia y fuerza normativa.

Las soluciones se pueden conocer ex ante, desde el momento del planteamiento de cada caso. La directiva de decisión confirma los intereses de grupo y apegados al principio de supremacía, garantiza que los tribunales se apegarán estrictamente a dicho contenido.

La estabilidad en el sistema de decisiones puede ser vista como una ventaja bajo el parámetro de seguridad y certeza jurídica.

En síntesis, las consecuencias de este modelo en la enseñanza del Derecho tienen una doble vertiente, por un lado, con una apariencia de lo correcto, establecen al Derecho como un sistema que debe ser obedecido y generan estabilidad en las decisiones judiciales. La lógica aristotélica aplicada a la enseñanza del Derecho dotará de un margen muy regular y sistemático de estabilidad.

En un sentido opuesto, los mismos efectos que se consideran como deseables adquieren un tamiz contrario, ya que al considerar al Derecho como un sistema que debe ser obedecido se inhibe el espíritu crítico, ya que se da valor a las enseñanzas previas como entramados dogmáticos. El esquema plantea que el Derecho no avanza a partir de enunciados críticos, sino a partir de perspectivas de grupos de poder, que indican que todo cambio es deseable porque es emanado de la democracia como sistema de representación del pueblo.

El Derecho se presenta como un sistema comprensivo que para su existencia depende de la argumentación, se aleja de la lógica analítica en virtud de que no pretende describir una realidad, sino modificarla por medio de un lenguaje prescriptivo. Resulta incuestionable que el Derecho es un sistema cognitivo.

Los argumentos mostrados hasta el momento dejan claro que la enseñanza del Derecho no puede pasar por parámetros de lógica analítica, sino de parámetros de comprensión, se deja el entendimiento de la lógica formal para inmiscuirse en el análisis de juicios y la comprensión de los enunciados. El Derecho recupera su naturaleza argumentativa.

Derecho, un conocimiento comprensivo y de libertad

A pesar de lo anterior, no puede negarse el mérito de la lógica de pretender una correcta estructura de pensamiento, lo que no garantiza razonamientos adecuados, sino estructuralmente correctos. De ahí que es necesario, siguiendo esta tesis, dotar de una estructura a la enseñanza del Derecho como representación evidente de un sistema normativo prescriptivo, como sistema comprensivo que permita desprender los valores de verdad y evitar, en consecuencia, el manejo ideológico del Derecho como hegemonía de dominación y presentarlo como un sistema moral intersubjetivo de soluciones, se presenta como una primera opción por medio de la lógica deóntica.

Se da cuenta del funcionamiento de la norma bajo operadores modales simples como son ordenado, prohibido y permitido, es decir, el análisis del Derecho se realiza de acuerdo a una valoración funcional. La perspectiva se fundamenta en las acciones que son modalizadas por un operador, por ejemplo:

Op..... Ordenado (hacer) p.
Php..... Permitido (hacer) p.
Pp..... Prohibido (hacer) p.

Evidentemente con la inserción del vocablo hacer, se pretende una referencia a una conducta positiva o negativa bajo los operadores modales referidos.

Este sistema lógico presenta una analogía con los operadores aléticos que son manejados por H. Von Wright,¹¹⁹ los cuales son *necesario*, *posible* e *imposible*, que se representan:

Np..... Necesario (hacer) p.
Mp..... Posible (hacer) p.
Ip..... Imposible (hacer) p.

Entonces Mp tiene un comportamiento lógico análogo a Php, Np tiene un comportamiento lógico análogo a Op y Pp tiene un comportamiento análogo a Ip.

El problema será discutir qué es lo que se pretende a partir de estos modificadores conductuales o modales. El llegar a este nivel de discusión implica reconocer una finalidad de facto en el sistema jurídico, pero también la posibilidad de participación de los destinatarios de la norma. Ello lleva a concluir que la construcción de la norma y del

¹¹⁹ VON WRIGHT, G. H., *Logic deontic*, <http://links.jstor.org/sici?sici=0026-4423%28195101%292%3A60%3A237%3C1%3ADL%3E2.0.CO%3B2-C>, consultado el 26 de abril de 2019, recuperado 22:15 Hrs.

enunciado normativo pasa por parámetros de moralidad intersubjetiva y no al entendimiento del Derecho como un conjunto de reglas de lógica formal y, por ende, obligatoria.

Una finalidad fáctica atiende a los intereses de grupos pequeños dentro de la comunidad, los cuales son positivados y se traducen en reclamos legítimos que estos grupos plantean a partir de los aparentes valores de la norma. Se prohíbe, se permite o se ordena a partir de intereses fácticos, lo que en Dilthey¹²⁰ se establece como subjetividad de las nociones.

El filtro necesario que permitirá a los estudiantes pensar de forma diferente al Derecho, será establecer axiologías directas al sistema jurídico, los cuales se entienden como principios o valores tales como justicia, equidad, igualdad, etcétera, en todo caso, se trata de construcciones morales intersubjetivas, no es lo que piense el operador que es la justicia, sino la construcción social en torno a lo que *es justo*. La moralidad que se aplique llevará a una valoración de carácter ético.

En síntesis, admitiendo esta postura de pensamiento, ahora será necesario asumir que cada operador modal tendrá una función con una finalidad específica, que se entenderá

¹²⁰ Idem.

como un valor determinado de forma contextual, es decir, con una finalidad moral y una propuesta ética como elemento cognitivo de la decisión.

Op para lograr v.

Php para lograr v.

Pp para lograr v.

El Derecho aparece ahora como un artefacto utilitario y relativo, que se genera en un tiempo y en un lugar determinado, con una finalidad contextual. El punto será establecer si éste cumple con la axiología correspondiente a su generación.

La forma de lógica didáctica propuesta abre la puerta necesariamente a la argumentación como forma de ser del Derecho. Esta argumentación conecta la axiología del sistema jurídico con los hechos, donde el Derecho se muestra como un mediador.

El Derecho es un instrumento que permite modificar el mundo para alcanzar los fines del sistema jurídico, situación que dará margen para un análisis a partir de la axiología y no bajo un mero esquema de aplicación de leyes.

La ley (enunciado jurídico) se interpreta (contenido normativo) y se aplica (operadores modales) para cumplir con una finalidad específica (axiología del sistema

jurídico). Se trata de condicionantes morales de conducta, con una aplicación ética intersubjetiva que tiene como finalidad la de legitimar al sistema político dominante y con una valoración ética en torno a su aplicación. Este modelo incide, incluso, en sistemas democráticos como mediadores axiológicos intersubjetivos y no sólo como un encadenamiento dinámico de reglas rígidas con intenciones ex ante como conocimiento y control de resoluciones. La pertinencia del modelo didáctico que ahora se trata está en encontrar una forma crítica de sociedad y no una mera obediencia que trastoca la naturaleza humana, que siempre ha sido capaz de transformar su realidad y no sólo de mantenerla. Ser progresista y no sólo conservador, reconocer la dinámica social a partir del tiempo y el espacio que le toca vivir a cada conglomerado social. Devolver al Derecho su carácter de mediador progresista y no como imposición conservadora. El estudiante puede plantear condiciones críticas de aplicación de la norma y no sólo convertirse en un mensajero del modelo hegemónico.

La actividad académica implica comprender como un compromiso ético y una convicción moral, que el Derecho no se da con la simple aplicación de una ley, sino que puede pasar por un examen ético.

La lógica deóntica desprende de valores de verdad y falsedad al Derecho para obtener una visión de funciones y finalidades, permitiendo un análisis objetivo más allá del

mero entendimiento de la formalidad como identidad de validez de fondo, como lo propone el positivismo jurídico.

Atender a las condiciones de generación del Derecho como reflejos de ideologías conlleva la necesidad de establecer una axiología más allá de las intenciones teleológicas de sus creadores, circunstancia que permite realizar un examen ético. La calificación sobre cada acto jurídico atendiendo a ser *justo o injusto, correcto o incorrecto*, lleva a una modificación ideológica del Derecho, para ser considerado ahora como un parámetro de sociedad y realidad. Parece una tentación ineludible el considerar al Derecho bajo una perspectiva del realismo jurídico, pero no en torno a la norma que se aplica, sino en torno a la intersubjetividad sobre la que se resuelve. El proceso de descolonización pasará necesariamente por rubros de resolución jurisdiccional, administrativa y política, pero en todo caso axiológica, intersubjetiva y antropológica.

Encontrar un parámetro de valores contextuales, atiende a una perspectiva de justicia que tenga cada uno de los estudiantes.

El modelo lógico que se presenta tiene en sí mismo serios compromisos didácticos y académicos, partiendo de una convicción sobre sus ventajas en torno a la lógica formal, y las cuales han quedado asentadas. Pero no basta su asunción como regla metodológica, sino una convicción ética que deje en libertad al estudiante para tomar sus propias

decisiones, cometer sus propios errores y aprender de ellos. El Derecho no es un modelo unívoco e inequívoco, sino un marco modal sujeto a interpretación y construcción constante bajo parámetros de moralidad intersubjetiva y una aplicación crítica ética.

De resultar congruente con esta última afirmación, es admisible que en un sistema de formación académica existan ambos tipos de profesores, los que se apeguen a la lógica aristotélica y los que admitan la lógica deóntica, situación que permitirá a los estudiantes contrastar y obtener las conclusiones que mejor concuerden con sus ideales y su perspectiva de justicia. Al final lo importante será mantener una apertura a la crítica de ambos lados, con la posibilidad manifiesta de argumentar más allá de lo que implique una mera aplicación de leyes.

La consecuencia fundamental, donde se aprecia una diferencia clara, es referida a el comportamiento en las aulas, donde el maestro y su concepción del Derecho, implica conductas disímboles, donde cobrará importancia una comprensión del Derecho como semiótica, las categorías jurídicas como signos y la moralidad axiológica del Derecho como mediadora de los procesos de semiosis y la asunción necesaria de una significación como convención social y no como imposición de normas o reglas.

Después de todo, la educación tiene dos ángulos, uno positivo que permite asumir lo que se desea hacer, y uno negativo, que muestra lo que no se desea hacer, se aprende desde los modelos, pero también desde los contra-modelos.

La aplicación de la lógica aristotélica genera una cátedra de naturaleza dogmática, basada en códigos, reglas y doctrinas, así como en su memorización con la generación de uso del silogismo aristotélico; la enseñanza a partir de modelos de lógica deóntica y moralidad axiológica intersubjetiva se fundamenta en contenidos de significación y comprensión, se enseña y aprende por medio de casos y una discusión crítica.

Capítulo V
Derecho: Un sistema ideológico de soluciones

Es necesario analizar la naturaleza del derecho como forma de ser y de presentarse, lo que le otorgaría una condición de constancia a lo largo de la historia que permite identificar a éste en todo tiempo y lugar.

Este objetivo implica que es necesario considerar algunos problemas propios del lenguaje, como la polisemia del vocablo derecho, su vaguedad y su construcción relativista, lo que permitirá delimitar el objeto de análisis para establecer esta condición constante y en caso de existir será tarea diferenciar el instrumental de que se vale el Derecho para la modificación y en su caso la evolución de las materias que reglamenta, como aspecto funcional. Por tanto, se presentará con claridad la diferencia entre el derecho, como constante y su materialidad como condición de mutabilidad instrumental.

El Derecho, como creación humana, tiene características que le son inherentes, en tanto que la forma de exteriorizarse resulta en condiciones de constancia y condiciones de mutabilidad instrumental, que permitirán su identificación en la más alta abstracción, independientemente de su trato convencional.

¿Qué conocemos cuando conocemos el Derecho?, con esta frase el maestro italiano Luigi Ferrajoli, inicia una disertación sobre la epistemología del Derecho.¹²¹ Si bien es cierto la condición epistemológica del Derecho tiene como primer problema la indefinición de la materia, referida al concepto de derecho, es importante iniciar con una advertencia respecto de la condición polisémica del vocablo.

¿Qué conocemos?, a partir de este planteamiento será necesario realizar un breve recorrido por la historia para determinar qué es lo que abarca el concepto de Derecho. Así encontraremos en la antigua Grecia la conformación de sus ciudades, donde su derecho era diferente entre éstas, situación que encuentra una explicación a partir de entender que el derecho, en este lugar y tiempo, era determinado por las costumbres que tenía cada ciudad.

Con el advenimiento del Imperio Romano, y más acentuado con Justiniano, éste lega el Derecho Romano¹²², como una codificación, formada por los Codex theodosianus, gregorianus y hermegenianus, del que destaca necesariamente el Códex Iustinianus, es decir, ahora lo que conocemos como Derecho se contiene en las normas derivadas de éstas codificaciones, a la que se sumarían las Institutas o Instituciones y el Digesto, las primeras utilizadas para dar clases de Derecho y las segundas como opiniones de los jurisconsultos, porque en éste lugar y espacio se conoce también la opinión de los jurisconsultos como

¹²¹ FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit., p. 237-245.

¹²² TAMAYO y Salmorán, Rolando, *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de Occidente*, México, IJ, 2013, pp. 93-112.

jurisprudentia, que nos lleva a concluir que por el Derecho conocemos también la opinión de los jurisconsultos e incluso la decisión de los jueces al resolver las controversias.¹²³

Dando un salto fenomenal, la Revolución Francesa, como producto de la Ilustración y de una corriente liberal, se determina que, si una Constitución no contempla los derechos contemplados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, como limitaciones al ejercicio del poder, no se puede llamar Constitución. Entonces se incorporan los principios al Derecho. Los principios también son Derecho.

En síntesis, hablar de Derecho implica tanto a costumbres, tradiciones, leyes, opiniones, sentencias, doctrinas, etcétera. El vocablo no es unívoco y menos aún inequívoco.

Es necesario entonces retomar el punto de que la materia de este análisis es la determinación de una condición constante de naturaleza del derecho como modo de ser, por tanto delimitaremos el objeto a partir de eliminar las condiciones dinámicas del objeto, es decir, aquello que se materializa de forma diferenciada en cada tiempo y lugar.

De este modo cada uno de los elementos que hemos mencionado al establecer la condición polisémica del derecho, son formas de presentarse externamente, en

¹²³ Ídem.

consecuencia es su materialización, su exteriorización la que resulta en condiciones de mutabilidad, por tanto no es en su materialización donde encontraré la condición de constancia.

Esta primera aseveración implica que el derecho contiene dos tipos de condiciones, externas que corresponden a su materialización e internas, que es donde encontraré la forma de identificación como condición constante.

