

EPÍLOGO: REVISIÓN CRÍTICA DEL IUSPOSITIVISMO

Revisitar a un pensador del pasado, como Francisco Suárez, es una oportunidad —decíamos— para proyectar sus ideas y examinar los problemas actuales. Algunos dirán que es un error analizar un asunto con los ojos propios de tiempos distintos, en los que se pensaba, se creía y se sentía el mundo y la vida de otros modos. No obstante, la revisión histórica ayuda, en unos casos, a poner ciertos desafíos en perspectiva y, en otros casos, a ver que tales o cuales novedades en realidad son parte de una tradición mucho más amplia. En el caso de la filosofía del derecho, Suárez es también una oportunidad para una revisión crítica del iuspositivismo.

En 2006, el filósofo estadounidense Ronald Dworkin ofreció una conferencia en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Su conferencia inició con un dato muy simple: hacía poco se había dictado una orden de aprehensión en contra de Donald Rumsfeld, secretario de Defensa del entonces presidente de Estados Unidos, George W. Bush, por crímenes contra la humanidad en Irak, por parte de un juez alemán.⁴²⁶

Los actos señalados por el juez alemán no fueron cometidos por un ciudadano alemán (pues se trataba de Rumsfeld) ni en contra de ciudadanos alemanes ni en territorio alemán. Tampoco se trataba de un juez que perteneciera a una corte internacional, como la Corte Penal Internacional, que conociera de ese tipo de actos cometidos por personas físicas.

A partir de este hecho, Dworkin ilustró cómo las decisiones judiciales están basadas en ciertas concepciones jurídicas (en particular, en corrientes filosóficas del derecho). En ese caso, la decisión del juez alemán se aproximaba al iusnaturalismo y contrariaba al iuspositivismo.

El iuspositivismo asume que el derecho es tal cuando es creado por una autoridad, cumpliendo con las reglas de creación del derecho y en un territorio determinado. De ello se deduce —como diría Dworkin— que la ley

⁴²⁶ Dworkin, Ronald, *From Justice in Robes to Justice for Hedgehogs*, cit., DVD conferencia.

que crea la reina de Tobago no es válida en México: he ahí el énfasis territorialista del iuspositivismo.

Frente a la concepción iuspositivista que considera al derecho como válido sólo para territorios determinados, tenemos el caso de un juez que parece pretender lo contrario. El iusnaturalismo y el iuspositivismo son corrientes filosóficas del derecho que pretenden definir lo que es el derecho y explicar cuándo es válido el derecho, pero lo hacen de un modo distinto. Para el positivismo jurídico, el derecho es válido —decíamos— cuando es creado por una autoridad soberana, cumpliendo con un procedimiento formal preestablecido y para un territorio determinado. En cambio, el iusnaturalismo moderno considera que las condiciones que señala el iuspositivismo son necesarias, pero no suficientes. Como hemos dicho numerosas veces, el derecho es, de acuerdo con el iusnaturalismo, más que la decisión de una autoridad; es más que el cumplimiento formal de un procedimiento de creación de ley; y no conoce, en ocasiones, de fronteras territoriales, como ocurre en el caso de los derechos humanos. Para el iusnaturalismo, la validez del derecho está asociada a criterios morales.

Estas concepciones iusfilosóficas se traducen en interpretaciones distintas del derecho y, por lo tanto, en formas de practicarlo también enteramente distintas. Nuestra premisa es que la práctica del derecho —por ejemplo, la labor que realizan los jueces— puede ser objetivista y principalista (como lo propugna el iusnaturalismo), por oposición a una concepción subjetivista, territorial, normativista y formalista (que defiende el iuspositivismo).

El caso del juez alemán planteado por Dworkin nos muestra que una corriente jurídica —como el iuspositivismo o el iusnaturalismo— determina la manera en cómo enfrentamos problemas jurídicos concretos y la manera en cómo resuelven los jueces. Ronald Dworkin utilizó, en realidad, este ejemplo para evidenciar la práctica de los jueces locales de los estados que conforman la federación estadounidense: la mayoría de esos jueces confirman la tendencia iuspositivista al rechazar la aplicación del derecho creado por los jueces de otros estados de la unión americana, pues estiman que el derecho es creado para territorios determinados; en cambio, los jueces que evocan jurisprudencia ajena e incluso extranjera (y que ni siquiera es obligatoria) constituyen apenas una minoría.

Si la filosofía del derecho no es un reflejo de la práctica del derecho, ¿de qué sirve entonces? ¿Son acaso meras elucubraciones de filósofos desconectados de la realidad? Por el contrario, la práctica del derecho está determinada por nuestras figuraciones de lo que es el derecho: a veces se trata de una práctica derivada de concepciones muy elaboradas, otras no; algunas

muy conscientes y otras casi inadvertidas. Y viceversa, las figuraciones están determinadas por la práctica jurídica. Dworkin ha señalado cómo los jueces incluso abordan, en sus resoluciones, asuntos claramente filosóficos y morales. Los jueces, dice Dworkin, pueden ser de algún modo filósofos y, de hecho, estudian cuestiones que son objeto de hondas confrontaciones filosóficas.⁴²⁷ Como decíamos antes, las corrientes filosóficas del derecho, en última instancia, no son sino interpretaciones de lo que es ese fenómeno social que denominamos derecho; interpretaciones que se traducen en tesis a menudo opuestas entre sí.

De acuerdo con el iuspositivismo, el derecho debe ser estudiado por lo que “positivamente” es (por lo que de hecho es), no por lo que debería ser ni por lo justo o injusto que pueda ser. Para John Austin, la ley es aquella que es impuesta por una autoridad soberana, independientemente de las estimaciones morales.⁴²⁸ Y la impone porque tiene el poder para ello. “Indudablemente, cuando Bentham y Austin insistían en distinguir entre el derecho tal cual es y el derecho como debe ser, ... tenían interés en razonar que tales leyes, aunque afrentasen a la moral, seguían siendo leyes”, dice H. L. A. Hart.⁴²⁹ O, como señala la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*:

...el positivismo jurídico es la tesis que sostiene que la existencia y el contenido del derecho dependen de hechos sociales y no de sus méritos. El jurista inglés, John Austin (1790-1859), lo formuló así: “La existencia del derecho es una cosa; sus méritos y deméritos son otra...”. La tesis positivista no señala que los méritos del derecho sean ininteligibles, intrascendentes o accesorios a la filosofía del derecho. Sostiene que no determinan si las leyes o un sistema jurídico existe o no. Si una sociedad tiene un sistema legal, ello depende de la presencia de ciertas estructuras de gobierno, y no de si satisface ideales de justicia, democracia o del Estado de derecho.⁴³⁰

Dworkin refuta esta postura del siguiente modo. Para Austin —explica Dworkin—, una obligación no es sino una subordinación a una norma; una norma no es sino un mandato, y un mandato no es sino la expresión

⁴²⁷ Dworkin, Ronald, “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, *Isonomía*, México, núm. 32, abril de 2010, pp. 7-29.

⁴²⁸ Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, John Murray, 1832, p. XVII.

⁴²⁹ Hart, H. L. A., “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral”, en Dworkin, Ronald, *La filosofía del derecho*, 2a. ed., trad. de Javier Sáinz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 67.

⁴³⁰ Green, Leslie, “Legal Positivism”, en Zalta, Edward N., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, Universidad de Stanford, edición de otoño de 2009, disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/>, (consultado el 20 de septiembre de 2016).

de una pretensión de que otras personas se comporten de una manera específica, respaldada por la amenaza de la coacción. Austin reconoce diferentes tipos de normas de acuerdo con el autor del mandato (normas jurídicas, morales o religiosas; si el autor es un sacerdote, se trata de una norma religiosa, por ejemplo). En una comunidad política, hay un poder soberano al que las personas obedecen. Las normas jurídicas son, por lo tanto, mandatos de un poder soberano.⁴³¹

“El modelo de Austin”, dice Dworkin,

...es realmente bello por su simplicidad. En él se afirma el primer dogma del positivismo —que el derecho consiste en una serie de normas especialmente elegidas para regular el orden público— y se ofrece un sencillo criterio fáctico —¿qué ha mandado el soberano?— como el único necesario para identificar esas normas especiales.⁴³²

Sin embargo, según observa Dworkin, esta hipótesis iuspositivista no se corresponde con las nociones de autoridad y de sociedad en sus acepciones modernas.

Por ejemplo, la literatura, en este respecto, ha distinguido tradicionalmente entre la autoridad legítima (autoridad política en un sentido normativo) y autoridad *de facto* (autoridad política en un sentido no normativo).

