

Bosquejo de un concepto mixto de derecho, preponderantemente “normativo”¹

Ronald Dworkin in memoriam

Edgar Ramón Aguilera García*

Enrique Uribe Arzate**

El artículo consta de dos grandes partes: En la primera, que aborda cuestiones metodológicas (o meta-teóricas) de la filosofía del derecho, los autores defienden un enfoque al que denominan “contextualismo metodológico”, el cual implica concebir como igualmente plausibles y válidos, tanto al desarrollo de un concepto descriptivo, como al de un concepto normativo de derecho. Con base en el enfoque asumido, en la segunda parte se bosqueja una noción preponderantemente normativa del derecho, la cual se articula a partir de considerar a la “obligación política”, así como a la observancia de los principios del Estado de Derecho, como partes esenciales del concepto mismo de derecho.

The article has two main parts: In the first one, which deals with methodological (or meta-theoretical) issues within legal philosophy, the authors defend a so-called “methodological contextualism” approach according to which the projects of developing a descriptive concept of law, or a prescriptive or normative one, are both plausible and legitimate. Based on this approach, in the second part a preponderantly normative notion of law is articulated. This is done by including the “political obligation” and the observance of the principles of the Rule of Law as parts of the concept of law itself.

SUMARIO: Preliminares metodológicos: El concepto de derecho y la dicotomía “descriptivo-normativo” / I. Nuestro posicionamiento al respecto / II. Perfilando un concepto preponderantemente normativo de derecho / III. Comentarios finales / Bibliografía

¹ El presente artículo da cuenta del marco teórico general del que parte el proyecto CONACYT CB-2010-156846-S “Políticas públicas en materia de justicia penal y seguridad pública para el Estado Constitucional”.

* Doctor en Derecho, Profesor Investigador del Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas Justicia Penal y Seguridad Pública de la Facultad de Derecho de la UAEM.

** Doctor en Derecho y actual Director de la Facultad de Derecho de la UAEM.

Preliminares metodológicos: El concepto de derecho y la dicotomía “descriptivo-normativo”

Es común que en las diversas áreas de la investigación filosófica contemporánea se distinga entre conceptos (o teorías) *descriptivos* y conceptos (o teorías) *normativos*. Expliquemos:

La faceta descriptiva de una teoría o concepto (referente a alguna institución o práctica social) intenta dar cuenta —de manera sistemática y desde un nivel de abstracción mayor— de ciertos *hechos empíricos*, tales como la convergencia de conductas en un grupo social, así como el conjunto de creencias y actitudes que normalmente acompañan o subyacen a la coincidencia de comportamientos.

Por su parte, la versión normativa o prescriptiva reflexiona sobre el *valor moral* que podría adscribirse a las prácticas bajo escrutinio; o en otras palabras, sobre las condiciones que aquellas habrían de satisfacer para que, en efecto, estuvieran *justificadas* moralmente.²

Uno podría suponer que algo similar sucede en el caso del análisis del concepto de “derecho” o de “sistema jurídico”; y en efecto, pasa algo semejante, pero con una diferencia crucial a la que nos referiremos más adelante.

² Para darnos una idea de en qué consiste hacer esta distinción, a continuación presentaremos un ejemplo concreto, para lo cual nos remitiremos al ámbito de la filosofía política y, particularmente, al trabajo de Tom Christiano: Antes de trazar el panorama de las discusiones filosóficas actuales en torno al fenómeno de la democracia, Christiano marca la diferencia entre la teoría democrática normativa y la descriptiva. De acuerdo con el autor, la primera aborda el problema del fundamento moral de la democracia en general y de la amplia gama de instituciones democráticas en particular. Se trata pues, de una teoría que intenta responder a preguntas como: “¿Cuándo y por qué la democracia es algo moralmente deseable?” y “¿Qué principios morales están en condiciones de guiar el diseño y operación de las instituciones democráticas?”. En cambio, la teoría democrática descriptiva, a los ojos de Christiano, busca desarrollar una teoría científica —en principio, empíricamente verificable— de aquellas sociedades a las que se les llama “democráticas”, de modo que intentaría responder a preguntas tales como: “¿Qué arreglos o entramados institucionales son característicos de los gobiernos democráticos?”, “¿cómo difieren entre sí?”, “¿cómo operan en la práctica tales instituciones?”, etcétera. V. Tom Christiano, “Democracy”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2008 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/democracy/>.

Algo parecido hace nuestro autor cuando analiza el caso de la autoridad política, de tal suerte que distingue entre autoridad política de *facto* y la autoridad política moralmente legítima. Christiano sostiene que un Estado tiene autoridad, en la acepción descriptiva de esta expresión —es decir, como autoridad de *facto*— cuando mantiene el orden público y emite órdenes y/o promulga reglas que son generalmente obedecidas por los gobernados, debido a que la mayoría de ellos (o un sector importante, como el de los funcionarios) cree que el Estado posee autoridad en el sentido normativo (aunque para algunos autores, la creencia en que el Estado es una autoridad legítima no es necesaria para que la población obedezca). En relación con la “autoridad legítima”, el autor en comentario primeramente explica que este término puede significar “el ejercicio justificado del poder coercitivo”, “la capacidad, también justificada, de imponer deberes a otros” o un “derecho moral a gobernar” del cual, la autoridad sería el titular. Posteriormente se pasa revista a las diversas argumentaciones que intentan dotar de fundamento o justificación moral a cada una de las modalidades expuestas de autoridad legítima. V. Tom Christiano, “Authority”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/authority/>.

Por ahora, centrémonos en la similitud, la cual estriba en que, en la filosofía del derecho también podemos hallar esfuerzos orientados a perfilar tanto nociones normativas, como nociones descriptivas de dichos conceptos. Podemos constatar esta aseveración si echamos un vistazo al inventario disponible de teorías jusnaturalistas³ (no-positivistas o anti-positivistas)⁴ y de teorías juspositivistas.⁵

³ Por ejemplo, en su obra *Ley natural y derechos naturales*, Finnis presenta su teoría jusnaturalista del derecho. Sin embargo, la teoría referida no aparece aislada, sino como una pieza –importante sin duda, pero sólo como un componente– de una visión mucho más amplia de la vida humana en sociedad, regida, en última instancia, por una serie de principios básicos conforme a los que opera nuestra razón cuando emprende la tarea de determinar qué hacer o cómo actuar en momentos determinados, ya sea en el ámbito privado o en el público. En este orden de ideas, lo que debemos hacer es aquello que se ajuste a los requerimientos de la llamada razonabilidad práctica (compuesta precisamente por esos principios éticos fundamentales), la cual organiza y estructura la forma en que, mediante nuestras decisiones prácticas, materializamos en nuestras vidas los bienes básicos a los que nuestra especie ha sido llamada a disfrutar (bienes tales como la vida, la salud, la amistad, el matrimonio, la experiencia lúdica, la experiencia estética, la experiencia religiosa, etcétera, cuya valía es autoevidente). El derecho es en principio, un medio que nos ayuda a ajustarnos a dichos requerimientos. El problema es que tiende a ser usado como un instrumento para la maldad, de modo que sólo cuando los oficiales del sistema –las autoridades en general, en el ámbito de sus competencias– mantienen a raya su propensión a incluir contenidos perversos o moralmente injustificados, el derecho recupera su carácter de instrumento en línea con las exigencias éticas o morales. Pero lo anterior sólo puede hacerse si las autoridades reconocen y cumplen con su deber de hacer del derecho algo todavía mejor de lo que su mera implementación, sin considerar el contenido de sus mandatos, significa para nuestras vidas. Ahora bien, las oportunidades para cumplir con este deber las ofrecen las propias tareas de interpretación y aplicación de las normas jurídicas. En suma, si los oficiales del sistema cumplen con este deber de mitigar las inclinaciones malignas inherentes a las prácticas jurídicas, el derecho está entonces en condiciones de abastecer a los gobernados de razones sólidas para actuar conforme a lo que las normas jurídicas exigen. Este derecho, capaz de proveer a los gobernados de razones sólidas para actuar, constituye el caso central o paradigmático del concepto de derecho; mientras que las instancias que no observen esta condición son casos periféricos –algunos incluso casos marginales– o “derecho” en sentido débil. V. John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2a ed., Oxford University Press, 2011. Hay traducción al español por Abeledo Perrot, 2000; John Finnis, “Natural Law Theories”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/natural-law-theories/>.

⁴ Aunque su carácter como jusnaturalista es dudoso, la de Dworkin es un ejemplo más de teoría no-positivista, a la que ha quedado en llamársele la teoría interpretativa del derecho. No es propiamente un jusnaturalista, ya que no recurre a la tradición ética del derecho natural (o de la ley natural) para fundamentar en ella la calidad moral del derecho, sin embargo, sí sostiene la tesis de la conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, la cual se manifiesta en las actividades necesariamente interpretativas de los jueces (y de los juristas en general). Para este autor, cuando se busca la comprensión filosófica de las prácticas sociales humanas debe presentárseles desde la mejor óptica moral posible, es decir, deben ser interpretadas. La forma particular de interpretación que Dworkin propone implica explicar a la práctica en cuestión siguiendo un esquema, que consiste en atribuirle el mejor objetivo o propósito moralmente encomiable que sea posible y que a su vez permita articular las conductas particulares de los sujetos –pasadas, presentes y futuras– en una especie de narrativa coherente con el objetivo establecido. Al emplear este método para el caso del derecho, Dworkin piensa que, en general, se trata de una práctica colectiva que persigue el objetivo de limitar el poder coercitivo del Estado, restringiéndolo a aquellos casos en que el ejercicio de este poder esté justificado. Teniendo lo anterior como telón de fondo, la tarea de cada juez, en cada caso –no sólo en los que en la fase inicial del desarrollo de su teoría llamó “los casos difíciles”–, consiste en aplicar este mismo esquema interpretativo a la materia en que verse la controversia que ha de resolver. El objeto de interpretación está constituido por todas las discusiones, reglas promulgadas y decisiones que, en torno a la materia relevante, hayan tenido lugar en cualquier esfera del ámbito público, es decir, en la esfera ejecutiva, parlamentaria o legislativa y, por supuesto, en la judicial. Como se ha dicho, la idea es encontrar el objetivo o propósito, moralmente justificado, que al ser atribuido al conjunto de decisiones, reglas y discusiones respectivas –entendidas como una práctica

Pero, ¿cómo difiere la situación al interior de la filosofía del derecho, de lo que sucede en otras ramas de la investigación filosófica?