Entonces, adicionando al concepto de polisemia del Derecho, debemos abonar que las condiciones externas de las acepciones que hemos mencionado en el apartado previo, son derecho, en tanto que las condiciones internas, también son Derecho.

Luego entonces llegaremos a la abstracción de que éste estudio no se basa en las condiciones externas del derecho, sino en sus condiciones internas.

Es evidente que el planteamiento que he realizado parecería una contradicción, al señalar que me ocuparé del análisis de condiciones internas, para establecer la constancia en la presentación del derecho, es decir, contextualmente parece que la presentación del derecho atiende a factores externos.

Al referirme a presentación del derecho, entiendo cómo es que puedo determinar que en un lugar y tiempo determinado existe un derecho, independientemente de su materialidad.

Si el mundo es lenguaje, el derecho también es lenguaje, de donde deviene que existe al momento en que es argumentado, es decir, no basta que en alguno de los conceptos vertidos al señalar lo polisémico del término, se contemple un derecho como facultad o bien como *obligatio* lo que atiende a su materialidad. La importancia evidente de la naturaleza del derecho, que corresponde a la argumentación y a la retórica como estrategia discursiva, corre a partir de que el derecho, como tal, debe ser interpretado para que tenga una existencia discursiva efectiva, que, dentro de su inconmensurabilidad, otorgue soluciones. La pregunta es ¿en qué momento se materializa el derecho?

Siendo un producto convencional, como resultado de una convención social, el derecho tiende a establecer un vínculo entre una conducta y una consecuencia jurídica, por medio de la existencia de lo que los romanos llamaron *obligatio*, es decir, aquello que alguien debía cumplir o, en su defecto, enfrentar una sanción, la *potestas gladi*, el uso de la fuerza.

Esta es la condición constante que asigna una naturaleza, como forma de ser, del derecho. Atendiendo a la Doctrina Analítica del profesor Hart, el derecho atiende a la

adscripción de facultades y de obligaciones, es decir, determina una relación compleja entre quien dice el derecho, quien tiene que obedecer y quien tiene facultad de recibir, incluyendo conceptos como imperio y coercitividad.

En consecuencia, existe una condición constante en el derecho, como su naturaleza en su forma de ser, y corresponde a la existencia de obligaciones y facultades. En todo momento, sea el lugar y tiempo que sea, si existen obligaciones estaremos en presencia del derecho.

En estas condiciones afirmo que la naturaleza del Derecho es argumentativa. Sólo hay un momento de existencia del Derecho, y es cuando se argumenta. Si el Derecho queda en las codificaciones, en las opiniones doctrinales o de jurisprudencias, no tiene razón de ser por carecer de un medio de presentación. El Derecho se argumenta o no existe. Esta es su condición constante que permite identificarlo en todo tiempo y lugar.

Ribeiro asume con claridad ésta circunstancia al señalar que un enunciado legal que permanece en su texto, aislado de la realidad, sólo tendrá un significado textual, por tanto, en el contacto con un problema es que entra en una dimensión de probabilidad en un argumento.¹²⁴ Es evidente que el derecho, como abstracción sólo tendrá un significado

¹²⁴ RIBEIRO Toral, Gerardo, Op. Cit., p. 284.

contextual, literal, pero es cuando entra en tensión con un conflicto cuando adquiere su dimensión jurídica, es decir, al momento de ser argumentado.

Ahora bien, si el derecho tiene una condición constante la pregunta es ¿existen condiciones mutables?, y la respuesta evidente es sí.

A este respecto resulta muy sencillo caer en la trampa de pensar el derecho como su exteriorización, dado lo polisémico del término, en consecuencia parece asequible admitir que el derecho cambia y no tiene una condición de constancia en su naturaleza. Esta es una confusión común, cuando en realidad el Derecho tiene una naturaleza constante y permanente, lo que cambia o muta es la materia que regula, y es cierto, en sus ámbitos exteriores, el derecho cambia en virtud de modificarse la materia que reglamenta.

A este respecto, y siendo un producto convencional, el derecho ha adquirido una condición de interdisciplinariedad, multidisciplinariedad e incluso transdisciplinariedad. El derecho, insisto, tiene un momento de existencia, que es su argumentación, y por tanto implica el contacto entre el derecho y una conducta específica. Regularmente ésta relación depende, en su exteriorización, de otras disciplinas para comprender la consecuencia y alcances del derecho.

Si éstas disciplinas funcionan con el derecho para modificar la norma, estaremos en un caso de interdisciplinariedad; si se interrelaciona para dar a conocer cómo es que se exterioriza una conducta, el análisis será de multidisciplinariedad, y; por último si el derecho permite que las disciplinas funcionen de modo autónomo y permanente estaremos en análisis de transdisciplinariedad.

Hablar en este contexto de disciplinas es hablar de ámbitos discursivos, y éstos pueden tener tantos contenidos materiales como especialidades y especificidades discursivas, bien sean técnicas o científicas, incluso aquellas que no tengan reconocido un carácter equivalente, como pudieran ser las creencias fundamentadas o no.

Estos discursos serán instrumentos para el derecho, que permitirán su mutabilidad exterior, y este es el concepto que entiendo como mutabilidad instrumental. La materia que reglamenta tendrá su génesis en un discurso específico de una materia determinada que puede ir de las ciencias exactas a las sociales y humanas, hasta aquello que escapa a la razón práctica como concepto aristotélico.

La apariencia de mutabilidad instrumental del derecho atiende a las diferentes materias que reglamenta, es decir, a sus condiciones externas, en tanto que sus condiciones internas permanecen de forma constante como condición de su naturaleza que atiende a su forma de ser.

En mérito de la condición polisémica del vocablo Derecho, se debe hacer una diferencia entre una abstracción como condición interna y otra como condición externa. La primera atiende a la naturaleza del derecho como forma de presentarse, en tanto que la segunda es inherente a su materialización. La condición interna es permanente, es constante y permite la identificación del derecho en todo tiempo y lugar, en tanto que su materialización establece diferencias en sus análisis históricos y discursivos. En tanto, la condición exterior de la norma permite su adscripción a un lugar y tiempo determinado que caracteriza una ideología dominante. Pero también permite establecer la materia que reglamenta, valiéndose de recursos discursivos de disciplinas contemporáneas.

En todo tiempo y lugar, donde exista una *obligatio* se presenta el derecho, y éste tendrá como naturaleza propia la argumentación. El derecho existe cuando se argumenta, y se argumenta cuando se interpreta.

Siendo que la naturaleza del derecho es discursiva y por tanto argumentativa a partir de su interpretación, es dable entender el método utilizado en el presente análisis antes de entrar directamente en la materia de estudio.

La interpretación del derecho puede tener ángulos y operadores diversos, cada uno construyendo argumentos a partir de sus propios intereses. De esta pluralidad es claro que sólo algunos tienen una relevancia, que es denominada como interpretación auténtica, es decir, que genera efectos jurídicos.

La interpretación, por tanto, con valor en el derecho, será realizada por las autoridades que participan en la creación, aprobación y aplicación de las normas. Pero ésta interpretación se encuentra bajo el marco de un acto de autoridad, en consecuencia tiene como límite formal positivista el principio de legalidad, que atiende a que una autoridad sólo puede hacer lo que la ley le permite.

Entonces el modo de ofertarse la interpretación, como un primer espejismo, es bajo el principio de legalidad, que implica una interpretación sistemática basada en lo que ya existe como evidencia, método formalista derivado de la filosofía materialista y positivista.

Este razonamiento llevó a la aplicación del silogismo teórico aristotélico como un método "infalible" de aplicación del Derecho, donde se planteó a la Premisa Mayor, como la ley; la Premisa Menor como el hecho sujeto a análisis, y; Síntesis el resultado del contraste de ambas premisas. Si el razonamiento se realizaba a partir de leyes, entonces se identificaba como parte del sistema jurídico y era fundado. Se cumple con el principio de legalidad. Las razones para llegar a la síntesis, son las motivaciones, entonces se vuelve a

cumplir con el paradigma del principio de legalidad. Pero ésta forma de razonamiento no tiene cabida en el derecho.

Derivado de éste razonamiento, ahora tomaré como finalidad demostrar la inaplicabilidad en el Derecho de la lógica aristotélica referida, en éste caso, al Silogismo Teórico, que no genera certeza alguna y en todo caso lo único que puede garantizar es que un razonamiento que lo utiliza tendrá una estructura lógica, pero su resultado distará mucho de arrojar aplicación estable del Derecho, de ahí su contingencia y la necesidad imperiosa de romper éste paradigma, al cual considero ya muerto ideológicamente.¹²⁵

Durante la Revolución Francesa, en 1789, surgió la idea liberal de que toda constitución debía contemplar un catálogo de Derechos del Hombre como límites al ejercicio de poder público, lo que en apariencia era correcto. A partir de éste momento pareciera que la forma lógica del Derecho resultaba ser el positivismo, mismo que encuentra su más grande expositor en Hans Kelsen, y se fortalece con el principio de legalidad¹²⁶ a que hemos hecho alusión, situación que privilegia a la ley como fundamento

¹²⁵ COURTIS, Christian, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, 2006, p. 349 y ss. Courtis plantea una dicotomía entre la ideología como modo de entender un objeto y como modo de valorarlo. El primero es un uso neutro y el segundo es un uso negativo, reminiscencia de un concepto marxista. En éste caso el uso del término *ideología* atiende a la forma de entender un objeto jurídico, que partiendo del uso del silogismo era sencillo de comprender, por lo menos en apariencia, en tanto que también resultaba una forma de categorizarlo y calificarlo. Por ello la consideración de que ideológicamente la lógica aristotélica no es suficiente ni para comprender el derecho y menos aún para calificarlo.

¹²⁶ El particular puede hacer lo que la ley no prohíba, en tanto que la autoridad sólo puede hacer lo que la ley le ordena.

de todo acto de autoridad, en otras palabras, el estatuto lógico del razonamiento jurídico era muy sencillo, si lo ordena la ley es legal, y siguiendo el discurso del positivismo arcaico, si lo ordena la ley como producto de las mayorías, entonces es justo.

En este sistema positivista, la Democracia, como decisión de mayorías, es el parámetro de medición no sólo de legitimidad de la ley, sino de su contenido como algo racional, justo y verdadero. Entonces la forma de aplicación del Derecho resultaba ser el silogismo aristotélico.

A lo largo de la obra de Aristóteles, lo que se conoce como el *corpus aristotélico*, éste filósofo deja ver lo que se conoce como Silogismo, citando que a partir de dos situaciones convenidas como verdaderas, surge una tercera diferente que también es verdadera. Esta estructura de pensamiento se divide a la vez en dos formas principales, el llamado Silogismo Práctico y el Silogismo Teórico.

El Silogismo Práctico es constituido como una razón para la acción humana. Esta forma de razonamiento deriva del análisis de porqué se hacen las cosas, y parte de premisas básicas a las cuales considera como verdaderas:

El medio X es el más adecuado para conseguir O.
Deseo obtener O, independientemente de los problemas que genere.
En consecuencia, debo hacer X.

Algunos autores consideran que en este razonamiento no se incluyen conceptos morales o éticos, sino sólo deseos y acciones, sin embargo, el hecho de realizar una elección considerada como adecuado o correcto implica valoraciones tanto prácticas como éticas y morales.

La estructura de pensamiento derivada del Silogismo práctico pudiera encontrar un campo pragmático en la generación de normas, dando como una verdad, siguiendo el razonamiento aristotélico, que los generadores de normas obedecen a conceptos morales y éticos adecuados a la sociedad a la que representan y no a meras dimensiones de poder derivadas de un sistema democrático metodológico. Desafortunadamente no es el caso de Latinoamérica.

El Silogismo práctico, dada su naturaleza, decanta en ser utilitarista y relativista, por tanto, ajeno a la aplicación del Derecho.

Ahora bien, lo que concierne al Silogismo teórico, este tiende a ser demostrativo por medio de la inducción, y encuentra su estructura lógica a partir de dos premisas consideradas como verdaderas. La mayor de orden universal y general; la segunda implica un caso particular, y el contraste de ambas dará por resultado una conclusión igualmente

verdadera. Para ejemplificar me permitiré tomar el ejemplo de los enunciados Alpha a los que hace referencia el Dr. Rolando Tamayo¹²⁷ y que se atribuyen a Thales de Mileto.

Los ángulos internos de un triángulo suman 180 grados.
X es un triángulo.
El triángulo X, en sus ángulos internos, suma 180 grados.

Podemos establecer que la premisa mayor indica el predicado de la conclusión, en tanto que la premisa menor establece el sujeto de la oración.

Los hombres son mortales.
Sócrates es hombre.
Sócrates es mortal.

Entonces el Silogismo teórico es demostrativo, en otras palabras, sirve para acreditar que un sujeto cumple con un predicado y ésta es la conclusión que deriva de dos enunciados o premisas consideradas como verdaderas.

Hasta ahora hemos mencionado el planteamiento lógico y pareciera ajustado a parámetros de razonabilidad. A pesar de ello ahora me ocuparé de las razones por las cuales

¹²⁷ TAMAYO y Salmorán, Rolando, *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*, México, IJ UNAM, 2004, pp. 23-42.

dicho paradigma no tiene cabida en la aplicación del Derecho atendiendo a la naturaleza argumentativa de éste.

Para empezar, el Silogismo teórico tiene su fundamento en la existencia de premisas verdaderas, lo que lleva a un primer problema respecto del Derecho, ¿podemos considerar los enunciados de la ley como verdaderos?, siendo que la premisa mayor hace referencia a un ámbito universal que provee el predicado de la conclusión, éste será la ley. El problema fundamental es que la ley no es verdadera, ya que el concepto de verdad se construye dialógicamente y depende del auditorio que recibe un enunciado.¹²⁸

La característica de la ley no radica en su verdad, sino en su obligatoriedad, por tanto, el enunciado legal no es verdadero, es vigente. Adquiere esta calidad y en consecuencia es obligatorio una vez que concluye todo el ritual legislativo. La premisa mayor no es verdadera, es legal y en el mejor de los casos vigente.

La segunda premisa, denominada como menor, hace referencia a un caso específico, mismo que se conforma por hechos que, a decir de los comentaristas y apologistas de la ley, actualizan los supuestos fácticos normativos.

¹²⁸ Ídem.

El problema de los hechos es su demostración¹²⁹ atendiendo a los intereses de las partes. La situación que plantea la norma nos lleva a concluir que los hechos no son absolutos, sino que dependen de su demostración. Un hecho sólo existe a partir de su argumentación, de modo que, salvo los hechos notorios, un hecho sólo existirá para el Derecho a partir de dos momentos, su argumentación y su demostración.