Tanto para Thomas Hobbes como para John Austin, la autoridad política *de facto* simplemente se refiere a la capacidad de una persona o grupo de personas para mantener el orden público y asegurar la obediencia de la mayoría de la gente al dictar mandatos respaldados con sanciones. Los súbditos no requieren, en este sentido, concebir a la autoridad como una autoridad legítima.⁴³³

Pero esta concepción de autoridad (autoridad *de facto*) no da una cabal explicación de la manera en que las autoridades despliegan sus funciones en sociedades más complejas en las que la noción de legitimidad es inseparable de la autoridad misma. Ignorar esto equivaldría a ignorar la forma en que se ejerce el poder, particularmente en las sociedades modernas.

⁴³¹ Dworkin, Ronald, “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en Dworkin, Ronald (comp.), *La filosofía del derecho*, cit., p. 109.

⁴³² *Ibidem*, p. 110.

⁴³³ Christiano, Tom, “Authority”, en Zalta, Edward N., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, Universidad de Stanford, edición de primavera 2013, disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/spr2013/entries/authority/>, (consultado el 10 de abril de 2016).

La legitimidad da cuenta de las creencias de la gente acerca del poder político.⁴³⁴ Para Weber, “el fundamento de todo sistema de autoridad”, según señala Fabienne Peter, “y correspondientemente de cada ánimo por obedecer, es una creencia, una creencia a través de la cual la autoridad en funciones se dota de prestigio”.⁴³⁵



La obediencia no se reduce, entonces, al mero argumento de la fuerza o de la amenaza de castigo. De acuerdo con Dworkin,

...la hipótesis clave de Austin, de que en toda comunidad puede encontrarse un determinado grupo o institución que domina en última instancia a todos los demás grupos, no parece valer en la sociedad compleja. El mando político, en una nación moderna, es pluralista y versátil, es materia de moderación, compromiso, cooperación y alianza, de modo que resulta a menudo imposible indicar una persona o un grupo que ostente ese espectacular dominio que haría falta para calificarle de soberano con arreglo a la tesis de Austin.⁴³⁶

⁴³⁴ Peter, Fabienne, “Political Legitimacy”, en Zalta, Edward N., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, Universidad de Stanford, edición de verano 2016, disponible en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2016/entries/legitimacy/>, (consultado el 18 de septiembre de 2016).

⁴³⁵ *Idem*.

⁴³⁶ Dworkin, Ronald, “¿Es el derecho un sistema de normas?”, *cit.*, p. 110.

Además, el esquema trazado por Austin —dice Dworkin— no distingue entre tipos de mandatos. Por ejemplo, no hace una diferencia entre los mandatos dictados por una autoridad y por un criminal. Ambos pueden lograr la sujeción mediante amenazas de coacción.⁴³⁷ Pero no podemos equipararlos. Los mandatos de un criminal —obedecidos por coacción— no constituyen normas jurídicas.

La versión que, en cambio, ofrece Hart del iuspositivismo —señala Dworkin— es más interesante: distingue dos clases de normas; por una parte, normas primarias (que otorgan derechos e imponen obligaciones) y, por otra parte, normas secundarias (que regulan los procedimientos de creación, modificación y extinción de normas primarias).⁴³⁸ Por ejemplo, las disposiciones que regulan los alimentos en el Código Civil son normas primarias; los artículos 71 y 72 de la Constitución son normas secundarias.

Así, la validez de las normas no está supeditada, por lo tanto, a la fuerza física de sus autores. Para Hart, la validez puede tener dos fuentes: la aceptación de la norma (es decir, una regla tenida como patrón de conducta que requiere, además, su consideración como obligatoria), o bien una norma puede ser obligatoria si es creada de conformidad con una norma secundaria.⁴³⁹ “Una norma no será jamás obligatoria por el mero hecho de que una persona dotada de poder material así lo desee; esa persona ha de tener *autoridad* para emitirla o no habrá tal norma, y dicha autoridad sólo puede provenir de otra norma que obligue ya a las personas a quienes se dirige”, apunta Dworkin.⁴⁴⁰ He aquí pues el segundo postulado del iuspositivismo: para que una norma sea válida, no sólo debe ser creada por una autoridad, sino de conformidad con un procedimiento preestablecido.

Dentro de las normas secundarias existe una norma secundaria fundamental que Hart denomina “regla de reconocimiento” (la carta magna, la Constitución), cuya obligatoriedad depende únicamente de su aceptación. Esto parecería ser una concesión de Hart, pero desde esta perspectiva iuspositivista, no hay modo de confundir —dice Dworkin— la regla de reconocimiento, señalada por Hart, con las normas morales, pues el ámbito de la regla de reconocimiento es sólo aquel relacionado con el funcionamiento del aparato estatal.⁴⁴¹ En consecuencia, este ingrediente de aceptación o de

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 111.

⁴³⁸ *Idem*.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 113.

⁴⁴⁰ *Idem*.

⁴⁴¹ *Ibidem*, pp. 114 y 115.

legitimidad no está necesariamente vinculado, desde este punto de vista, con la moral.

Dworkin critica este carácter estrictamente normativista que sugiere el iuspositivismo (es decir, normas cuya validez se explica a partir de otras normas o a partir de la coacción). Y advierte la existencia de “principios”: normas o pautas extrajurídicas, esto es, normas de carácter moral dentro del sistema jurídico. El iuspositivismo admite la posibilidad de hacer valoraciones morales a propósito del derecho, pero estima que la moralidad o inmoralidad de las normas no afecta su validez. Se trata pues de un escepticismo moral, o, dicho de otro modo, de una irrelevancia moral, o de una amoralidad, al menos en lo que respecta a la validez jurídica. Pero Dworkin plantea lo contrario: no sólo sostiene la posibilidad de hacer valoraciones morales sobre el derecho, sino que sostiene la existencia de elementos morales en el derecho, en sí mismo, que lo definen y determinan.

“Denomino «principio» a una norma que es menester observar”, dice Dworkin, “no porque haga posible o asegure una situación económica, política o social que se juzgue conveniente, sino por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna dimensión de la moral”.⁴⁴² Dworkin muestra la existencia de principios en el derecho a partir de algunos casos judiciales.

En la práctica del derecho aludimos en numerosas ocasiones a normas de carácter moral, y esto se hace patente sobre todo cuando las concepciones normativistas demuestran sus limitaciones; por ejemplo, cuando nos hallamos en casos de lagunas o contradicciones. A veces, y por fortuna, los jueces resuelven apelando a principios de carácter moral y contraviniendo lo establecido por las normas jurídicas o colmando vacíos por un imperativo de justicia. Así lo ilustra Dworkin con el caso *Henningsen vs. Bloomfields Motors, Inc.* y con el caso *Riggs vs. Palmer*. En el primer caso, Henningsen compró un automóvil y firmó un contrato establecido por el fabricante por medio del cual este último limitaba su responsabilidad a la reparación de piezas defectuosas, deslindándose de otras responsabilidades (gastos médicos derivados de un accidente, etcétera). Surgido el conflicto, el juez terminó por conceder la razón a Henningsen: más allá de la libertad de contratación, esgrimió un argumento, que se resumiría en la injusticia y el ánimo de una de las partes en obtener un provecho ilegítimo. En el segundo caso, un heredero, instituido en el testamento de su abuelo, decidió privar de la vida a este último para recibir la herencia. En contra de las disposiciones legales, el juez negó conceder la herencia haciendo alusión a principios tales como “Nadie tiene derecho a aprovecharse de su propio fraude, o sacar provecho de su delito,

⁴⁴² *Ibidem*, p. 118.

o a fundar una demanda en su propia iniquidad, o a adquirir la propiedad a consecuencia de su crimen”.⁴⁴³ En ambos casos, se trata o bien de razones morales o bien de principios. “Tan pronto como identificamos los principios del derecho como un orden peculiar de normas, diferente de las normas jurídicas”, señala Dworkin, “descubrimos súbitamente su presencia en nuestro entorno. Los profesores de derecho los enseñan, los textos jurídicos los citan, los historiadores del derecho los celebran; pero estos principios parecen funcionar de modo más enérgico, revestir más importancia, en casos difíciles como las causas de *Riggs* y *Henningsen*”.⁴⁴⁴

El título que se le dio al multicitado texto de Dworkin, en la traducción aquí utilizada, fue: *¿Es el derecho un sistema de normas?*, pero en inglés se habla de “reglas”, de *rules* (*The model of rules*). Esto requiere algunas precisiones que quizá sean, para algunos, insignificantes. Los sistemas jurídicos están compuestos por normas (en sentido amplio). A su vez, estas normas se dividen en normas (en sentido estricto) y reglas (disposiciones jurídicas ordinarias). Las normas, en sentido estricto, son los principios, entendidos éstos ya sea como criterios de optimización o simplemente como criterios morales. Y como señala Dworkin, nuestros sistemas jurídicos están repletos de criterios de optimización (“una meta que ha de alcanzarse para el perfeccionamiento de algún aspecto económico, político o social de la colectividad”, sostiene Dworkin) o de criterios morales.⁴⁴⁵ Así ocurre con los principios consagrados en nuestra Constitución mexicana, tales como ciertos valores morales (la vida o la dignidad) o ciertos criterios de optimización (la democracia, por ejemplo, es considerada, por el artículo 3o., como “un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”). En efecto, apenas descubrimos los principios, como indica Dworkin, los vemos surgir por doquier.

