

COLECCIÓN DE LECTURAS JURÍDICAS

Serie Estudios Jurídicos
Número 77

Pensar el derecho. Dos ensayos sobre ética y derecho
Jimi Alberto Montero Olmedo

Primera edición: 29 de abril de 2011

© D.R. Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, D.F.

FACULTAD DE DERECHO

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de su legítimo titular de derechos

ISBN (Serie Estudios Jurídicos):

ISBN (núm. 77):

Impreso y hecho en México

Índice

Nota.....

Los derechos humanos. De la Forma al contenido.

Los límites del derecho positivo.....

Pensar el derecho.....

Nota

Un mismo interés motiva los dos ensayos que se ofrecen al lector, por lo que pueden considerarse como variantes sobre un mismo tema. El tema es la racionalidad ética; los problemas son: el de reorientación del derecho a los problemas ético-morales, así como los de su factibilidad en la praxis jurídica. Fueron los casos marginales y difíciles los que me llevaron a trabajar (como propuesta) en un esquema que otorgara los elementos mínimos para desarrollar un argumento que permitiera demostrar, de modo indubitable, la existencia de derechos no reconocidos en el sistema jurídico vigente; lo que permitiría luego el exigir su vinculatoriedad ante las autoridades jurisdiccionales y por consecuencia su exigibilidad y observancia. El esquema se funda en consideraciones éticas las cuales no deben soslayarse al momento de resolver los casos marginales, sin embargo, como su pretensión es la de ser un criterio aplicable, se tienen en consideración algunas de las tesis vigentes y empleadas por los jueces al momento de resolver los casos. Me refiero a los argumentos de Dworkin y Rawls, así como un trabajo de Hart sobre el derecho natural y una versión del positivismo actual, la de Joseph Raz, las cuales integran el marco teórico.

En el segundo trabajo, el cual da nombre a esta Lectura jurídica, me ocupo de los problemas que se suscitan entre la forma y contenido en el derecho, así como de la necesidad de que el saber filosófico jurídico se reoriente, no solo en su labor teórica, sino primordialmente en la praxis, hacia los contenidos ético-morales implícitos en la praxis y discusión jurídicas. Para ello, parto de una tesis de Heidegger expresada en *¿Qué significa pensar?* (advierto que la empleo sin el rigor debido), la cual relaciono con las exigencias que desde el pensamiento ético de liberación se reclaman al derecho como contribución al proceso que permita la formación y surgimiento del sujeto socio-histórico que transforme al sistema.

Otro de los temas de este ensayo, aunque no debidamente tratado, es aquel que se ocupa del fundamento de la exigibilidad de lo ético-moral en el derecho; tema complejo el cual dejo pendiente hasta contar con más elementos de carácter teórico y empírico que me permitan desarrollarlo.

Aunque son muchas mis deudas para la preparación de estos dos ensayos, deseo agradecer las conversaciones y temas discutidos en los seminarios del posgrado en historia de la Dra. Margarita Moreno-Bonnet y del Dr. Silvestre Villegas Revueltas, cuyos intereses por los derechos humanos y lo relativo al laicismo y laicidad motivaron el primero de los ensayos. De igual manera quedo en deuda con el Dr. Enrique Dussel y el Mtro. Juan José Bautista, destacados filósofos latinoamericanos, quienes con su inteligente y atinada crítica en su seminario del posgrado de filosofía, hicieron volver mi atención a un tema que me interesó desde el primer curso de ética en la Facultad de Filosofía, lo cual motivó el segundo de los trabajos que se presentan. Por supuesto, soy el único responsable por los errores y deficiencias que los trabajos puedan tener.

Finalmente, agradezco a mis alumnos de la materia de Filosofía del derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM con quienes discutí sus contenidos.

Alberto J. Montero
Cautla, Morelos
Febrero 2011

Los derechos humanos. De la Forma al contenido
Los límites del derecho positivo

Introducción

Es indudable que uno de los temas que actualmente más pasiones despiertan es el de los derechos humanos, también es evidente que hemos superado la desconsideración que algunas variantes del iuspositivismo dominante tuvieron hacia los temas que se vinculan claramente con los derechos no positivos o naturales y con el ámbito moral del derecho. Ahora a nadie se le ocurriría afirmar lo que Bentham: “los derechos naturales son un disparate en zancos”, claro, tuvo razones metodológicas al mencionarlo. Sin embargo, ahora sería un disparate referirse al derecho sin ocuparse de los derechos humanos y el estado de derecho.

Otra característica de las discusiones actuales, es que han incrementado nuestra comprensión teórica y práctica sobre los derechos humanos, de tal modo que también hemos superado la tradicional concepción de los derechos humanos como derechos naturales de origen racional y aquellas que sostuvieron que su origen era divino. Sin embargo, los temas actuales de derechos humanos se enfrentan a nuevas formas de exclusión de los sistemas normativos, principalmente debido a que en muchos casos, continúa siendo alguna variante del positivismo contemporáneo la que domina nuestra praxis y comprensión del derecho.

Por lo que propongo que analicemos los límites del derecho positivo ante las reivindicaciones actuales de los derechos humanos. Para ello, el punto de partida es una concepción sostenida por el iuspositivismo contemporáneo, la cual da cuenta del derecho positivo, y es compartida por un gran número de jueces y abogados.

La versión del positivismo que empleo y que podemos considerar dominante se caracteriza por ser descriptiva, en tanto, que atiende primordialmente a la forma y no a los contenidos. Por lo que a partir de una postura crítica de ese positivismo me ocuparé construir sus contenidos; entre los cuales destaco los éticos y los denominados derechos no posi-

tivos. Por otra parte, el tema de la racionalidad jurídica, también vigente, me permitirá ubicar en sus linderos algunos problemas, tales como los de exclusión, intolerancia, e imposición a lo diferente; ubicarlos, en el sentido, de que no son admitidos en el orden normativo de modo explícito.

demostrar la existencia de ‘derechos no positivos’, es un primer paso imprescindible para luego poder exigir su incorporación al sistema normativo; en el entendido de que esos derechos coinciden en muchos de los casos con derechos humanos, cuyo reconocimiento en el orden legal es también exigido. Pretendo explicar cómo entenderlos, así como su operatividad en el quehacer jurisdiccional; por lo que propongo elaborar al menos un criterio complejo que permita identificarlos y hacerlos exigibles.

La estructura normativa

Sostendré en principio algunas de las ideas de Joseph Raz como una tesis dominante del iuspositivismo actual, la cual se refiere al derecho como un sistema normativo, coactivo, institucionalizado; que tiene la pretensión de carácter impositivo de convertirse en el marco referente y obligatorio de la acción social de los sujetos a quienes se dirige.¹ Coordinar, guiar las conductas y ser obedecido por esos sujetos, aún de modo no espontáneo, sino mediante el uso legal de la fuerza, son algunos de sus objetivos; para ello, realiza una subsunción de lo considerado valioso, en términos tanto sociales como culturales y éticos. La fuerza es una característica importante de lo jurídico, sin embargo, no opera sola, se complementa con la persuasión y la convicción de obrar de forma: correcta, bien, justa, o sólo la conducta legalmente no prohibida.

La norma tiene una estructura propia, bien como *esquema de explicitación* conceptual,² que otorga significado jurídico a lo que ocurre en el mundo a través de la imposición de deberes que imponen límites a la conducta. Como *normas de mandato*, cuyas características son: el ser *válidas*, en tanto, se integran a un sistema que establece los criterios para determinar su pertenencia al mismo, así como las formas en cómo las normas se producen, se modifican o se eliminan del sistema. Son *prácticas*, en tanto se refieren a situaciones reales; y *prescritas*, al ser establecidas por un individuo, o un grupo, como una norma para guiar la conducta de otras personas.³

¹ Esta idea se nutre primordialmente por lo que sostiene RAZ, Joseph, *Razón Práctica y Normas*, trad. Juan Ruiz Manero, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 179.

² Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Novena edición, traducción de Roberto J. Vernengo, México, Distrito Federal. Porrúa, 1997, p. 17.

³ RAZ, Joseph, *Razón Práctica y Normas*, *op. cit.*, cfr. pp. 91-96.

Ambas tesis son compatibles hasta cierto punto, sin embargo, el interés por referirme a ello, es porque las normas de mandato suponen la existencia dentro de su estructura de *razones para la acción*. Diré que las razones se colocan en el fundamento de la teoría descriptiva del derecho, y que ellas explican los motivos de los seres humanos para realizar una conducta u otra. A estos motivos para la acción también se les denomina *razón práctica*;⁴ que es la facultad que permite formular juicios de acuerdo con un sistema de reglas.⁵

Sólo mencionaré que las razones para la acción explican, valoran y guían la conducta⁶; son uno de los elementos mínimos de la estructura normativa, y el derecho las emplea en su carácter de operativas, de segundo orden, excluyentes, autoritativas, protegidas, y en ellas se introduce un contenido axiológico y deóntico.

Las razones, y con ello las normas jurídicas, sus instituciones y el que-hacer jurisdiccional, apelan a la racionalidad humana, fundan en ella la exigencia de un modo de obrar. El fundamento de la acción social de los sujetos se encuentra entonces, en la razón y la libertad, como presupuestos imprescindibles; la voluntad y los apetitos, como determinantes del grado de responsabilidad (intencionalidad).

⁴ SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos. *¿Hay obligación Moral de Obedecer al Derecho?*, Madrid, España. Tecnos, 1996. Cfr. p. 66.

⁵ ALEXY, Robert. *El Concepto y Validez del Derecho*. Segunda edición, trad. Jorge M. Seña. Barcelona, España. Gedisa, 2004. p. 137.

⁶ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*. Op. cit. nota 4, p. 18.

Los sujetos a quienes se dirige el derecho

Indaguemos de modo breve al sujeto a quien la norma jurídica se dirige, con ello nos percataremos que la racionalidad como fundamento del derecho pertenece a una de las tradiciones más antiguas del pensamiento filosófico, el cual sólo indicaré, sin detenerme en un análisis detallado.

Aunque la facultad racional y la racionalidad como temas de investigación filosófica aparecen desde muy antiguo como facultad intelectual del ánimo humana, que permiten decidir, ejercer dominio sobre la voluntad y apetitos⁷; es a partir de Kant, que el derecho la consideró como imprescindible para determinar la responsabilidad, y como condición necesaria para la exigencia de cierto modo de obrar; ya que posibilitan la aprehensión de lo debido en cada caso concreto.