A modo de conclusión intermedia, los hechos, como premisa menor, tampoco son verdaderos, sino que son demostrables, son probables. Este planteamiento lo realiza el Dr. Gerardo Ribeiro¹³⁰, lo que nos lleva a sintetizar la siguiente estructura lógica aristotélica, la premisa mayor no es verdad, es legal; la premisa menor no es verdad, es probable, la consecuencia:

Legal.	(PREMISA MAYOR)
Probable.	(PREMISA MENOR)
Probablemente legal.	(CONCLUSIÓN)

Se concluye que la aplicación del silogismo teórico aristotélico no lleva a una correcta aplicación del Derecho, sino a una implementación de lo probablemente legal, es

¹²⁹ La ley civil señala la obligación de demostrar los hechos en que el actor fundamente su acción y el demandado sus excepciones; la norma penal obliga a demostrar los hechos que acrediten la existencia del delito y la presunta responsabilidad del imputado, y en el caso concreto, a la defensa a demostrar los hechos de la inculpabilidad, inimputabilidad, inexistencia del delito o causa atenuante, etcétera. En todo caso se hace referencia a hechos.

¹³⁰ RIBEIRO Toral, Gerardo, Op. Cit., p. 98.

decir, una circunstancia probabilística ajena a la certeza jurídica que supone el principio de legalidad que fundamenta esta lógica.

El problema surge cuando el Derecho no permite estas condiciones en su aplicación ya que choca con principios como el debido proceso y el de certeza jurídica,¹³¹ definidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que tienen por efecto lograr la eficacia en la aplicación de la norma, por medio de la demostración absoluta de los extremos fácticos normativos.

La problemática que planteo se refleja con mayor claridad en el Derecho penal, cuando señala que en caso de cualquier duda, se debe absolver al reo (*in dubio pro reo*), lo que lleva a que si la conclusión del silogismo es algo probablemente legal, significa que un juez no podría tener la certeza absoluta de los hechos ni de la verdad de los enunciados legales, por tanto en todo proceso penal se debiera absolver al reo, lo que también resulta insostenible e implicaría el fracaso del sistema punitivo.

La primera tensión que genera esta propuesta es con la existencia de los llamados casos fáciles, donde pareciera que un hecho sólo admite una respuesta correcta por parte del Derecho, con lo que se reivindicaría el silogismo. A esta propuesta llegaría una pregunta

¹³¹ Tesis 2ª VII/2015 (10ª), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Tomo II, Libro XV febrero de 2015, p. 1766.

coherente e ineludible, ¿existen casos fáciles en el actual entramado jurídico?, se sostiene que no. El caso ya no es fácil sólo por su existencia fáctica, que por sí misma es problemática, sino por los planteamientos y argumentaciones de los antagonistas, de donde deriva que resulta complejo pensar en casos fáciles, de aplicación unívoca e inequívoca del Derecho.

La condición de casos fáciles no depende del caso en sí, sino del planteamiento de la defensa, a quien corresponde una interpretación amplia del Derecho, desde su conceptualización y su definición. El Derecho es lenguaje y éste es polisémico, de modo que pensar que un enunciado dice una y sólo una cosa, es una falacia, lo que lleva a concluir que la premisa mayor del silogismo, y que lleva a la ley admite diversas definiciones.

Ahora bien, suponiendo como parte de la fenomenología jurídica a la norma, y ésta la consideramos como una ley, en el sentido más positivista posible, implicaría un objeto regularmente estable, es decir, que puede ser apreciado ontológicamente y que admite un lenguaje objeto que lo describe y a partir de éste un metalenguaje que lo explica, y a pesar de ello seguiría siendo sólo legal.

Si se substituye en la premisa mayor a la ley, por un principio, el problema se acentúa, dado que, si el primero es sólo legal, el segundo adquiere una dimensión ética, es decir, una aplicación que se supone es correcta, buena, adecuada, sana, etcétera, que implica por sí mismo una duda en su marco de aplicación. Los hechos, como premisa menor,

continúa siendo algo sólo probable, no absoluto. En efecto, ahora, con relación a los principios pensemos en una estructura acorde a la lógica aristotélica del silogismo teórico, para cuyo caso tendremos:

Éticamente Correcto.	(PREMISA MAYOR)
Probable.	(PREMISA MENOR)
Probable que sea éticamente correcto.	(CONCLUSIÓN)

No se evade una discusión, muy cercana, que corresponde a la tensión de señalar que en materia de aplicación de principios, si es éticamente correcto que sea suficiente esa probabilidad para que sea aplicado. ¿Será el mismo criterio de tensión si se habla de un procedimiento penal?, es decir, contra el resultado del silogismo aristotélico que concede que sólo se trata de algo probablemente legal, la aplicación en torno a principios que dice que es probable que sea correcta su aplicación, ¿supondría que todo acusado podría alcanzar un beneficio en virtud de que siempre existirá una duda razonable?, porque de ser así llegaríamos al absurdo de que el proceso penal no tiene razón de ser, lo que implicaría el fracaso total de toda una tradición jurídica, situación similar a la construcción del silogismo a partir de considerar a la norma como un enunciado positivo verdadero y, por tanto, obligatorio.

Definitivamente no es la metodología adecuada para este análisis. Ha quedado demostrado que la lógica aristotélica no es aplicable en el Derecho en materia del más

rancio positivismo y menos aún en el pujante iusnaturalismo. La imagen formalista del derecho queda completamente destruida, dotando al sistema jurídico de una libertad definitorio y categorizante objetiva.

Condiciones de comprensión del Derecho como parámetro argumentativo

Para comprender el método que se utiliza, es necesario retomar el punto de que la naturaleza del derecho es argumentativa, discursiva e interpretativa. En efecto, el derecho no existe conceptualmente si no es interpretado; si no es dicho, si no se argumenta carece de una realización objetiva. El derecho tiene sólo un momento de existencia y es cuando se argumenta.

En virtud de lo anterior, el método que se utiliza en este apartado será el histórico – analítico, partiendo del desarrollo breve del concepto de argumentación,¹³² como naturaleza del derecho, y de la retórica como estrategia discursiva.

La propuesta tiene tentaciones inherentes. Si el método formalista no es aplicable, entonces la teoría de la argumentación será la que domine en el proceso hermenéutico de la norma, para dotar de existencia al derecho, en consecuencia, la estructura del argumento

¹³² Ya anteriormente se han hecho referencias en torno a procesos argumentativos, centrándose en Toulmin y MacCormick, y algunas líneas adelante se tratará el procedimiento en torno a la argumentación como forma de ser del Derecho.

sólo será eficaz cuando logre un grado de aceptación en el auditorio para el que está destinado, lo que llevará sin duda a la legitimación del proceso interpretativo, su admisión y su aplicación por medio de los operadores jurídicos mediante una interpretación auténtica, en todo caso el contenido será ampliamente moral y su calificación, como admisión, será ética. Se presenta, en el caso concreto, la concreción de los elementos que se han sostenido hasta ahora.

Entonces, la pregunta es ¿la interpretación, como modo de ser del derecho y forma de presentarse, tiene límites? Al efecto, Sostiene José Calvo Rodríguez, que los hechos, en el universo jurídico, pueden distinguirse entre fáciles y difíciles. Los primeros son aquellos que no requieren un esfuerzo argumentativo, dado que éste es asumido con claridad por los participantes, que, en el caso de la interpretación jurídica, se refiere a las partes, por tanto, se trata de enunciados no controvertidos, término puramente pragmático procesal.

El problema, sostiene Calvo, es referido a aquellos enunciados que resultan controvertidos, dado que implican por lo menos dos perspectivas de interpretación, que decantarán en aspectos fundamentales al Derecho, interpretación de los hechos, de la norma, de sus campos de aplicación o de sus sentidos. La clasificación parece determinada por la sentencia latina, *in claris non fit interpretatio*, o bien, *interpretatio cessan in claris*, que no determina sino campos pragmáticos de interpretación.

La cuestión es descubrir en qué momento un enunciado, fuera de los fáciles que detalla Calvo, adquiere una claridad para asumir que su interpretación es eficiente.

Neil MacCormick aborda esta cuestión a partir de lo que puede ser clasificado como un pragmatismo lógico, con vertientes ordenadas que parecen llevar a un estructuralismo lógico, pero con un matiz muy particular, mismo que el autor coloca como parte final de su teoría, pero que parece ponerse en tensión desde el principio de la misma.

MacCormick parece ubicarse dentro de lo que Mauricio Beuchot establece como hermenéutica analítica, es decir, un campo intermedio entre la interpretación unívoca, donde cada enunciado tendría un significado, sentido, campo de aplicación únicos y una interpretación multívoca, donde cada enunciado puede asumir todos los significados, sentidos y campos de aplicación posibles. MacCormick se sitúa al centro, señala, entre la interpretación unívoca de Dworkin y su solución única, y la multívoca de Ross, que establece la decisión jurídica como arbitraria.

La interpretación jurídica de MacCormick busca una aplicación, como veremos, lo que reforzará la sentencia de Gadamer, en el sentido de que interpretar es aplicar, de donde se puede válidamente asumir que toda argumentación jurídica es una interpretación y una concepción del Derecho, y en el caso de MacCormick, una interpretación pragmática del

Derecho, sujetándose al silogismo demostrativo aristotélico e incluso al entimema, de ahí la denominación como pragmatismo lógico.

MacCormick concluye que la determinación que se tome puede ser prescriptiva, descriptiva y normativa, pero que sus fundamentos también tienen que ver con emociones, lo que dota a dichas determinaciones de un ángulo subjetivo, es decir, sostiene Manuel Atienza, lo que nos hace adherirnos a determinados principios, conforme a la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick, es tanto nuestra racionalidad como nuestra afectividad.

Es interesante romper la tensión entre la racionalidad, o racionalidades jurídicas, y su diferencia con las afectividades, porque la primera, sostiene MacCormick, tendrá un sustento lógico, objetivo, en tanto que la segunda implica una subjetividad manifiesta.

Lo que parece no dilucidar de forma clara el autor es ¿cuál de estas perspectivas tiene más peso en la toma de la decisión, la objetiva o la subjetiva?, ¿Pueden las afectividades llegar a inhibir el razonamiento?, es decir, ¿Puede moralmente determinarse la aplicación o inaplicación de una decisión por muy legal que ésta sea?

Para intentar aclarar estos tópicos, se parte de un análisis sobre la estructura lógica de la norma, es decir, presupuestos normativos, presupuestos fácticos y consecuencias normativas, encontrando en los primeros las premisas mayor y menor del silogismo, y en la consecuencia las conclusiones. MacCormick asume que, si las premisas y la conclusión son válidas, en consecuencia, el silogismo es válido, entonces se debe fallar de acuerdo a la conclusión del silogismo.

Sin embargo, la construcción de la premisa mayor, que tiene que ver con el elemento normativo, pasa por diferentes problemas:

Problema de interpretación. Se conoce el Derecho, pero se admite que éste tiene varios sentidos o lecturas, como las denomina Vallarta Barrón.¹³³

Problema de relevancia. Cuando se duda sobre la existencia de una norma para un caso específico.

¹³³ El caso que cita el autor es una controversia entre EUA y México, donde ambos determinaron que el problema giraba en torno al artículo 36 del tratado de Viena, pero México sostiene que la comunicación del detenido con sus autoridades consulares es un derecho fundamental, EUA sostiene que sólo se trata de una mera convencionalidad. El problema no es la norma, sino su sentido.

Problema de calificación. Existe cuando no hay duda sobre la existencia de hechos primarios, orígenes de una controversia, pero se discute si éstos justifican una consecuencia normativa.¹³⁴

Problemas de prueba. Estos se refieren a la construcción de la premisa menor y atienden a la factibilidad de demostrar o no lo que Michelle Taruffo denomina como las postulaciones, es decir, la versión de cómo es que ocurrieron los hechos. Una problemática particular tiene que ver con el mismo término, probar, que adquiere por lo menos una tridimensionalidad, y se refiere a la actividad, al instrumento y al resultado de la suma de la actividad y el instrumento.

MacCormick parte de señalar que los jueces, al resolver, parten de un método deductivo, es decir, las justificaciones como racionalidad, son de carácter deductivo. El modelo lógico entonces puede indicar al juez para que resuelva en un sentido determinado, pero no es el fallo mismo, éste se debe construir a partir de justificaciones como racionalidad objetiva.

A partir de este punto se asume que el término lógico que emplea MacCormick tiene dos acepciones diferentes, la primera como estructura, lo que dota a la decisión de una

¹³⁴ Una legítima defensa implica una repulsión inmediata de una agresión, pero ¿serían suficientes para justificar una represalia posterior?

justificación interna, y un segundo como justificación externa que se equivale con lo justo, como sostiene Manuel Atienza. La justificación interna puede no ser suficiente, pero si es necesaria para la toma de una decisión. La lógica, en esta perspectiva, da cuenta de la estructura del pensamiento y, consecuentemente, de la decisión, pero no garantiza su resultado.

La lógica deductiva de MacCormick tiene principios que pretenden justificar la decisión, el primero es el de la universalidad, que supone que toda decisión tiene como punto de partida una norma que se aplica de forma general; este primer principio lleva implícito que todos los jueces tienen reglas claras de reconocimiento, primero del sistema normativo y segundo de la jerarquía normativa. Es asumir que existe una regla general que establece que cuando se generen los hechos A, B y C, se deberá resolver en un sentido específico, por tanto, todos los casos donde se actualicen los supuestos fácticos A, B y C, se deberán resolver de forma similar. Lo que MacCormick va a llamar exigencia de justicia formal. Este principio engloba lo que se denomina justificación interna de la decisión judicial.

Un segundo principio de justificación conlleva a la justificación externa de la decisión judicial, y lleva imbricados los principios de consistencia y coherencia. Ambos parámetros conllevan una relación entre el sistema jurídico y el mundo, entre los supuestos normativos

y la realidad fáctica. Una decisión es consistente cuando se fundamenta en normas que pertenecen al sistema y no son contradictorias.

La coherencia es un tanto más compleja, debe haber una coherencia normativa y una coherencia narrativa. Habrá una coherencia normativa si todas las normas pueden subsumirse en un sistema de valores generales, deseables y legítimos.

La coherencia narrativa existirá cuando la postulación conlleve una serie de sucesos que puedan dar lugar a un encadenamiento de hechos o bien a una cadena lógica de inferencias, lo que Luis Muñoz Sabaté ha llamado espectro factual hipotético, se trata de la descomposición de una postulación, narrativa denominada MacCormick, para establecer una suposición de cómo es que ocurrieron los sucesos y que sostiene una teoría del caso.