En el caso de México, nos gustaría evocar algunos casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de nuestro país que revelan estas concepciones y prácticas iusfilosóficas. Señalaremos tres casos solamente.

El primer caso se refiere a una persona que sufre una condición denominada pseudohermafroditismo femenino (aparentemente tiene ambos se-

⁴⁴³ *Ibidem*, pp. 119-121.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 129.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 118. Véase una definición similar en Bernal Pulido, Carlos, “Estructura y límites de la ponderación”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, núm. 26, 2003, pp. 25 y 26. Véase también Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

xos, pero en realidad su sexo es femenino).⁴⁴⁶ Para ser más precisos, al nacer se le identificó primeramente con el sexo masculino, pero en la adolescencia le creció pecho, y ése fue el comienzo de una larga ambigüedad. Es pseudohermafroditismo femenino, pues se descubrió que carecía de testículos y que tenía un ovario. Esta persona demandó al director del registro civil del Distrito Federal con la finalidad de obtener una decisión judicial que dictara el cambio de nombre, de sexo y la expedición de acta nueva (para evitar así una nota marginal en el acta que revelara el cambio). En la primera instancia, se le concedió parcialmente la razón, pues se autorizó el cambio de nombre y sexo, pero no así la expedición de un acta nueva, y se ordenó una nota marginal en el acta. La persona interpuso un recurso de apelación, pero el Tribunal Superior de Justicia confirmó la sentencia. Posteriormente, la parte actora interpuso un amparo directo, que debía, en principio, resolver un tribunal colegiado de circuito, pero que conoció la Suprema Corte de Justicia de la Nación al ejercer su facultad de atracción.

La parte actora fundó su pretensión inicial en el principio de analogía, en el sentido de aplicar a su caso, por analogía, la hipótesis que está prevista para la adopción, pues en esta situación se levanta un acta nueva como la que se expide para los hijos consanguíneos; lo anterior, con motivo del derecho de privacidad que tiene una persona adoptada para que no se conozca su condición y no sea discriminada. Así lo indicó la parte actora:

Esta petición obedece a que, en nuestra legislación, en términos de los artículos 86 y 87 del Código Civil para el Distrito Federal y 66 del Reglamento del Registro Civil del Distrito Federal, dentro de las actas de adopción, se reserva la publicación de la anotación correspondiente, levantando otra acta, como si fuera de nacimiento, en los mismos términos que la que se expide para los hijos consanguíneos. Este razonamiento atiende al derecho de privacidad que tiene la persona adoptada, de que terceros no conozcan su condición de tal, salvo providencia dictada en juicio. En atención a esta similitud de supuestos jurídicos, solicita se aplique el principio de analogía, para la aplicación del presente caso, toda vez que impera el principio de privacidad consagrado en nuestra Carta Magna y reflejado dentro de los derechos de la personalidad, en ejercicio de su pleno desarrollo.⁴⁴⁷

El juez de primera instancia, en cambio, hizo alusión al principio de legalidad en el sentido de que estaba obligado a no conceder la petición de la parte actora, pues la legislación no preveía que en casos como el suyo se tuviera

⁴⁴⁶ Véase el amparo directo civil 6/2008 resuelto por la Suprema Corte de Justicia.

⁴⁴⁷ *Idem.*

que expedir un acta nueva: “Al respecto, diremos que la pretensión del actor resulta improcedente, lo anterior tomando en consideración que nuestra legislación no prevé que, por la rectificación del acta de nacimiento, se tenga que levantar un acta nueva”.⁴⁴⁸

Una autoridad solamente puede hacer aquello para lo cual está facultada, dice el juez veladamente. Y así es, pero el juez coloca su concepción normativista por encima de los derechos de la parte actora, derechos que están previstos por nuestro sistema jurídico. “La ley es la ley y eso es lo que está en la ley”, parece decir el juez.

La Suprema Corte de Justicia procedió, en su sentencia, al análisis de derechos tales como la dignidad, la igualdad, la no discriminación, la vida privada y el libre desarrollo de la personalidad, contenidos en nuestra Constitución y en instrumentos internacionales de los cuales México forma parte (en particular, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). En un segundo momento, la Corte analizó tanto la legislación como sentencias extranjeras sobre casos similares, pero antes de ello la Corte señaló lo siguiente a propósito del libre desarrollo de la personalidad:

De igual forma, se implica el derecho a la identidad sexual, pues cada individuo se proyecta frente a sí mismo y, de ahí, frente a la sociedad, también desde su perspectiva sexual, no sólo en cuanto a su orientación sexual, esto es, sus preferencias sexuales, sino, primordialmente, en cuanto a cómo se percibe él, de acuerdo a su psique, emociones, sentimientos, etcétera. Así, dicha identidad se integra a partir, no sólo de su aspecto morfológico, sino, primordialmente, de acuerdo a sus sentimientos y convicciones más profundos de pertenencia o no al sexo que legalmente le fue asignado al nacer y, de acuerdo a ese ajuste personalísimo de cada sujeto, es que proyectará su vida, no sólo en su propia conciencia, sino en todos los ámbitos de la misma. Lo anterior, porque, eminentemente, la sexualidad es un elemento esencial de la persona humana y de su psique, forma parte de la esfera más íntima y personal de los seres humanos, siendo, por tanto, la autodeterminación sexual, trascendente en el reconocimiento de la dignidad humana y de su pleno desarrollo y, de ahí, la protección constitucional incluye la libre decisión de la sexualidad. Luego, la identidad personal, que comprende la sexual, será a partir de la cual, la sociedad identifica a cada individuo y lo distingue de los demás, a través de elementos o datos, como el nombre, el sexo, la filiación, la edad, sus

⁴⁴⁸ *Idem.*

calidades personales, sus atributos intelectuales o físicos, etcétera, o bien, de la conjunción de todos o algunos de ellos. En este orden de ideas, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian, en forma expresa, en la Constitución mexicana, sí están implícitos en las disposiciones de los tratados internacionales antes mencionados, suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos que derivan del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, previsto en el primero de los preceptos de nuestra Constitución, pues, sólo a través de su pleno respeto, podría realmente hablarse de un ser humano en toda su dignidad.⁴⁴⁹

Y más adelante, la Corte realiza una serie de consideraciones sobre el caso concreto, en particular sobre los principios (lo cual coincide con la solicitud de la parte actora en tanto que se resolviera su caso aludiendo a principios). La Corte hace referencia, así, al principio de igualdad y al principio de la vida privada:

En este sentido, si ni el artículo 138, ni algún otro precepto del Código Civil para el Distrito Federal, dan respuesta a las exigencias constitucionales que deben satisfacerse en un caso particular como el que se plantea, el juez, en una labor de integración, debe tratar de colmar ese estado lagunario existente en la ley, a fin de cumplir con la legalidad que le impone el artículo 19 del propio Código Civil en el dictado de sus resoluciones, el cual establece: “Artículo 19. Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley, se resolverán conforme a los principios generales de derecho”. De esta forma, como se observa, el juez tiene la obligación de resolver el caso concreto, aun en ausencia de dispositivo legal aplicable. Para ello, debe resolver conforme a los principios generales de derecho. En el caso que nos ocupa, ante la existencia de una laguna legal, es, precisamente, la falta de búsqueda de una respuesta en algún principio general de derecho que hubiera permitido resolver con lisura la pretensión del accionante, el motivo por el que la sentencia reclamada debe declararse inconstitucional. En efecto, en la especie, ha quedado demostrado que el quejoso, al haber sido diagnosticado, por una parte, con un estado intersexual (pseudohermafroditismo femenino) y, además, como persona transexual, se sometió a un tratamiento psicológico, hormonal y quirúrgico de reasignación sexual y, por ende, solicitó la rectificación de su nombre y sexo, ante un Juez de lo Familiar, el que, seguido el juicio correspondiente, concedió dicha rectificación, precisamente, para lograr la adecuación legal a la realidad social del hoy quejoso. Sin embargo, si los documentos de identidad de la persona transexual, entre ellos, el acta de nacimiento, mantienen los