Una de las cosas que la distingue es que la trinchera positivista suele percibir como *inválido* al proyecto general de su contraparte —el jusnaturalismo, o más genéricamente el anti-positivismo— (lo cual, en efecto ha dado paso a descalificaciones mutuas y a una suerte de conflicto interminable).

holística— permita disolver las contradicciones aparentes, de tal suerte que las decisiones pasadas adquieran un sentido instrumental coherente (instrumental en términos de constituir los medios apropiados para materializar el objetivo atribuido). Hecho lo anterior, el juez puede abstraer los principios que rigen a la práctica en cuestión, y a partir de ahí derivar los derechos y obligaciones que corresponden a las partes (no hay que olvidar que, en la teoría de Dworkin, sólo hay una respuesta correcta para cada caso). V. Nicos Stavropoulos, “Interpretivist Theories of Law”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2008 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/law-interpretivist/>.

- ⁵ En la trinchera del positivismo jurídico, en especial el de habla inglesa, el trabajo de Herbert Hart raya los linderos de lo legendario. Nos referimos a la obra *El concepto de derecho*, en la que, junto con el *Post-Scriptum* (de publicación póstuma), el autor ofrece un análisis paradigmático de dicho concepto, el cual habría de suministrar el modelo a seguir, tanto en términos sustantivos, como metodológicos. En breve, para Hart el fenómeno que los juristas suelen denotar con la palabra “derecho” es el resultado de la interacción compleja entre las que denomina reglas primarias y reglas secundarias. Las primarias son reglas de obligación (o llamadas también reglas que imponen deberes) que requieren de los sujetos, la realización de ciertas conductas y/o que se abstengan de hacer otras. Las reglas secundarias adquieren un carácter fundamental, ya que es su aparición en una sociedad lo que hace que podamos hablar de un sistema jurídico evolucionado. Son fundamentales porque establecen un sistema sofisticado —que otorga y distribuye diversas competencias entre un espectro amplio de funcionarios u oficiales— para la administración general de las reglas primarias; o más específicamente, para su creación, modificación (o eliminación) y aplicación. De las secundarias, la que Hart denomina la “regla de reconocimiento” es prioritaria en virtud de que, como sucede con la “norma hipotético-fundamental” de Kelsen, aunque con importantes diferencias, es la que le otorga unidad al derecho como un sistema de reglas. La diferencia con Kelsen es que en el caso de Hart, la regla fundamental del sistema no tiene que tomarse como si fuera válida jurídicamente hablando (esto es así en Kelsen porque tiene que poner un punto final, aunque sea artificialmente, a sus cadenas de validez, pero sin recurrir a hechos sociales, dado el marco de “pureza metodológica” en el que desarrolla su teoría, el cual lo constriñe a hablar sólo de normas como entidades semánticas con cierta estructura lógica). En Hart, no tiene sentido preguntar por la validez jurídica de la norma fundamental, o regla de reconocimiento como él la llama. Es ella la fuente última de la validez de las otras reglas, de tal suerte que no existe porque haya otra regla de mayor jerarquía que faculte a cierto sujeto o entidad para que, siguiendo el procedimiento respectivo, cree la norma fundamental (si esto fuera así, podríamos continuar preguntando por la validez de la regla de mayor jerarquía, y así sucesivamente hasta el infinito). No, la regla de reconocimiento existe como un hecho social complejo. En este sentido, la regla en cuestión existe sólo si la mayoría de los oficiales respectivos, particularmente los jueces, emplean en sus prácticas de adjudicación los criterios que ella establece para la identificación de las normas que pertenecen al sistema jurídico (es decir, que son válidas jurídicamente); y si la mayoría acepta la regla de reconocimiento desde el punto de vista interno, es decir, si la toman como razón para actuar de cierto modo —en este caso, como razón para usar los criterios de pertenencia al sistema o de validez jurídica que ella establece— y si consideran que, por el sólo hecho de incumplir, está justificado criticar y ejercer presión social demandando conformidad a quienes se desvían de la regla. Por último, un sistema jurídico cualquiera existe, según Hart, si a su vez existe la regla de reconocimiento (cuya existencia implica el componente subjetivo de la aceptación de la que hablamos) y si las reglas declaradas jurídicamente válidas con base en los estándares que la regla fundamental proporciona son generalmente eficaces, atendiéndose para ello al comportamiento de la población. V. H. L. A. Hart, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, 3ª ed., 2ª reimp., Argentina, 2012; Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, Estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo, IIJ-UNAM, serie Estudios Jurídicos, núm. 13, México, 2000.

Ahora bien, la negativa a considerar válida la reflexión normativa en torno al derecho es una actitud que puede fundarse en un compromiso con posturas meta-éticas de índole *escéptica* (tanto en el terreno ontológico, como en el epistémico), y/o de índole *relativista*, e incluso, *subjetivista*.⁶

Así, si no existen los principios morales en cuya base ha de sostenerse la argumentación que culmina predicando la bondad, calidad o valor moral del derecho (*escepticismo ontológico*), o si no obstante a que se concede su existencia, no pueden conocerse (*escepticismo epistémico*); o si existieran y pudieran conocerse, pero se consideran principios tan relativos que difieren de cultura en cultura (*relativismo*), e incluso, de persona en persona (*subjetivismo*); no parece tener sentido emprender un proyecto normativo respecto del derecho.⁷

Otra forma de fundar la negativa a considerar válidas las reflexiones normativas sobre el derecho —que es la que más nos interesa en esta ocasión— puede no tener que ver directamente con el compromiso de ciertos presupuestos meta-éticos y/o relativistas, sino con una postura metodológica que no las cancela o demerita de entrada, pero juzga inapropiado incorporar esta clase de cuestiones como parte de la agenda propiamente dicha del *análisis conceptual* del derecho, la cual sólo debe incluir objetivos descriptivos.

En esta visión se concede que, en efecto, el derecho puede ser intelectualmente abordado desde múltiples perspectivas legítimas y valiosas —incluida claro, la normativa— pero si de lo que se trata es de dilucidar el *concepto* de derecho, las consideraciones morales deben permanecer excluidas. En suma, lo que pensamos que el derecho es, no ha de mezclarse con lo que pensamos que el derecho debe ser. A continuación, algunas matizaciones:

Esta cláusula metodológica, excluyente de consideraciones morales, no niega el carácter *evaluativo* de ciertas decisiones pre-teóricas relativas a los rasgos, propiedades o características del fenómeno jurídico que se *eligen* como punto de partida para desarrollar la explicación filosófico-jurídica respectiva.

En efecto, el teórico considera *importante* centrarse en ciertos atributos del derecho y no en otros. De hecho, esto es lo que hace que las teorías conceptuales sobre el derecho (o sobre cualquier otra institución) constituyan *modelos*, los cuales, por definición, son representaciones imperfectas o incompletas del fenómeno de que

⁶ Las cuales pueden combinarse con posturas emotivistas —las proposiciones que hacen referencia a principios éticos tienen función descriptiva, pero lo que describen son sólo estados emocionales de aprobación o desaprobación de ciertas conductas— e incluso utilitaristas —las proposiciones éticas pueden replantearse en términos empíricos verificables y medibles, de tal suerte que el predicado “bueno” hace referencia a la utilidad, o en términos generales, al placer que genera cierta conducta.

⁷ Véase la discusión que al respecto sostiene Carlos Nino en, Carlos Nino, *Ética y derechos humanos; Un ensayo de fundamentación*, 2ª ed., Astrea, 1989, particularmente el capítulo II sobre el escepticismo ético. Para una visión panorámica sobre las diversas posturas escépticas en el dominio de la moral, V. Walter Sinnott-Armstrong, “Moral Skepticism”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2011 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/skepticism-moral/>.

se trate, en vista de que no abarcan la totalidad de los factores constitutivos de su complejidad.⁸

El punto es que, como propone Dickson,⁹ esos juicios de importancia no tienen que fundarse necesariamente en consideraciones morales, sino en razones que tienen que ver, por ejemplo, con el hecho de que proporcionar una explicación que destaque tales o cuales características arroja a quienes entran en contacto con aquella, una mejor *comprensión* de la forma en que el derecho opera —o pretende operar— en su vida cotidiana, impactando de cierto modo su razonamiento práctico (a estas razones evaluativas, pero no morales, Dickson las llama *proposiciones evaluativas indirectas*).

Así mismo, la cláusula metodológica excluyente en comento tampoco impide que el objeto susceptible de descripción-explicación incluya algún componente moral de parte de quienes participan en la práctica.

Si de lo que se trata es de explicar al derecho —su existencia y contenido— meramente en clave de *hechos sociales*, es decir, en términos de un conglomerado de conductas convergentes, junto con las actitudes y creencias que las acompañan, entre estas últimas puede hallarse el que los participantes relevantes (o un sector mayoritario o especialmente importante, como los jueces) consideren al derecho como válido desde el punto de vista moral y, por tanto, como un fenómeno *normativo* que les proporciona razones para actuar (no sólo razones *prudenciales* que tendrían que ver con evitar la sanción correspondiente).

En suma, uno puede permanecer en el plano descriptivo aun cuando de lo que se esté dando cuenta incluya elementos prescriptivos.

Ahora bien, recientemente Dan Priel ha puesto en tela de juicio la pretensión descriptiva —moralmente neutra— característica de la vertiente positivista de las teorías conceptuales acerca del derecho.¹⁰

A Priel le llama particularmente la atención la persistencia sistemática del *desacuerdo* entre los jusfilósofos positivistas (ya no el desacuerdo entre los juristas inmersos en la práctica, como a Dworkin le interesa). Para él, esto constituye un dato extraño, una anomalía, una pieza que no encaja bien en el relato de lo que supuestamente hacen estos teóricos cuando analizan al derecho.