La estructura ética del sujeto, es decir, la razón práctica, el arbitrio, la libertad y la voluntad son los fundamentos de la responsabilidad, mas también de las leyes morales, al menos desde el pensamiento de Kant. Los deberes son en este sentido, de tipo moral, en tanto dependen de lo interno del sujeto; jurídicos, cuando son externos; aunque ambos interpelan a la razón práctica, mediante la imposición del cumplimiento de un deber, ya de modo voluntario, o constriéndolo.⁸

La distinción kantiana de lo interno y externo nos es útil para el tema propuesto, ya que es correcto afirmar que el derecho, en principio, se ocupa de las manifestaciones de la voluntad, siempre que estas se sustenten en la

⁷ Aunque cada caso es diferente y debe analizarse, en forma muy abreviada refiero algunas de las obras clásicas que expresan con claridad problemas de racionalidad y derecho, desde contenidos éticos y religiosos, tales son los casos de: Platón, “Critón”. *Diálogos*; Cicerón, *De los oficios o los deberes*; Santo Tomás, *Suma de teología*, “La virtud de la justicia”; Immanuel Kant, *Metafísica de las costumbres*.

⁸ Vid. Kant, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, Ediciones espuela de plata, 2004, pp. 37 a 43.

racionalidad del sujeto que las ha ejecutado; y que sólo indaga sobre los procesos internos para determinar el grado de responsabilidad o participación en la conducta prohibida. Sin embargo, el modo de obrar se relaciona con la razón que subyace a la norma jurídica, en tanto, que la norma establece que es lo que se debe, puede o tiene que hacer.⁹ Puede ocurrir que lo que la norma establece sea considerado como lo deseable o querido por quien la debe cumplir, en tal caso el cumplimiento puede ser espontáneo. Sin embargo, los problemas en cuanto a su cumplimiento aparecen cuando la norma establece algo contrario a lo considerado valioso por los agentes que deben cumplirlo; es entonces, cuando la tesis del mínimo de moral del derecho¹⁰ se hace patente, al mostrar que, además de las razones de segundo orden, las razones ético-morales son aquellas que motivan el cumplimiento de lo debido. Este breve acercamiento al derecho nos muestra uno de sus límites en cuanto a la aceptación de lo moral y ético por el derecho; la primera entendida como las exigencias que posibilitan que las relaciones entre los sujetos ocurran dentro de los límites de la igualdad, libertad y respeto mutuo; en tanto, la ética, como reglas prácticas de conducta que establecen lo debido en cada caso concreto.

Puede decirse que la moral de tipo positivo tiene mayor peso frente a otras morales relativas, tanto respecto de los sujetos que las practican, como del grado de convicción de los sujetos integrantes de una comunidad.¹¹ Esto ha motivado a los críticos del positivismo a ampliar las fronteras de lo jurídico,¹² debido a que muchos de los problemas de las sociedades contemporáneas no sólo se presentan dentro de lo legalmente establecido, sino fuera de ello, en lo pre- o a-jurídico, y en países como el nuestro, adquieren el carácter de ser formas de exclusión y dominación.

⁹ Deber, tener y poder, son operadores deónticos, el primero es preferentemente el que el derecho emplea, *vid.* Von Wright, Georg Henrik, *Norma y acción*, trad. Pedro García, Tecnos, Madrid, 1970, cap. V.

¹⁰ HART, H. L. A., *El concepto del Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot, 1998, p. 241.

¹¹ Otros autor como David Lyons distingue entre la moral positiva: como efectiva, aceptada y compartida por un grupo social, y la moral crítica, que es utilizada en el cuestionamiento de las instituciones, *Vid. Aspectos Morales de la Teoría Jurídica*, Barcelona, España, Gedisa, 1998, p. 97.

¹² *Cfr.* “El modelo de las normas” en DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, trad. Marta Gustavino, Barcelona, España, Planeta de Agostini, 1993.

La moral de tipo pre- o a-jurídica como límite del derecho

A ún cuando el derecho tiene la pretensión de coordinar la conducta social de los sujetos que integran una colectividad, y subsume lo considerado para ellos como valioso, es claro que con ello se muestra una frontera ante lo que no es hegemónicamente cultural¹³ en esa sociedad; por tanto, nos percatamos de que la estructura normativa, sus instituciones y conductas prohibidas, obedecen a patrones cuyos orígenes se ubican en creencias de tipo moral, religioso, ético o político, expresadas como razones completas en la estructura del derecho.

Lo que se excluye del derecho, por no preestablecerse, son expresiones culturales que tendrán que apelar a la racionalidad admitida por el derecho para demostrar, en principio, su existencia, su exigibilidad y respeto, en caso contrario, serán conculcadas sin que exista ningún tipo de remordimiento.

Esas convicciones consideradas valiosas para los integrantes del grupo que las admite como tales, se ubican frente al orden normativo jurídico y sus instituciones en la marginalidad; es posible que aduzcan que el derecho natural o moral les concede tener razón para demandar sean atendidas sus exigencias, mas ahora el problema estará en demostrar: primero, que efectivamente existe un derecho no positivo que lo sustente, luego cómo exigir su cumplimiento, y qué consecuencias de ello se producen. Es allí donde la discusión inicia. Por lo que en adelante desarrollaré algunos argumentos a partir de dos presupuestos en los que el propio derecho positivo se sostiene.

¹³ Léase al respecto a Marcuse, Herbert, *Cultura y Sociedad*, “*Acerca del Carácter Afirmativo de la Cultura*”, trad. E. Bulygin y E. Garzón Valdez, Sur, Buenos Aires, Argentina, 1970.

Libertad e igualdad. Dos presupuestos para la reivindicación de derechos no positivos

Ninguno de nosotros pondría en duda que la existencia humana (nuestra vida)¹⁴, no únicamente es el presupuesto imprescindible para que todo lo demás ocurra, sin embargo, no estamos tan seguros de ello cuando se nos presentan situaciones límite que nos exigen decidamos respecto de si es o no debido conservarla; tales son los casos del aborto, la eutanasia y la pena de muerte. En otro nivel de análisis, la libertad e igualdad, son también, sin duda, dos derechos que nadie objetaría su carácter de imprescindibles en todo orden legal, mas como en el caso anterior, tampoco estamos seguros de ellos cuando nos preguntamos si con fundamento en los derechos de libertad e igualdad es que estamos dispuestos a conceder que quienes pertenecen a una cultura distinta tienen el derecho de organizarse acorde a sus propias prácticas sociales; o si los migrantes en calidad de ilegales tengan derecho a un trato igual que los ciudadanos de un Estado a cuya nacionalidad no pertenecen; o si los creyentes practicantes tengan derecho a manifestar y practicar su credo o religión, aún cuando sean servidores públicos que ejercen cargos de dirección y decisión.

Esta aproximación a casos complejos requiere que elaboremos al menos un criterio firme para solucionarlos. Todos ellos tienen en común el carácter pre- o a-jurídico, esto es, se ubican fuera de la discusión propiamente de lo establecido en el derecho como prohibido, permitido o facultado. Para elaborar ese razonamiento debemos tener como punto de partida el que todos podemos formular juicios morales,¹⁵ cuyo fundamento puede ser

¹⁴ Cfr. Dussel, Enrique, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión*, Trotta, 1998.

¹⁵ Cruz Parcero, Juan A., “Derechos morales. Concepto y relevancia”, en *Isonomía*, No. 15, octubre de 2001, p 58.

muy diverso; lo puede tener en convicciones morales que surgen de las prácticas socialmente admitidas; en convicciones religiosas; fundamentos éticos o razonamientos meramente pragmáticos o instrumentales, que pueden ser de tipo político o de conveniencia según el caso específico.

Es precisamente la diversidad de ámbitos a los que se puede acudir para formular una razón que pretenda sustentar la existencia de un derecho, lo que hace difícil que posturas contrarias se puedan conciliar. Para evitar incurrir en un argumento que sea de tipo puramente subjetivo o amañado, partamos de una idea simple desarrollada por Hart.

Admitamos que existe “el derecho de todos los humanos a ser igualmente libres”¹⁶, claro que para elaborar el argumento, debemos acotarlo a un tipo de derecho especial, el cual surge de transacciones o relaciones especiales; digamos de un acuerdo entre partes, lo cual faculta a ellas a dar cumplimiento a deberes que se refieren, ya sea directamente a los involucrados, o a un tercero considerado en el acuerdo. El problema ahora se ha trasladado a los sujetos del acuerdo; ya que si pensamos en el caso de la eutanasia, entonces, quizá admitamos que el enfermo terminal desahuciado, su familia y el médico, podrán acordar qué hacer, lo cual será el fundamento de un deber que surge del ejercicio de la libertad, sin embargo; el mismo acuerdo tendrá un contenido muy diferente si desde una perspectiva religiosa consideramos a la vida como algo de lo cual no debemos disponer. Entonces, qué es lo que la ley debe establecer, la posibilidad de que las partes en ejercicio de su libertad elaboren un acuerdo como derecho no positivo de tipo especial, cuyos contenidos serán determinados por los participantes, y cuyas consecuencias morales deben asumir.

Mas en este mismo caso, puede ocurrir que un tercero, ajeno al consenso que las partes que tienen un interés directo, pretenda tener un derecho moral de tipo general para tomar parte en la decisión. Ese derecho sería en todo caso, general, y carecería de fundamento entre los participantes, puede obedecer a los principios más importantes de sus convicciones éticas, religiosas o morales, sin embargo, interferiría en el ejercicio de la libertad de los derechos de un tercero, lo cual se muestra como límite para quien está fuera de la relación.

¹⁶ Hart, H. L. A., “Hay derechos naturales”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. Genaro Carrió, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1962, p. 65.

Podríamos admitir que este caso se resuelva de este modo, mas no ocurre algo semejante cuando nos referimos a un problema como lo es la inequitativa distribución de la riqueza; la carencia de oportunidades; el derecho a manifestarse libremente en la vía pública; el derecho a tomar parte en las decisiones que nos afectan como integrantes del grupo social, etc.