449 *Idem.*

datos con los que originalmente fue registrada al nacer, a partir de la asignación del sexo biológico y solamente se realiza una nota marginal de la sentencia que otorgó la rectificación concedida, con la consiguiente publicidad de aquellos datos, es innegable que, como se ha explicado, se vulneran los mencionados derechos fundamentales del quejoso, sin que se advierta razonabilidad alguna para limitarlos de esa manera. Ciertamente, en el caso, no se observa que los derechos fundamentales en juego deban ser limitados, a través de la aplicación de una previsión legal como la que nos ocupa, a fin de preservar derechos de terceros o el orden público. [...En estos casos, se] genera desigualdad jurídica ante el resto de la sociedad, ya que no cuentan con un acta de nacimiento que refleje su identidad de género, lo que les impide vivir su realidad social y ejercer plenamente sus derechos; que, en juicios recientes, dichas personas han solicitado, no sólo el cambio legal de sexo, sino también la expedición de un acta que no revele su condición y la reserva de publicidad de los datos marginales asentados en la misma, salvo providencia dictada en juicio, en la inteligencia de no vulnerar el derecho a la privacidad e intimidad de la persona. Y se alude a la urgente necesidad de establecer un procedimiento certero a partir del cual se salvaguarde, en todo momento, la confidencialidad de su identidad, a fin de evitar actos de discriminación por tal condición.⁴⁵⁰

Así podemos observar una concepción y una actitud principalista por oposición a una concepción y una actitud normativista. El segundo caso judicial que deseamos evocar aquí fue aquel con el que iniciamos este libro. La Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró, en una causa de 2007 y resuelta en 2008, la constitucionalidad de las reformas emprendidas en la Ciudad de México que permiten la interrupción voluntaria del embarazo en un plazo de doce semanas.⁴⁵¹ Luego de esto, sobrevinieron en sentido opuesto reformas a la mayoría de las Constituciones estatales para proteger la vida desde el momento de la concepción. Así fue el caso, en 2008, de la Constitución de Baja California, cuyo artículo 7 fue reformado con esos fines. En 2011, la Corte resolvió una acción de inconstitucional promovida por el Procurador de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana del Estado de Baja California en contra de ese artículo.⁴⁵² La disposición señala:

Artículo 7. El Estado de Baja California acata plenamente y asegura a todos sus habitantes las garantías individuales y sociales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los demás dere-

⁴⁵⁰ *Idem.*

⁴⁵¹ Véanse las acciones de inconstitucionalidad 146 y 147/2007.

⁴⁵² Véase la acción de inconstitucionalidad 11/2009.

chos que otorga esta Constitución; de igual manera esta norma fundamental tutela el derecho a la vida, al sustentar que desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le reputa como nacido para todos los efectos legales correspondientes, hasta su muerte natural o no inducida.

Este caso no versaba expresamente sobre el aborto, sino sobre el derecho a la vida y sus implicaciones en los términos del artículo 7o. de la Constitución de Baja California. Es decir, si en la AI 146/2007 y su acumulada 147/2007 se reconoció, por un lado, que nuestra Constitución federal protege el derecho a la vida y, no obstante, se consagró la libertad de la mujer para decidir sobre su propio cuerpo; en cambio, en esta acción de inconstitucionalidad (AI 11/2009) se analizó si era constitucional otorgar personalidad jurídica al no nacido y si ello limitaba otros derechos.

La existencia de un derecho absoluto a la vida implicaría no sólo su preeminencia, sino además la clausura de todo debate en caso de una colisión entre derechos. Así lo señaló el ministro Cossío Díaz: “desde el momento en el que el legislador le da esta protección absoluta al producto de la concepción —déjenme ponerlo en estos términos— cancela cualquier posibilidad de diálogo entre estos dos derechos y evita cualquier ejercicio de ponderación...”⁴⁵³

En un sentido similar, la ministra Sánchez Cordero indicó:

Creo que la pregunta que debemos hacernos en este Pleno es si la definición del derecho a la vida que adopta o que es adoptada por el Constituyente local de Baja California, que a primera vista y en apariencia parecería netamente expansiva de derechos, afecta o restringe derechos fundamentales humanos reconocidos por la Constitución Federal.⁴⁵⁴

Las palabras de la ministra Sánchez Cordero identifican claramente el planteamiento central del debate, y el ministro Valls Hernández lo refrendó al subrayar que “las Constituciones locales no pueden so pretexto de tutelar particularmente un derecho, restringir, y menos aún anular los demás

⁴⁵³ Véase la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 27 de septiembre de 2011, respecto de la acción de inconstitucionalidad 11/2009. La versión taquigráfica está disponible en https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/pl20110927v3.pdf.

⁴⁵⁴ *Idem*.

derechos”.⁴⁵⁵ Es decir, menoscabar la libertad de la mujer. En cambio, la ministra Luna Ramos estimó que

En la Constitución no hay un solo artículo que nos diga en qué momento inicia la vida y en qué momento se termina. Si no lo hay, qué derecho estamos vulnerando de la Constitución para decir que la Constitución local no tiene la posibilidad o la facultad de determinar a partir de qué momento según su concepción consideran ellos debe tener protección.⁴⁵⁶

Éste es el punto que nos interesa. Si en efecto dependiera, como lo señala la ministra Luna Ramos, de cada entidad federativa determinar el inicio de la vida y su protección, entonces podríamos interpretar la postura de la ministra como visiblemente iuspositivista y, particularmente, territorialista. La vida y su inicio no son materia de convención humana, sino que son objeto de conocimiento científico. Dworkin criticaría la concepción de la ministra afirmando que la noción de verdad trasciende toda postura subjetiva, por lo que la definición de la vida ni varía ni depende de fronteras estatales.

La vida y el derecho a la vida no pueden variar porque una autoridad, en este caso un congreso local, lo dicte así. Privilegiar a la autoridad, como causa eficiente, implica a su vez la preeminencia de otra más de las características del iuspositivismo; es decir, la concepción de que el derecho es válido en porciones territoriales, o, mejor dicho, que es válido para el territorio del estado para el cual fue creado, concepción que, por cierto, se resquebraja por sí sola a partir del momento en que aceptamos la noción de derechos humanos, que son universales. En este sentido, el ministro Aguilar Morales señaló —a propósito del problema de las variaciones legales en torno a la vida y al derecho a la vida— que estos derechos

...dada su universalidad, no pueden atender a situaciones políticas o sociales particulares, y por tanto, no dependen de las particularidades de los estados de la Federación, se trata de derechos que tienen como base la dignidad humana —como ha reconocido este Pleno cuando sustentó la tesis 65/2009— la que no puede depender del estado de la República en que se encuentre el individuo.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ *Idem.*

⁴⁵⁶ *Idem.*

⁴⁵⁷ Véase la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 28 de septiembre de 2011, respecto de la acción de inconstitucionalidad 11/2009. La versión taquigráfica está disponible en https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/pl20110928v2.pdf.

En el mundo occidental, no se puede admitir una postura territorialista respecto de los derechos humanos si se quiere ser congruente con los progresos de la humanidad. El desenlace, sin embargo, fue desalentador: la mayoría de ministros votaron en contra de la validez del artículo 7o. de la Constitución de Baja California; es decir, siete ministros votaron por su inconstitucionalidad. Cuatro ministros votaron a favor de la validez, o sea, por su constitucionalidad. Se requerían ocho votos, pues así lo establece la ley, por lo que —a pesar de haber logrado la mayoría— al no alcanzarse la votación calificada para declarar su invalidez, se desestimó la acción de inconstitucionalidad. De este modo, al no pronunciarse su constitucionalidad o inconstitucionalidad, la norma sigue vigente.

Este resultado puede clasificarse como una resolución iuspositivista, en especial territorialista y subjetivista (respecto de las variaciones de derechos en función del territorio y respecto de las variaciones en la protección de valores que algunos ministros suponen que cambian de lugar a lugar, incluso de persona a persona, por lo que su protección también puede variar).

El tercer y último caso que queremos evocar tuvo lugar en octubre de 2014 cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación rechazó, entre otras, la consulta popular que se planteó a propósito de la reforma energética (y que liberalizó, en particular, el mercado petrolero en México). La Suprema Corte de Justicia señaló: 1) que los ingresos y gastos del Estado no son objeto de las consultas populares de acuerdo con el artículo 35 de la Constitución (fracción octava, tercer numeral); 2) que la consulta popular, al abordar cuestiones energéticas —en particular el sistema de contratación—, afectaría los ingresos y gastos del Estado, y 3) que por lo tanto la consulta era inconstitucional. La Suprema Corte de Justicia señaló:

De la exégesis de la reforma al artículo 35, fracción VIII de la Constitución Federal y de la emisión de su Ley Reglamentaria, este Tribunal Pleno arriba a la conclusión que los términos “ingresos y gastos” para el ámbito de la Consulta Popular, deben ser entendidos como aquellos recursos económicos que guardan una relación directa con la regulación del sistema necesario para su obtención y distribución por parte del Estado para hacer frente a sus necesidades y obligaciones, respecto de los cuales, no habrá lugar a realizar la consulta por ser un tema que no puede ser objeto de la misma, por disposición constitucional expresa.