Y no es que niegue que pueda haber desacuerdos entre interlocutores con objetivos descriptivos; el punto es que en otros contextos suele ser que dichos desacuerdos, o se resuelven prontamente, o está clara la ruta para su solución, la cual, en

⁸ Véase la discusión que Laudan tiene sobre la construcción de modelos teóricos —simplificados— de ciertos aspectos de la realidad como herramientas fundamentales de la investigación científica en: Larry Laudan, *Truth, Error, and the Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge University Press, 2006, pp. 4-9.

⁹ V. Julie Dickson, *Evaluación en la teoría del derecho*, Trad. De Juan Vega Gómez, IIJ-UNAM, serie Estudios Jurídicos, núm 91, 2006, pp. 19-32.

¹⁰ V. Dan Priel, “Jurisprudential disagreements and descriptivism”, presentado en el Seminario permanente de problema, *Anuario de Teoría y Filosofía del Derecho* del IIJ-UNAM, 2011.

última instancia consiste en contrastar el contenido de las proposiciones respectivas con la realidad empírica (asunto que, en efecto, puede ser mucho más sofisticado que simplemente verificar si la casa es del color que predica la proposición ‘la casa es verde’), de lo cual resulta, o podría resultar, que alguna de las posiciones en conflicto sea falsa.

¿Por qué entonces persisten, y parece que lo harán indefinidamente, los desacuerdos sobre lo que el derecho es, entre los propios juspositivistas?, ¿por qué no se resuelven definitivamente mediante alguna investigación empírica que constate si en efecto el aspecto del mundo social que las teorías del derecho supuestamente describen, exhibe las características que aquellas le atribuyen?, ¿por qué no se ha determinado cuáles se hallan en un error descriptivo y, por tanto, son falsas, y cuál es *La teoría verdadera*?

La respuesta, según Priel, es que no se trata de la clase de desacuerdos respecto de los cuales sea lógicamente posible predicar su existencia simultánea con pretensiones descriptivas.

En todo caso, se trata, o bien de desacuerdos aparentes o superficiales, o de desacuerdos que, con independencia de fachadas descriptivas, realmente giran en torno a lo que confiere valor moral —o justifica moralmente— al derecho.

De acuerdo con Priel, entre el primer tipo de desacuerdos (aparentes o superficiales), tenemos los siguientes:

- a) Los surgidos de *disputas verbales*;
- b) Los surgidos de no hacer explícitas las *preconcepciones teóricas* que a cada autor le permite identificar los casos paradigmáticos de derecho;
- c) Los que surgen de comparar *generalizaciones apresuradas* plausiblemente erróneas por carecer de una base inductiva apropiada; o
- d) Los que surgen de la falta de consenso en torno a las *virtudes epistémicas* que la mejor explicación jurídica tendría que satisfacer.

Si estamos ante desacuerdos aparentes, las pretensiones descriptivas aún podrían salvarse si aquellos se disolvieran mediante las medidas conducentes.

Ejemplos de estas medidas podrían ser:

- a) Que se ofrecieran estipulaciones explícitas para cada uno de los términos constitutivos de la teoría con miras a evitar disputas verbales;
- b) Que se explicitaran los casos de derecho que, en la fase pre-teórica se consideran paradigmáticos;
- c) Que se contara con una base inductiva más robusta para la realización de generalizaciones acerca de los sistemas jurídicos; o
- d) Que se llegara a un acuerdo respecto de las características de un modelo cuya aplicación permita inferir la mejor explicación jurídica.

Pero si el desacuerdo subsiste pese a la aplicación de estas medidas —y Priel está dispuesto a sostener que el desacuerdo persistiría—, aquellos son mejor explicados como desacuerdos propios de un proyecto normativo (aunque esto lo nieguen quienes intervienen en ellos o lo juzguen como algo políticamente incorrecto).¹¹

I. Nuestro posicionamiento al respecto

Para efectos de nuestro posicionamiento en esta discusión meta-teórica, sostenemos que ambos proyectos conceptuales —tanto el descriptivo, como el normativo— son posibles y, en principio, válidos.

¹¹ El surgimiento del denominado “Positismo Prescriptivo o Ético” de autores como Tom Campbell parece dar la razón a Priel. En este sentido, se trataría de una corriente que en efecto muestra cómo algunos juspositivistas han comenzado a abdicar del ropaje descriptivo que recubría a sus teorías, dando con ello paso a una discusión abierta sobre las condiciones que otorgarían valor moral al derecho, es decir, sobre cómo entender al derecho de tal suerte que a nuestra comprensión surja como un fenómeno moralmente deseable. V. Tom Campbell, *The legal theory of ethical positivism*, Dartmouth, 1996; Tom Campbell, *Prescriptive legal positivism; law rights and democracy*, Routledge-Cavendish, 2004. De hecho, el debate entre los denominados positivistas excluyentes y positivistas incluyentes puede plantearse en estos términos. Los primeros, entre ellos, el propio Campbell, sostendrían que concebir a la regla de reconocimiento como teniendo carácter no-incluyente de *tests* de aceptabilidad moral para determinar la pertenencia de una norma sugerida al sistema jurídico, es una condición del valor o justificación moral de la visión positivista del derecho. Los segundos, entre ellos Waluchow, sostendrían lo contrario, es decir que la noción de regla de reconocimiento debe incluir la posibilidad de que la aceptabilidad moral funja como parte de los criterios de validez de las normas jurídicas. Para argumentar su posición, Campbell sostiene que una versión excluyente del positivismo debió haber sido defendida por Hart en su *Post-Scriptum al concepto del derecho*, y esto debido a que, como el propio Hart mantiene, el derecho surge para resolver, entre otros, el problema de la incertidumbre en torno a cuáles son las reglas primarias que rigen en una sociedad. La certidumbre que proviene de poder identificar al derecho y sus requerimientos sólo sobre la base de su origen o fuente —es decir, sobre la base de identificar quién está dotado de autoridad para emitir directivas y qué procedimiento es el adecuado para su ejercicio— se pierde si los miembros del grupo social deben determinar, además, si el contenido de las normas satisface cierto umbral de aceptabilidad moral mediante el empleo de los mismos principios pertinentes que la propia autoridad ya consideró y sopesó, como preludeo a la promulgación de la regla (o si deben esperar a que los tribunales realicen esa determinación). La certidumbre de la que se habla es moralmente valiosa en virtud de que incrementa la capacidad predictiva de las personas respecto de lo que harán sus congéneres y la propia autoridad en determinadas circunstancias. Contribuye así, a un mejor ejercicio de su autonomía, ya que los individuos se encuentran en mejores condiciones de planificar su vida. V. Tom Campbell, “Rewriting Hart’s Postscript: Thoughts on the Development of Legal Positivism”, en *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM*, núm. 5, 2011. Por su parte, en un trabajo reciente, Waluchow defiende su postura incluyente, de forma que también parece incursionar en el ámbito del positivismo prescriptivo (aunque no lo explicita así), argumentando entre otras cosas que, por el peligro de que las reglas primarias surgidas de la autoridad legislativa pierdan su vínculo con las prácticas, tradiciones y moral social del grupo, es deseable que los jueces apliquen *tests* de aceptabilidad moral para determinar si es jurídicamente válido o no considerarlas parte del sistema. Los *tests* en comento estarían representados, entre otros dispositivos, por el mecanismo del control judicial de la constitucionalidad, es decir, por la tarea de los jueces de velar por que las disposiciones legislativas no violen el catálogo de derechos fundamentales, atrincherados en la Constitución a la manera de un coto de cuestiones o decisiones blindadas. De ahí el valor o beneficio moral de asumir una postura positivista incluyente. V. Will Waluchow, “Validez moral y la función de guía del derecho”, en Grant, Kramer, et. al., *El legado de H. L. A. Hart; Filosofía jurídica, política y moral*, trad. de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 127-144.

La decisión de qué ruta tomar debe defenderse, según nuestra visión, apelando al *contexto* de intereses teóricos que se persigan, así como al momento histórico y político en que se vive. A esta posición la llamaremos *contextualismo metodológico*.

Se trata de una postura que no es nueva y que ha recibido aceptación de parte de ilustres filósofos del derecho como Carlos Nino, quien funda su *contextualismo* a partir de considerar poco plausible al *esencialismo* semántico, según el cual, hay un único y verdadero significado de las expresiones lingüísticas.¹²

El hecho de que se pueda hablar con sentido de diferencias históricas en el significado de muchas expresiones, o del hecho semántico de que ciertas palabras son ambiguas o polisémicas, vagas e incluso indeterminadas, son parte de las razones que Nino ofrece para considerar inviable al esencialismo.¹³

¹² En muchas de sus obras Nino arremete contra el esencialismo. V. Carlos Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Argentina, Ariel, 9ª ed., 1984. Este esencialismo persigue el objetivo de descubrir –a priori– un conjunto de proposiciones analíticas, las cuales expresan las propiedades individualmente necesarias y conjuntamente suficientes que hacen de lo denotado por la expresión, aquello que es y nunca puede dejar de ser. La idea es que, tal y como puede hacerse con las expresiones “triángulo” o “soltero” –figura geométrica de tres lados cuyos ángulos internos suman 180 grados, o persona que no ha contraído nupcias– también respecto del término “derecho” puede hacerse un ejercicio de abstracción que nos permita prescindir de los datos empíricos accidentales o adicionales y centrarnos en el núcleo de su significado, es decir, en una especie de lexema semántico. V. Julie Dickson, “Evaluación en...” *op. cit.* Esta postura esencialista se puede combinar con la nueva teoría de la referencia –asociada a autores como Kripke y Putnam–, según la cual, es el objeto referente o fenómeno mismo, y no los criterios subjetivos que la gente emplea en cierto momento histórico para identificar instancias particulares, lo que determina el significado de las expresiones, de tal suerte que podemos seguir hablando de proposiciones analíticas, pero con la diferencia de que, al menos algunas de ellas tienen carácter *a posteriori*, es decir, resultan de la correspondiente investigación científica llevada a cabo por los expertos en la materia. En el caso del derecho, la idea es que su estudio científico-sociológico arrojaría eventualmente algunas de estas proposiciones analíticas *a posteriori*. V. Jules Coleman, Ori Simchen, “Law”, en *Legal Theory*, núm. 9, 2003, pp. 1-41. Disponible en: http://faculty.arts.ubc.ca/osimchen/publications/Simchen_Law.pdf; Nicos Stavropoulos, *Objectivity in Law*, Oxford University Press, 1996. Ahora bien, para reforzar nuestro “contextualismo metodológico” considérese también la siguiente cita: “[...] Si se advierte que pueden coexistir para ser empleados en distintos contextos –tal como de hecho son empleados– tanto un concepto normativo de derecho (que alude a las normas que deben ser justificadamente reconocidas por los órganos estatales) como un concepto descriptivo de derecho (que alude a las normas que son de hecho reconocidas por los órganos estatales), la discusión filosófica de fondo se desvanece, subsistiendo meramente la posible cuestión acerca de cuál de estos conceptos es funcionalmente más adecuado en diferentes contextos (cuestión que es también relativa por la posibilidad de traducir, tal vez con algún costo en economía expositiva, un concepto en proposiciones que emplean el otro). He aducido que una vez que se comprende esta conclusión –que es tal vez demasiado obvia como para ganar rápida adhesión– se evapora una buena parte de los problemas tradicionales de la filosofía del derecho que derivan del presupuesto de que hay un único concepto de derecho [...]”. V. Carlos Nino, *Ética y derechos humanos* [...] *op. cit.*, pp. 16-17.