Partimos de considerar que en términos formales, en muchos casos no existen normas aplicables y efectivas que protejan a quienes requieren utilizarlos; y en otros casos, que aún existiendo, son ineficaces ante intereses superiores de orden político o económico. Por lo que es necesario elaborar una estrategia discursiva que los haga exigibles; esto es, dotar a las formas jurídicas de contenidos, y hacer posible su observancia, aún cuando no pertenezcan plenamente al catálogo de derechos positivos, aunque de modo indudable sí al de derechos humanos.

La construcción de consensos. Una propuesta para solucionar los problemas de exclusión

Sostengo que cuando nos ubicamos al margen de lo legalmente debido y permitido; es cuando las razones que pueden ser de tipo político o económico, se vuelven verdaderamente importantes, ya que es posible que pretendan vincularse a alguna de las tesis de los derechos humanos (o incluso naturales, como derechos que surgen de las relaciones sociales y se fundan en la necesidad y existencia humana), y sustentarse en ellas para demostrar que tienen el derecho de exigir que un conflicto se solucione de cierta forma, sin que se admita una posibilidad alterna. Es indudable, que eso sería intolerancia e intransigencia, mas carecemos de un criterio claro para resolver asuntos de ese tipo, ya que la ley no establece esos referentes. Cómo construiremos ese criterio para solucionar casos concretos, es el meollo de la cuestión.

Reivindicamos nuestro derecho a la libertad e igualdad como los derechos básicos e imprescindibles, aunque en este caso debemos socializar la tesis y dotarla de flexibilidad para poder referirse a los casos particulares.

Podríamos partir de la ‘situación original’ sostenida por Rawls,¹⁷ y considerar que en principio para la búsqueda de una solución no existen diferencias entre los involucrados; y que las asignaciones de derechos y obligaciones, cargas y beneficios se hace por igual, sin consideración de cualidades, habilidades, convicciones, creencias, fobias, ni ninguna característica o elemento que incorpore elementos distintivos. Sin embargo, como punto de partida debemos incorporar otros elementos que nos permitan dar cuenta de aquello que ocurre en una esquina de esta ciudad, ¿cómo explicamos y aplicamos el principio de igualdad entre quienes somos totalmente desiguales?

¹⁷ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. María Dolores, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 25

Por lo que la asignación de derechos y deberes debe partir de la *proporcionalidad*¹⁸ y *consideración de los desiguales* como criterio que haga factible su aplicación. La proporcionalidad dimensiona al principio de igualdad absoluta, al dotarlo de la posibilidad de que al aplicarse se consideren las particularidades de cada caso concreto, las cuales son imprescindibles al momento de formar un juicio.

Por lo que el derecho que todos tenemos a ser igualmente libres, adicionado con un criterio de *proporcionalidad y desigualdad*, debe permitirnos salvaguardar los derechos de las minorías, o de un individuo, frente a las mayorías; del pobre y excluido ante el rico y poderoso. Para ello, debemos considerar la situación o *circunstancia específica* del caso. Aún hay otros elementos que debemos considerar previo al momento de formular nuestro derecho, estos son de índole *científico*; su contenido no debe estar sustentado únicamente en creencias, estas pueden ser el móvil u origen de un conflicto, mas para su solución, debemos tener disposición de no incurrir en ningún tipo de *ideología o fundamentalismo*, sino incluso hacer una revisión de ciertas convicciones, y asumir el compromiso de llegar a un acuerdo razonable, con pretensiones de justicia, a la construcción de una solución adecuada. Si formulo a modo de lista los elementos que hasta ahora deben concurrir para sustentar al derecho que reclamo, tenemos los siguientes:

- a) Igualdad (como principio no absoluto).
- b) Proporcionalidad y desigualdad (criterio de aplicabilidad).
- c) Circunstancias específicas.
- d) Los conocimientos científicos más avanzados.
- e) Las exclusiones de ideologías y fundamentalismos.
- f) La intención de llegar a un acuerdo razonable que respete al derecho de ser igualmente libres.
- g) La construcción de una solución adecuada.

Hasta este momento se han considerado elementos para demostrar y hacer factible al derecho de igualdad, aún está pendiente el cómo relacionarlo con la segunda parte de la proposición inicial, me refiero a la *libertad*.

¹⁸ Santo Tomás, *Suma de teología*, Tomo III, parte II-II (a). Biblioteca de autores cristianos. "La virtud de la justicia", p. 515.

Respecto de la libertad, asumimos que todos tenemos el derecho a ser libres, salvo que exista una ley que establezca prohibiciones, mas en ningún caso la libertad es un principio absoluto; está limitada por convicciones que pueden ser de tipo religioso, moral o ético. Aunque para evitar incurrir en una actitud de intolerancia en el ejercicio de mi derecho de libertad, cuando no existen derechos positivos que establezcan los límites, debo tener al *otro*, la *alteridad*,¹⁹ como el primer referente y límite.

Para hacer factible el derecho de libertad, es menester introducir elementos que me permitan hacerlo compatible con el derecho de igualdad, por lo que si en principio la consideramos en términos generales, ahora debemos tener referentes que permitan considerar y valorar las particularidades para que la libertad se atenúe y no se convierta en un ejercicio de interferencia respecto de los derechos de los demás; estos elementos son el *respeto* a la singularidad, a la *diferencia*, e incluso, más que respeto, en algunos casos, el *compromiso* de contribuir a satisfacer una necesidad ineludible (el hambre, la sed, el frío; en general, la protección de aquello que posibilita la existencia humana). El *respeto* y *compromiso* es parte imprescindible de la asunción de mi relación con el otro como un compromiso ético normativo. La *tolerancia* y la *responsabilidad* son los otros referentes.

En atención a esto, es posible sostener en principio, que tenemos derecho a obrar libremente cuando mi acción no afecta a ningún *tercero*, mas no tengo derecho a obrar libremente, si mi acto los afecta. Este es el argumento que sustenta el derecho positivo. Aunque también a partir de los argumentos anteriores, afirmo que tengo el derecho de obrar aunque mi acto afecte a un tercero en sus intereses, siempre que esos intereses sean la causa de mi exclusión y opresión; o que una necesidad ineludible deba ser satisfecha, aunque para ello transgreda el orden formal establecido. Y esto no lo acepta el derecho positivo, aunque a través de los elementos expresados demuestro que aunque no sea un derecho positivo, es un derecho humano que exijo y hago efectivo mediante acciones concretas.

Me detengo en un último detalle. Ocurre normalmente que en un conflicto todos los involucrados pueden formar juicios de tipo moral y pretender que a partir de ellos se infiera la existencia de derechos no positivos, exigibles; los cuales no podemos negar por decreto, a menos de incurrir en

¹⁹ Cfr. las ideas en Santo Tomás, *Suma de teología*, *op. cit.*, y en Levinas, Emmanuel, *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, trad. Daniel E. Guilloit, Sígueme Salamanca, 1977.

intolerancia, por lo que debemos determinar en qué consiste la afectación a un tercero. Para ello, debo considerar a los factores tanto del derecho a la igualdad, como del derecho a la libertad. El derecho no positivo en principio aceptado, y ahora convertido en un argumento complejo es mi referente para resolver un caso de afectación o injerencia en el ámbito subjetivo ajeno, tanto en los casos determinados (afectar a Juan), como en los indeterminados (afectar a las convicciones morales de la sociedad o al progreso y desarrollo del país). Para resolver el entuerto, es menester elaborar un *consenso* a partir de nuestras capacidades de *diálogo* y de la participación de los interesados (los afectados).

Consenso y diálogo son ahora los recursos para la solución, ubicados ambos en los que hemos denominado pre- o a- jurídico; ambos requieren que nos concibamos en una relación de coordinación y de compromiso, lo cual implica la instauración de mecanismos de participación activa en la toma de decisiones que afectan a todos los integrantes de la comunidad. Ello por supuesto, como lo asevera Dworkin, si es que en verdad nos tomamos los derechos en serio. El resultado no es la justicia, sino la pretensión de que el acto sea justo, sustentado racionalmente y factible en atención a nuestras circunstancias.

Expresados a modo de listas estos elementos que deben ser considerados en esta parte de la construcción del argumento, tenemos a:

- a) Otro, alteridad.
- b) Respeto.
- c) Tolerancia.
- d) Responsabilidad.
- e) Consideración de un tercero.
- f) Diálogo y consenso.

Este criterio aunque esbozado en términos abstractos, debe permitirnos elaborar dentro de la propia tradición jurídica dominante, un argumento que pueda presentarse ante las autoridades jurisdiccionales competentes con el objetivo de resolver una controversia a favor de quien el derecho no le concede la protección; o incluso lo considera como contrario al orden y la paz públicas.

Los casos complejos requieren que se elabore un argumento para demostrar la existencia de los derechos de los participantes directos, así como de los terceros afectados. Luego de ello, la tarea que debemos asumir

los interesados es la de exigir que tengan carácter vinculatorio; esto es, que la autoridad los respalde a través del ejercicio jurisdiccional. De este modo no sólo nosotros asumiremos los derechos como algo importante, sino la autoridad no tendrá obstáculos que le impidan resolver los casos que no se sustentan de derechos positivos.

Conclusión

La pretensión de esta trabajo ha sido mostrar como a partir de argumentos propios del positivismo dominante podemos dar paso a un reclamo sustentado en principios admitidos por el sistema legal vigente, lo cual evidencie la necesidad de respetar derechos no positivos.

Por ello es que me he ocupado de procurar elementos teóricos que nos permitan replantear los problemas, pensarlos desde todas las perspectivas posibles, sobre todo en aquellos límites del derecho, en donde nada es seguro y todas las respuestas son en apariencia posibles. Estos criterios son puntos de partida para considerar con seriedad lo complejo de los derechos no positivos y los derechos humanos como fundamento de un orden social que nos permita ejercer al menos el derecho más básico de ellos, el de ser igualmente libres.