La pregunta planteada en la consulta popular era la siguiente: “¿Estás de acuerdo o no en que se otorguen contratos o concesiones a particulares, nacionales o extranjeros, para la explotación del petróleo, el gas, la refina-

ción, la petroquímica y la industria eléctrica?”, a lo cual la Suprema Corte de Justicia señaló:

La anterior interrogante, al cuestionar la posibilidad de otorgar contratos o concesiones a particulares, nacionales o extranjeros, para la explotación del petróleo, el gas, la refinación, la petroquímica, resulta inconstitucional, en la medida que las actividades referidas pertenecen al régimen de ingresos del Estado Mexicano.

Con una interpretación tan reducida de la Constitución, todo incidirá siempre en los ingresos y gastos del Estado. Si tal es el criterio de los ministros de la Suprema Corte de Justicia, ¿cuándo habrá una consulta popular? Como lo hemos propuesto anteriormente, podemos preguntarnos si se trata de una resolución “normativista” o “principalista”. El ministro José Ramón Cossío Díaz, quien se opuso al sentido del voto del resto de ministros, señaló, en cambio, que por tratarse de derechos humanos, debería hacerse una interpretación de la manera más amplia posible para beneficiar al ciudadano. En su voto particular, expuso lo siguiente:

Considero que en ambos extremos existe una vulneración al artículo 1o. constitucional y a los compromisos en materia de derechos humanos adquiridos por el Estado mexicano que obligan a la interpretación más amplia... Es por ello que considero que lo que esta Suprema Corte tiene que hacer es desarrollar el mecanismo de democracia semidirecta, porque éste es el ejercicio de un derecho político con rango y características de derecho humano, por lo que debe buscarse el “cómo sí” se logra hacer efectivo el acceso a la consulta y no adoptar sentidos interpretativos que nos lleven a imposibilitar su acceso.

Por lo tanto, esta resolución puede clasificarse como normativista, pues los ministros se circunscriben al mero contenido de la norma, con excepción del ministro Cossío Díaz, que alude al principio pro persona.

Dworkin, en suma, subraya dos concepciones del derecho: la principalista y la normativista. Por su parte, en *Post scriptum*, obra póstuma de Hart, se plantean una serie de réplicas y concesiones al iusnaturalismo. De este tipo de concesiones ha nacido la expresión “positivismo suave”. Pero, ¿qué versión del iuspositivismo debemos atender? ¿A cuál debemos esgrimir las críticas? ¿O ¿a cuál suscribirnos? ¿A la versión “dura”, que se ha vuelto insostenible? ¿O a la versión “suave”, que no es sino una “iusnaturalización” —digamos— del iuspositivismo? Creo que a ninguna. Hart dice:

Dworkin, al atribuirme una doctrina de “positivismo de meros hechos” ha manejado erróneamente mi teoría... Primeramente, porque ignora mi aceptación explícita de que la regla de reconocimiento puede incorporar como criterios de validez jurídica la conformidad con principios morales o valores sustantivos; por lo que mi doctrina es lo que se ha denominado “positivismo suave”.⁴⁵⁸

Esta aceptación de que el derecho y la moral están relacionados nos conduce —como lo ha hecho Francisco Suárez— al terreno de la moral. Conduce al debate sobre la naturaleza de la moral, e inevitablemente al debate específico —que ya hemos abordado— sobre la subjetividad u objetividad de los valores morales.

Como dice Dworkin: “No podemos defender una teoría de la justicia sin defender también, como parte de la misma empresa, una teoría de la objetividad moral”.⁴⁵⁹ El iusnaturalismo parte de una concepción objetivista —tanto epistemológica como axiológicamente—, porque cree que el derecho depende de referentes objetivos. Cuando en nuestras facultades de derecho se nos enseña la visión iuspositivista encaminada a distinguir entre el derecho tal cual es y el derecho como debe ser —y por lo tanto que el derecho y la moral son órdenes normativos distintos—, en realidad se nos está diciendo que el derecho —tal cual es— es amoral en términos de su validez, lo cual es un contrasentido. Como lo hemos dicho antes, lo es porque se quiere sustraer al orden jurídico —en tanto que sistema normativo del comportamiento— de la esfera de la moral, cuyo fin es precisamente el de la regulación del comportamiento. Si el derecho es “el orden coactivo de la conducta humana”, no podemos apartarlo del campo que de igual modo regula la conducta y que llamamos moral. Recordemos lo que dice Dworkin: “no sólo el derecho y la moral interactúan, sino que el derecho es parte de la moral”.⁴⁶⁰ El derecho es, en consecuencia, un sistema insertado dentro de otro sistema más amplio. Y sí, cuenta con diferencias específicas. Y quizá sea la forma más elevada y compleja que hemos desarrollado para regular nuestro comportamiento. La instauración de tribunales para resolver judicialmente conflictos entre los miembros de una sociedad, la noción de supremacía constitucional, la relación entre el derecho y la moral, las leyes derivadas del consenso y de la deliberación democrática, el reconocimiento de los derechos

⁴⁵⁸ Hart, H. L. A., *Post scriptum*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000, p. 26.

⁴⁵⁹ Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 24.

⁴⁶⁰ Dworkin, Ronald, *From Justice in Robes to Justice for Hedgehogs*, cit., DVD conferencia.

humanos, el respeto de la propiedad privada, el Estado sometido a la ley, y —por parte de los ciudadanos— la obediencia de las leyes vinculada a la legitimidad, no son sino una pequeña muestra de la complejidad de nuestras concepciones jurídicas.

“Describo una concepción del derecho”, afirma Dworkin, “conforme a la cual este no es un sistema de reglas que rivaliza, y puede estar en conflicto, con la moral, sino que es en sí mismo una rama de esta última”.⁴⁶¹ Y agrega: “es necesario entender que la moral en general tiene una estructura de árbol: el derecho es una rama de la moral política, que a su vez es una rama de una moral personal más general, y ésta, a su turno, es una rama de una teoría aún más general de lo que es vivir bien”.⁴⁶²

Las aportaciones de Kelsen y Hart, sin embargo, son valiosas. Con su *Teoría pura del derecho*, Kelsen intentó liberar al derecho de las impurezas que impedían comprender lo que realmente, efectivamente y positivamente es. Sólo se podría estudiar científicamente el derecho —se decía— a través de la información derivada de la experiencia sensorial, eliminando todo argumento irracional y metafísico. El iuspositivismo ofreció, así, un escepticismo moral.

Sin embargo, los iuspositivistas parecen carecer de una aprehensión histórica del derecho. Como diría Elias, los procesos civilizatorios de la humanidad —tanto en el derecho como en cualquier otro ámbito— son producto del establecimiento de formas de interrelación cada vez complejas entre los seres humanos. Muchas veces olvidamos el rol que tiene la moral como fenómeno humano —ausente en el resto de la naturaleza— y como motor que impulsa la regulación de nuestra conducta. Del mismo modo en que Hart señala que las comunidades primitivas solamente poseen normas primarias (y no normas secundarias), debemos reconocer las maneras en que ha evolucionado el derecho desde formas elementales a otras mucho más complejas. En el pasado, es bien sabido, hemos vivido una fusión de normas que eran a la vez jurídicas, morales y religiosas. No obstante, lo olvidamos pronto, quizá a causa de nuestra concepción moderna del derecho, y se nos escapa que en realidad la religión y el derecho han estado vinculados durante grandes lapsos de las edades Antigua, Media y Moderna. Y, por ello, la mayor parte de la historia del derecho se ha vuelto inseparable de contenidos morales y religiosos. A pesar de esto, se ha planteado de forma maniquea la existencia del derecho por oposición a la moral.

⁴⁶¹ Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, cit., p. 20.

⁴⁶² *Idem.*

La separación afortunada de la Iglesia y del Estado —sumada al espíritu científico de la Edad Moderna— ha estado acompañada, no obstante, por la separación desafortunada del derecho y la moral. A ello habría que agregar la idea preconcebida de muchos que, por otra parte, consideran que la religión es la única detentadora de verdades morales (como si los ateos fueran inmorales o ajenos a las reflexiones éticas), lo cual agudiza todavía más la separación. De cualquier forma, el escepticismo moral del iuspositivismo es en su origen un escepticismo religioso (ante nociones como la ley de Dios o la ley natural).