¹³ Adicionalmente, un nuevo ataque a esta postura –con base en el que se pretende dar pie al programa de la “naturalización de la filosofía del derecho”– proviene de Brian Leiter, para quien la crítica de Quine a la distinción analítico-sintético es sumamente relevante. La crítica consiste en que tal distinción es una mera ilusión, una especie de artificio retórico para proteger un conjunto de afirmaciones teóricas –otorgándoles el estatus de “analíticas”– a las cuales no se quiere renunciar por múltiples razones. En última instancia, de acuerdo con esta postura, toda aseveración con pretensiones descriptivas responde al tribunal de la experiencia. V. Leiter, Brian, “Naturalism in Legal Philosophy”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2012/entries/lawphil-naturalism/>.

Sin embargo, existen otras formas de defensa del contextualismo aquí expuesto que no necesariamente implican descartar al proyecto esencialista. Una de ellas es la que presenta Schauer, para quien entre las tareas del teórico del derecho se encuentra la que consiste en dar cuenta de las propiedades *importantes* que caracterizan a este fenómeno social, *aquí y ahora*. Esto con independencia de las implicaciones que los resultados de dicha tarea puedan arrojar para el proyecto más ambicioso de dar cuenta de la esencia del derecho. Es decir, con independencia de si las propiedades que el teórico juzga importantes, terminan siendo propiedades necesarias, suficientes o ambas.¹⁴

Por nuestra parte, coincidimos con Nino en considerar poco plausible al proyecto esencialista, sin embargo, asumimos una postura en la que no es necesario descartarlo por completo. Nuestro marco es menos demandante, ya que sólo requiere que uno pueda deslindarse, —si esto se considera conveniente—, de ese proyecto de mayor calado, sin incurrir con ello en alguna clase de transgresión metodológica. En ese sentido, estamos más cerca de la propuesta de Schauer, que es, como puede verse, más tolerante, permisiva y pluralista.

Ahora toca el turno de explicitar el carácter que adquirirá nuestra propuesta en torno al concepto de derecho y de defender dicha decisión metodológica. Pues bien, nos proponemos sentar las bases de una noción preponderantemente *normativa* del derecho que consideramos apropiada para la situación histórica y política que vive México; y quizá apropiada también, para el conjunto de sistemas que suelen denotarse con expresiones como “democracias delegativas”, “en desarrollo”, o “en transición”, los cuales son característicos de regiones como Latinoamérica, y cuyo funcionamiento no puede entenderse cabalmente sin la inclusión de componentes como la corrupción y la debilidad institucional que no permite contener la influencia de los llamados “poderes fácticos o salvajes”.¹⁵

Cabe mencionar que algunos autores, como Brian Tamanaha,¹⁶ sugieren que es conveniente preservar nuestra adhesión a la tesis de la *separación entre derecho y moral*, es decir, permanecer moralmente neutros en nuestra descripción del fenómeno jurídico pareciendo aducir que, de lo contrario, los funcionarios y autoridades pueden aprovecharse indebidamente del blindaje moral que en mayor o menor medida, la noción normativa de que se trate inherentemente acarrearía, dando con ello pie a múltiples y diversas injusticias que no enfrentarían grandes obstáculos en términos de críticas o evaluaciones negativas de parte de los gobernados, quienes como resultado de la difusión de la noción normativa en cuestión, habrían bajado la

¹⁴ V. Frederick Schauer “Necessity, importance, and the nature of law”. Disponible en: http://www.te.gob.mx/CCJE/Archivos/frederick_schauer.pdf.

¹⁵ V. Luigi Ferrajoli *Poderes salvajes; La crisis de la democracia constitucional*, trad. y prólogo de Perfecto Andrés Ibañez, Trotta, 2ª Ed., 2011.

¹⁶ V. Brian Tamanaha, Brian, “The contemporary relevance of legal positivism”, *Australian Journal of Legal Philosophy*, vol. 32, 2007. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=960280.

guardia y habrían dejado de monitorear el desempeño de los oficiales, volviéndose indiferentes o, en todo caso, resignados y pasivos.

En teoría, en un ambiente en que se respeta la tesis de la separación, la gente está más dispuesta a ejercer sus facultades críticas porque “derecho” no es un término que acarree valor o justificación moral alguna por el solo hecho de pronunciarlo con la intención de aplicarlo a ciertas prácticas. No hay ninguna aprobación automática, ésta se tiene que ganar.

El problema con esta postura es que existen circunstancias en que la acumulación de las deficiencias, anomalías, irregularidades e injusticias es tal por parte de un sistema jurídico, que criticarlo diciendo que se trata de un “derecho sumamente injusto, perverso, etcétera”, no es suficiente para describir el grado de su mal estado o funcionamiento, el cual puede haberse vuelto un problema estructural y endémico, es decir, un problema de cimientos resquebrajados a punto de dar de sí.

En estos escenarios, y sobre todo cuando de lo que se trata es de un colapso radical y sistemático de los principios constitutivos de un *Estado de Derecho*, parece *más conveniente* y más *acertado* sostener que el régimen operante en cuestión es otra cosa, por ejemplo, un sistema de control de conductas o una técnica para mantener “el orden” según lo que por esta expresión entiendan los encargados de implementarla, etcétera, pero no un sistema jurídico o un derecho.

Por un lado, es más conveniente desde el punto de vista de quienes esperamos que la situación cambie, en virtud de la carga emotiva más fuerte —y de la idea de la necesidad de que sean tomadas medidas urgentes— que el riesgo de negar el rótulo o la etiqueta de “derecho” parece traer aparejado.

Por otro lado, es más acertado porque en efecto, hay situaciones en las que la falta de observancia al debido proceso, la secrecía en la que operan algunas dependencias, la falta de transparencia y de justificación de las políticas públicas, la impunidad, la promulgación de leyes retroactivas, el surgimiento de grupos en condiciones desafiantes contra el monopolio estatal de la coacción y de imposición de sus propios órdenes normativos en algunas regiones, etcétera, son de tal magnitud que esos regímenes, pese a lo que sus operadores u oficiales crean (les convenga creer o quieran hacernos creer), constituyen formas de organización social que sólo *simulan* ser derecho o, en el mejor de los escenarios, son casos extremadamente marginales. Y esto sucede porque no observan, o lo hacen de manera insuficiente, los presupuestos mínimos del *gobierno mediante reglas*, es decir, los presupuestos de la *técnica normativa* en que el derecho propiamente consiste.

II. Perfilando un concepto preponderantemente normativo de derecho

1. Los componentes descriptivo y normativo

La noción normativa que proponemos integra dos componentes: uno descriptivo o positivista (que hace referencia a *hechos o prácticas sociales*) y otro de índole

prescriptiva o normativa (que incluye una propuesta de justificación moral de tales prácticas).

Por lo que toca al componente positivista, seguiremos de cerca a dos autores: Hart y Andrei Marmor.

En este sentido diremos que “derecho” denota al sistema de prácticas institucionales que administra reglas primarias de obligación, en términos de su creación, modificación, eliminación, interpretación y aplicación coactiva (Hart), cuya configuración particular es producto de una “*convención constitutiva*”, la cual impone a sus participantes la obligación *condicional* o instrumental de desempeñar sus respectivos roles, derivada de una especie de intencionalidad colectiva de que tales prácticas se perpetúen.¹⁷

Por su parte, el componente prescriptivo que, como dijimos, tiene que ver con la justificación moral de tales prácticas, se obtiene de la existencia de la obligación moral general de obedecer al derecho, así como de las obligaciones morales particulares de obedecer los requerimientos jurídicos específicos; de tal suerte que “derecho” en su modalidad normativa denota al derecho en sentido descriptivo, que además es capaz, o que está en aptitud, de generar las obligaciones mencionadas, a las que en términos condensados se les llama *la obligación política*.¹⁸

2. Características de las obligaciones —general y particulares— de obedecer al derecho

Ahora bien, las obligaciones morales de las que hablamos —la general de obedecer al derecho y las particulares de obedecer sus requerimientos específicos cuando nos ubicamos en los supuestos contemplados en sus reglas— tienen ciertas características a las que a continuación nos referiremos.

En primer lugar, *no son automáticas*; es decir, no surgen inmediatamente por el solo hecho de que tengan lugar las prácticas anteriormente aludidas (de ser así, nos aproximáramos peligrosamente a la postura que Bobbio calificara como “*positivismo ideológico*”).¹⁹

Surgen si se satisfacen ciertas condiciones. De entre ellas, nos centraremos en dos de especial importancia para el concepto normativo de derecho que venimos desarrollando. A la primera nos referiremos a continuación, y abordaremos la segunda una vez que hayamos concluido con el análisis de las características de tales obligaciones.