Es una especie de test que permite asumir o rechazar teorías en torno a los hechos históricos, los que ya sucedieron.

Hasta ahora parece que la teoría de la argumentación jurídica de MacCormick tiene una simpleza mecánica, pero adquiere una complicación mayor cuando refiere el sentido de la lógica como el parámetro de justificación externa de la decisión jurídica, porque

entonces abandona toda objetividad y se asume en un plano de subjetividad y relativismo ético.

El argumento consecuencialista como tensión moral de la implementación de la decisión judicial, misma que parte de argumentos de coherencia normativa, de consistencia narrativa, pero, retomando lo que se mencionaba al principio, las afectividades o argumentos consecuencialistas resultan para MacCormick fundamentales.

Considera que el juez, al tomar una decisión, debe mirar no sólo el universo normativo y la subsunción de los hechos al derecho, sino que debe tener una perspectiva en torno al mundo y apreciar las consecuencias de la decisión, lo que es un condicionamiento moral con perspectivas éticas.

A este término se denominará implementación de la decisión judicial, dado que se puede llegar a una justificación interna, una justificación externa, pero no puede desprejarse el ángulo de las consecuencias que conlleve su implementación, su inserción en un mundo fáctico.

Debe haber una diferencia clara entre el resultado y la consecuencia de la acción. A estas consecuencias MacCormick las denomina consecuencias jurídicas, y están ligadas a

valores tales como la justicia, el bien común, el bienestar general, etcétera, y son correspondientes a los calificativos éticos, entonces las razones consecuencialistas son de dos categorías, las finalistas, que pretenden la protección de un bien determinado, y las correccionistas, que consideran que la decisión es buena en sí misma.

Manuel Atienza considera que ambos tipos de razón son dos caras de la misma moneda, dado que el parámetro de corrección deberá encontrarse implícito en los valores cuya protección se pretende.

Tal vez se encuentre un ángulo interesante si se vincula ésta idea de las afecciones y los argumentos consecuencialistas, con la teoría de la decisión ética de Weber, en el sentido de que ésta puede adquirir dos matices, la primera llamada ética de las creencias, donde se implementa una decisión sin importar las consecuencias, dado que se atiende a una creencia específica como valor supremo. Así, todo aquel que considere al Derecho como un valor superior y por ende de protección absoluta, podrá implementar una decisión jurídica sin importar las consecuencias.

En el otro extremo se encuentra la ética de las responsabilidades, donde la implementación de una decisión jurídica deberá pasar por un matiz en torno a las consecuencias que ésta pueda generar. Existen casos paradigmáticos donde se genera una tensión entre el derecho y una decisión, siendo que la estructura silogística o entimemática,

la justificación interna implique un sentido de aplicación de la norma; donde la justificación externa conlleve un sentido contrario en torno a la decisión judicial, pero un tercer parámetro de razonamiento implicará que, al análisis de las consecuencias en la implementación de la decisión, se pueda generar un daño mayor o dilemático. De llegar a este segundo parámetro de la decisión ética, entonces la decisión judicial no será implementada.

El esquema planteado por MacCormick parece tener un seguro en torno a una moralidad relativista y subjetiva de corte utópico, al determinar que los parámetros de corrección se mueven en torno a principios o valores (sin realizar distinción entre ambos), lo que dotaría a la decisión moral de un límite racional, en tanto que asumir como complemento la doctrina de Weber abriría el compás y permitiría una determinación intersubjetivista y relativista.

El punto no se encontraría en este sentido, sino en una pregunta mayor, ¿la moral se sostiene por la racionalidad?, o tal vez ¿la moral se sostiene por los impulsos?, llegando a un punto donde cuestionaría, ¿la moral se sostiene por un tercer tipo de pensamiento?, y en todo caso, ¿cuál? Parece que la teoría de MacCormick no arroja un resultado a estos cuestionamientos y sus parámetros tienden a poseer una condición de objetividad y racionalidad al establecer límites a lo que, de origen, llama afectividad.

A diferencia de la tesis planteada, la pretensión de Stephen Toulmin es la de dar cuenta de la argumentación apartándose de la lógica formal, la cual, aparentemente, sólo debiera ser aplicada en modelos matemáticos. La lógica asegura una estructura de argumentación, pero no su resultado, en cambio en los modelos matemáticos la lógica asegura tanto la estructura como el resultado. Toulmin se aparta de una teoría lógica para abordar una lógica práctica. Para lograr este objetivo elige la jurisprudencia cuando señala que la lógica es una jurisprudencia generalizada, es decir, el campo de aplicación de su teoría será de forma preponderante el de la argumentación jurídica.

Esta analogía conlleva poner en el centro la razón crítica, ya que considera a la argumentación como un hacer, el razonar, para cuyo efecto determina un elemento fundamental, el lenguaje, mismo que adquiere dos dimensiones diferentes en torno a su uso, uno instrumental y otro argumentativo. El primero implica la existencia de órdenes que implican un efecto inmediato en el hacer de otro, lo que Chomsky llamará posteriormente como gramática generativa transformacional, es decir, el efecto del lenguaje de forma directa en otro. El segundo es el uso argumentativo, que conlleva el dar razones en favor o en contra de una tesis determinada.

En consecuencia, esboza un concepto de razonamiento, mismo que aborda desde dos perspectivas, el primero que conlleva una secuencia de pretensiones y razones, y la segunda como una interacción humana donde se formulan o debaten las secuencias de

pretensiones y razones. En consecuencia, las razones no son teorías, sino hechos específicos.

Dentro del litigio, siguiendo a Michelle Taruffo, se presentan no dos teorías del derecho diferentes, sino dos versiones sobre cómo es que ocurrieron los hechos bien sea como fenómeno tempo-espacial o bien como cadena de sucesos e inferencias.

El problema está en que el operador jurisdiccional tiene la obligación de determinar cuáles de las versiones contendientes de hechos es la que debe privar para el caso específico, y a partir de esta circunstancia se percibe una pregunta, ¿puede la moral sustentar una versión de hechos en litis?, o bien, ¿puede un operador jurisdiccional determinar una versión como prevalente a partir de criterios morales?

Siendo el argumentar un hacer, Toulmin distingue cinco tipos de actividades en este sentido, derecho, ciencia, artes, negocios y ética.

La tensión tiene que ver con la posibilidad de mezclar dos de estas actividades que suponen dimensiones diferentes, la argumentación ética y la argumentación jurídica con el fin de dar respuesta a las preguntas realizadas.

El modelo argumentativo de Toulmin tiene aplicación en todo lo que refiere a una argumentación social, baste recordar que considera que la argumentación derivada de la lógica formal tiene aplicación en las matemáticas.

El punto de partida es considerar a la argumentación como una estructura compleja de datos, que permiten el movimiento de una evidencia (*ground*) a una aserción (*claim*). Este tipo de movimiento permite establecer que la argumentación es correcta, pero todavía existe un tercer elemento, la garantía, que permite la conexión entre los primeros.

La garantía tendrá un respaldo, es decir análisis teóricos, doctrinales o normativos. La aserción gozará de una fuerza determinada por el *qualificador* modal, tal como posiblemente, probablemente, presumiblemente, seguramente, etcétera. Un sexto elemento, la reserva, considerará las posibles objeciones que se puedan formular.

El modelo funciona de la siguiente manera, a partir de una serie de evidencias se formula una aserción. Una garantía conecta estos dos elementos y proporciona un respaldo, es decir, dota de elementos teóricos, normativos o prácticos que sostienen a la garantía. Los *qualificadores* modales permiten establecer la forma como se percibe la aserción tales como seguramente, sin duda alguna, etcétera. Finalmente, la reserva contemplará las posibles objeciones que se realicen a este argumento.

Los elementos comunes de la teoría de la argumentación de Stephen Toulmin implican un tránsito a partir de hechos (evidencias) a una aserción (formulación de una tesis o teoría del caso), con una garantía que permita la conexión entre éstos, un respaldo que corresponde a las teorías o normas aplicables al caso, los cualificadores morales que permitirán que la teoría sea más o menos fuerte en su aceptabilidad y por último las reservas, que serán una previsión en torno a las probables objeciones que se puedan plantear.

El modelo que plantea Toulmin parece no mostrar resistencia en torno a la aplicación jurídica, es decir, efectivamente parece que la argumentación jurídica será la arena ideal para mostrar la operatividad del modelo argumentativo propuesto.

En efecto, en la práctica jurídica se debe partir de bases objetivas, las cuales inician con el planteamiento del caso por quien lo vive o lo sufre de forma directa, que es la parte material. Sin embargo, ésta es solo una perspectiva basada en un realismo o bien en creencias y expectativas, en la mayoría de los casos, pero para el Abogado representan apenas la puerta de entrada a un planteamiento de caso o una postulación, como sostiene Taruffo.

El paso siguiente será la investigación que corresponde al profesional del Derecho con el fin de allegarse evidencias, es decir, las pruebas que soportan los hechos en que se fundamenta el derecho subjetivo. El planteamiento de hechos obedece a dos parámetros necesarios, hechos definidos descriptivamente, es decir, hechos en su apreciación natural, o bien hechos definidos valorativamente, donde además de su apreciación natural se busca que cumplan con exigencias de carácter normativo.

En todo caso se trata de hechos jurídicamente condicionados, que adquieren una relevancia especial cuando se considera a todo hecho como un acontecimiento pasado, en consecuencia, lo que se evalúa es, en dos momentos, la posibilidad de existencia de los hechos y la posibilidad de su reconstrucción. Este segundo instante conlleva la dificultad de pensar un hecho como una reconstrucción o bien sólo la narrativa de los instrumentos de prueba en torno a cómo es que percibieron un suceso determinado.

El análisis de estas evidencias y su encadenamiento lógico práctico, llevará a la convicción de existencia de un determinado derecho o bien a establecer su inexistencia, inoperatividad e incluso su ociosidad. A partir de la valoración jurídica de las probanzas se puede advertir la existencia de un caso concreto, y una versión específica de cómo es que ocurrieron los hechos, lo que llevará a formular una postura específica, se puede argumentar la existencia de un derecho, su violación, incumplimiento o la necesidad de su declaración o reconocimiento.

El planteamiento específico se establece ante un juez, donde se conforma una aserción de inicio, el derecho existe y fue violentado, incumplido o bien es necesario que se declare o reconozca. Esta es la aserción, derivada del análisis de las evidencias. Este análisis de evidencias se constituye como la garantía, en términos de la teoría de Toulmin, y permite el paso de la evidencia a la aserción, de los hechos de planteamiento de una teoría del caso y un reclamo específico.

La valoración y el encadenamiento lógico y cronológico de los hechos normativamente condicionados, deberá estar sustentado en una serie de reglas como puede resultar la doctrina, la jurisprudencia, como modelo interpretativo, y la misma norma derivada de la ley. En todo caso ésta será la *conditio sine qua non* de considerar a los hechos plasmados como normativamente condicionados, es decir, que dichos hechos, *per sé* o en su conjunto, actualicen los supuestos de la norma. La realización de éste análisis tendrá por efecto no sólo el considerar la actualización de los supuestos normativos que permitan establecer una aserción, sino que también permitirá advertir aquellos puntos donde existirá un debate, es decir, una objeción, luego es necesario tener contempladas estas posibilidades, de ahí que podemos señalar, se debe conocer el derecho igual que el contrario, pero el caso debe ser mejor conocido que por el contrario, es decir, se debe conocer tanto la parte que sustenta un derecho como las debilidades de la construcción estructural del caso, su versión y por ende su argumentación.

De la cohesión más o menos fuerte en el movimiento entre estos elementos, se podrá determinar la fortaleza del reclamo, de la aserción planteada, pasando de un “probablemente me sea concedido” a un “sin duda me será concedido”.

El segundo caso donde se plantea esta cuestión tiene que ver con los argumentos de corte ético, pero a los cuales Toulmin les dota de un carácter objetivo. La estructura es similar a la utilizada en la argumentación jurídica, donde se busca que la evidencia soporte una decisión ética, entendida ésta como un calificativo de corte personalísimo que se debate entre ideas de lo bueno y malo, correcto e incorrecto. Toulmin lo establece como encontrarse psicológicamente dispuesto a hacer algo, lo que parece que se relaciona con el interés procesal, o el interés personal.

Luego entonces no basta contar con la evidencia suficiente, sino que además es necesario asumir una posición en torno al interés procesal o bien al interés personal para tomar la determinación de realizar una aserción.

Bajo esta perspectiva la evidencia, la aserción y su garantía derivan de un interés moral o psicológico, es decir, todo el modelo argumentativo descansa en una decisión de

carácter moral que tiene que ver con aquello que, quien argumenta, está psicológicamente dispuesto a hacer.

Esto permite analizar casos que no podían perderse y se perdieron, dado que el problema no necesariamente se encuentra en los planteamientos, sino en la decisión moral de llevar a fondo dichos planteamientos o no; permite asumir también los casos de suplencia de queja en favor de incapaces, asumiendo que no agotaron la decisión moral o bien que quienes los representan pudieren incurrir en deficiencias en su decisión moral.

Desde luego, se parte de la tensión que existe entre una diferencia entre lo que se está psicológicamente dispuesto a hacer y lo que se hace, donde parece existir una relación directamente proporcional, se hace lo que se está dispuesto a hacer, de modo que, si la decisión es corta, el planteamiento y análisis de evidencia y la aserción que de éste derive, también será corta.

En conclusión, el modelo argumentativo de Toumlin descansa en una cuestión de carácter moral, asumir lo contrario implicaría conceder que todo argumentador tiene idénticas características con sus homólogos, y las diferencias serían imperceptibles. La diferencia argumentativa no dependerá más que de dos rangos, el conocimiento de la garantía, como doctrina y norma o bien la decisión de estar preparado psicológicamente para hacer lo que sea necesario partiendo de una garantía sólida.

La decisión moral puede llevar a que la aserción tenga un *qualificativo* modal de mayor a menor admisibilidad, moralmente se navegará de lo posible a lo seguro, dotando a la decisión de una posibilidad de valoración objetiva a partir de los parámetros de libertad que sean práctica cotidiana en la sociedad en la que se realice. El Derecho no escapa a estos parámetros, y en todo caso pasarán por estándares de valoración que se consideran institucionalizados, pero es necesario agregar que no se trata sino de meras ilusiones, donde lo único real son los límites impuestos. La rigidez estructural de las limitaciones es lo que marcará los horizontes de libertad y de conocimiento que permitan arribar a una calificación ética del acto jurídico.