Fuentes

Bibliográficas

- Alexy, Robert. *El Concepto y Validez del Derecho*. Segunda edición, trad. Jorge M. Seña. Barcelona, España. Gedisa, 2004
- Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, trad. Marta Gustavino, Barcelona, España, Planeta de Agostini, 1993
- Hart, H. L. A., *El concepto del Derecho*, trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot, 1998
- , “Hay derechos naturales”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. Genaro Carrió, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1962
- Kant, Inmanuel, *Principios metafísicos del derecho*, Ediciones espuela de plata, 2004
- Kelsen Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Novena edición, traducción de Roberto J. Vernengo, México, Distrito Federal. Porrúa, 1997
- Lyons, David, *Aspectos Morales de la Teoría Jurídica*, Barcelona, España, Gedisa, 1998
- Marcuse, Herbert, *Cultura y Sociedad*, “Acerca del Carácter Afirmativo de la Cultura”, trad. E. Bulygin y E. Garzón Valdez, Sur, Buenos Aires, Argentina, 1970
- Raz, Joseph, *Razón Práctica y Normas*, trad. Juan Ruiz Manero, Madrid, España, Centro de Estudios Constitucionales, 1991
- Suárez Villegas, Juan Carlos. *¿Hay obligación Moral de Obedecer al Derecho?*, Madrid, España. Tecnos, 1996

Von Wright, Georg Henrik, *Norma y acción*, trad. Pedro García, Tecnos, Madrid, 1970

Revistas

Cruz Parceró, Juan A., “Derechos morales. Concepto y relevancia”, en *Isonomía*, No. 15, octubre de 2001

Pensar el derecho

Introducción

Indago en el problema de pensar el derecho. Pensarlo en el sentido de mostrar que hay elementos y contenidos que habiendo pertenecido al ámbito del derecho (las dimensiones ético-moral); la praxis y la reflexión filosófica jurídica dominante actual los han condenado al olvido, o relegado a un plano en el que carecen de la importancia debida. Empleo a la superación dialéctica de las categorías saber-comprender-pensar, para mostrar como ha ocurrido ese olvido; también me ocupo del punto de quiebre y la reorientación de la filosofía jurídica hacia los problemas ético-morales como temas contemporáneos. Concluyo el trabajo indicando el horizonte de discusión actual y ofrezco los indicios para continuar en el sendero del pensar.

Es importante aclarar que este trabajo solo ofrece un marco teórico elaborado desde el problema ético-moral en el derecho, el cual puede considerarse para realizar una investigación más amplia, documentada y con datos empíricos que la sustenten. Esa investigación debe permitir que desde nuestras circunstancias y condiciones concretas demos respuesta a varias de las preguntas que como líneas conductoras atraviesan el desarrollo del ensayo. Trabajos pendientes que por el momento se encuentran en fases muy tempranas.

La filosofía en crisis

En sus orígenes se caracterizó a la filosofía como un saber totalizante¹, como sabiduría y praxis², aunque muy pronto se diferenció de ser la sabiduría. El surgimiento de cada una de sus ramas fue un proceso lento que ya en la época clásica griega, en especial con Platón³, puede advertirse con claridad la existencia de los problemas fundamentales de la ética, ontología, teoría del conocimiento, análisis de lenguaje, etc.⁴ No únicamente en la filosofía se fueron desarrollando saberes específicos, aun cuando se ocuparan del estudio y reflexión de algunas de las manifestaciones de la totalidad⁵, vgr: la estética de lo bello, la epistemología de lo verdadero, etc. También en ese proceso de especialización surgieron las ciencias como saberes específicos y características propias.⁶

A pesar de los avatares de los siglos posteriores al pensamiento clásico, la filosofía mantuvo elementos que la homogeneizaban, e incluso fue prolija en imponentes sistemas de pensamiento, sin embargo, para la

¹ García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 4ª reimpresión, Editores Unidos Mexicanos, México 1992, p.12.

² El saber en el caso de Sócrates no es el *nous*, el puro pensamiento, es *phrónesis*, pensar y sentir a la vez. La autoconciencia moral y el verdadero conocimiento ético no distinguen entre *theoria*, *pathos* y *praxis*: el ver, el sentir y el hacer. Cfr. González Juliana, *Ética y libertad*, Fondo de cultura Económica-UNAM, 2ª reimpresión, México, 2007, p. 60.

³ Hirschberger, Johannes, *Historia de la Filosofía* T. I, 15ª edición, Herder, Barcelona, 1997, p. 87.

⁴ Cfr. Lledó Íñigo, Emilio, "Estudio introductorio" en Platón, *Diálogos* t. I, Gredos, Biblioteca clásica Gredos 37, 1997, páginas 51 y 52.

⁵ García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, *op. cit.* p. 18.

⁶ Siches Recasens, Luis, "Estudios de filosofía del derecho", publicado en Giorgio del Vecchio, *Filosofía del derecho*, Unión Tipográfica Editorial hispano-americana, 3ª edición, 1946, edición facsimilar del Tribunal superior de Justicia del Distrito Federal, tomo I, México 2003, p. 46.

segunda mitad del siglo XX, la reflexión filosófica entró en crisis, a pesar de lo cual no abandonó el ámbito del pensar⁷, aunque sí puso en duda su pretendida universalidad, lo que en gran parte se debió al desplazamiento de la reflexión hacia saberes cuyo contenido empírico se convirtió en un referente imprescindible⁸. Por lo que no es exagerado sostener que en las últimas décadas de ese siglo y primera del actual, asistimos a una necesidad de que la filosofía se reoriente⁹.

En esa crisis del saber filosófico que heredamos los posmodernos¹⁰, varias preguntas irrumpieron y cimbraron al pensamiento. Una de ellas fue el reclamo por el olvido de lo esencial, el olvido del ser¹¹, una reivindicación de la ontología que daría lugar a varios de los problemas y pensamientos más prolijos del siglo pasado.¹² De esa crisis de la reflexión filosófica es donde surge la inquietud a indagar en las sucesivas páginas respecto de los problemas actuales de la filosofía del derecho, ello a partir de una interpretación de la interrogación que en 1952 expresara el filósofo Martin Heidegger *¿Qué significa pensar?*¹³ Explico a continuación la hipótesis que pretendo demostrar.

⁷ Heidegger, Martin, *¿Qué significa pensar?*, Terramar ediciones, Argentina 2005, "Lo grave de esta época grave es que no estamos pensando".

⁸ Nótese el predominio de la filosofía analítica, del positivismo, pragmatismo, y de la ciencia cuya esencia es la técnica mecánica y propósito es la conquista del mundo como imagen *Vid.* "La época de la imagen del mundo" en Heidegger, Martin, *Caminos de bosque*, colección ensayo no. 073, Alianza editorial, 5ª reimpresión, España, 2008, páginas 63 y 77.

⁹ Jürgen Habermas sostiene que ante el predominio de los saberes de orientación empírica la filosofía debe reorientarse y abrir el paso a la sociología, la cual conserva de manera más completa sus conceptos básicos para dar cuenta de la racionalidad vigente, *vid. Teoría de la acción comunicativa*, tomo I, 3ª reimpresión, México, 2007, p. 16

¹⁰ Bolívar Echeverría al referirse a la posmodernidad señaló tres rasgos que le son propios: la lógica moderna y la técnica científica, la secularización de lo político y el individualismo. *Vid.* *¿Qué es la posmodernidad?*, Cuadernos del Seminario Modernidad: versiones y dimensiones, Cuaderno 1, UNAM, México 2009, p. 8.

¹¹ Heidegger, Martin, *Ser y tiempo*, Fondo de Cultura Económica,

¹² Me refiero al existencialismo, cuya obra es amplísima de la cual destaco dos obras polémicas: de Martin Heidegger *Carta sobre el humanismo*, Taurus, Madrid 1970 y de Jean Paul Sartre, *El existencialismo es un humanismo*, Edhasa, Barcelona 1999; así como al reclamo desde la alteridad como superación de la ontología que realiza Emmanuel Levinas en *La huella del otro*, Taurus, México, 2000.

¹³ *Op. cit.* para la cronología de sus obras consúltese la página <http://www.heideggeriana.com.ar/>

El derecho cuando se estudia a partir de la filosofía y de sus disciplinas, si prescinde de los problemas actuales y no considera los efectos negativos de esa visión distorsionada, termina por realizar el ideal de la ciencia formal¹⁴. Sin embargo, el derecho como saber y proceder (episteme-tecné)¹⁵ tiene contenido, ya que se ocupa de las normas e instituciones (forma) que se dirigen a las conductas y problemas de los humanos que integran grupos sociales (contenido), las cuales deben explicarse en sus contextos histórico y social.

Por lo que si la filosofía del derecho debe reorientarse, debemos lograr que la autoconciencia¹⁶, la superación del sujeto-objeto, dimensione el saber y la reflexión sobre el objeto como una actividad social. De este modo aparecerán desde el horizonte de reflexión de las disciplinas de la filosofía y de la filosofía del derecho, el derecho no únicamente como forma lógica o epistemológica, sino como problema ético-moral¹⁷. En este sentido la autoconciencia como superación es propiamente el pensar. Pensar como actividad creadora, como la que busca las soluciones a los problemas de nuestro tiempo. Aunque el pensar nos exigirá no solo el des-cubrimiento del otro, sino la responsabilidad ante él, responsabilidad que nos constriñe a la tecné, praxis liberadora¹⁸.

¹⁴ Ciencia formal como esencia de la técnica, la reducción de lo social y ético al puro aspecto cuantitativo, semejante al modo de entender la ciencia de Bunge, Mario, *La ciencia su método y su filosofía*, Nueva imagen, 14ª reimpresión, 1997. Sobre este problema reflexiona Heidegger, *vid.*, *Caminos de bosque, op. cit.*

¹⁵ Cfr. este binomio en Platón, “Critón”, *Diálogos* t. I, Gredos, Biblioteca clásica Gredos 37... p. 195-199;

¹⁶ Léase el tema en Hegel, autor a quien sigo en estas líneas, así como su dialéctica, *cfr. Fenomenología del espíritu*, 15ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

¹⁷ Ética como la no reducción del otro al mismo, sino como el cuestionamiento que el mismo no puede hacerse desde sí, sino desde la alteridad. Cfr. Levinas, Emmanuel, *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, 4ª edición, Ediciones Sígueme Salamanca, España, 1997, p. 67.

¹⁸ Dussel, Enrique, *Filosofía de la liberación. En el momento de la globalización y la exclusión*, Trotta, 1998, *vid.* último capítulo, en especial del párrafo 363 en adelante.

El camino hacia el compromiso ético

El pensar como vía para la superación de la simple forma en el derecho, reivindica los problemas ético-morales¹⁹ como aquellos que de manera inaplazable debemos resolver; nos sitúa en nuestro tiempo y exige de las ramas de la filosofía su reorientación para participar de la transformación²⁰ de la praxis y episteme jurídicas. Para la comprensión de este tema es menester referir de modo comparativo y didáctico algunas categorías (las que suponen relaciones entre la ética, la epistemología, la ontología, la lógica y la filosofía del derecho). En todos los casos el derecho es el núcleo problemático o de referencialidad para la reflexión filosófica.