¹⁷ V. Andrei Marmor, *Positive law and objective values*, Oxford University Press, 2001.

¹⁸ V. Richard Dagger, “Political Obligation”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/political-obligation/>.

¹⁹ V. Norberto Bobbio, *El problema del positivismo jurídico*, capítulo II sobre el positivismo jurídico, 12ª ed., México, Fontamara, 2012, pp. 41-72.

La primera condición es la siguiente: las obligaciones mencionadas surgen si obrar conforme a lo que el derecho prescribe nos sitúa en mejores posibilidades de actuar de la forma en que nos corresponde hacerlo, desde el punto de vista moral.

En otras palabras, dichas obligaciones surgen si efectivamente se satisface la fórmula raziana de la *legitimidad* de las autoridades (políticas o no), la cual sostiene que éstas son legítimas si es más probable que terminemos actuando justificadamente —es decir, sobre la base de las razones morales adecuadas que aplican a nuestra situación— si permitimos que las directivas de la autoridad (en este caso, las reglas jurídicas específicas) motiven nuestro curso de acción, a que si actuamos por cuenta propia, tratando de elucidar las razones relevantes, deliberando sobre su peso apropiado y obrando de manera consistente con los resultados del balance de consideraciones realizado.²⁰

Así mismo, las obligaciones en cuestión son *independientes de contenido*. Esto significa que no tienen que ver directamente con el mérito de las conductas requeridas, sino con la naturaleza o características del emisor o fuente de las directivas, entre las que, como vimos, se encuentra la cualidad de ser legítima (nótese que no se sostiene que no tengan nada que ver con el mérito de las conductas requeridas; sí tienen que ver, pero de forma indirecta).

En suma a lo anterior, las obligaciones en comento constituyen razones de segundo orden en el sentido de ser *excluyentes* de ciertas razones —de primer orden— que a favor o en contra de la acción prescrita se puedan tener. Nos instan pues, a renunciar al balance de las consideraciones que *normalmente* habríamos tomado en cuenta de no existir la directiva en cuestión.

Y tienen este efecto excluyente en virtud de que, si la directiva respectiva proviene de una autoridad legítima, de manera anticipada hemos sido relevados —o de algún modo excusados— de llevar a cabo *correctamente* la identificación y balance de las razones relevantes.

En esto precisamente consiste el *servicio* que, de acuerdo con Raz, las autoridades nos prestan. Por ello es que, pese a que las obligaciones —general y particulares— de obedecer al derecho no se fundan directamente en el mérito moral de las conductas requeridas por las directivas o reglas, el hecho de que provengan de una autoridad legítima (en el sentido expuesto) es un *indicio*, un *signo*, una *razón* —cuya fuerza puede variar, incrementando o disminuyendo según sean acatadas o no ciertas restricciones que condicionan el operar de las autoridades— *para creer* que *probablemente* lo que se prescribe está justificado sobre la base de principios adecuados; aunque al momento de obedecer la regla en cuestión, tales principios permanezcan opacos para quienes obedecen.

²⁰ V. Joseph Raz, *La autoridad del derecho: Ensayos sobre derecho y moral*, trad., Rolando Tamayo y Salmorán, Ediciones Coyoacán, 1ª ed., 2011; Joseph Raz, “The problem of authority: Revisiting the service conception”, *Minnesota Law Review*, núm. 90, 2006, pp. 1003-1044.

Sin embargo, el servicio que las autoridades nos prestan es limitado. Pero antes de enfocarnos en sus limitaciones, comencemos por reconocer que el juicio de las autoridades en asuntos de moralidad es en teoría, más confiable que el de quienes no lo son (ello está de algún modo presupuesto en la fórmula raziana de la legitimidad de las autoridades).

Específicamente, su juicio es más confiable que el de quienes no operan bajo las restricciones y constreñimientos en que puede actuar la autoridad, sobre todo si, como veremos después, se trata de autoridades que se guían por el *método democrático* de toma de decisiones.

En suma, su *estatus* como *autoridades prácticas* descansa en su aptitud de ser *autoridades teóricas* en el ámbito de los requerimientos de la moral, es decir, en su capacidad de adquirir creencias morales justificadas y probablemente verdaderas.²¹ No obstante, su juicio, como el de todo ser humano, es *falible*, es decir, es *susceptible de error*.

Esto nos conduce a otra muy importante característica de las obligaciones bajo escrutinio, la cual consiste en que son *derrotables o prima facie*.

En otras palabras, su capacidad de exclusión o neutralización de razones no debe confundirse con que dichas obligaciones tengan carácter concluyente. El efecto excluyente opera sólo respecto de las razones que *normalmente* es relevante tomar en cuenta en la clase de escenarios contemplados o presupuestos en las reglas generales de que se trate.

Y precisamente porque las autoridades —sobre todo, las de carácter legislativo— se mueven en el plano de lo que *normalmente* se debe tomar en cuenta, queda un amplio espacio para múltiples excepciones cuyo surgimiento se funda en que, en el caso concreto pueden converger factores —o combinatorias de factores— no anticipados por la autoridad.

Habiendo analizado las características de las obligaciones, general y particulares, de obedecer al derecho, es momento de referirnos a la segunda condición que sugerimos debe ser satisfecha para el surgimiento de dichas obligaciones (cabe mencionar que no es nuestra intención desarrollar una teoría completa de la obligación política, sino sólo centrarnos en aquellos aspectos que consideramos relevantes para el concepto normativo de derecho aquí defendido).

La condición es la siguiente: que sea probable que las autoridades con funciones jurisdiccionales acierten en aplicar las reglas generales y sus consecuencias a los casos concretos que en efecto, se ubican en los supuestos normativos respectivos; es decir, que sea probable que dichas autoridades determinen correctamente si ocurrieron o no los hechos jurídicamente relevantes contemplados en las reglas generales, a los efectos de que procedan las consecuencias jurídicas preestablecidas.

²¹ V. Tom Christiano, "Authority", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/authority/>.

3. La obligación política y el Estado de Derecho

Ahora bien, para que las condiciones de las que depende el surgimiento de las obligaciones, general y particulares, de obedecer al derecho puedan ser satisfechas, es necesario, —según nuestro modelo— que las autoridades (principalmente las legislativas y las jurisdiccionales) operen con regularidad bajo ciertas restricciones o constreñimientos de índole formal y/o procedimental.

Otra forma de explicar lo anterior podría ser mediante una analogía con el derecho procesal penal:

En este campo, se dice que opera una *presunción de inocencia* a favor del acusado (quienquiera que éste sea). Esta presunción, como sabemos, puede derrotarse, lo cual sucede cuando las pruebas presentadas satisfacen el umbral representado por frases como “la convicción íntima del juzgador”, o “prueba más allá de toda duda razonable”.

Pues bien, para nuestros propósitos también podría hablarse de una especie de *presunción de obligatoriedad* a favor del derecho. Pero a diferencia de lo que ocurre en la materia penal en donde la inocencia del acusado es considerada sin más, la *hipótesis nula* (también llamada “por defecto”) o el estado natural, en nuestro caso, la hipótesis de obligatoriedad tiene que ganarse su lugar como hipótesis nula; es decir, tienen que tomarse ciertas medidas rigurosas para que la obligatoriedad del derecho quede establecida como una presunción, la cual, no obstante, sigue siendo derrotable o *prima facie* (aunque claro está que se trata de una presunción con mayor peso, o más difícil de derrotar, siempre que las medidas de las que hablamos, hasta ahora, de manera muy vaga, sean tomadas).

Pero, ¿cuáles son esas medidas o constreñimientos a los que venimos haciendo alusión?

La respuesta no es otra sino la observancia de los principios o estándares del ideal regulativo denotado por la expresión *Estado de Derecho* (que en ocasiones se considera sinónimo del *principio de legalidad*, del *imperio de la ley*, del *gobierno de las leyes y no de los hombres*, o del *Rule of Law*).

Desde ahora advertimos que de dicha observancia no puede hablarse en términos absolutos o tajantes del tipo “o se observan los principios o no”. Esta es una cuestión que admite grados, es decir, se da en mayor o menor medida.

En efecto, la idea sería establecer eventualmente una especie de *umbral mínimo de observancia*, el cual podría definirse a la manera de un conjunto de combinatorias de grados particulares de observancia (correspondientes a cada principio), entre las cuales podría haber relaciones de tipo jerárquico, supletorio o compensatorio.

En adición a este umbral mínimo, también podrían establecerse —más o menos del mismo modo— otros umbrales, cada uno de los cuales implicaría un grado mayor de observancia de los principios del Estado de Derecho (en adelante ED).

Esto crearía la posibilidad de hablar de casos centrales, casos periféricos, casos marginales y de instancias excluidas del perímetro mínimo, de tal suerte que siempre habría posibilidades de mejorar el grado de observancia del ED.

Sin embargo, desarrollar a profundidad este sistema complejo de umbrales de exigencia progresiva escapa a nuestros objetivos (al menos a los consignados en este trabajo). Lo que desde el punto de vista teórico nos interesa es la posibilidad de hablar de un *umbral mínimo*, cuya no satisfacción acarrea la negación del calificativo de “jurídico” al sistema regulatorio de conductas en cuestión.

Ahora bien, siguiendo a autores como Fuller,²² Summers²³ y Waldron²⁴ —y como ya es claro desde el párrafo anterior— sostenemos que la observancia de los principios del ED —o más específicamente, el grado de observancia requerido para satisfacer lo que hemos denominado el umbral mínimo— guarda una conexión conceptual con el derecho; es decir, es parte del concepto *mismo* de derecho.

La diferencia de nuestra propuesta es que incluimos en la ecuación a la obligación política, es decir, a las obligaciones —general y particulares— de obedecer al derecho; de tal suerte que la observancia mínima de los principios del ED es crucial para la satisfacción de las condiciones de las que surgen las obligaciones mencionadas, las cuales, a su vez, están necesariamente ligadas al concepto normativo de derecho que estamos desarrollando.