Apéndice I
Un caso pragmático en México: Los valores se decantan y rigen a las reglas

Es incuestionable que las reformas constitucionales publicadas en el diario oficial de la federación los días 6 y 10 de junio de 2011 contienen un golpe de timón en el paradigma que utilizan los operadores jurídicos primarios en la función jurisdiccional.

La integración de elementos indefinidos como principios y valores, así como la marca de pautas interpretativas, interpretación conforme, pro persona y convencional, han generado la obligación del juzgador de prepararse y conocer tanto la materia del Derecho Constitucional, las Convenciones Internacionales y el ámbito legal para llegar a un punto muy valioso, la obligación constitucional y legal de argumentar.

La argumentación marca con mucho la razonabilidad, el raciocinio, el conocimiento y la valoración de los diferentes puntos en conflicto, de los cuales, el más simple nos conduce a contrastar el interés particular (representado por la violación a un Derecho Humano) y el interés público (representado por la intención de cumplimiento de una norma que interesa a la sociedad), lo que lleva a que ambos sean ponderados.

La ponderación es un método, es decir, indica qué hacer, pero no cuál debe ser el contenido, de forma tal que corresponde al operador jurídico llenar este recipiente para

ponerlo a discusión en un litigio, que en materia de Derechos Humanos será complejo y debatible. Lo que se busca es una respuesta a la interrogante, ¿la ponderación es una excepción facultativa en la suspensión en materia de Amparo?, para lo cual se analizará el formalismo jurídico, el formalismo ético, el positivismo crítico, la corriente denominada *Critical Legal Studies*, para demostrar si es que efectivamente se cumple con la condicionante que determina el artículo 129 de la Ley de Amparo, en su último párrafo, que reconoce a la ponderación como una facultad excepcional,¹³⁵ o bien si resulta una obligación jurisdiccional que deviene tanto de la Constitución como de la misma Ley de Amparo.

Menciona Juventino V. Castro¹³⁶ que, al hablar de la institución del Amparo, es necesario reconocer que se adentra en el ámbito de la teoría del poder, y más específicamente a la patología del poder. En efecto, el Amparo por naturaleza procede contra actos de autoridad,¹³⁷ dado que, al resultar un ejercicio de poder institucionalizado,¹³⁸ éste llega a caer en situaciones de abuso.

¹³⁵ La característica de excepcional deriva del texto del artículo 129 de la Ley de Amparo, que permite establecer prima facie que la regla es conceder la suspensión, cumplidos los requisitos legales, y la excepción es concederla a pesar de las limitaciones que establece la ley.

¹³⁶ CASTRO y Castro, Juventino, *La suspensión del acto reclamado en el Amparo*, México, Porrúa, 1991, 10ª ed. 2010, p 1.

¹³⁷ Obviaremos profundizar sobre la clásica diferencia entre actos positivos, negativos, negativos con efectos positivos y omisiones de autoridad, para efectos de este análisis los consideraremos en conjunto como actos de autoridad.

¹³⁸ Relación existente de dominio de supra a subordinación entre la Autoridad, quien ejerce el poder y el gobernado, objeto del ejercicio del poder, basado en normas jurídicas de donde deriva un mandato de obediencia.

El concepto de autoridad deviene de quien ejerce actos unilaterales con la condicionante de imperio, siempre que estos actos jurídicos creen, modifiquen o extingan; ejecuten o traten de ejecutar situaciones jurídicas.

Resulta evidente que, para efectos de procesos de control de constitucionalidad, el acto de autoridad debe resultar violatorio de Derechos Humanos, de tal forma que acto de autoridad será aquel que resulte unilateral, con efectos de imperio, que incidan en situaciones jurídicas y que afecten derechos humanos del gobernado, bien sea concreto (en cuyo caso tendrá un interés jurídico) o bien indeterminado, pero determinable en mérito de la situación jurídica específica del gobernado en torno a una norma (en cuyo caso gozará de un interés legítimo).

Dicho acto tiene interdependencia respecto de quiénes sean las personas o instituciones que participen en la relación de mandato y obediencia es que se generan también los medios de defensa constitucional, así es distinto hablar de una relación entre autoridades y otra de autoridades y particulares o gobernados.

Atendiendo a el poder y su ejercicio, nuestra doctrina constitucional se apega a los principios enarbolados por Montesquieu, mediante los cuales se habla de la teoría de la

división de poderes,¹³⁹ misma que desemboca en la teoría de los pesos y contrapesos que permiten el control de un poder por parte de los otros, es decir, las relaciones de poder se ejercen de manera funcional y orgánica entre los diferentes organismos constitucionales.

Esta es la forma de control de constitucionalidad que se genera entre los órganos constitucionales y que desemboca en revisiones de legalidad. A este efecto se distinguen procesos específicos como la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional, procesos ante los organismos constitucionales autónomos, etcétera. Estos procesos son instrumentales orgánicos, puesto que son ejercidos por los mismos organismos públicos. Este análisis no se ocupa de la forma de defensa constitucional orgánica.

La segunda forma de control constitucional es la que corresponde a los gobernados en defensa de sus Derechos Humanos¹⁴⁰ y que se ejerce por medio del Juicio de Amparo, que actualmente es considerado como una garantía, es decir, un proceso tendiente a la protección de los Derechos Humanos.

¹³⁹ En términos del Art. 39 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el poder es único y se ejerce por el pueblo, acorde a lo que se denomina Soberanía, por tanto, el poder de la nación es único e indivisible. Lo correcto es hablar sobre la distribución de competencias. "Art. 39.- La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno."

¹⁴⁰ Se obviará la discusión sobre las personas morales o personas jurídicas en torno a si tienen Derechos Humanos y que actualmente es objeto de debate en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo cual prefiero utilizar en este momento la denominación de "gobernados" para evitar temas que en este análisis no resultan relevantes.

La revisión de la constitucionalidad de actos de autoridad que sea intentada por los gobernados tiene como característica que se trata de una acción personal y directa, por tanto, la resolución que al efecto se dicte será de efectos personales y directos (principio de relatividad de las sentencias).

Se afirma que el Amparo surge como instrumento para cuestionar el ejercicio del poder ante una autoridad que se encarga de forma exclusiva de esta revisión constitucional, que en este caso corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por medio de los organismos que la conforman (Pleno, Salas, Plenos de Tribunales Colegiados, Tribunales Colegiados y Jueces de Distrito), independientemente de que la Constitución ordena que dicho control sea llevado por toda autoridad.

El acto de autoridad que es materia de revisión constitucional por medio del ejercicio de la acción de Amparo, implica dos dimensiones diferentes, la primera que atiende a su constitucionalidad y que se resuelve al final del proceso de Amparo y la segunda que atiende a sus efectos y que pueden ser revisados al inicio del proceso por medio de la suspensión.

La suspensión del acto reclamado es entendida como un medio de defensa intraprocesal en el Juicio de Amparo, que tiene por objeto evitar temporalmente los efectos del acto de autoridad con finalidades procesales muy específicas, como son:

1. Detener los efectos del acto de autoridad como reflejo mecánico-defensivo.
2. Salvar el juicio de su extinción conservando la materia del proceso principal de análisis de constitucionalidad.
3. Realizar una composición provisional que coloque en planos de igualdad a las partes del juicio de Amparo.¹⁴¹

La institución procesal de la suspensión del acto reclamado en el juicio de Amparo, es fundamental para hacer efectiva la protección constitucional hacia el gobernado, tal vez incluso más relevante que la sentencia misma que resuelve la constitucionalidad, ya que esta medida es la que permite una protección real, un primer acercamiento entre el quejoso y el proceso de Amparo, y no una decisión definitiva que pudiera llegar retrasada hasta transformarse en un acto procesal inminente, evidente, pero a veces tardío.

El cambio paradigmático que implicaron las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011 trastocaron los cimientos de la suspensión del acto reclamado, para llevarlo de una figura estática y objeto de una mera subsunción a un dinamismo judicial preponderante, haciendo que recobre su eficacia y junto con ella el papel que corresponde a los abogados como operadores jurídicos primarios y quienes tienen el importante papel de llevar una acción personal y directa ante tribunales especializados.

El artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, previa a las reformas de 6 y 10 de junio de 2011, señalaba expresamente que “En los Estados

¹⁴¹ CASTRO y Castro, Juventino, Op. Cit. pp. 19-54.

Unidos Mexicanos, todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución...”, texto del cual se infieren dos aspectos fundamentales para el objeto del presente análisis, el positivismo inmerso en el sistema de Estado de Derecho y el profundo formalismo jurídico que se imponía conjuntamente.

El formalismo jurídico es una teoría del derecho, mediante la cual se explica el acto jurídico como aquel que se apega a la norma establecida, en este ámbito no se cuestiona su valor, es decir, un acto jurídico lo es sólo porque se apega a la norma previa. Se trata de un criterio de validez.

Mediante el formalismo jurídico se puede arribar a el formalismo ético según el cual un acto jurídico es justo cuando se apega a la norma, por tanto la norma jurídica es justa por el hecho de derivar de principios democráticos, formada por organismos que representan a la mayoría de la población, en consecuencia, la población no aprueba normas injustas, por lo tanto al ser la norma justa por derivar de la representación de pueblo, todo aquel acto que se sujeta a dicha norma implica ser un acto jurídico justo.

Bajo esta primera tesis podemos analizar el contenido citado del artículo primero constitucional, señalando que independientemente de que las garantías que otorga sean justas o no, son y deben ser defendidas porque así lo ordena la norma, es decir, todo acto

tendiente a proteger esas garantías es justo sólo por apegarse a la norma fundamental. Formalismo jurídico y formalismo ético puros.

Ahora bien, el instrumento fundamental para la defensa de las garantías que otorga la Constitución, es el juicio de Amparo acorde a lo señalado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis 389,¹⁴² en la cual textualmente se estableció que el juicio de Amparo fue establecido por el artículo 103 constitucional, no para resguardar todo el cuerpo de la propia Constitución, sino para proteger las garantías individuales, y siguiendo esta línea, en el juicio de Amparo se analiza la constitucionalidad del acto de autoridad o acto reclamado y su aplicación.

Tratándose de su constitucionalidad, ésta será resuelta en la sentencia constitucional que al efecto se dicte en la audiencia constitucional del mismo proceso de garantías, en tanto que, tratándose de su aplicación, se debe analizar y resolver en un incidente denominado de suspensión.

Si bien es cierto la Constitución Mexicana de 1824 no hacía una referencia clara al Juicio de Amparo, en su Art. 137 hacía referencia a las facultades concedidas a la Suprema Corte, entre las cuales, en su fracción V, inciso sexto, se le confería el conocer sobre las

¹⁴² Pleno, tesis 389, apéndice de 1985, t.I., parte HO, Quinta Época, p. 362. "INVASIÓN DE ESFERAS DE LA FEDERACIÓN A LOS ESTADOS Y VICEVERSA, AMPARO POR."

infracciones a la Constitución. Las siete leyes constitucionales de 1836 no tuvieron mayor relevancia, dado que nunca se ejercieron.

De esta forma y antes de que la federación tomara en sus manos la protección de la constitucionalidad, va a ser el Estado de Yucatán el que, al tomar decisiones autónomas, fijó en su Art. 7 lo que llamó como garantías individuales, de los que gozaba toda persona en el Estado, y en su Art. 9 estableció las formas de protección contra actos violatorios de garantías individuales cometidos por los jueces, donde se establecía que correspondía a sus superiores la corrección. El principal impulsor será el jurista Manuel Crescencio Rejón,¹⁴³ quien inicia con un concepto que ahora se encuentra en boga, el control difuso de la constitucionalidad.

Para efecto de este análisis vale la pena señalar que el Juicio de Amparo tiene su origen en la limitación de los actos arbitrarios de poder, como se describe con precisión al momento de establecer que serán las autoridades las que puedan emitir este tipo de actos, por tanto, al establecer en el Art. 124 de la Ley de Amparo abrogada que los actos que, por definición legal, afectan el interés social y el orden público, se está positivando la moral pública, apegándose a las doctrinas del formalismo jurídico y el formalismo ético. Baste señalar que la norma no hace referencia a su simple positivación que implica la consideración de improcedencia de la suspensión por estar contemplada en un tipo legal,

¹⁴³ BURGOA Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 42a. ed., Porrúa, México, 2008, pp. 106 y 107.

sino que se refiere al formalismo ético al establecer que se considera afectado el interés social y el orden público en los casos que detalla.

Al realizar un análisis conforme al espíritu de la norma, es evidente que este resulta de protección respecto de los actos arbitrarios, por tanto, la consideración vertida en el artículo 129 de la citada norma, establece que, a pesar de que pudieran resultar violatorios de Derechos Humanos, no se puede conceder la suspensión contra los actos que detalla este dispositivo legal. En virtud de lo anterior se asume que la naturaleza jurídica del dispositivo en cita y de la norma en comento, resultan contrarios e incluso contradictorios.

El Art. 124 de la Ley de Amparo abrogada señala expresamente que no procederá el otorgamiento de la suspensión cuando se contravengan disposiciones de orden público o se afecte al interés social, para posteriormente establecer un catálogo de casos específicos en los cuales se considera que se violenta el interés social o se violan disposiciones de orden público.¹⁴⁴

¹⁴⁴ ARTICULO 124.- ...

Se considera, entre otros casos, que sí se siguen esos perjuicios o se realizan esas contravenciones, cuando de concederse la suspensión:

- a) Se continúe el funcionamiento de centros de vicio, de lenocinios, la producción y el comercio de drogas enervantes;
- b) Se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos;
- c) Se permita el alza de precios con relación a artículos de primera necesidad o bien de consumo necesario;
- d) Se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave, el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, o la campaña contra el alcoholismo y la venta de sustancias que envenenen al individuo o degeneren la raza;
- e) Se permita el incumplimiento de las órdenes militares;

Los casos de excepción que marcaba el extinto artículo 124 siempre eran sujetos de una simple y sencilla subsunción, donde el Juez de Distrito o bien el Tribunal Colegiado, en su caso, se limitaban a señalar que el caso concreto encuadraba en alguno de los índices de dicho numeral y esa circunstancia era suficiente para que se negara la suspensión sin realizar un análisis de fondo.