El laicismo es parte también de los procesos civilizatorios encauzados al establecimiento de relaciones de interdependencia igualmente cada vez más complejos. En suma, es este escepticismo metafísico (religioso y moral) el que ha alentado al iuspositivismo moderno. Y como decíamos antes, en eso los positivistas han acertado en varios o muchos sentidos. Pues del mismo modo en que las teorías iuspositivistas son insostenibles, hay teorías iusnaturalistas que también se han vuelto insostenibles (gracias a las críticas positivistas): el derecho asociado a la existencia de una ley natural inmanente e intangible, cual ser que flota por los cielos, o bien una ley natural creada en concordancia a los dictados de Dios, constituyen sólo algunos ejemplos. Y que, para muchos de nosotros, resulta difícil de creer.

Pero existen otras teorías iusnaturalistas que, por un lado, no recurren a ninguna base metafísica de este tipo y, por otro lado, no son conservadoras, sino liberales. Prescinden de fundamentos metafísicos en tanto que la determinación de la objetividad de la moral no depende de un orden divino, sino de un orden estrictamente argumentativo y racional. En todo caso, el escepticismo metafísico del iuspositivismo ha provocado que a los positivistas se les escape la naturaleza del derecho; es decir, la raíz y la esencia moral del derecho. El derecho pertenece al orden de la moral, y cual rama de la moral, posee características específicas que lo distinguen de la base del árbol —como dice Dworkin—; un árbol que regula la conducta del ser humano.

Si el derecho está vinculado a la moral; y si la moral es —como hemos sostenido— objetiva, ¿cómo hallar soluciones objetivas a problemas morales concretos? “¿Qué hace que un juicio moral sea verdadero? ¿Cuándo se justifica que consideremos verdadero un juicio moral?”, se pregunta Dworkin.⁴⁶³

Según hemos dicho antes, el conocimiento es la coincidencia del juicio del sujeto con la realidad. Hablar de un conocimiento verdadero resulta redundante, pues los conocimientos falsos no son conocimientos. Esto en

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 57.

cuanto al conocimiento. Pero en cuanto a la verdad, surgen preguntas: ¿qué es la verdad?, ¿cuáles son los criterios para definir lo que es verdadero?, ¿cuándo un juicio es verdadero?

Al respecto, Johannes Hessen distingue una noción *trascendente* de la verdad y una noción *inmanente* de la verdad.⁴⁶⁴ La primera versa sobre la concordancia de los juicios con la realidad, lo cual nos devuelve al conocimiento. La segunda versa no sobre una concordancia externa, sino interna, es decir, con el pensamiento. La verdad estaría relacionada, en este caso, con el sentido *inmanente*.

Del mismo modo que muchos problemas filosóficos hacen referencia, a veces de manera irremediable, a la tríada clásica compuesta por la verdad, el bien y la belleza, muchas discusiones filosóficas del derecho nos llevan también a la epistemología y a la ética. Si los sistemas jurídicos están compuestos por elementos morales y los jueces van más allá de las reglas para evocar en sus sentencias la clase de principios a la que nos hemos referido, entonces, una vez más, ¿de qué depende —como dice Dworkin— que un juicio moral sea verdadero?

Suárez ya advertía la respuesta. La verdad y el bien son un asunto racional. ¿Cómo sabemos que tal o cual acto es, sin duda, bueno? Tomás de Aquino lo dijo incluso antes: todo acto conforme a la razón es bueno.⁴⁶⁵ La justicia coincide con la razón. Para Suárez, la ley natural (a la cual deben ajustarse las leyes humanas porque es justa) “se deriva del juicio de la razón”,⁴⁶⁶ y agrega: “la ley natural no se regula por su conformidad con la naturaleza sensitiva sino con la naturaleza racional”.⁴⁶⁷

La respuesta de Dworkin es similar a la de los escolásticos. “Mi respuesta”, dice Dworkin, “es que los juicios morales son verdaderos, cuando lo son, por obra de un argumento moral adecuado en favor de su verdad”.⁴⁶⁸ Esto parece un planteamiento circular, pues sostiene que un juicio moral será verdadero en virtud de un argumento moral adecuado, y un argumento será adecuado —señala Dworkin— en virtud de otro argumento moral. “Y así de manera sucesiva”, agrega.⁴⁶⁹

⁴⁶⁴ Hessen, Johannes, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁶⁵ Tomás de Aquino, *S. t.*, Ia, IIae, 18, 5, ad *Resp.*

⁴⁶⁶ Suárez, Francisco, *De legibus*, II, 17, 5.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, II, 17, 6. Incluso, en otra parte, Suárez cita a san Isidoro de Sevilla: “Si la ley se funda en la razón, será ley todo aquello que está fundado en la razón”. Véase *ibidem*, II, 1, 3.

⁴⁶⁸ Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, *cit.*, p. 57.

⁴⁶⁹ *Idem.*

Dworkin advierte que estas respuestas pueden parecer decepcionantes. Aclara, además, que un juicio moral no es verdadero por el simple hecho de estar respaldado sucesivamente por otros juicios.⁴⁷⁰ La verdad en la moral no es una cuestión que se reduzca a una mera cadena argumentativa, pero sí es —como veremos— una cuestión de congruencia argumentativa. La congruencia, sostiene Dworkin, “es una condición necesaria pero no suficiente de la verdad”.⁴⁷¹ En última instancia, el juicio será efectivamente verdadero en la medida en que sea congruente con otros juicios morales cuyos argumentos morales son adecuados. Y la idoneidad de los argumentos está determinada, a su vez, por la ausencia de irracionalidad.

En suma, a las concepciones subjetivistas, Dworkin opone concepciones objetivistas y argumentativas. “Mis respuestas”, dice Dworkin,

...decepcionan porque las antiguas preguntas parecen esperar otra clase de respuesta. Esperan respuestas que se ubiquen fuera de la moral para encontrar una explicación no moral de la verdad y la responsabilidad morales. Pero esa expectativa es confusa: se apoya en una incapacidad de captar la independencia de la moral y otras dimensiones del valor.⁴⁷²

La incongruencia o contradicción en los juicios morales, estéticos o epistemológicos, supone una falla que hace insostenible un argumento. Al esgrimir un argumento contradictorio, la contradicción se traduce en irracionalidad. Este problema incluso trasciende el ámbito teórico-argumentativo y alcanza la vida práctica. Es decir, ya no sólo hablamos de juicios, sino también de actos incongruentes o irracionales. La siguiente pregunta —según señalan Kolodny y Brunero—

*¿Qué es lo que se podría considerar racional en el hacer o en el aspirar de un sujeto?, puede traducirse de este modo: al hacer o al aspirar, ¿qué haría que las respuestas del sujeto (esto es, sus actitudes o acciones) fuesen congruentes unas con otras? Llámese a esa respuesta lo que, en el sujeto, sería lo racionalmente congruente en su hacer o aspirar.*⁴⁷³

⁴⁷⁰ *Ibidem*, pp. 57 y 58.

⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 58.

⁴⁷² *Idem*.

⁴⁷³ Kolodny, Niko y Brunero, John, “Instrumental Rationality”, en Zalta, Edward N., *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, Universidad de Stanford, edición de primavera de 2016, disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/rationality-instrumental/#InsCoh>, (consultado el 18 de septiembre de 2016).

Una persona —en una discusión acalorada— sostiene tener la razón (la verdad) sobre una cuestión moral o científica. Pero tan pronto como sus argumentos empiezan a tropezarse unos con otros contradictoriamente, su postura se vuelve insostenible. El axioma de la lógica brilla por sí mismo: “dos juicios contradictorios no pueden ser válidos al mismo tiempo y en el mismo sentido”. “La verdad”, como dice Hessen, “es la concordancia del pensamiento consigo mismo. Un juicio es verdadero cuando está formado con arreglo a las leyes y a las normas del pensamiento”.⁴⁷⁴

Cada uno de los mejores pasajes de los diálogos de Platón es un ejercicio de racionalidad. Y, a su vez, en cada ocasión que Sócrates evidencia una falla argumentativa en su interlocutor, en realidad termina por evidenciar una contradicción. El problema de esta concepción de la vida humana como algo eminentemente racional es que puede resultar ingenua. Es similar a la fe que incluso llegamos a tener por las bondades del diálogo (como ocurre en el mismo Platón) para resolver problemas científicos o morales; o en las bondades de la democracia (como ejercicio dialógico y deliberativo) para resolver conflictos políticos. Fe e ingenuidad, sobre todo cuando vemos la violencia y la irracionalidad desatada, o cuando buscamos persuadir a alguien ofreciendo razones, pero súbitamente descubrimos que no todo el mundo entiende de razones. Es, quizá, una postura idealizada, pues, en realidad, el ser humano es por naturaleza violento y salvaje. Sin embargo, como diría Octavio Paz, el ser humano es también “el ser que, precisamente, se ha inventado a sí mismo al decirle ‘no’ a la naturaleza”.⁴⁷⁵ El ser humano es más humano en la medida en que renuncia a la violencia irracional para ingresar poco a poco al mundo racional. Y, como hemos visto, precisamente Francisco Suárez consagra en sus *Disputaciones metafísicas* largas reflexiones sobre la naturaleza racional del ser humano y sobre las muchas implicaciones que la prudencia, las distinciones, la deliberación y la toma de una decisión conllevan.