En el modelo de los autores referidos, es en esta conexión entre el derecho y el ED donde radica el vínculo *necesario* del derecho con la moral al que Fuller llamó la *moral interna* o procedimental del derecho.²⁵

La moral interna referida se diferencia de la moral “externa” en que no tiene que ver, directamente, con la justicia o corrección moral de los contenidos específicos de las normas jurídicas, sino con el valor moral que la sola estructura formal de aquellas acarrea, junto con el valor, también moral, de los procedimientos empleados por el derecho para la creación y aplicación de dichas normas (aunque Summers sostiene que la buena forma —resultante de la observancia de los principios del ED— establece una *tendencia* a que se generen buenos contenidos).²⁶

²² V. Lon Fuller, *The morality of law; revised edition*, Yale University Press, 1969.

²³ V. Robert Summers, *Form and function in a legal system; a general study*, Cambridge University Press, 2005; Robert Summers, *The jurisprudence of law's form and substance*, Ashgate, 1999; Robert Summers, *La naturaleza formal del derecho*, Trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2001.

²⁴ V. Jeremy Waldron, “Hart y los principios de legalidad”, en Grant, Kramer, *et. al.*, *El legado de H. L. A. Hart; Filosofía jurídica, política y moral*, España, Marcial Pons, 2012, pp. 105-144; Jeremy Waldron, “The concept and the rule of law”, *Georgia Law Review*, en prensa; Jeremy Waldron, “The rule of law and the importance of procedure”, *NYU School of Law, Public Law Research Paper*, núm. 10-73, working paper series; Jeremy Waldron, “Positivism and legality: Hart's equivocal response to Fuller”, presentado en el Simposio *El debate Hart-Fuller*, NYU School of Law, 2008. Disponible en: https://www.law.nyu.edu/ecm_dlv3/groups/public/@nyu_law_website__journals__law_review/documents/web_copytext/ecm_pro_059779.pdf.

²⁵ Fuller, *op. cit.*

²⁶ V. Robert Summers, *La naturaleza formal del derecho*, Trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2001, pp. 38-48.

El vínculo necesario del derecho con la moral por vía del ED, se obtiene al argumentarse que la observancia de los principios del ideal en comento (por ejemplo, en el caso de las normas, que éstas sean generales, claras, realizables, públicas, normalmente no retroactivas, etcétera), constituye una forma de respetar la *dignidad* y la *autonomía* de las personas, en vista de que la certeza y predictibilidad que ello genera, las sitúa en mejores condiciones de saber cómo actuarán las autoridades (en qué condiciones harán uso de su poder coactivo) y los demás gobernados; es decir, las coloca en condiciones de saber a qué atenerse y con mayores posibilidades de planificar sus vidas.

Autores como Raz o Finnis no están de acuerdo con la tesis de la conexión conceptual entre el ED y el derecho. Sostienen, así que los principios del ED son, en todo caso, medidas para mantener al derecho existente en *buena forma* (Finnis), o para mitigar, e incluso para neutralizar las posibilidades de abuso de poder creadas por la *propia implementación* del derecho (Raz).

En otras palabras, de suyo, el derecho es inherentemente problemático desde la perspectiva moral (Finnis), y ello porque establece las condiciones para que nuevas formas de abuso del poder sean ejercidas (Raz).²⁷

Consideramos que la respuesta de Waldron a las anteriores objeciones es apropiada:

El autor en comento parte de concebir al derecho como algo que, entre los múltiples objetivos, funciones, fines, etcétera, que pueden atribuírsele, está diseñado (pensado) para *limitar al poder público*.

Si esto es así, lo que sostienen Finnis y Raz sería tanto como decir que el problema está en el remedio, y además, que el problema con el remedio es que sufre del mismo mal que la que supuestamente debería contribuir a mitigar, paliar o curar.

Y no es que el derecho sea la única medida, o el método infalible, para limitar al poder. De hecho, precisamente porque no es la única medida, ni siquiera la más confiable o efectiva, es que puede continuar habiendo abusos de poder, en vista de que éste no ha sido totalmente contenido mediante la implementación del derecho.

El punto es que, para que el derecho esté en condiciones de cumplir con esta función de antídoto *parcial e imperfecto* —una suerte de bozal si se quiere— necesariamente tiene que exhibir las características apropiadas, las cuales están constituidas por los principios del ED; de tal suerte que la observancia de estos principios (con todos los matices y sutilezas asociadas a la observancia, de las que hablamos antes), no es algo que simplemente mantenga al derecho en buen estado; es, al menos parte de lo que hace al derecho *ser lo que es*.²⁸

²⁷ V. Jeremy Waldron, “Hart y los principios de legalidad”, en Grant, Kramer, *op. cit.*, *El legado de H. ...* pp. 105-144; Joseph Raz, “El estado de derecho y su virtud”, en Carbonell, Miguel, *et. al.*, *Estado de derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, Siglo Veintiuno, 2012, pp. 25-33.

²⁸ V. Waldron, “Hart y los...” *op. cit.*

Por su parte, Hart también ha contribuido al debate. Sin embargo, su crítica no va dirigida tanto a la conexión conceptual o necesaria entre ED y derecho, lo cual parece conceder, o al menos no generaría mayor problema en su teoría. Claro, siempre y cuando tenga éxito su argumento acerca de que los principios del ED no tienen ningún valor moral, ya que lo que quiere negar en realidad, es la tesis de la relación conceptual necesaria entre derecho y moral.

Hart sostiene que, a lo más, estos principios tienen un *valor instrumental*. En este sentido, constituyen los medios adecuados para la persecución eficiente de los objetivos —cualesquiera que estos sean— que el derecho pretende materializar. Pero no pueden tener ningún valor moral en virtud de que su observancia *es compatible con grandes injusticias o perversidades*.

Para Hart, estos principios son como el algoritmo (si pudiera hablarse de uno) o la técnica más apropiada para la consecución de los fines que las normas intentan alcanzar. El problema radica en que los fines referidos pueden ser malvados, injustos o como quiera llamárseles; de tal suerte que así como no diríamos que los medios o procedimientos que emplea un envenenador sirven a algún propósito moralmente justificado, o que tienen algún valor más allá de su contribución a la *eficiencia envenenadora* —pese a que reflejen la técnica más depurada en estas artes oscuras— tampoco diríamos que la mejor técnica de la que el derecho pueda disponer para alcanzar sus fines tiene algún valor moral, precisamente porque esos fines u objetivos pueden ser análogos a los de un envenenador.

En respuesta a Hart, podemos conceder que, en efecto, la observancia de los principios del ED es compatible con múltiples y variadas formas de injusticia, iniquidad y de abuso por parte de las autoridades.

Pero de que ambos fenómenos —la observancia de los principios del ED y la existencia de abusos— puedan coexistir, no se sigue necesariamente que la existencia del segundo de ellos se deba al derecho; no se sigue pues, que el derecho sea la causa de su existencia, o que el derecho sea el medio más eficaz para sus fines.

Al contrario, si lo que se busca es la *persecución eficiente* de fines perversos o moralmente injustificados, la observancia de los principios del ED no contribuye a tal empresa, la cual, al operar bajo las restricciones del ED, aunque sea parcialmente, se ve frustrada, impedida u obstaculizada.

En otras palabras, observar los principios del ED es instrumentalmente irracional si lo que se quiere es implementar de *la mejor* forma posible fines malévolos, injustos, etcétera. (recordemos también aquí la hipótesis de Summers de que la buena forma genera una tendencia hacia buenos contenidos).

4. Una definición de Estado de Derecho

Toca el turno ahora de tratar la cuestión de cuáles son esos principios, directrices o lineamientos constitutivos del ED.

Como apunta Wadron,²⁹ la discusión acerca del ED parece haberse centrado en los principios relativos a la estructura *formal* de las normas jurídicas. Algunos de los principios más destacados que aplican a la estructura formal de las normas jurídicas son:

- a) Qué sean normalmente *generales* (es decir, que traten de clases de conductas y de clases de sujetos);
- b) Qué sean *claras* (es decir, que se evite, en la medida de lo posible, que estén formuladas mediante el empleo de expresiones ambiguas, vagas o indeterminadas);³⁰
- c) Qué no adolezcan de *antinomias*, ni de *lagunas normativas*;
- d) Qué sean *públicas* (es decir, que exista una oportunidad real de que los sujetos conozcan sus contenidos, lo cual depende de la instauración de una infraestructura apropiada para su diseminación masiva);
- e) Qué normalmente su aplicación *no sea retroactiva* (salvo en el caso de la materia penal cuando ello favorezca al procesado);
- f) Qué las conductas prescritas sean *realizables* (de tal suerte que la ciudadanía tenga una oportunidad genuina de cumplirlas);
- g) Qué las reglas que conforman al sistema jurídico sean identificables exclusivamente atendiéndose a la identidad del emisor y a los procedimientos seguidos para su promulgación (como lo sostendría el denominado *positivismo jurídico excluyente*); etcétera.

Para evitar centrarnos exclusivamente en el referido elemento formal-estructural, de inicio definiremos al ED como al conjunto de principios, directrices o lineamientos que se aplican tanto al producto por excelencia del derecho —las normas jurídicas— como a los *aspectos dinámicos* de un sistema jurídico relativos a los procedimientos para la creación, interpretación y aplicación de sus normas.

Sin embargo, en esta oportunidad acentuaremos la importancia de los aspectos dinámicos que tienen que ver con la *creación* y con la *aplicación* de las normas, por su vinculación directa con la satisfacción de las condiciones que hemos asociado al surgimiento de la obligación política (es decir, las obligaciones —general y particulares— de obedecer al derecho).

Como recordaremos, tales condiciones son: que la autoridad sea legítima en el sentido raziano y que sea más probable (que su negación) en el ámbito de la aplica-

²⁹ V. Jeremy Waldron, “The rule of law and the importance of procedure”, *NYU School of Law, Public Law Research Paper* No. 10-73, working paper series.