Derecho	Sócrates-Platón	Hegel	Heidegger
1. Sujeto- objeto	Forma	Conciencia	Saber
2. Sujeto-sujeto	Materia	Autoconciencia	Comprender
3. Sujeto-colectividad	Episteme-doxa	Razón	Pensar

Nota: La superación dialéctica ocurre en el tránsito del numeral 1 al 3.

¹⁹ Reclamo que tiene sentido debido a que la teoría del derecho y la filosofía analítica han abandonado paulatinamente estos problemas a favor de los de estructura o forma, en el que el lenguaje, la retórica y el análisis lógico son favorecidos, cfr. Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2ª edición, colección estudios alemanes, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 22. Por supuesto también hay quienes reivindican a la ética y moral como el tema por excelencia de la filosofía del derecho, Vgr. Laporta, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, 2ª ed. 1995, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política no. 26, Fontamara, p. 7.

²⁰ Vid. Dussel, Enrique, *Filosofía de la liberación... op. cit.* parágrafo 372, p. 536.

1. El punto de partida (número 1) es el carácter cuantitativo-formal de las ciencias. Saber formal en el que la reducción del fenómeno a objeto implica también el proceso de reducción del sujeto a objeto, la cosificación del sujeto²¹, su mutilación²². En el saber prevalece la forma (como saber normativo y mnemotécnico), carente de contenidos ético-morales y sociales, lo que equivale a reducir al derecho a aspectos lógicos, de sistema, de funcionamiento de sistemas, o incluso, al estudio solo de las reglas (procesos, procedimientos) que integran los sistemas normativos. En el saber se privilegia lo objetivo y lo demostrable²³.

En este caso el saber de una ciencia cuantitativa cumple una función instrumental al ponerse al servicio de la técnica, esto es, al subordinar el saber a un hacer inmediato. Por ello es que la aseveración de Heidegger respecto de que las ciencias no piensan, debe entenderse en el sentido de que carecen de lo reflexivo en lo que se refiere a que sus resultados lo mismo sirven las causas más nobles, que las más infames.

2. La autoconciencia que se ubica en el ámbito del comprender, es la superación del saber formal, en él la comprensión impone al sujeto la relación ético-social como contenido, expresada en la relación sujeto-sujeto (individual y colectivo), en términos clásicos: el sujeto y la polis²⁴. El sujeto supera la cosificación a que la repetición²⁵ lo condena, el comprender es el conocimiento que naturalmente es de tipo social, está más allá de la relación del sujeto cognoscente con su objeto.

²¹ Cosificación que todo lo mira como objeto, en la que la revelación del otro en el mirar es negado, cfr. Sartre, Jean Paul, *El ser y la nada*, Biblioteca de obras maestras del pensamiento No. 50, Losada, 2004, p. 360.

²² Horkheimer Max y Adorno W. Theodor. *Dialéctica de la ilustración*, Ed. Sudamericana, 1997, Buenos Aires, Argentina. P. 54.

²³ Solo el mal entendido de que las disciplinas de la filosofía del derecho no se complementan da lugar a la exclusión. Páginas adelante analizo este tema, adelante que existen razones metodológicas para la exclusión que deben explicarse, Vid. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 9ª edición, Editorial Porrúa, 1997.

²⁴ Véase el tema en Platón, *República*, libro I, Biblioteca scriptorum, graecorum et romanorum mexicana, 1971, México.

²⁵ Repetición como ocultamiento, mitificación de la realidad, desaparición de lo ético, cfr. Horkheimer Max y Adorno W. Theodor. *Dialéctica de la ilustración*, op. Cit., p. 43, y Cassirer, Ernst. *El mito del estado*, 10ª edición, Fondo de cultura económica, México, D.F., 2004, p. 28.

El derecho no puede prescindir de los contenidos, debido a que su contenido ético-moral lo constituimos los humanos. Lo humano otorga el carácter de humanista al derecho²⁶, es la anti-fetichización del sistema²⁷ y de su pretendida autopóiesis. El re-aparecer y la comprensión de lo humano y sus circunstancias serán imprescindibles si los problemas que existen en la realidad pretenden ser superados. Para la comprensión con el propósito de solucionar problemas fácticos a los que las normas como forma se refieren, es menester que concurren las diversas disciplinas de la filosofía del derecho, así como otras ciencias: la sociología, la psicología, la historia, antropología, etc.

3. Pensar a su vez, es la superación dialéctica del saber y comprender, en esta categoría se reivindica la vieja relación entre *episteme- tecne, theoria, pathos y praxis*²⁸, esto es, la restauración del saber, como saber reflexivo o filosófico y el obrar, el compromiso ético de hacer en el mundo²⁹. El derecho es primordialmente pensar, por lo que la misión de la filosofía y en especial la de la filosofía del derecho, será la de incentivar la acción de ‘pensar’, mas pensar lo más importante que existe en el derecho: lo humano, sus problemas y circunstancias. La asunción del compromiso ético, es también la responsabilidad frente a los demás como colectividad; el que vivo en comunidad, a ella me debo y le debo, es conciencia ética de obrar.

²⁶ Para evitar la desorientación de la ciencia social debe ser gobernada por la ética. La ciencia social nunca debe olvidar que es un saber que se ocupa de cosas humanas y de los humanos. Cfr. Strauss, Leo, “Ciencia social y humanismo”, en *El renacimiento del racionalismo político clásico*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2007, p. 53.

²⁷ Dussel, Enrique, *Filosofía de la liberación... op. cit.* parágrafo 366, p. 529.

²⁸ González, Juliana, *Ética y libertad, op. cit. Idem.*

²⁹ Hacer que se impone como responsabilidad del sujeto ético-consciente frente a la alteridad, en el que el otro es el que provoca el movimiento ético e incide en la intencionalidad, cfr. Levinas, Emmanuel, *La huella del otro*, Taurus, México, 2000, *op. cit.*

Las disciplinas de la filosofía del derecho Su reorientación hacia el pensar

Para ubicarnos en el pensar es necesario superar dialécticamente al saber y comprender, para con ello lograr reorientar la reflexión y acción filosófica al compromiso ético de transformación tanto de los humanos a quienes el derecho se dirige, así como de las instituciones y sistemas normativos (en el caso específico del derecho). En las siguientes líneas indago respecto de la actualidad y aplicación de algunas de las ramas de la filosofía al ámbito específico de la filosofía del derecho con el objetivo de mostrar su punto de inflexión que las conduzca al pensar.

A. El saber jurídico como saber científico

Sin pretender hacer una exhaustiva revisión del saber jurídico-científico, solo señalaré algunos momentos relacionados con ello. El afán por diferenciar al saber verdadero del falso o erróneo son antiquísimas, baste señalar el caso la vía de la verdad en el poema de Parménides³⁰, *episteme* y *doxa* en Platón³¹ y la lógica de Aristóteles³². Aunque fue hasta el siglo XVIII con Kant, quien más elementos aportó para superar el carácter casuístico del derecho y establecer los fundamentos para una ciencia del derecho, al tiempo que dotó de contenido moral al derecho a través del

³⁰ Véase la diferencia entre “lo que es, es y lo que no es, no es”, Cfr. Eggers Lan, Conrado, *Los filósofos presocráticos* T. I, Biblioteca Básica Gredos No. 12, 5ª reimpresión, Editorial Gredos, Madrid, 2008, p. 439-439.

³¹ Véase la diferencia entre *episteme* y *doxa*, Cfr. “Critón”, *Diálogos* t. I, *op. cit.* p.p 195-199.

³² *Tratados de lógica: organón*, Biblioteca Básica Gredos, 5ª reimpresión, Editorial Gredos, Madrid, 2008.

imperativo categórico y la razón práctica³³. Las ideas respecto de la ciencia como saber objetivo, demostrable, racional y universal³⁴, encontraron en Comte a uno de sus principales continuadores, en especial en lo referente a las ciencias sociales, en las que la realidad se convirtió en el punto de partida de todo saber, y el paradigma de lo verdadero fue lo demostrable, reproducible y objetivo, ajeno a la imaginación y metafísica³⁵.

Las características principales del método de investigación para las ciencias sociales estaban establecidas. Sin embargo, el iuspositivismo³⁶ ubicó el problema en el ámbito de la metafísica, en especial en el de la relación que el derecho históricamente había mantenido con la justicia. Austin señaló, siguiendo a Bentham, los problemas de dar cuenta del derecho de modo científico si se mantenía esa relación con la justicia³⁷; en tanto Kelsen, a partir de concebir a la ciencia del derecho como una ciencia del espíritu³⁸, delimitar cabalmente su objeto de estudio, concebir la estructura lógica del derecho y adoptar una postura relativista respecto de lo valioso, superó, al menos metodológicamente los problemas que el tema de justicia y la moral introducían al estudio científico-descriptivo del derecho³⁹. Metodológicamente el estudio del derecho logró lo que en los siglos anteriores no fue posible, dar cuenta de su objeto de estudio de manera detallada, objetiva y demostrable; sin embargo, la confusión de la forma con el contenido ocurrió al pretender hacer extensiva la propuesta metodológica a todos los

³³ La razón práctica, el arbitrio, la libertad y la voluntad son los fundamentos de la responsabilidad, mas también de las leyes morales, cfr. Kant, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, Ediciones espuela de plata, 2004, pp. 37 a 43.

³⁴ Cfr. Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, Editorial Porrúa, 13ª edición, México, 2005, en especial la idea de hacer de la razón el tribunal del saber y la exclusión de toda metafísica.

³⁵ Vid. Comte, Augusto, *Primeros ensayos*, Fondo de Cultura Económica. Págs. 115 a 144.

³⁶ Utilizó la voz en sentido amplio para referirme a quienes comparten una posición ante temas tales como: la ciencia del derecho, el objeto de estudio, el método, y como un modo de aproximarse al derecho, cfr. Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, No. 12, pp. 37 a 66.

³⁷ Cfr. John Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Centro de estudios constitucionales. Madrid, España, 1981, págs. 23 a 37.

³⁸ Para el tema Cfr. Dilthey, Wilhelm, *Introducción a las ciencias del espíritu*, Alianza editorial, 1980, capítulos I, II y XII.