La congruencia es, como señala Dworkin, una condición necesaria, pero no suficiente de la racionalidad. La mera congruencia o fidelidad de nuestros pensamientos o actos consigo mismos no son garantía de racionalidad o justicia: se puede ser fiel al mal. “La fidelidad no excusa todo”, dice Comte-Sponville, “ser fiel a lo peor es peor que renegar de ello. Los SS juraban fidelidad a Hitler; su fidelidad en el crimen era criminal. Fidelidad al mal es mala fidelidad. Y la fidelidad en la estupidez es una estupidez

⁴⁷⁴ Hessen, Johannes, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁷⁵ Paz, Octavio, *El laberinto de la soledad*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 211.

más”.⁴⁷⁶ No es, pues, un asunto de mera congruencia. La fidelidad al mal o a la injusticia, aunque aparentemente congruente, sufriría entonces, por esencia, de alguna contradicción. Sin esta concepción de la moral, ¿cómo imaginar tan siquiera sentencias de la Suprema Corte, como las que hemos mencionado, que aluden a nociones morales como la dignidad? Sin esta concepción tomista, suareciana, dworkiana de la moral, ¿cómo imaginar una sentencia de la Suprema Corte estadounidense como *Brown vs. Junta Educativa* que declaró inconstitucional el injusto sistema de segregación racial establecido en las escuelas en contra de los niños de color, pues como señaló la Corte: esa práctica “afecta a sus corazones y a sus mentes de una manera difícilmente resarcible”? Pensemos en una persona subjetivista que no sólo limita la verdad de un juicio moral para el sujeto que lo pronuncia, o evocando la ley del más fuerte dice que el juicio o el acto es justo para sí mismo porque lo beneficia, sino que incluso presume que es congruente en sus injusticias. El mal padece, sin embargo, de alguna contradicción, que sólo es identificable mediante el ejercicio dialógico y el análisis de las cadenas de argumentos. A eso se refiere Dworkin con que “los juicios morales son verdaderos, cuando lo son, por obra de un argumento moral adecuado en favor de su verdad”. Es, digamos, todo un aspecto de la moralidad muy presente en el iusnaturalismo y que el iuspositivismo pierde de vista.

Por otra parte, existe también una oposición entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo a partir de las nociones de forma y esencia. Sin embargo, el sentido popular de estas palabras dista del significado estrictamente filosófico. Aristóteles usa las palabras “forma” y “esencia” de manera prácticamente indistinta. “Por forma quiero decir esencia”, señala.⁴⁷⁷ La forma es, pues, la esencia necesaria o sustancia de las cosas. ¿Qué cosa es el derecho? ¿Qué cosa es el hombre? ¿Qué cosa es la cocaína? Si de la cocaína decimos que es una cosa blanca, y del hombre que es un animal racional, entonces, en el primer caso, al pretender señalar su esencia —diría Abbagnano—, en realidad estamos indicando una cualidad de la cocaína; en cambio, en el segundo caso se trata de la sustancia misma. Si a una persona se le pregunta: “¿Qué cosa es usted?”, y responde: “Un juez”, entonces, aunque sea verdadera, la respuesta no señala lo que ese hombre es por sí mismo en su sustancia, es decir, no señala algo que no puede no ser. Dicho de otro modo, ese hombre puede ser un juez, pero también puede dejar de serlo, y por lo tanto, es algo que puede no ser, por lo que se trata de una cualidad y no de su sustancia. En cambio, si el hombre responde que es un

⁴⁷⁶ Comte-Sponville, André, *op. cit.*, p. 28.

⁴⁷⁷ Aristóteles, *Metafísica*, Z11, 1035b34-5.

“animal racional”, entonces señala algo que no puede no ser.⁴⁷⁸ Siendo así, entonces, ¿qué es el derecho?

A pesar de la identidad entre forma y esencia, hay una ligera diferencia: la forma suele contrastarse con la materia, y la esencia con el accidente. La materia sería aquello de lo cual algo está hecho. Y el accidente sería una relación contingente entre una cualidad y su sujeto; es decir, no esencial. Por lo tanto, la esencia podría definirse como aquello por lo cual una cosa es lo que es. Así, la esencia es una noción abstracta por oposición a la existencia (entendida esta última como aquello por lo cual una esencia se actualiza en la línea del ser: va más allá de la mera posibilidad y ocupa un lugar en el mundo de las cosas físicas). De esta manera, la esencia no es sino la respuesta que se da en este sentido a la pregunta “¿qué?” (*quid?*), y a lo cual santo Tomás denominó “quididad”. En la medida en que respondamos, como ejemplificamos antes, a preguntas como “¿qué es el hombre?” o “¿qué es la cocaína?”, la esencia se expresa en su definición.

Entonces, ¿qué es el derecho? La respuesta a esta pregunta constituye el centro del debate entre el iuspositivismo y el iusnaturalismo. Sin embargo, como hemos dicho antes, en el caso del derecho, el problema de su definición está determinado por su validez. En consecuencia, la validez del derecho adquiere un carácter, digamos, ontológico.

Por ejemplo, una “ley” que es dictada no por el congreso, sino por nuestro vecino Trasímaco, no se convierte en verdadera ley, evidentemente. Sobre este devenir de las cosas, que da razón de por qué algo es lo que es, Tomás de Aquino expuso las causas de la ley de conformidad con la teoría de las causas de Aristóteles: la causa eficiente, la causa material, la causa formal y la causa final.

A riesgo de ser repetitivos, retomemos algunos pasajes de Francisco Suárez. Suárez señaló que la causa eficiente de la ley positiva es la autoridad, “ya que la ley debe ser dada por alguien que tiene el poder y la jurisdicción”.⁴⁷⁹ De no ser así, esa ley no es válida. Y esto concuerda con lo señalado por el iuspositivismo (particularmente el de Austin, que hace hincapié en la autoridad).

La causa formal es, de acuerdo con Suárez, “la forma en que la ley debe hacerse y promulgarse”.⁴⁸⁰ Esto también concuerda con el iuspositivismo (en este caso con Kelsen y Hart, pues no basta con que la autoridad lo dicte: debe

⁴⁷⁸ Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 4a. ed., trad. de José Esteban Calderon *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 392.

⁴⁷⁹ Suárez, Francisco, *De legibus*, I, 13,1.

⁴⁸⁰ *Idem.*

cumplirse con las normas que establecen los procedimientos formales de creación del derecho).

Los dos siguientes criterios de validez son de carácter moral. Y esto es lo que causa resquemor en el espíritu iuspositivista. La causa material, dice Francisco Suárez, es la moral (en particular, la justicia), porque “debe consistir de una cosa honesta”.⁴⁸¹ Y por último, la causa final es el bien, porque “la ley debe ser creada para el bien común”.⁴⁸²

La moralidad de la ley es, desde esta perspectiva, una condición para su validez. De este modo, la ley injusta “no es una ley”, dice Suárez, “sino que recibe el nombre de ley sólo por analogía, porque prescribe una determinada conducta”.⁴⁸³ Y, sobre el propósito de las leyes, añade: “la creación de las leyes es el acto principal por el cual se gobierna al Estado y, por lo tanto, las leyes deben tener como fin el bien común”.⁴⁸⁴

Para Suárez, la ley es ley sólo si cumple con las condiciones de validez.⁴⁸⁵ Quizá parezcan irrelevantes estas concepciones escolásticas de la validez del derecho. Además, para reforzar este escepticismo, las condiciones de validez, vinculadas a la teoría de las causas, no son sino una teoría estrictamente especulativa. Pero hacemos esta referencia a la escolástica por una razón, y es subrayar el carácter parcial del iuspositivismo. Dicho de otro modo: además del carácter subjetivista del positivismo, que hemos señalado, consideramos que posee un carácter normativista o formalista (en tanto que reduce el derecho a su forma).

Los criterios de validez del iuspositivismo se circunscriben entonces a las primeras condiciones: causas eficiente y formal. Y en el caso más extremo, el positivismo consagra, como criterio esencial de validez, a la causa eficiente (la autoridad). Para el iusnaturalismo, ambas condiciones constituyen criterios necesarios, pero no suficientes de validez; y el iusnaturalismo no los rechaza, sino que, como vemos que ocurre en Suárez, incluso los reconoce y los exige. El iuspositivismo, al señalar apenas dos de las cuatro causas, indica solamente cualidades del derecho. No describe aquello que no puede no ser. No capta la esencia moral del derecho. No nos referimos con esto a esta o aquella disposición jurídica que contraviene la moral, sino que nos referimos a la naturaleza moral del derecho. Ocurre como en el

⁴⁸¹ *Idem.*

⁴⁸² *Idem.*

⁴⁸³ *Ibidem*, I, 1, 6.