³⁰ En relación con el fenómeno semántico de la vaguedad, debe tomarse en cuenta la argumentación que Timothy Endicott realiza en el sentido de defender la tesis de que el derecho es necesariamente vago. V. Timothy Endicott, *Vagueness in law*, Oxford University Press, 2000; Timothy Endicott, “Law is necessarily vague”, *Legal Theory*, vol. 7, núm. 4, pp. 379-385; Alberto Del Real Alcalá, “Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Hart-Zagrebelsky-Endicott”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 131, pp. 675-700.

ción de las normas, los órganos con funciones jurisdiccionales realicen determinaciones fácticas acertadas, es decir, que determinen correctamente si ocurrieron o no los hechos relevantes para la procedencia de las consecuencias jurídicas contempladas en el ordenamiento (lo cual es un asunto directamente relacionado con los diversos sistemas que el derecho instituye para el acopio, depuración, evaluación, y en términos generales, para el tratamiento o procesamiento de los medios de prueba o elementos de juicio que se aducen a favor o en contra de proposiciones fácticas).

5. Principios aplicables al aspecto dinámico del Estado de Derecho consistente en la creación de normas jurídicas generales

A) Democracia

El principio, lineamiento o directriz que proponemos rija preponderantemente a la creación de normas jurídicas generales consiste en la instauración del *método democrático de toma de decisiones*.

La observancia de este principio está directamente vinculada con la satisfacción de la condición de que las autoridades sean legítimas en el sentido raziano. Y la razón de ello es que, como lo defienden autores como Nino³¹ o Estlund,³² la democracia tiene un *valor epistémico*.

De acuerdo con Nino, el valor epistémico de la democracia radica en concebirla como el régimen que mejor promueve la expansión de la discusión moral —entendida como una práctica social— aplicada a asuntos públicos; y como el que preserva —mejor que cualquier otro sistema de decisiones— los rasgos de ese discurso moral originario (pero apartándose de ciertas características que hacen del discurso moral originario, un método inestable e inconcluyente para arribar a decisiones colectivas).³³

En suma, para Nino, el valor epistémico de la democracia estriba en que se trata de una especie o *sucedáneo* del discurso moral; es decir, se trata de una suerte de discusión moral —pero *regimentada*— aplicada a asuntos públicos o de moralidad social.

Antes de abordar la cuestión de por qué la democracia ha de desviarse —idealmente sólo un poco— de la dinámica operativa característica de la discusión moral, reparemos en que, para Nino, la posibilidad de atribuir valor epistémico a la democracia descansa a su vez, en la posibilidad de atribuir valor epistémico al propio discurso moral (del cual la democracia es una suerte de especie).

³¹ V. Carlos Nino, *Ética y derechos... op. cit.*, pp. 387-399.

³² V. David Estlund, *La autoridad democrática: Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*, trad. de Sebastián Linares, Argentina, Siglo Veintiuno, 2011.

³³ V. Nino, *op. cit.*, pp. 387-388.

Por ello es que, por sus semejanzas con este discurso, la democracia hereda el valor epistémico —aunque en menor grado, o no en la misma dosis— que originalmente forma parte de los atributos de aquel discurso.

Demos pues, un breve vistazo a las funciones y dinámica operativa de la discusión moral, para eventualmente volver al procedimiento democrático.

Para Nino, la discusión moral es una práctica social que busca que sus participantes converjan en conductas —y en actitudes hacia éstas— sobre la base de la *aceptación libre y compartida de los mismos principios* —de las mismas creencias morales— para guiar esas acciones y actitudes.

Busca pues, obtener un *consenso unánime* en torno a la serie de principios o creencias morales básicas que serán usados como bloques de razonamiento —fundamentales, finales o últimos— a los efectos de justificar la diversa gama de comportamientos sociales.³⁴

Al interior de esta práctica social discursiva, los participantes sostienen una dinámica argumentativa (que implica la presentación de argumentos y contrargumentos entre sí) con la finalidad de examinar si las proposiciones que cada quien propone y defiende, como principios fundamentales, son adecuadas a la luz de ciertos criterios o reglas procedimentales *implícitas* en la propia práctica de discusión moral.

La regla o criterio procedimental más importante tiene que ver con asumir un punto de vista específico cuando participamos en esta clase de discusiones.

Ese punto de vista es, en teoría, uno de carácter *neutral*, el cual está orientado a matizar o contener nuestra perspectiva parcializada, en la que los propios intereses se ven magnificados en relación con los de terceros.

En concreto, la regla en comento podría formularse de la siguiente forma: “Un determinado principio para justificar de forma final acciones y actitudes es válido si *sería aceptado* por cualquier persona que fuera plenamente racional, absolutamente imparcial y que conociera todos los hechos relevantes”.³⁵

La regla anterior contiene el germen de la posición a la que Nino denomina “*Constructivismo Ontológico*”, la cual sostiene —en contraste con una posición meta-ética *realista*— que el hecho que hace verdaderos a los juicios morales es uno de naturaleza *contra-fáctica*. Ese hecho es la *aceptabilidad hipotética* del principio

³⁴ El consenso referido y la convergencia en conductas y actitudes resultante, a su vez permiten acentuar o promover una de las tendencias que surgen de las circunstancias naturales de la vida del hombre en sociedad (tales como la escasez de recursos para satisfacer todos los intereses humanos, la vulnerabilidad de los hombres frente a los ataques de otros, el hecho de que nadie tiene la capacidad física y/o intelectual para dominar por sí solo al resto, etcétera). La tendencia en cuestión es la de buscar la cooperación. Pero además, dicho consenso, junto con la convergencia en conductas y actitudes aludida, contribuye a matizar o minimizar otra tendencia que también surge en esas circunstancias naturales de la vida social. Hablamos de la tendencia a entrar en conflicto unos con otros derivada de factores tales como la inevitable divergencia de intereses, la empatía limitada que se tiene por los demás, nuevamente la escasez de recursos, etcétera. V. Nino, *op. cit.*, pp. 96-104.

³⁵ *Ibidem.*, p. 117.

aludido en el juicio respectivo; aceptabilidad que, repetimos, habría de darse en condiciones de pleno conocimiento, imparcialidad y racionalidad.

El problema consiste en que nuestras determinaciones acerca de si un principio propuesto satisface o no la condición de aceptabilidad hipotética, son limitadas e inherentemente falibles, precisamente porque, aunque lo intentemos, no nos encontramos aquí y ahora, en ese ambiente de total imparcialidad, conocimiento y racionalidad (por ello se trata de una situación contra-fáctica).

Esto hace que la técnica de la discusión moral sea también falible, derrotable o revisable, ya que siempre es posible que haya empates morales y también que, no obstante a que un cierto principio parecía haber pasado los *tests* implícitos en el discurso moral, se demuestre luego que haya otro principio que satisface mejor esos *tests*.³⁶

No obstante a la falibilidad referida, la práctica de la discusión moral puede volverse un potente medio para tener acceso cognitivo al hecho contra-fáctico en cuestión. Y ello debido a dos factores: de un lado tenemos la dinámica normal en que dicha discusión procede. Con base en ella, cada participante funge como *abogado* y *juez* al presentar sus propios intereses si cree que no han sido tomados en cuenta suficientemente en la posición de su adversario; también al exponer su propia propuesta tratando de convencer al otro de que ella si toma en cuenta los intereses ajenos; al recibir las quejas y objeciones de sus interlocutores fundadas en no haber considerado sus preocupaciones; y al argumentar por qué se piensa que la propuesta respectiva satisface los requerimientos, criterios y reglas procedimentales del discurso, etcétera.

Por otra parte, tenemos el resultado de la dinámica discursiva previa. Este resultado consiste en el consenso unánime que en teoría se logra (que es lo más aproximado a, o el equivalente funcional de la imparcialidad hipotética), en ello radica el valor epistémico de la discusión moral, es decir, en la oportunidad que, por su dinámica y resultados, abre para conocer —mediante un *esfuerzo epistémico colectivo* y *cooperativo*— si un principio cualquiera sería aceptado en las condiciones ideales mencionadas. A esta posición, Nino la llama “*Constructivismo Epistemológico*”.³⁷

Pero, ¿por qué habla Nino de la democracia como un sucedáneo regimentado de la discusión moral? ¿Por qué no simplemente se emplea de forma directa y sin modificaciones el protocolo del discurso moral originario para la toma de decisiones colectivas? La respuesta es que por diversas razones, la discusión moral puede volverse inoperante o inviable.

Entre ellas puede mencionarse el hecho de que hay gente que, de entrada, se niega a participar en ese discurso y prefiere recurrir a otros métodos para obtener resultados equivalentes (como la fuerza, etcétera). Así mismo, puede haber interlocu-

³⁶ *Ibidem.*, p. 388.

³⁷ V. Carlos Nino, *El constructivismo ético*, Capítulo V. “Constructivismo epistemológico: Entre Rawls y Habermas”, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 91-110.

tores que sólo simulan participar, de modo que persistentemente recurren a técnicas de persuasión que no constituyen “movidas discursivas” permitidas en el contexto comunicativo de la discusión moral, tales como el engaño, la manipulación, la confusión deliberada, etcétera.³⁸

Sin embargo, el discurso moral puede resultar inoperante no por factores como los mencionados, sino porque en el momento en que la decisión colectiva es relevante —y quizá urgente— puede no haber condiciones para que se logre el consenso unánime de todos los interesados en torno a si cierto principio propuesto para justificar la decisión de que se trate, en efecto es el único que satisface —o el que satisface mejor— las reglas procedimentales implícitas o estructurales de la discusión moral.

En otras palabras, mientras el discurso moral no tiene límites temporales y sólo cesa respecto de cierto asunto si se ha logrado un consenso, frecuentemente se debe tomar una decisión antes de cierto tiempo, pues de no ser así, en términos prácticos se estaría adoptando una respuesta o actitud pasiva frente a las cuestiones que requerían de la decisión colectiva en el momento.

De tal suerte que para superar esta restricción, en la práctica se debe abandonar el carácter temporalmente ilimitado del discurso moral; pero además —esta es una modificación más profunda— se tiene que sustituir el requisito del consenso unánime, por el de *aprobación mayoritaria* de una pauta o línea de acción.

Podría pensarse que se establece el requisito de que la decisión colectiva se forme a partir de la opinión mayoritaria, debido a que es más fácil de implementar que el consenso. Pero esta no es la razón por la que esto se hace.