Se encuentra, entonces, que la suspensión en la Ley de Amparo abrogada se sujetaba a un formalismo ético, donde se consideraba negarla porque el caso concreto se ubicaba en los lineamientos marcados por la ley, luego entonces era justo negar la suspensión por encontrarse así ordenado en el marco normativo aplicable. La primera crítica surge al establecer que el formalismo jurídico ético responde a un criterio de validez de la decisión, en este caso de negar la suspensión, apegada a que se realiza conforme a la norma jurídica positivada, es decir, si se apega a la norma es válido, y toda vez que la norma

f) Se produzca daño al medio ambiente, al equilibrio ecológico o que por ese motivo afecte la salud de las personas, y (sic)

g) Se permita el ingreso en el país de mercancías cuya introducción esté prohibida en términos de Ley o bien se encuentre en alguno de lo (sic) supuestos previstos en el artículo 131 párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se incumplan con las normas relativas a regulaciones y restricciones no arancelarias a la exportación o importación, salvo el caso de las cuotas compensatorias, las cuales se apegarán a lo regulado en el artículo 135 de esta Ley; se incumplan con las Normas Oficiales Mexicanas; se afecte la producción nacional;

h) Se impida la continuación del procedimiento de extinción de dominio en cualquiera de sus fases, previsto en el párrafo segundo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, salvo en el caso que el quejoso sea ajeno al procedimiento, situación en la que procederá la suspensión, sólo sí con la continuación del mismo se dejare irreparablemente consumado el daño o perjuicio que pueda ocasionarse al quejoso.

per sé es justa, entonces la decisión también será justa. Este principio del formalismo jurídico ético, *prima facie*, es una vía suficiente para evitar la dificultad contramayoritaria.¹⁴⁵

En México desde el inicio de la vigencia de la Ley de Amparo abrogada,¹⁴⁶ y hasta las reformas constitucionales de 2011,¹⁴⁷ regía el denominado Estado de Derecho, derivado de la escuela positivista, donde se hacía un examen normativo cayendo en el formalismo jurídico que se ha citado.

La decisión de la autoridad que resolvía sobre la suspensión en el ámbito del juicio de Amparo, no se apartaba de esta doctrina por lo que continuaba ciñéndose a el marco normativo, a grado tal que incluso la fijación de los efectos de la suspensión eran una cuestión accesoria e incluso opcional para el juzgador, como al efecto se infiere del último párrafo del artículo 124 de la Ley de Amparo abrogada.

¹⁴⁵ La Dificultad Conramayoritaria implica que una autoridad no puede dictar resoluciones contra la ley, porque implicaría que uno solo podría ir en contra de la decisión que tomaron millones por medio de sus representantes, es luchar contra la decisión de mayorías y en algunos casos inaplicar la norma.

¹⁴⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1936.

¹⁴⁷ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, considerada como la reforma de Amparo que daría origen a la Ley de Amparo publicada el día 3 de abril de 2013 en el Diario Oficial de la Federación. La segunda reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de junio de 2011 y que es considerada paradigmática porque establece la substitución de “garantías individuales” por “Derechos Humanos”, rasgo distintivo del Neoconstitucionalismo de raíces iusnaturalistas contra el estatismo y positivismo previo que privaba en la Carta Magna.

Bajo este esquema la suspensión se limitaba a señalar que en caso de concederse lo era para que las cosas quedaran en el estado en que se encontraban hasta la terminación del juicio en lo principal, cumpliendo con los extremos que fijaba la ley, es decir, la decisión también era formalista, agregando la ética derivada de la normatividad aplicable.

Este caso es un ejemplo claro y contundente del denominado Estado de Derecho, donde las autoridades cumplen apegándose a la normatividad existente, de forma tal que, aun cuando fuera algo injusto, era la norma la que privaba la decisión, en consecuencia el manejo del poder se encontraba en manos de los órganos del Estado en el ámbito de su competencia.¹⁴⁸ La forma legal y constitucional de limitar el poder que ejercía cada organismo estatal lo era mediante la expedición de normas, por tanto los criterios de validez e incluso éticos del Derecho eran marcados por el legislador, en un sentido formal y por todos los poderes en sus contenidos materiales. Esta anquilosada tendencia fue marcada íntegramente por el Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, cuando expresó:

“Los aspectos procesales más sensibles del juicio de Amparo, en opinión generalizada de diversos ilustres juristas, y cuyo sentir comparto en su totalidad, giran en torno de los llamados principios procesales del juicio de Amparo, los cuales, salvo variantes reducidas, a través de reformas meramente formales, no han sido modificados en lo substancial; de tal manera que su inamovilidad, como apuntó el ilustre jurista y actual ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, ha

¹⁴⁸ A pesar de la mal llamada “división de poderes”, lo cierto es que es una distribución de competencias, por lo que encontramos que cualquiera de estos “poderes”, organismos estatales, pueden tomar decisiones de contenido materialmente legislativas, administrativas y jurisdiccionales, aun cuando formalmente encuadren en el ámbito de competencia que tienen constitucional o legalmente asignados, así el “Poder Legislativo” emitirá actos legislativos, el “Poder Ejecutivo” emitirá actos ejecutivos y el “Poder Judicial” actos jurisdiccionales.

provocado que el juicio de Amparo haya dejado de ser una institución moderna que responda a las necesidades del siglo XXI y a las exigencias del Derecho público contemporáneo, convirtiéndose así en “... un mito, más que en una protección eficaz para los gobernados. En leyenda para el discurso, más que en justicia viva. En historia más que en presente.”¹⁴⁹

Es claro que el juicio de Amparo se convirtió en una sucesión de meros formalismos, en los cuales resultaba relativamente sencillo determinar desde un principio el resultado del juicio, así como predecir la toma de decisiones por parte de la autoridad de Amparo.

El sistema jurídico y principalmente el sistema Constitucional en el ámbito de protección de las garantías individuales se encontraba agotado y superado, aunado a la doctrina cada vez más aguda sobre el cambio de paradigma constitucional y la presión internacional que decantó más su peso a raíz del llamado Caso Radilla, expediente que al llegar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fue identificado como Varios 912/2010 y que desencadenó una serie de acuerdos que, si bien no eran necesarios, si resultaban novedosos y fundamentales para un cambio que se logró mediante las reformas constitucionales que han quedado referidas.

Esta reforma establece los Derechos Humanos como eje central y cambia completamente el paradigma de aplicación e interpretación del Derecho Constitucional,

¹⁴⁹ GONZÁLEZ Oropeza, Manuel y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Coordinadores, *El juicio de Amparo. A 160 años de la primera sentencia*, t I, 2011, México, IJ UNAM, pp. 62 y 63.

enfocado al juicio de Amparo y la institución materia de análisis en este trabajo, la suspensión.

Resultado del iusnaturalismo filosófico del que derivan, los Derechos Humanos son concepciones éticas, filosóficas y ontológicas, antes que jurídicas, por tanto tienen cabida en sistemas consuetudinarios,¹⁵⁰ en tanto que en los sistemas positivistas y estatistas todavía se complica su admisión, su interpretación, su aplicación y su cumplimiento. Este cambio constitucional es producto de una dinámica mundial que parte de la culminación de la Segunda Guerra Mundial y se expande principalmente en los continentes europeo, americano y africano (este último de forma muy limitada), asumiendo que en el continente Asiático aún se intenta desarrollar esta corriente filosófica.

En los movimientos Constitucionalistas que se generaron a nivel global, y de los que se hizo eco en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, particularmente en el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005,¹⁵¹ ya se habla inicialmente de los Derechos Humanos, cuando en instrumentos anteriores se hacía especial énfasis en el Estado de Derecho, de claras tendencias positivistas. Sin embargo,

¹⁵⁰ No debemos olvidar que el concepto de los Derechos Humanos deviene de un sistema consuetudinario, que a saber es el de los Estados Unidos de Norteamérica, donde el derecho se conforma día a día con cada resolución, y su interpretación constituye precedentes de aplicación vertical en dicho sistema, por tanto, no es necesario tenerlos definidos, sino que su conceptualización depende del caso concreto y la aplicación específica en cada tribunal. (Véase Art. Tres de la Constitución de los Estados Unidos de 1787)

¹⁵¹ De fecha 24 de octubre de 2005, donde la ONU da continuidad a un proyecto mundial iniciado con el Informe Brahimi y la Declaración del Milenio.

estudios y análisis sobre diversos sistemas jurídicos arrojaron que no era el Estado de Derecho, sino el Estado de Derecho Constitucional basado en el respeto a los Derechos Humanos, lo que se constituiría como un nuevo paradigma de protección más efectivo del ser humano. La Organización de las Naciones Unidas no es ajena a esta tendencia y cambia el sentido de su discurso de derecho, para hablar ahora de Derechos Humanos, por encima de la consolidación del Estado de Derecho. Este cambio tiene como origen una revolución doctrinaria que le proporcionó el fondo necesario para aterrizar.

Los avances de las críticas hacia el positivismo han pasado por diversos autores que señalan la ausencia de valores, principios y sobre todo libertad jurisdiccional, alegando en consecuencia desde lagunas hasta antinomias.

Considerando que nuestro sistema jurídico se fundamenta en el positivismo formal al llevar por necesidad la construcción de la norma en un sentido estricto y escrito, que implica dejar asentados sus elementos, sus posicionamientos y las consecuencias en su quebranto, en franca defensa los positivistas han sostenido que lo no contemplado en la norma jurídica no existe, que no puede ser considerado como antinomia ni como laguna, en alusión a los principios, valores y libertad jurisdiccional, lo que se puede entender bajo

dos perspectivas, bien sea que estos conceptos estén inmersos en la norma¹⁵² o bien que los principios no sean cuestión relevante considerando a la norma positiva como perfecta.

Sin embargo, como sostiene Norberto Bobbio,¹⁵³ ante estos avances del Derecho, a los que denomina sociológicos, el positivismo se ha defendido de tres formas fundamentales, a) negando los errores, b) modificando las tesis fundamentales y c) reconociendo expresamente el error, lo que ha generado en modificar su teoría para adaptarse a las nuevas tendencias principialistas.

Conjuntamente han surgido tres teorías fundamentales del positivismo para afrontar estos ataques bajo cuadros iusnaturalistas, el primero de ellos es establecer que el iusnaturalismo en cualquiera de sus vertientes parte de la teoría de la obediencia, es decir, la norma positiva debe ser obedecida, y posteriormente criticada. Por tanto, aún el sistema iusnaturalista parte del positivismo; la segunda de estas teorías es la denominada teoría jurídica del espacio vacío, sustentada por Bergbohm y Romano,¹⁵⁴ según la cual no existen lagunas ni antinomias en el derecho, dado que lo que no se encuentra específicamente contemplado en la norma es porque se trata de asuntos irrelevantes para el derecho, y; la tercera de estas teorías es la sustentada por Zitelman y Donati¹⁵⁵ denominada teoría de la

¹⁵² Paradójicamente esta corriente será tomada por el Neoconstitucionalismo que parte de la idea de abstraer el principio o valor de la norma de forma previa a la ponderación.

¹⁵³ BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991, 12ª ed. 2012 pp. 62 y 63.

¹⁵⁴ Ídem.

¹⁵⁵ Ídem.

norma jurídica exclusiva, según la cual no existen antinomias ni lagunas en el derecho, dado que lo que no se encuentra contemplado por la ley especial cae en el campo de aplicación e interpretación de la norma general. Según esta doctrina el último de los reductos donde se encontrará contemplado todo caso será la Constitución, como representación física y escrita de la norma fundante a que alude Kelsen en su *Teoría pura del Derecho*.

Uno de los autores que ha tomado con más énfasis esta problemática para transformarla, con un ánimo conciliador, ha sido Luigi Ferrajoli, quien por medio del positivismo crítico considera la existencia de los principios de forma ajena a la norma y como aspiraciones de la misma.

Luigi Ferrajoli¹⁵⁶ desarrolla un análisis de la dogmática penal al cual denominó como garantismo penal, que posteriormente llevó a constituir una Teoría del Derecho denominada Garantismo¹⁵⁷ dentro de la que encontramos el positivismo crítico, que implica la validez de una norma en dos sentidos, el primero que tiene que ver con la pertenencia a un sistema jurídico, que atiende a la validez formal, y en un segundo que refiere que dicha norma no puede derogar los principios que se encuentran establecidos en la norma superior, es decir, una validez material.

¹⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit., pp. 129-134.

¹⁵⁷ Considera Ferrajoli que cuando se realiza un estudio sobre una materia específica se habla de la dogmática de dicha materia, en cambio cuando se trata de un análisis sobre tópicos que afectan a toda la esfera de derecho, entonces se habla de una teoría de alcances filosóficos. (Véase FERRAJOLI, Luigi, Op. Cit. p. 22)

El maestro italiano, Ferrajoli, habla en su teoría del Garantismo de las garantías primarias, que atañen a los derechos fundamentales y las garantías secundarias, que establecen los medios instrumentales y procesales de protección de las primarias. El Derecho Constitucional Mexicano abandona el término de garantías primarias para mutar a Derechos Humanos,¹⁵⁸ y conserva el de garantías secundarias, a las que se refiere exclusivamente como garantías, y son todas aquellas figuras jurídicas, constitucionales y procesales en ambas dimensiones, tendientes a la protección y respeto de los Derechos Humanos.

La teoría de Ferrajoli, que desde luego es más extensa de lo citado, concuerda con lo que previamente había establecido el jurista español Gregorio Peces-Barba,¹⁵⁹ quien señaló en el año 1995 que son valores de la ética pública ejercida por el estado, la solidaridad, igualdad, libertad y seguridad, que en su conjunto garantizan una racionalidad humana.

¹⁵⁸ Esta tensión será tema de un nuevo estudio, pero la terminología adecuada debió ser la de Derechos Fundamentales, concepto en el cual se puede encuadrar el de Derechos Humanos, pero llevados al campo positivista, entrando a definiciones jurídicas e incluso a la posibilidad de suspensión, sin entrar en un conflicto directo que conlleva un sistema positivista con una institución iusnaturalista. Incluso actualmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación se encuentra en un debate sobre el reconocimiento de Derechos Humanos a las llamadas personas morales o jurídicas, donde, en una primera tesis, la primera sala estableció que si eran sujetas de Derechos Fundamentales, entendiendo por éstos los Derechos Humanos positivados. El trasfondo tal vez toque temas de jerarquía normativa, donde la Constitución estará por encima de los Derechos Humanos, pero habrá que esperar la resolución final.

¹⁵⁹ PECES-BARBA, Gregorio, *Ética, poder y derecho*, México, Fontamara, 1995, reimpr. 2004.