³⁹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 9ª edición, Porrúa, México, p 34.

ámbitos del derecho, en especial a sus contenidos, lo que redujo el derecho a aspectos lógico-sistemáticos en el que los contenidos ético-morales desaparecieron, esto fue el principio de la fetichización del derecho como sistema.

El punto de inflexión hacia los problemas de contenido, aunque sin abandonar el punto de vista científico-descriptivo, sino que surgieron de concebir al derecho como hecho social⁴⁰, en el que se ubican los problemas prácticos entre la moral y el derecho, se inició dentro del positivismo con los trabajos de Hart⁴¹: sus tesis respecto de las fuentes sociales del derecho; la distinción conceptual entre el derecho y la moral; los problemas sobre la discrecionalidad y la juridicidad normativa; así como la propuesta del empleo del enfoque sociológico para el estudio del derecho⁴², hicieron que otros autores volvieran la atención a la moral y a la ética como centro de la discusión jurídica. Aun cuando los problemas éticos y sociales no fueran necesarios para la descripción del derecho, no se podía prescindir de la moral para explicar de manera completa al derecho.

El profesor Hart daría una de las pautas para las investigaciones posteriores al interrogarse sobre la existencia de los derechos naturales. Alejado de toda metafísica e imaginación, sostuvo la existencia de al menos un derecho natural sustentado en la intersubjetividad⁴³ de quienes tienen una relación especial, ese derecho consistiría en el “derecho igual de todos los hombres a ser libres”⁴⁴. El objetivo de ese derecho natural

⁴⁰ Los contenidos ético-morales no corresponden al ámbito teórico descriptivo propio de la ciencia, sino al de la práctica del derecho, cfr. Tamayo y Salmorán, Rolando, “Dogmática jurídica y teoría moral”, *Isonomía* no. 4, abril de 1996, pp. 29-42.

⁴¹ Considérese que la etiqueta de positivista es genérica y no corresponde a nadie en particular, el mismo Hart señala al menos cinco posibles modos de ser positivista *Vid.* HART, H. L. A. *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, *Cfr.* p. 16.

⁴² *Vid.* HART, H. L. A. *El concepto del derecho*, Argentina. Abeledo-Perrot, 1998, y *Post Scriptum al Concepto del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. Algunos sostienen que la postura de Hart es más de tipo analítica que sociológica, cfr. de Páramo, Argüelles Juan Ramón, H. L. A. HART y la Teoría Analítica del Derecho. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

⁴³ Norbert Hoerster sostiene la posibilidad de la fundamentación intersubjetiva de la ética con el objetivo de solucionar problemas, semejante a la postura de Hart, cfr. “Ética sin metafísica” en Garzón Valdés, Ernesto (compilador), *Derecho y filosofía*, 2ª ed. 1988, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política no. 18, Fontamara, p. 124 y ss.

⁴⁴ “¿Hay derechos naturales?”, en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, *op. cit.* pp. 65-91.

fue el de proporcionar una vía racional para la solución de controversias cuando nos encontramos en la zona de marginalidad o incertidumbre normativa, en la que los derechos son inexistentes en el sistema normativo, o difusos, y que no obstante, la controversia requiere ser solucionada. Sin embargo, el recurso de la intersubjetividad y el consenso para la solución de controversias permite divisar aunque de modo no definido el tema del problema moral y ético del derecho, el cual previo a seguir el desarrollo contemporáneo de la reorientación del derecho hacia el pensar, señalaré brevemente algunos de los momentos más importantes en la investigación ético-jurídica.

B. El derecho y el problema ético-jurídico

Para comprender la importancia de la discusión de los contenidos ético-morales del derecho, es menester referir aunque escuetamente algunos momentos de una muy larga tradición iusfilosófica que ha tenido como temas centrales del derecho a la justicia, la equidad y el bien común. Esta reorientación del derecho hacia los contenidos ético-sociales no es en sentido estricto una negación de los avances que se consiguieron en la teoría y dogmática jurídica⁴⁵; las cuales constituyen hoy en día el sostén teórico argumentativo del derecho como un saber científico y permite a sus estudiosos dar cuenta plenamente de los problemas de cualquier sistema normativo. La reorientación se realiza desde la exigencia de que la práctica debe guiarse por un criterio ético que imponga la responsabilidad del sujeto que vive en comunidad; por lo que en todo caso, es la superación a modo de síntesis en la que todos los avances son subsumidos para contribuir a la solución de los problemas que desde la ciencia puramente descriptiva no encuentran respuesta, es la recuperación de lo humano en el derecho.

Esa exigencia de la ética hacia el derecho para que mediante su observancia se realice lo considerado valioso, no siempre permaneció fuera de lo denominado jurídico; para varios de los autores clásicos, el derecho es en sí la vía, el modo en cómo realizar la justicia. La justicia por su parte,

⁴⁵ Son importantes y continúan plenamente vigentes las distinciones que no permiten confundir a la dogmática y la cetética del derecho; la teoría y la dogmática jurídica, *Vid.* Theodor Viehweg, “Algunas consideraciones acerca del razonamiento jurídico” en *Tópica y filosofía del derecho*, 2ª edición, colección estudios alemanes, Gedisa, Barcelona, 1997, p. 119.

no es solo una idea que no tenga relación con la conducta humana, por el contrario, se refiere siempre al actuar humano en comunidad, en atención a la realización de lo considerado valioso. Aristóteles en el libro V de *Ética a Nicómaco*⁴⁶ no solo se refiere a la justicia como una virtud perfecta abstracta, sino que no es absoluta, en tanto se refiere a otro, es el acto que se realiza para otro. La justicia cobra pleno sentido cuando se refiere a las acciones que realizamos para alguien más, ya sea para asignar bienes y deberes, como para retribuir o restablecer la igualdad en las relaciones. Es en el restablecimiento y en el castigo correctivo, el derecho, el medio por excelencia para lograr la observancia de la virtud de la justicia.

Aunque las distinciones son muy sutiles, otros autores posteriores comparten la convicción de que la justicia es algo que se realiza en el mundo, y ese algo está siempre dirigido a alguien más. Incluso, si concebimos a la ética como la disciplina normativa de la filosofía que nos indica lo bueno y lo malo, y dejamos a la prudencia la función de ser la responsable de la acción buena o mala⁴⁷, continuamos en el entendido de que la acción humana es lo importante, no tanto la capacidad de diferenciar entre el acto bueno y malo. Cicerón, pensador y abogado romano sostendría luego de Aristóteles, que son las virtudes las que concurren en la realización del acto justo, por lo que, aunque en una tradición de pensamiento de tipo sincrético en la que la justicia es un referente de conducta para los ciudadanos, es su aspecto práctico (*dianoia*) el determinante. En su pensamiento, es a la prudencia a la que corresponde la facultad de conocimiento y discernimiento (virtud intelectual); en tanto, en la fortaleza radica la fuerza y voluntad para su ejecución; y en la templanza la moderación del acto para que no devenga en injusto⁴⁸.

También la tradición cristiana a través del pensamiento de Tomas de Aquino compartiría la dimensión práctica de la justicia y su carácter intersubjetivo. Para el Santo de Aquino todo acto humano se encamina a la realización del bien supremo, la felicidad suprema que es Dios⁴⁹, solo los actos justos son los que lo acercan a Dios. Al discernir respecto de la justi-

⁴⁶ Biblioecorum scriptorum et romanorum mexicana, UNAM,

⁴⁷ Aranguren, José Luis, *Propuestas morales*, Grandes obras del pensamiento contemporáneo, Altaya, España, 1999, pp. 24-26.

⁴⁸ Vid. Cicerón, *De los oficios o los deberes*, Editorial Porrúa, colección "Sepan cuantos", número 230, pp. 3 a 35 (capítulos I a XXXIV).

⁴⁹ Vid. Beuchot, Mauricio, *Ética y derecho en Tomás de Aquino*, UNAM-Instituto de Investigaciones Filológicas, 1997.

cia en la cuestión cincuenta y ocho⁵⁰, se refiere a ella indicando que como acto virtuoso requiere ser voluntario, estable y firme, y que la conducta que lo realiza está siempre dirigida a otro; en cierto sentido, es el otro quien determina lo justo o injusto de mi acto. La razón, voluntad y apetito, tres facultades humanas son las encargadas de realizar a través del acto humano a las virtudes cardinales: la prudencia, justicia, fortaleza y templanza. Destaca en su pensamiento el que el acto humano que realiza la virtud de lo justo en tanto que se dirige a otro que es una colectividad, es justicia legal o la realización del bien común⁵¹. Otro de los aspectos prácticos más importantes del derecho al que debemos reorientar no solo la praxis, sino el estudio y enseñanza del derecho.

La última referencia clásica será para el filósofo que quizá mayor influencia tuvo en el pensamiento jurídico, me refiero a Immanuel Kant, quien en su obra *Metafísica de las costumbres* se ocupó del derecho y de sus fundamentos ético-morales. Para el filósofo, los atributos del ánimo se relacionan con las leyes morales; ello mediante la relación que sostiene el deseo con la facultad apetitiva que da lugar a la voluntad; en tanto que la voluntad vinculada al arbitrio fundamenta al libre arbitrio. Aunque será la libertad del sujeto el fundamento de las leyes morales a priori y de su observancia; quien mediante la razón práctica aprehenderá lo debido conforme al imperativo categórico, y será responsable de su realización⁵². En su obra es evidente que distingue entre las leyes del derecho y las leyes morales, aun cuando sostenga que en última instancia toda obligación es una obligación moral; lo que para el tema que aquí desarrollo es la parte más importante, ya que hace de la moral el fondo, lo último conforme a lo cual el derecho debe orientar sus prescripciones y establecer sus sanciones en caso de incumplimiento, es el medio para realizar el qualismo⁵³.

Dejo a los clásicos y regreso al siglo XX para continuar hasta los debates contemporáneos. Cuando seguimos a Hart en el camino de la reorientación del derecho hacia sus contenidos ético-morales, no teníamos a la vista la

⁵⁰ Santo Tomás, “La virtud de la justicia” en *Suma de teología*. Tomo III, parte II-II (a). Biblioteca de autores cristianos, pp. 457-490.

⁵¹ *Ibid.*, art. 5.

⁵² Cfr. Libro I de Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989.