⁴⁸⁴ *Ibidem*, I, 8, 7.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, III, 31, 6.

hombre: su naturaleza es moral; no obstante, sus actos son unas veces morales y otras veces inmorales.

El iuspositivismo afirma que el derecho —tal cual es— puede desvincularse de la moral, en la medida en que la inmoralidad del derecho no afecta su quiddidad. No obstante, Dworkin —según hemos visto— ha demostrado no sólo alguna forma de vinculación, sino la presencia de principios morales en el derecho. Forma y esencia —dijimos antes— son una misma cosa. “Por forma”, dice Aristóteles, “quiero decir la esencia y substancia primaria de cada cosa”.⁴⁸⁶ A la pregunta “¿qué es el derecho?” corresponde una respuesta, que debe contener no meras cualidades o accidentes del derecho, sino su sustancia misma. Como decíamos antes, que en ocasiones el derecho pueda ser moral o inmoral, es una cosa (un accidente); que el derecho como fenómeno, en sí mismo, tenga en última instancia un sustrato moral es otra cosa (su esencia). El iuspositivismo no es esencialista en tanto que no aprehende la forma o esencia del derecho. El derecho es un sistema normativo estatal, formal y, en última instancia, moral, de la conducta humana.

El iuspositivismo y el iusnaturalismo, en suma, son figuraciones distintas del derecho. Y más importante aún, son concepciones con visiones diametralmente diferentes a propósito del poder y del ser humano.

Veamos las consencuencias de la primera de estas concepciones; es decir, aquella sobre el poder. El iuspositivismo ha implicado una comprensión reducida del derecho al intentar explicar la obediencia de los ciudadanos a la autoridad y a los mandatos de la autoridad de acuerdo con razones meramente coactivas, desestimando por completo los planteamientos sociológicos que, por ejemplo, Weber ha ofrecido en el sentido de cómo la obediencia también se da en virtud del establecimiento de vínculos, afinidades, roles y creencias que se presentan entre gobernantes y gobernados.⁴⁸⁷ En tiempos más recientes, y a través de estudios empíricos, Tom Tyler ha demostrado que las personas obedecen (o desobedecen) las leyes no por el miedo al castigo, sino por una cuestión de legitimidad.⁴⁸⁸

Esto nos obliga a plantear las siguientes preguntas: ¿se debe obedecer siempre el derecho? ¿Cuáles son las razones para la obediencia o la desobediencia? ¿Por qué la gente obedece el derecho? Por su parte, Jaime Cárdenas Gracia también se suma a la tesis de la vinculación entre la obediencia y la le-

⁴⁸⁶ Aristóteles, *Metafísica*, Z7, 1032b1-2.

⁴⁸⁷ Weber, Max, *Economía y sociedad*, 2a. ed., trad. de José Medina Echavarría *et al.*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 170-173.

⁴⁸⁸ Tyler, Tom, *La obediencia del derecho*, trad. Carlos Morales de Setén Ravina, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2014.

gitimidad de los sistemas políticos y jurídicos.⁴⁸⁹ Como hemos visto, en el caso del derecho, Cárdenas distingue razones legales, razones de oportunidad y razones morales como posibles motivos por los cuales se produce la obediencia del derecho.⁴⁹⁰ El primer caso —señala— es normativista (“hay que obedecer una ley porque es una ley”). El segundo caso es utilitarista, en tanto que el sujeto prevé los costos del castigo. Y ambas hipótesis presuponen, de nueva cuenta, el problema positivista de desatender la legitimidad, reduciendo la explicación del fenómeno a la ley misma, así como el problema de hacer un hincapié excesivo en la coacción.⁴⁹¹ Por último, las razones morales, en cambio, ponen de manifiesto los planteamientos señalados por Ronald Dworkin en el sentido de que el derecho no se reduce a un mero sistema de reglas, sino que está compuesto por elementos extrajurídicos, es decir, morales.⁴⁹² Incluso Lon Fuller planteaba de igual modo que la obediencia del derecho está ligada a razones morales.⁴⁹³

Tyler señala —citando a Weber— que la legitimidad es una cuestión de creencias, en este caso, la creencia de que debemos obedecer a los líderes.⁴⁹⁴ Y ese tipo de creencias son susceptibles de ser medidas. De hecho, Tyler indica que la legitimidad puede ser medida empíricamente de dos formas distintas mediante el estudio de grupos de individuos que constituyen una muestra. La primera forma es oponiendo el interés individual de los sujetos a la obediencia de una petición de una autoridad. La segunda es estudiando el nivel de confianza o apoyo que los ciudadanos sienten o expresan respecto del gobierno. Tyler sostiene que puede existir una relación entre el nivel de cumplimiento que los ciudadanos dan a las peticiones gubernamentales y el nivel de apoyo o confianza que expresan por la autoridad; más aún, señala que cuando ambos fenómenos tienen lugar, puede decirse que los ciudadanos sienten una obligación de obedecer, y que la obediencia está asociada, en efecto, a la legitimidad.⁴⁹⁵

Veamos ahora la segunda de las concepciones arriba señaladas. La tesis de la desvinculación entre el derecho y la moral, señalada por el iuspositivismo, implica además una concepción limitada del ser humano (limitada a propósito de los atributos que consideramos inherentes a él). Es raro encon-

⁴⁸⁹ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 314.

⁴⁹⁰ *Idem.*

⁴⁹¹ *Idem.*

⁴⁹² Dworkin, Ronald, “¿Es el derecho un sistema de normas?”, *cit.*, p. 129.

⁴⁹³ Fuller, Lon L., “Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, vol. 71, núm. 4, febrero de 1958, p. 656.

⁴⁹⁴ Tyler, Tom, *op. cit.*, p. 77.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 79.

trar, hoy en día, quien no sostenga la existencia de los derechos humanos. Y tan pronto como asumimos la existencia de los derechos humanos, se derrumba el positivismo jurídico; esto es, su postulado principal de que la validez de los derechos depende solamente de la autoridad que los impone y que el derecho es un mero sistema de reglas (es decir, que sólo tenemos derechos porque una autoridad nos los ha otorgado). El iuspositivismo termina asumiendo, además, una postura reducida sobre la relación que hay entre los derechos humanos y los límites al poder del Estado (límites encaminados a respetar esos derechos).

Nuestra admiración por Dworkin no es desmedida, al contrario, está —creemos— enteramente justificada. Sus textos están llenos de aciertos y ofrecen claridad en muchas de las polémicas jurídicas contemporáneas. Ha abonado soluciones que, antes, bajo el influjo iuspositivista, parecían difíciles de concebir. Sin embargo, al releer a Suárez debemos reconocer que Dworkin en realidad forma parte de una larga tradición de pensadores iusnaturalistas. Y Suárez es un buen ejemplo (si no es que uno de los mejores) en este sentido: la crítica a la idea de que el derecho es un mero sistema de reglas y, por lo tanto, la defensa de que el derecho está asimismo compuesto por principios, son argumentos presentes desde hace siglos. Lo mismo ocurre con la obediencia y las razones para desobedecer el derecho; con la vinculación entre el derecho y la moral; con la identificación del bien o la verdad en la moral asociada a la racionalidad humana. Son ideas, insistimos, con una historia muy extensa.

Una diferencia —muy importante— entre Suárez y Dworkin se halla, sin embargo, en que Dworkin renuncia a toda explicación metafísica (es decir, a Dios) para dar cuenta de su teoría del derecho. Además, ha hecho una labor extraordinaria al demostrar mediante casos judiciales muchas de las premisas de la filosofía iusnaturalista (algo que habría sido imposible de exigir a Suárez cuando vemos el rol que juegan los jueces en las sociedades democráticas de la actualidad), y, por lo tanto, ha abonado sobradamente a criticar la idea preconcebida de que la filosofía jurídica sólo se ocupa de simples elucubraciones sin aplicación práctica.

Otro aspecto que escapó al pensamiento suareciano fue el carácter liberal del mundo moderno en el sentido de privilegiar la vida privada sobre los asuntos públicos y en el sentido de limitar el poder público al respeto de esos derechos subjetivos, privados e individuales. Pero esta noción liberal y moderna del poder no habría sido posible sin las contribuciones previas de la escolástica. Se trata, pues, de una comunidad de ideas que compartimos y que hemos sido capaces de difundir a lo largo de siglos y de la cual Suárez es parte.