Lo trascendente es que Peces-Barba deja la política pública, como ejercicio del poder y consecuentemente ejercicio del derecho, llena de principios a los que denomina valores, y que estos conllevan a la racionalidad humana. Su doctrina se aleja del positivismo reinante en la época para llegar a un sistema de razonabilidad humana por encima del formalismo jurídico. La doctrina de Peces-Barba se ubica dentro de la ética material, que atiende al contenido y no sólo a la forma.

Bajo este nuevo criterio, también sustentado por Ferrajoli, lo justo del acto jurídico y específicamente el de autoridad, no sólo es que se apegue a la norma (derecho positivo), sino que además esta norma no revoque los valores que debe llevar la política pública y que conlleva a la racionalidad humana (derecho natural).

Particularmente en México, en franca oposición a las teorías del espacio vacío y de la ley especial, donde se considera que no existen lagunas ni antinomias, Eduardo Ferrer Mac-Gregor¹⁶⁰ comentó que, en materia de Derecho Constitucional, pueden existir omisiones dentro del texto constitucional omisiones constitucionales, omisiones en normas secundarias que violentan la Constitución inconstitucionalidad por omisión, omisiones en normas secundarias o sub constitucionales que dan lugar a ilegalidad por omisión, y omisiones por incumplimiento a tratados internacionales que dan origen a la

¹⁶⁰ MANILI, Pablo Luis, Coordinador, *Marbury vs Madison reflexiones sobre una sentencia bicentenario*. México, Porrúa, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, No. 46., 2011, pp. 81-109.

inconveniencia por omisión. De cada uno de estas conceptualizaciones de omisión, también señala que pueden ser de carácter administrativo, judicial y legislativo. Este último es el que interesa en este momento, analizando el cambio de paradigma que se está viviendo en México.

México es parte de la comunidad internacional, lo que lo lleva a ser reconocido como tal es su existencia jurídica en el ámbito internacional, lo que Kelsen denomina como Norma fundante internacional. Al ser parte de esta comunidad está obligado a respetar aquellas obligaciones que hubiere adquirido por voluntad (tema bastante discutido en la actualidad ante la globalización). Uno de los tratados internacionales que ha suscrito México es la Convención Americana sobre Derechos Humanos,¹⁶¹ y ésta, en sus artículos 1 y 2, establece la obligación de los Estados firmantes para llevar a cabo todo tipo de procesos legislativos para adecuar su legislación interna en la protección de los Derechos Humanos consagrados en esta convención.

Con la firma de la convención citada y más adelante con la resolución al caso Radilla, Varios 912/2010, se dejó claro que la Constitución Mexicana y las leyes que de ella derivan, no eran más producto de un positivismo fundamentalista, que el Estado de Derecho dejaba de tener vigencia cediendo su lugar a el Estado Constitucional de Derecho, producto del Neoconstitucionalismo naciente, en el cual se da prioridad a los principios y valores como

¹⁶¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.

aspiraciones a los cuales deben sujetarse todas las normas, incluyendo la constitucional, idea apoyada de plano por Luigi Ferrajoli al exponer su teoría del positivismo crítico que ya ha sido citada. A partir de esta nueva concepción del Derecho Constitucional, los principios y valores cobran importancia por encima de la norma, como se verá a continuación.

Todo cambio a la Constitución puede ser entendido como un cambio sustancial al orden jurídico en un área determinada, como bien sostiene el Magistrado Andrés Pérez Lozano¹⁶² al señalar:

“El principio de supremacía constitucional deriva del carácter fundante que la Constitución tiene respecto del orden jurídico, ya que ella no sólo es el origen formal de las fuentes primarias del Derecho—al diseñar un procedimiento especial para su creación—, sino también, hasta cierto grado, es su origen sustancial, pues determina en mayor o menor cuantía el contenido material de dicho sistema.”

En palabras de Andrés Pérez Lozano, la Constitución determina el contenido material del sistema, lo que bien podría corresponderse con el formalismo jurídico y consecuentemente con el formalismo ético.

Sin embargo, la Constitución no sólo conlleva normatividad expresa, sino que, como plan de vida y siendo un documento político, también se encuentra inmerso de valores y principios, los cuales infunden necesariamente en el sistema jurídico.

¹⁶² PÉREZ Lozano, Andrés, *El control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano*, México, Novum, 2011, p. 23.

La reforma constitucional que se ha venido refiriendo de 10 de junio de 2011, marca un cambio completo de paradigma. Para comprenderlo, sin perder de vista el objeto de análisis de este ensayo, se partirá del artículo 1º constitucional en su segundo párrafo para establecer los alcances de la reforma, el cual señala.

Las normas relativas a los Derechos Humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Los Derechos Humanos son concepciones éticas, filosóficas y ontológicas antes que jurídicas, por tanto, se trata de conceptos jurídicos indeterminados, pero determinables a partir de una situación concreta y específica. Así hablar de “Derecho Humano de libertad”, “Derecho Humano a la información”, “Derecho Humano a la vida”, en realidad no dicen nada, pero cuando se ubican en un caso determinado es cuando adquieren un valor y una intensidad, su construcción se transforma en moral y ética, incluso de contenidos filosóficos, regresando al origen legítimo de los Derechos Humanos.

Esta primera parte implica un trabajo de análisis y valoración necesaria, que se robustece al señalar que las normas que protegen Derechos Humanos se interpretarán de

conformidad con la Constitución (Principio de interpretación conforme), con los tratados internacionales donde el Estado Mexicano sea parte (Principio de Convencionalidad) y procurando la mayor protección a la persona (Principio de interpretación pro persona).

Bajo estos nuevos parámetros interpretativos y de aplicación de la protección de los Derechos Humanos, es indiscutible que ya no cabe la subsunción simple, ya que la autoridad de Amparo se encuentra obligada a dar razón suficiente de sus actos, donde no basta el principio añejo y todavía de aplicación práctica de fundar y motivar los actos, es decir, la moralidad y la racionalidad intersubjetiva dominan el espectro de las normas positivas.

Con estas pautas interpretativas se pretende también terminar con el decisionismo judicial a que se refieren Manuel Atienza y Cárdenas Gracia, al señalar que se deja el campo abierto para que el juzgador caiga en un activismo que perjudique al sistema jurídico.

El cambio paradigmático de la forma de juzgar lleva implícito el riesgo de que las decisiones judiciales sean producto de circunstancias personalísimas del operador jurídico, como acertadamente lo sostiene Duncan Kennedy,¹⁶³ donde la ideología, experiencias e inclinaciones del juzgador se ven reflejadas en sus resoluciones.

¹⁶³ KENNEDY, Duncan, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. México, S XXI, 2010, como integrante de la corriente doctrinaria denominada Critical Legal Studies de la Universidad de Harvard, Boston, EE UU, señala la dificultad que enfrenta un juzgador para emitir una resolución, puesto que debe aplicar una

Kennedy ahonda en el tema y establece el riesgo latente, y en muchas ocasiones real y vigente, de que las decisiones de los jueces sean tomadas de manera personal, que denomina decisión estratégica, que implica que el juzgador primero resuelve y después se ocupa de las probanzas que fueron ofertadas y su valoración para justificar su decisión y dotarla de un fondo, en apariencia, ideológico. Esta dificultad para el operador jurídico implica lidiar con todos los factores que participan en la Litis, el planteamiento de las partes respecto de los hechos, el material probatorio ofertado, el material jurídico¹⁶⁴ y la ideología de quienes formaron la norma, quienes la interpretaron (Cortes y Tribunales) y quienes pretenden su aplicación (Abogados y Partes), para después confrontarla con sus ideales, creencias e ideologías.

Pensar que un operador jurídico se desentiende de todos sus antecedentes ideológicos para dictar una resolución es absurdo, ya que no existen casos fáciles de una simple subsunción, y menos aún, a partir de la reforma a que aludo, tampoco existen jueces atados al derecho o jueces restringidos por el texto,¹⁶⁵ sino que la terminología de la

norma inmersa en la ideología del juzgador, adecuarla a su propia ideología y satisfacer la ideología del justiciable.

¹⁶⁴ Es interesante como KENNEDY (Véase Izquierda y... Op. Cit., p. 31) señala que no se les debe llamar fuentes sino material jurídico a la doctrina, la ley, la jurisprudencia, donde todos juegan un papel importante al momento de tomar una decisión jurisdiccional. Considera que la interpretación jurídica es un trabajo, que se realiza en un medio y con ciertos materiales. Existe coincidencia con esta terminología en virtud de que efectivamente, al citar una doctrina, una tesis o una opinión orientadora, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, son directrices que servirán de soporte y fundamento a una determinación judicial, misma que se construye, no se descubre.

¹⁶⁵ Ibidem., p. 33.

reforma constitucional obliga a realizar estudios más serios y profundos, cuestionando incluso el sentido formal y material de la norma.¹⁶⁶

La obligatoriedad constitucional señalada en el párrafo segundo del artículo primero respecto a interpretar y aplicar las normas protectoras de Derechos Humanos apegados a los principios y valores, constituye a éstos como elementos normalizadores del sistema jurídico, al dotarlos de un contenido sustancial más allá del texto normativo y limitando las apreciaciones ideológicas del operador jurídico primario.

El texto constitucional reconoce que ya no pueden existir, en materia de Amparo y protección de Derechos Humanos, casos fáciles, se encontrarán casos difíciles o de penumbra, los cuales deben ser interpretados como casos de colisión entre principios y reglas (Dworkin¹⁶⁷), como casos de ponderación (Alexy¹⁶⁸) e incluso como casos de dilemas constitucionales (Lorenzo Zucca¹⁶⁹).

¹⁶⁶ Este último punto cobra vital relevancia a la luz de lo establecido en el artículo noveno transitorio del decreto de reforma publicado el 10 de junio de 2011, donde señala que todo precepto contrario al texto reformado queda derogado.

¹⁶⁷ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Gedisa, 1992, pp. 61-101.

¹⁶⁸ CARBONELL, Miguel, *Coordinador. Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, México, Porrúa, 2011, p. 2. Alexy considera que los principios son mandatos de optimización que ordenan hacer algo en la medida de las posibilidades, describiendo su indefinición y valor relativo.

¹⁶⁹ ZUCCA, Lorenzo, *Dilemas Constitucionales*, Madrid, Marcial Pons, 2011. Menciona Zucca que los dilemas constitucionales no admiten una respuesta válida y que siempre se sacrificará un derecho en definitiva. No cabe una solución pragmática ni cualitativa ni cuantitativa, lo que se comprende si se analiza que corresponde a una colisión, siguiendo a Dworkin, de principios y valores idénticos sin que se les conceda un peso especial en la problemática planteada, excluyendo a Alexy.

En síntesis, la subsunción simple¹⁷⁰ ha quedado totalmente fuera del espacio de aplicación de normas en contenidos de Derechos Humanos, más aún cuando se trata de la garantía del juicio de Amparo como medio de protección de estos derechos fundamentales.

Ahora, a la luz de la reforma constitucional, lo único que tiene validez es el análisis ponderativo y la aplicación del test de proporcionalidad.¹⁷¹ Este cambio también resulta paradigmático en la forma de juzgar y resolver cuestiones que involucran Derechos Humanos, lo que marca la nueva forma indispensable que tiene la Suprema Corte de Justicia de la Nación para resolver temáticas de Amparo y Derechos Humanos.

Siendo el Juicio de Amparo el medio idóneo para la resolución de conflictos entre gobernados y autoridades con relación a la violación de Derechos Humanos, entonces este cambio paradigmático también incide hacia la resolución de la suspensión que se llegue a proponer.

¹⁷⁰ Resulta necesario matizar el término, dado que asumiendo una posición de aplicación del Derecho como fenómeno lingüístico implica que al final del proceso de ponderación, se debe determinar si un hecho tiene cabida en un supuesto normativo, lo que se denominará como subsunción. La referencia es clara tendiente a la diferenciación entre casos fáciles o casos difíciles, donde los últimos implican un proceso decisorio bastante más complejo. La aplicación del silogismo demostrativo aristotélico deja de tener vigencia, apartándonos de la lógica formal, entonces la simple subsunción deja de tener aplicación para abandonar el modelo de racionalidad estático (racionalidad-justificación-logicalidad), para llegar a un modelo de racionalidad dinámico (racionalidad-criticismo-logicalidad).

¹⁷¹ Tesis 1ª. CCLXVIII/2016, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima época, I. 36, t. II, noviembre de 2016, p. 915.

El artículo 129 de la Ley de Amparo establece las condiciones que se deberán cumplir para que se conceda la suspensión del acto reclamado, y de nueva cuenta, de forma análoga a el contenido del extinto artículo 124 de la ley abrogada, establece los casos en que el interés social y el orden público son afectados de forma especial, evidenciando la negativa de la suspensión.

A pesar de lo anterior, se adiciona un párrafo al artículo 129, mismo que por su trascendencia se cita, “El órgano jurisdiccional de Amparo excepcionalmente podrá conceder la suspensión, aun cuando se trate de los casos previstos en este artículo, si a su juicio con la negativa de la medida suspensiva pueda causarse mayor afectación al interés social.” Evidentemente los lineamientos marcados en el numeral 129 se constituyen como la regla general para negar la procedencia de la suspensión planteada, ante la cual procede como excepción, conceder la medida solicitada bajo parámetros argumentativos:

Si a su juicio...
Pueda causarse...
Mayor afectación...
Al interés social.

Se puede apreciar que no existe una regla tasada respecto a lo que se debe entender por cada uno de los lineamientos establecidos, incluso el primero es de índole personalísima.

Con relación a el papel argumentativo que debe tomar el operador jurídico, se pueden encontrar tres tipos de jueces, según la definición de Duncan Kennedy,¹⁷² el juez activista (restringido) que podrá estar en desacuerdo con la norma, establecerá una crítica, pero se ceñirá a su contenido; el juez mediador que buscará puntos intermedios entre las partes del conflicto, manifestándose como conector de la ideología de ambos, y; el juez bipolar, que mezcla rasgos de los dos tipos previos.

En todo caso la tendencia ideológica del juzgador es la que marcará las posibilidades plausibles de solución al primero de los lineamientos para determinar si a su juicio es necesario entrar a un estudio mayor que rompa los parámetros generales que establece el artículo 129 en comento. Esta tendencia deberá ser argumentada sobre principios y valores que marca el Derecho Constitucional bajo el parámetro interpretativo ya detallado.

Los tres parámetros restantes son de contenido argumentativo, resaltando el tercero de ellos donde refiere una mayor afectación a el interés social, necesariamente impone la obligación al juzgador de contrastar las afectaciones privadas o particulares en oposición a el interés social, la afectación al interés social en caso de negar la suspensión y la afectación al interés social en caso de conceder la suspensión. En ambos casos caeremos en la colisión de principios o valores que señalaban Dworkin y Alexy.