⁵³ La idea del estado cosmopolita universal en cuyo seno se desarrollen todas las disposiciones originarias de la especie humana, cfr. Kant, Immanuel, *Ideas para una Historia Universal en Clave Cosmopolita*, Tecnos 2º edición, 1994 Madrid España, p. 20.

rica discusión que durante siglos mantuvo viva la atención sobre la justicia, equidad y el bien común como referentes para la acción y praxis jurídicas. Estas breves líneas sobre un tema tan amplio solo persiguen el objetivo de aportar algunos elementos sobre el tema y hacer notar la importancia que la ética tiene para que nuestros conocimientos de dogmática y analítica jurídica no pierdan de vista el fondo del problema, no se olviden de lo humano del derecho y de los problemas concretos que los humanos tenemos y podemos solucionar a través de la observancia de las leyes.

Cuando Hart planteó la posibilidad de la existencia de un derecho natural, al unísono interpeló uno de los debates más complejos y amplios del derecho⁵⁴; las razones se encuentran en los límites que tienen la ciencia descriptiva y la dogmática jurídica, las cuales no ofrecen respuestas a los complejos problemas actuales que se ubican en la zona marginal de los sistemas normativos, esto es, en el ámbito ético-moral, por lo que es tiempo de referirnos a ellos y a su posible solución.

Si continuamos con la tradición anglosajona y estadounidense encontramos en el pensamiento liberal progresista otras propuestas de solución al tema de los derechos marginales o no reconocidos en el sistema normativo. La tesis de la respuesta correcta ante los casos difíciles sostenida por Ronald Dworkin⁵⁵ es una de ellas. El autor propone una clara reorientación hacia los contenidos morales y políticos del derecho a partir de la tesis de justicia de John Rawls⁵⁶. Su crítica al derecho hegemónico, que es el de Hart, lo lleva a la elaboración de una teoría prescriptiva⁵⁷, en la que ante el tema de los casos difíciles, ni la discrecionalidad jurisdiccional, ni el pretendido carácter cuasi-autopoiético del derecho podrán otorgar los argumentos para resolverlo. La solución residirá en la concepción de un modelo

⁵⁴ Un breve estudio sobre la relaciones entre derecho y moral puede consultarse en Garzón Valdez Ernesto, "Derecho y moral", en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de filosofía, Vol. II. Madrid, España. Trotta, 1996. p. 397.

⁵⁵ La obra que de manera especial refiero: Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Obras del pensamiento contemporáneo, no. 40, Barcelona, España. Planeta de Agostini, 1993.

⁵⁶ Parte importante de la propuesta de Dworkin se sustenta en la tesis de la posición original y la asignación distributiva de los derechos, cargas y deberes, en la que los principios de libertad e igualdad así como la reivindicación del individuo son las características más importantes que el derecho debe salvaguardar y garantizar, cfr. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 17-28.

⁵⁷ Supera el puro análisis conceptual para penetrar en la carga moral de los conceptos, Salmerón, Fernando. *Ética, Analítica y Derecho*. México, Distrito Federal. Fontamara, 2000. p. 149.

de las normas más amplio, el cual no se reduzca al derecho positivo, sino que se integren como parte del sistema normativo a los principios morales y las directrices políticas, en las que jueces superdotados como el ‘juez Hércules’ sean capaces de resolver el caso difícil mediante la argumentación⁵⁸. Lo cual puede incluir el realizar una teoría constitucional y del sistema político adecuada para solucionar el caso⁵⁹.

En este punto de la reorientación del derecho en el que la moral y la ética han sido reivindicadas como elementos imprescindibles para la solución de casos, se han abierto nuevos derroteros en los que la lógica y la teoría de la argumentación prestan sus más invaluable servicios para pensar el derecho. La lógica formal no solo permite la identificación de argumentos correctos e incorrectos⁶⁰; sino que permite la construcción correcta de argumentos que tienen la pretensión de solucionar casos concretos, es uno de los principales recursos con los que el razonamiento jurídico cuenta, baste mencionar la utilidad de los principios de contradicción y de tercero excluido en su aplicación jurídica⁶¹. A modo de ejemplo refiero otras dos funciones del razonamiento lógico: 1) El análisis lógico permite identificar falacias en aquellos razonamientos aceptados normalmente, tal como el que afirma que ‘todo lo que no está prohibido, está permitido’. El cual como modo de permisión, supone que el derecho carece de lagunas, lo que es una falacia. Como proposición normativa, si es en sentido débil, resulta analítico y no elimina la laguna; si es fuerte, presupone que el sistema es completo, con lo que presupone lo que pretende probar y deviene falso; y 2) Su aplicación en la teoría del derecho permiten indagar respecto de las influencias en los modelos teórico-explicativos del derecho⁶².

Claro es que la lógica coadyuva con el razonamiento correcto, mas no otorga por sí las soluciones a los problemas humanos, no constituye un sistema al que ingresemos los datos y luego de una operación

⁵⁸ Dworkin, Ronald, *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho e interpretación de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Gedisa, España, 1988. p. 23. El derecho es primordialmente una práctica argumentativa.

⁵⁹ Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*, op. cit. cfr. Capítulos I a IV.

⁶⁰ Copi, Irving, *Lógica simbólica*, 23ª reimpresión, CECSA, 2000, p. 15

⁶¹ García Máynez, Eduardo, *introducción a la lógica jurídica*, Fontamara, 7ª edición, 2000, p. 27-

⁶² Alchourron, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, “Introducción”, pp. XXII y XXIX.

matemática⁶³ obtengamos el resultado, tal ocurre como ante el *Tribunal electrónico*⁶⁴ de Papini. La lógica contribuye a la elaboración del discurso racional, paradigma de la teoría argumentativa⁶⁵; la cual permitirá a su vez la construcción de las presuposiciones y condiciones pragmático-formales del comportamiento humano necesarias para la solución de controversias mediante consensos⁶⁶, cuyos resultados deberán consistir en decisiones válidas y factibles.

Sin embargo, es aquí cuando el análisis lógico y las teorías argumentativas muestran sus dificultades de realización en sociedades asimétricas; en las cuales las condiciones y presupuestos exigidos no son posibles de realizar, debido en gran parte a los problemas que existen para socializar la acción que devenga en participación y formación de la voluntad democrática para la solución de controversias⁶⁷. Por lo que el consenso como medio para la solución de problemas, aun con la pretensión de reorientar el derecho hacia la solución de conflictos ético-morales y no estrictamente jurídicos, carece de factibilidad. Dos caminos se presentan como posibilidades de solución: el primero vinculado a la sociología, es la superación del análisis teórico idiomático y de la sola acción comunicativa⁶⁸ para llegar a una teoría de la sociedad de carácter omnicomprensivo⁶⁹; el segundo, es la vía ética de la liberación. Indagaré sobre esta última, a la que considero como el inicio del proceso de síntesis en la superación dialéctica que conduce a pensar el derecho, el cual referiré en el planteamiento de la hipótesis.

⁶³ Para el tema de la influencia de la lógica matemática en la lógica jurídica *vid.* “La lógica moderna del derecho”, en Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, *op. cit.* p. 66

⁶⁴ *El libro negro*, consultado en www.librosmaravillosos.com/libronegro/secciones.html#tema%2003

⁶⁵ Alexy, Robert, “La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica”, en Garzón Valdés, Ernesto (compilador), *Derecho y filosofía... op. cit.* p. 44.

⁶⁶ Habermas, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo I, 3ª reimpresión, México, 2007, p. 16

⁶⁷ *Vid.* Cortina Adela, “Una ética política contemplada desde el ruedo ibérico”, en Apel Karl, Cortina Adela *et. al.*, *Ética comunicativa y democracia*, Editorial Crítica, España, 1991, p. 239.

⁶⁸ Dejo a un lado un análisis más profundo sobre el tema de lenguaje, así como su relación con la estética: analogía y metáforas en el derecho *vid.* Campos, Berumen, *El derecho como sistema de actos de habla*, Editorial Porrúa, México 2010, p. 290.

⁶⁹ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª edición, Herder-Universidad Iberoamericana, 2005, México, p. 91.

Pensar el derecho

Al ámbito del pensar llegamos cuando asumimos plenamente el compromiso ético frente a la alteridad, es la exterioridad⁷⁰ la que nos impone el deber de obrar. La responsabilidad de actuar, a su vez, tiene su fundamento en la libertad⁷¹. Es el sujeto libre y consciente quien logra la superación de la forma y el contenido, asume el deber ético frente a la alteridad y concibe al derecho no en su forma instrumental y utilitaria, sino como la creación humana que sirve a lo humano. En el pensar, los saberes pertenecientes a la dogmática, teoría, cetética y filosofía del derecho, también se reorientan, en principio a la comprensión de los problemas para contribuir a la acción éticamente debida de los sujetos; se convierten en saberes-comprensión guiados a la solución de los problemas de contenido del derecho. La guía de toda acción humana debe ser realizada conforme a los principios éticos, en este caso los de la ética de liberación⁷². Previo a la factibilidad en el derecho de esos principios, detengámonos brevemente en el tránsito que conduce al pensar.

⁷⁰ Jordi Corominas señala diversos problemas para la fundamentación de una ética de pretensiones universales, cfr. *La universalidad de la reflexión ética mesoamericana*, ECA No. 584, junio de 1997, consultado en <http://www.uca.edu.sv/publica/eca/584art2.html>

⁷¹ Vid. Sartre, Jean Paul, *El existencialismo es un humanismo*, Edhasa, Barcelona, 1999.

⁷² 1) El principio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana en comunidad de cada sujeto ético; 2) el principio ético-formal de la razón discursiva; 3) el principio de factibilidad ética; 4) el principio crítico-material, y 5) el formal intersubjetivo de validez crítica. Vid. Dussel, Enrique, *Filosofía de la liberación. En el momento de la globalización y la exclusión... op. cit.* p. 505-506.

El tránsito de la autoconciencia a la razón es el momento previo del pensar; es la superación de la racionalidad técnica e instrumental, es la desmitificación de la cultura hegemónica⁷³, la cual consagra la exclusión del sujeto negado a través de la repetición. El principio está en el sujeto que adquiere conciencia de sí⁷⁴; de estar en el mundo, inmerso en una diversidad de relaciones cuyos efectos negativos sufre y para los cuales no encuentra explicación. La negación que desde el saber se hace del sujeto es la reducción a cosa, a sus aspectos cuantitativos (formar parte de la estadística, ser un número de cuenta bancario, de paciente, de RFC, CURP, etc.), es la negación de lo humano. La forma es la lógica operativa de un sistema de destrucción de lo humano que conduce a la muerte; para ser salvado es necesario la toma de conciencia de esa negación, para lo que su comprensión y crítica son los presupuestos imprescindibles⁷⁵. El surgimiento del sujeto socio-histórico que ocurre a partir de la toma de conciencia de víctima, es la que otorga al sujeto su compromiso ético de acción al reconocerse en los otros, y a partir de ello, el deber de actuar (praxis de la liberación) para transformar las relaciones jurídicas cuyo contenido material y referente empírico (ético-material) son, en el caso específico del derecho: las leyes, la praxis institucional-jurisdiccional, la enseñanza e investigación del derecho.

Al llegar al pensar, la filosofía de la liberación se nos muestra como el nuevo horizonte a indagar, en el cual atisbamos la existencia de nuevos derroteros para la solución de problemas que en las teorías dominantes no pudieron ser superados por no cumplir con los requerimientos formales previos para la construcción de soluciones. El camino apenas se insinúa, no existen las soluciones prefabricadas, ni los moldes conforme a los cuales adecuar la realidad, sin embargo, contamos con los referentes para pensar.

⁷³ Marcuse, Herbert, “Acerca del Carácter Afirmativo de la Cultura” en *Cultura y Sociedad*, Buenos Aires, Argentina. Sur, 1970, p. 48.

⁷⁴ Es el punto de quiebre de Albert Camus, cfr. *El mito de Sísifo*, Madrid, España. Alianza, 2000, p. 25.

⁷⁵ Para evitar incurrir en errores al parafrasear el proceso de liberación, deberá consultarse al menos el capítulo 6 “El principio-liberación” de la obra del filósofo Enrique Dussel, *Filosofía de la liberación. En el momento de la globalización y la exclusión*, op. cit.

Conclusión

Estas reflexiones solo nos muestran el marco filosófico por el cual reorientar el saber y actuar en el derecho para llevarlo al sendero del pensar. Se han mostrado solo los derroteros de posibles vías para la solución de casos marginales, e incluso, de los problemas que ubicados en el derecho a nivel de sistema y de saber, requieren de la reflexión jurídico-filosófica y por ende de la filosofía para que contribuyan al proceso de reivindicación como superación dialéctica del saber-comprender-pensar, que lleve al derecho, ciencia humana por excelencia a la solución de los problemas humanos y liberación de los sujetos pertenecientes a diversas colectividades.

En el sendero del pensar consideramos que también se ofrece al lector la posibilidad de indagar en el proceso de síntesis entre episteme-tecne mediante la aplicación de las ramas de la filosofía a la filosofía del derecho; y que ello ocurre cuando en el núcleo problemático se consideran a las circunstancias actuales de los sujetos a quienes el derecho se refiere, así como la solución de los problemas que debemos pensar y resolver. Si partimos de ellos, entonces al acudir al pensamiento filosófico en búsqueda de categorías que nos permitan formular una respuesta; las categorías y reflexión filosófica se tornan inteligibles, sin ello, la reflexión devendría en algo incomprensible o esotérico. Tarea pendiente es la construcción de una teoría la cual apenas atisbamos, y que deberá permitirnos responder las preguntas y resolver nuestros problemas. El pensamiento filosófico, es entonces, un pretexto para pensar.

Fuentes

Bibliográficas

- Alchourron, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Apel Karl, Cortina Adela *et. al*, *Ética comunicativa y democracia*, Editorial Crítica, España, 1991.
- Aranguren, José Luis, *Propuestas morales*, Grandes obras del pensamiento contemporáneo, Altaya, España, 1999.
- Aristóteles, *Tratados de lógica: organón*, Biblioteca Básica Gredos, 5ª reimpresión, Editorial Gredos, Madrid, 2008.
- , *Ética a Nicómaco*, *Biblioecorum scriptorum et romanorum mexicana*, UNAM, 1960.
- Austin, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Centro de estudios constitucionales. Madrid, España, 1981.
- Beuchot, Mauricio, *Ética y derecho en Tomás de Aquino*, UNAM-Instituto de Investigaciones Filológicas, 1997.
- Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, Distribuciones Fontamara, Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, No. 12, 1996.
- Bunge, Mario, *La ciencia su método y su filosofía*, Nueva imagen, 14ª reimpresión, 1997.
- Camus, Albert, *El mito de Sísifo*, Madrid, España. Alianza, 2000.
- Campos, Berumen, *El derecho como sistema de actos de habla*, Editorial Porrúa, México 2010.
- Cassirer, Ernst. *El mito del estado*, 10ª edición, Fondo de cultura económica,

- México, D.F., 2004.
- Cicerón, *De los oficios o los deberes*, Editorial Porrúa, colección “Sepan cuantos”, número 230, 1990.
- Comte, Augusto, *Primeros ensayos*, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- Copi, Irving, *Lógica simbólica*, 23ª reimpresión, CECSA, 2000.
- De Páramo, Argüelles Juan Ramón, *H. L. A. HART y la Teoría Analítica del Derecho*. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- Dworkin, Ronald. *Los Derechos en Serio*, Obras del pensamiento contemporáneo, no. 40, Barcelona, España. Planeta de Agostini, 1993.
- , *El Imperio de la Justicia. De la teoría general del derecho e interpretación de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Gedisa, España, 1988.
- Dilthey, Wilhelm, *Introducción a las ciencias del espíritu*, Alianza editorial, 1980.
- Dussel, Enrique, *Filosofía de la liberación. En el momento de la globalización y la exclusión*, Trotta, 1998.
- Echeverría Bolívar, *¿Qué es la posmodernidad?*, Cuadernos del Seminario Modernidad: versiones y dimensiones, Cuaderno 1, UNAM, México 2009.
- Eggers Lan, Conrado, *Los filósofos presocráticos* T. I, Biblioteca Básica Gredos No. 12, 5ª reimpresión, Editorial Gredos, Madrid, 2008.
- García Máynez, Eduardo, *introducción a la lógica jurídica*, Fontamara, 7ª edición, 2000.
- García Morente, Manuel, *Lecciones preliminares de filosofía*, 4ª reimpresión, Editores Unidos Mexicanos, México 1992.
- Garzón Valdés, Ernesto (compilador), *Derecho y filosofía*, 2ª ed., Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política no. 18, Fontamara, 1988.
- , (Coordinador), *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de filosofía, Vol. II. Madrid, España. Trotta, 1996.
- González Juliana, *Ética y libertad*, Fondo de cultura Económica-UNAM, 2ª reimpresión, México, 2007.
- Habermas Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, tomo I, 3ª reimpresión, México, 2007.

- Hart, H. L. A. *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962.
- , *El concepto del derecho*, Argentina. Abeledo-Perrot, 1998.
- , *Post Scriptum al Concepto del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- Heidegger, Martin, *¿Qué significa pensar?*, Terramar ediciones, Argentina 2005
- , *Caminos de bosque*, colección ensayo no. 073, Alianza editorial, 5ª reimpresión, España, 2008.
- , *Ser y tiempo*, Fondo de Cultura Económica.
- , *Carta sobre el humanismo*, Taurus, Madrid 1970.
- Hegel, G. W. F., *Fenomenología del espíritu*, 15ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- Hirschberger, Johannes, *Historia de la Filosofía T. I*, 15ª edición, Herder, Barcelona, 1997.
- Horkheimer Max y Adorno W. Theodor. *Dialéctica de la ilustración*, Ed. Sudamericana, Buenos Aires, Argentina, 1997.
- Kant, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, Ediciones espuela de plata, 2004.
- , *Crítica de la razón pura*, Editorial Porrúa, 13ª edición, México, 2005.
- , *La metafísica de las costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989.
- , *Ideas para una Historia Universal en Clave Cosmopolita*, Tecnos 2º edición, Madrid España, 1994.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 9ª edición, Editorial Porrúa, 1997.
- Laporta, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, 2ª ed., Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política no. 26, Fontamara, 1995.
- Levinas, Emmanuel, *La huella del otro*, Taurus, México, 2000.
- , *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, 4ª edición, Ediciones Sígueme Salamanca, España, 1997.
- Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª edición, Herder-Universidad Iberoamericana, 2005.
- Marcuse, Herbert, *Cultura y Sociedad*, Buenos Aires, Argentina. Sur, 1970.
- Platón, *Diálogos t. I*, Gredos, Biblioteca clásica Gredos 37, 1997.

- , *República*, Biblioteca scriptorum, graecorum et romanorum mexicana, México, 1971.
- Rawls, John, *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, 1995.
- Salmerón, Fernando. *Ética, Analítica y Derecho*. México, Distrito Federal. Fontamara, 2000.
- Santo Tomás, “La virtud de la justicia” en *Suma de teología*. Tomo III, parte II-II (a). Biblioteca de autores cristianos, 2003.
- Sartre, Jean Paul, *El existencialismo es un humanismo*, Edhasa, Barcelona 1999.
- , *El ser y la nada*, Biblioteca de obras maestras del pensamiento No. 50, Losada, 2004.
- Siches Recasens, Luis, “Estudios de filosofía del derecho”, publicado en Giorgio del Vecchio, *Filosofía del derecho*, Unión Tipográfica Editorial hispano-americana, 3ª edición, 1946.
- Strauss, Leo, *El renacimiento del racionalismo político clásico*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2007.
- Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, 2ª edición, colección estudios alemanes, Gedisa, Barcelona, 1997.

Revistas

Isonomia

Páginas electrónicas

www.librosmaravillosos.com/libronegro/secciones.html#tema%2003

<http://www.uca.edu.sv/publica/eca/584art2.html>

<http://www.heideggeriana.com.ar/>

Pensar el derecho. Dos ensayos sobre ética y derecho, editado por la Facultad de Derecho, se terminó de imprimir el 25 de abril de 2011 en los talleres de CREATIVA IMPRESORES S.A. de C.V. calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, 09920, México, D.F. Tel. 5703-2241. En su composición se utilizaron tipos Goudy Old Style y Times New Roman. Tipo de impresión offset, las medidas 13.5 x 21 cm. Los interiores se imprimieron en papel cultural de 90 grs. y los forros en cartulina couché de 200 grs. La edición estuvo al cuidado del Lic. Alberto J. Montero. La edición consta de ejemplares.