¹⁷² KENNEDY, Duncan, *Izquierda y ...*, Op. Cit. pp. 38-45.

Es de resaltar la utilización de la palabra “excepcionalmente” que contiene el último párrafo del artículo 129, porque supone que el criterio de ponderación sólo sea suficiente en el caso de que se llegare a conceder la medida de suspensión a pesar de la prohibición expresa contenida en la norma, sin embargo este concepto deviene en una antinomia legal al oponerse a lo expuesto en el numeral 138, donde señala que el órgano jurisdiccional al promoverse la suspensión, deberá realizar un análisis ponderado respecto de la apariencia del buen derecho y el orden social, para resolver si concede o niega la suspensión.

En consecuencia, la excepción que señala el artículo 129 en realidad se convierte en una regla atendiendo a lo dispuesto en el 138, ambos de la Ley de Amparo, y considerando que la ponderación es una actividad de argumentación que se consagra además a la aplicación específica del test de proporcionalidad, y que estas razones llevan implícito el derecho de certeza jurídica hacia el gobernado, en aplicación a el principio pro persona que contiene el artículo primero Constitucional, en su párrafo segundo, entonces, de ambas disposiciones contenidas en los artículos 129 y 138 de la Ley de Amparo, se tomará la que otorgue una mayor protección al gobernado, que es la regla interpretativa consagrada en el artículo 138 que indica que, independientemente de que se conceda o niegue la medida de suspensión planteada, el juzgador deberá realizar una ponderación sobre la apariencia del buen derecho y la afectación al interés social.

La obligación argumentativa de ponderación establecida en el numeral 138 de la Ley de Amparo supera en extensión e intensidad a la consagrada en el 129, por lo que debe prevalecer la primera mencionada.

En síntesis, nos encontramos en presencia de una figura totalmente ponderativa, que se aleja de los fundamentalismos positivistas para caer en un Neoconstitucionalismo, incluso fuera de un positivismo crítico, dado que los límites que marca la misma norma son de carácter ético y no normativo.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor,¹⁷³ señala que los nuevos términos de esta fracción obligan a efectuar una “ponderación” considerando la “apariencia del buen derecho”, de donde deviene que incluso los casos marcados como regla por el artículo 129, ya no lo son como tal.

En conclusión, las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011 marcan un cambio paradigmático en la forma de juzgar que tiene ahora no sólo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino toda autoridad, a pesar de que ha resultado acotado este concepto por la misma Corte al señalar que sólo se constriñe a jueces en mérito de su

¹⁷³ FERRER Mac-Gregor, Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de Amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*. México, Porrúa, 2013. pp. 62-97.

competencia de aplicación de ley, y a la corte y sus organismos como revisores finales de constitucionalidad y convencionalidad.

La argumentación jurídica, como doctrina dogmática del derecho de Amparo, impone una serie de reglas que deben ser conocidas por las autoridades jurisdiccionales en materia de suspensión, porque ya se ha convertido en regla que esta medida sea concedida, o negada en su caso, bajo criterios argumentativos de ponderación sobre aplicación de principios y valores procurando la mayor defensa al gobernado en términos del artículo 1º Constitucional, y en estricto apego a la legalidad ordenada en el numeral 129 y 138 de la Ley de Amparo.

No es erróneo definir a la suspensión como una medida cautelar ponderativa, lo que también obliga a el operador jurídico secundario, sean abogados, partes, legisladores o funcionarios, a conocer el amplio espectro de los Derechos Humanos y su argumentación, así como los principios de debido proceso y test de proporcionalidad, tanto en sede judicial interna como en materia de convencionalidad.

Argumentar es devolver a el abogado como primer operador jurídico en la cadena jurisdiccional el papel de libre pensador, devolver la dignidad de la profesión que no se limita a una mera subsunción de hechos a la norma, sino en la manifestación clara de la voluntad de pensar, ejercer y defender. Argumentar es defender, es plantear, es tomar una

posición y llevarla al final de proceso, y no sólo conocer una regla y pretender que cabe en todo caso.

Es innegable que la suspensión del acto reclamado en materia de Amparo es la forma primigenia en que el gobernado que busca la protección de la justicia federal, conoce el verdadero ámbito del generoso juicio de derechos fundamentales, no en vano es conocida esta institución como un Amparo provisional, a pesar de que el término no es correcto y llega a dar lugar a muchas confusiones, lo cierto es que se debe reconocer que es la figura intraprocesal más importante del juicio de Amparo.

Con la reforma constitucional y la Ley de Amparo vigente queda muy claro que por lo menos en materia de Derechos Humanos, han quedado atrás los tiempos del Estado de Derecho para pasar a los Neoconstitucionalismos. El Garantismo pronto dejará de ser una simple teoría para llegar a ser un antecedente de, lo que en es más importante, la argumentación y la ponderación de contenidos morales, con procesos de significación propios y calificaciones morales ex post, entendiendo a estas como un proceso dialógico y dialéctico necesario de corrección del sistema jurídico. El Derecho se transforma como lenguaje para ser de una profunda moralidad, pero aún sigue siendo construido como un medio ideológico de soluciones.

Los principios lógicos fundamentalistas y axiológicos tales como la teoría de la fórmula del peso de Robert Alexy¹⁷⁴ sólo se constituirán como antecedentes históricos que no pueden suplir a la razón, el conocimiento y la pasión que implica la argumentación.

En este sentido la reforma constitucional de 6 y 10 de junio de 2011 cambia la forma de juzgar en México, la normaliza con los sistemas internacionales, pero, sobre todo, devuelve el carácter humanitario y de inteligencia a la función jurisdiccional, entendiendo la participación de todos los operadores jurídicos, legisladores, abogados, jueces, partes, funcionarios en general.

La suspensión en el juicio de Amparo no contiene una excepción facultativa, sino una obligación ponderativa, por lo que el texto contenido en el último párrafo del artículo 129 debía ser eliminado para integrarlo en el artículo 138, con el fin de dejar de considerarlo como un caso excepcional y convertirlo en una verdadera obligación jurisdiccional, una obligación de carácter moral, de racionalidad objetiva e intersubjetiva, de significación propia y de calificación moral posterior. Un modelo ideológico de soluciones fundado en la moral sociocultural.

¹⁷⁴ CARBONELL, Miguel, Op. Cit. p. 1-26.

Bibliografía

- AGUSTÍN, S. (s.f.). *Confesiones*.
- ALEXY, R. (2012). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- ARISTIZÁBAL Hoyos, P. (2009). Intersubjetividad y comunicación. *Acta fenomenológica latinoamericana. Coloquio latinoamericano de fenomenología* (págs. 335-355). Morelia: Universidad Michoacana San Nicolás de Hidalgo.
- ARISTÓTELES. (s.f.). *Ética a Nicómaco*.
- BECERRA, J. (2014). *La semiótica como metodología*. México: Universidad Autónoma de Zacatecas.
- BEUCHOT, M. (2015). *La hermenéutica y el ser humano*. México: Paidós.
- BOBBIO, N. (1991). *El problema del positivismo jurídico*. México: Fontamara.
- BUCKERT, W. (2009). *La creación de lo sagrado. La huella de la viología en las religiones antiguas*. Barcelona: Acantilado.
- BUNGE, M. (2015). *Epistemología*. México: S XXI.
- BURGOA Orihuela, I. (2008). *El juicio de amparo*. México: Porrúa.
- CAMPS, V. (2015). *Concepciones de la ética*. Madrid: Trotta.
- CARBONELL, M. (2011). *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. México: Porrúa.
- CASTRO y Castro, J. (1991). *La suspensión del acto reclamado en el Amparo*. México: Porrúa.
- CHANGEUX, J. (1983). *El hombre neuronal*. Madrid: Espasa Calpe.
- CHOMSKY, N. (2015). *Arquitectura del lenguaje*. México: Trillas.
- CORTINA, A. (2014). *Neuroética y neuropolítica*. Madrid: Tecnos.
- COURTIS, C. (2006). *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de investigación jurídica*. Madrid: Taurus.
- DAMASIO, A. (201). *El extraño orden de las cosas*. Barcelona: Ariel.
- DAMASIO, A. (2017). *El error de Descartes*. México: Ariel.
- DE LA FUENTE Flores, V. H. (2016). *Cerebro, subjetividad y libre albedrío*. México: Herder.
- DUMMET, M. (1993). *Lenguaje y comunicación*. Oxford: Oxford Press.
- DUSSEL, E. (2016). *14 tesis de la ética. Hacia la esencia del pensamiento crítico*. Madrid: Trotta.
- DWORKIN, R. (1992). *Los derechos en serio*. Barcelona: Gedisa.

- DWORKIN, R. (2008). *El imperio de la justicia*. Barcelona: Gedisa.
- ECO, U. (2018). *Tratado de semiótica general*. México: Debolsillo.
- EVERS, K. (2013). *Cuando la materia se despierta*. Madrid: Katz.
- FERRAJOLI, L. (2011). *Epistemología jurídica y garantismo*. México: Fontamara.
- FERRER Mac-Gregor, E. (2013). *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional la nueva ley de amparo*. México: Porrúa.
- FINGERMAN, G. (1972). *Lógica y teoría del conocimiento*. Buenos Aires: El Ateneo.
- FOUCAULT, M. (1999). *El orden del discurso*. Buenos Aires: Tusquets.
- GADAMER, H.-G. (2012). *Verdad y método*. Salamanca, Esp.: Sígueme.
- GALUCCIO, L. (2005). *Diccionario de sociología*. México: S XXI.
- GARZÓN Valdés, E. (1998). *Derecho y moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona: Gedisa.
- GILSON, E. (1974). *Lingüística y filosofía*. Madrid: Gredos.
- GONZÁLEZ Laporta, M. (2013). *El juicio de amparo. A160 años de la primera sentencia*. México: IJ UNAM.
- GREIMAS Algirdas, J. (1994). *Semiótica de las pasiones. De los estados de las cosas a los estados de ánimo*. México: S XXI.
- HABERMAS, J. (2011). *Verdad y justificación*. Madrid: Trotta.
- HEIDEGGER, M. (2005). *Ser y tiempo*. Madrid: Trotta.
- HEIDEGGER, M. (2007). *De la esencia de la verdad*. Barcelona: Herder.
- KANT, I. (2010). *Crítica de la razón pura*. México: FCE.
- KELSEN, H. (1991). *¿Qué es la justicia?* México: Fontamara.
- KELSEN, H. (2013). *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa.
- KENNEDY, D. (2010). *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. México: S XXI.
- KUHN, T. (2009). *Estructura de las revoluciones científicas*. México: FCE.
- LACAN, J. (1975). *Escritos 2*. México: S XXI.
- LAPORTA, F. (1993). *Entre el derecho y la moral*. México: Fontamara.
- MANILI, P. L. (2011). *Marbury vs Madison. Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*. México: Porrúa.
- MERLEAU-PONTY, M. (1945). *Fenomenología de la percepción*. París: Éditions Gallimard.

- MORENO, J. E. (2015). Pensar la ideología y las identidades políticas. Aproximaciones teóricas y usos prácticos. *Estudios Políticos*, 39-59.
- PECES-BARBA, G. (1995). *Ética, poder y derecho*. México: Fontamara.
- PÉREZ Lozano, A. (2011). *el conrol de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano*. México: Nóvum.
- RADBRUCH, G. (1951). *Introducción a la filosofía del derecho*. México: FCE.
- RIBAS, A. (2015). *Prehistoria del derecho. Sobre una "genética" de los sistemas jurídicos y políticos desde el paleolítico*. Madrid: Almuzara.
- RIBEIRO Toral, G. (2015). *Verdad y argumentación jurídica*. Guanajuato, Méx.: Porrúa.
- RICOEUR, P. (1994). *Ideología y utopía*. Barcelona: Gedisa.
- ROMANO, S. (1963). *El ordenamiento jurídico*. Madrid: Instituto de estudios políticos.
- RONCHI, R. (2008). *La verdad en el espejo. Los presocráticos y el alba de la filosofía*. Madrid: Akal.
- ROSS, A. (1994). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires: Eudeba.
- RYLE, G. (2005). *El concepto de lo mental*. Barcelona: Paidós.
- SANDEL, M. (1992). The procedural republic and the unencumbered self. En S. y. Shalit, *Communitarism and individualism* (págs. 19-35). Oxford: Oxford Press.
- SANDEL, M. (2011). *Justicia, ¿hacemos lo que debemos?* Barcelona: Debate.
- SAPIR, E. (1985). *Cultura, lenguaje y personalidad*.
- SAUSSURE, F. (1999). *Curso de lingüística general*. Buenos Aires: Lozada.
- SEARLE, J. (1992). *Intencionalidad*. Madrid: Tecnos.
- SEARLE, J. (2018). *Ver las cosas como son. Una teoría de la percepción*. Madrid: Anaya.
- SEN, A. (2010). *La idea de la justicia*. Madrid: Taurus.
- STRAUSS, L. (1984). *El pensamiento salvaje*. México: FCE.
- TAMAYO y Salmorán, R. (2004). *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. México: IJ UNAM.
- TAMAYO y Salmorán, R. (2013). *Los publicistas medievales y la formación de la tradición política de occidente*. México: IJ UNAM.
- VAN DJIK, T. (2005). *Ideología, una aproximación interdisciplinaria*. Barcelona: Gedisa.
- VÁZQUEZ, R. (2019). *Teorías contemporáneas de la justicia. Introducción y notas críticas*. México: IJ UNAM.
- VERNEGO, R. (1996). Alrededor del problema de la verdad en Kelsen. *Anuario de filosofía jurídica y social*, 83-112.

VILLORO, L. (2010). Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos. *Isonomía*, 1-45.

WALZER, M. (1993). *Las esferas de la justicia*. México: FCE.

WITTGENSTEIN, L. (2013). *Tractatus logico-philosophicus*. México: Alianza.

WUNDT, W. (1874). *Fundamentos de psicología fisiológica*. Berlín: Engelman.

ZAGREBELSKY, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid: Trotta.

ZUCCA, L. (2011). *Dilemas constitucionales*. Madrid: Marcial Pons.

CONSULTAS EN INTERNET.

VON WRIGTH, G. H., Logic deontic, <http://links.jstor.org/sici?sici=0026-4423%28195101%292%3A60%3A237%3C1%3ADL%3E2.0.CO%3B2-C>, consultado el 26 de abril de 2019, recuperado 22:15 Hrs.