La razón, de acuerdo con Nino, es que la implementación del requisito mayoritario genera una *tendencia* hacia la obtención de unanimidad, en virtud de que el intento de convencer a todos los interlocutores es la forma más natural y fácil de alcanzar un acuerdo mayoritario.

De esta forma, y a diferencia de la decisión de una sola persona o de una minoría (a lo que las cosas podrían reducirse si rigiera el requisito de unanimidad), el proceso de decisión mayoritaria estimula a quienes están interesados en una cierta decisión, a tratar de obtener la adhesión de tantas personas como sea posible, aún si la mayoría simple ha sido aparentemente rebasada.

Y esto es así porque de lo contrario, la minoría dejada de lado podría intensificar sus negociaciones con alguno o algunos de los grupos que han conformado la coalición mayoritaria, haciendo más atractivas sus ofertas, (por ejemplo, haciendo más concesiones y cediendo ante ciertos compromisos futuros), de tal suerte que la supuesta coalición mayoritaria podría resquebrajarse para quizá dar pie a la conformación de otra coalición mayoritaria en contra de la propuesta original.³⁹

³⁸ Nino, “Ética y derechos...”, *op. cit.*, p. 391.

³⁹ Nino, *op. cit.*, p. 394.

Si es plausible entonces hablar de esta tendencia hacia la obtención de unanimidad generada por la implementación —sin distorsiones— de la regla de aprobación mayoritaria, puede decirse que también hay una tendencia hacia la imparcialidad. Y si hay una tendencia hacia la asunción de puntos de vista imparciales por parte de quienes participan en el proceso democrático —por el hecho de actuar bajo las restricciones y lineamientos de este procedimiento— ellos se encuentran con mayores probabilidades de tomar la decisión correcta. Al menos con mayores probabilidades de corrección que la decisión que hubiera tomado un individuo o una minoría fuera del proceso democrático.

Ahora bien, el valor epistémico de la democracia —y por tanto, la validez moral de sus decisiones— será de mayor o menor grado según sea el grado — en que la democracia se aparte de las reglas de la discusión moral originaria. Por ello es que Nino recomienda que el procedimiento democrático maximice la posibilidad de un debate libre, abierto y reflexivo como prelude de la decisión correspondiente; así como la posibilidad de la participación de todos aquellos a quienes la decisión les concierne.⁴⁰

B) *Democracia representativa*

Sin embargo, la densidad poblacional de la mayoría de los estados contemporáneos es un factor que atenta directamente contra la posibilidad de que *todos* los afectados por una decisión política participen directamente en el proceso colectivo de formación de la decisión correspondiente. Y es que, en efecto, hemos venido hablando de un proceso de democracia *directa* o *deliberativa*, de tal suerte que uno de democracia *representativa* o indirecta constituye un alejamiento mayor de la democracia respecto del discurso moral originario.

Sin embargo, la densidad poblacional de la mayoría de los estados contemporáneos es un factor que atenta directamente contra la posibilidad de que todos los afectados por una decisión política participen directamente en el proceso colectivo de formación de la decisión correspondiente.

Esta no es la oportunidad para tener una discusión profunda (como en efecto lo merece) sobre la teoría de la representatividad. Nos limitaremos a enunciar un lineamiento deliberadamente vago a la manera de una adenda al principio democrático anteriormente expresado.

Dicho lineamiento consiste en que debe procurarse que en la implementación y operación del procedimiento democrático, se establezca, se preserve, e incluso, se intente reforzar constantemente, un *vínculo fuerte de representatividad* entre los

⁴⁰ Nino, *op. cit.*, pp. 396-397.

participantes de los foros democráticos y quienes han votado —libre e informadamente— por ellos. En efecto, la cumplimentación de esta adenda requiere, entre otras cosas, de un sistema saludable, robusto e independiente de autoridades electorales; pero además, de mecanismos jurídicos eficientes que posibiliten y promuevan el monitoreo constante de los representantes electos por parte de la ciudadanía; y que posibiliten también la evaluación de su desempeño. Dichos mecanismos tendrían que incluir un componente importante de *transparencia* y *rendición de cuentas* por parte de los representantes.

C) *Derechos Humanos*

Pero además de este vínculo de representatividad, es momento de hablar de otra limitante que ha de operar sobre el método democrático de toma de decisiones; y esta consiste en el respeto a un conjunto de derechos morales de carácter básico, a los que suele denotarse con expresiones como “derechos fundamentales”, “derechos humanos”, etcétera.

Como puede observarse, sostenemos que los derechos humanos pertenecen al género de los *derechos morales*, lo cual seguramente resultará una aseveración problemática (por decir lo menos) para quienes consideren que los derechos sólo pueden ser jurídicos, pero no podemos detenernos a considerar aquí tal postura.

Ahora bien, para definir un derecho moral haremos referencia a las condiciones en que éste se adscribe:

Se adscribe a alguien el derecho moral de acceder a una situación S (que puede consistir en la posibilidad de realizar cierta acción, o en la de disponer de determinados recursos, o en la de verse librado de ciertas contingencias), cuando el individuo en cuestión pertenece a una clase C, y se presupone que S implica normalmente para cada miembro de C, un bien de tal importancia que debe facilitarse su acceso a S y es moralmente erróneo impedir tal acceso.⁴¹

Por su parte, las propiedades que hacen de un derecho moral un derecho humano, tienen que ver con la importancia primordial o prioritaria que para sus titulares tienen los bienes representados por las situaciones S de la definición previa, y con que se derivan de la combinación de ciertos principios morales fundamentales.

Entre tales principios se encuentran el de la *inviolabilidad de la persona*, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo sólo en razón de que ello beneficia a otros individuos; el de la *autonomía de la persona*, el cual asigna valor intrínseco a la persecución de ideales de vida basados en la elección de planes de excelencia o modelos de virtud; y el de la *dignidad de la persona* que prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en razón de otras propiedades sobre las cuales no tienen control.

⁴¹ *Ibidem.*, p. 40.

De esta manera, la clase C de la definición anterior estaría constituida por quienes poseen las propiedades fácticamente necesarias para gozar de los derechos derivados de los principios fundamentales recientemente expuestos.

En otras palabras, la clase C quedaría integrada por quienes tienen aptitudes potenciales para tener consciencia de su propia identidad como un centro de imputación de derechos, intereses, creencias, etcétera, independiente de otros e irremplazable; aptitudes para moldear porciones de su vida de acuerdo con ideales, principios, etcétera, libremente adoptados; y aptitudes para formar voliciones y tomar decisiones.

Quienes tienen las aptitudes mencionadas son, en suma, las *personas morales* (“morales” en el sentido de poder participar en relaciones morales, no en el sentido de entes colectivos), las cuales, al menos en nuestro mundo, son necesariamente *seres humanos* (lo que no significa que un ser humano es necesariamente una persona moral, que ni todos los seres humanos poseen el mismo grado de personalidad moral, ni que, en algún otro mundo posible, no pueda haber otros seres que sean personas morales).⁴²

D) *Atrincheramiento constitucional de los derechos humanos*

Establecidos los derechos humanos (aunque en esta ocasión no podemos detenernos ni siquiera en su enumeración), coincidimos con Moreso en sostener que estamos comprometidos con un *diseño institucional* que aumente las probabilidades de obtener decisiones políticas que no violen esos derechos básicos. Y dado que la protección constitucional de aquellos es un medio a menudo necesario para tal fin, tenemos entonces buenas razones para *atrincherar* esos derechos en una suerte de *coto blindado* de naturaleza constitucional.⁴³

E) *Justicia Constitucional*

Aunado al atrincheramiento referido, y como un signo de la expansión global del poder de los jueces, el diseño institucional que se ha considerado propicio a los efectos de incrementar las probabilidades de que las decisiones políticas no violen derechos humanos, suele incorporar el mecanismo del *control judicial de la constitucionalidad* preponderantemente de las leyes emanadas de los parlamentos, legislaturas o congresos.

Mucho se ha discutido en torno a la legitimidad de este mecanismo. Entre las cuestiones que preocupan a los críticos se encuentran las siguientes:

- a) Los jueces adolecen de un *déficit democrático*, es decir, no son electos por la población;
- b) No hay por qué asumir que éstos se encuentran en mejores condiciones epistémicas para elucidar cuáles y qué alcance tienen los derechos humanos atrincherados;

⁴² *Ibidem.*, pp. 45-47.

⁴³ V. José Juan Moreso, *La constitución: Modelo para armar*, España, Marcial Pons, 2009, p. 132.

- c) Entre los jueces, al igual que entre los miembros de los parlamentos, legislaturas y congresos, también persiste el desacuerdo en torno a estas cuestiones constitucionales fundamentales;
- d) Pueden revertir, anular o invalidar lo que la voluntad de la mayoría ha expresado.

La siguiente pregunta condensa estas preocupaciones: ¿Cómo puede ser que un reducido grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y que no están sujetos a evaluaciones periódicas populares, pueda prevalecer, en última instancia, sobre la voluntad popular? A esto se le conoce como la dificultad *contramayoritaria* del control judicial de las leyes.

Como sostiene Sebastián Linares,⁴⁴ la fuerza de la objeción contramayoritaria puede tener diversas intensidades según confluyan ciertos factores relativos a la implementación particular del mecanismo de control de la constitucionalidad de leyes.

De acuerdo con el autor en comentario, el grado más fuerte de intensidad de esta objeción se produce cuando:

- a) Se trata de una Constitución rígida —que intenta desarrollar con amplio nivel de detalle el contenido y alcance de las libertades fundamentales utilizando formulaciones lingüísticas inflexibles, es decir, incorporando *concepciones* de los derechos humanos en lugar de limitarse a establecer sólo *conceptos* de los mismos— y;
- b) El poder de veto de los jueces constitucionales es definitivo.

Para reducir la fuerza de la objeción contramayoritaria, Linares aboga por un modelo de control judicial de las leyes que le otorga primacía al congreso, parlamento o legislatura.

En líneas generales, el modelo de justicia constitucional propone:

- a) Qué los jueces ordinarios inferiores a la Corte Suprema tengan prohibido declarar la invalidez de las leyes contemporáneas (emitidas por el congreso en funciones), pero que puedan dictar “*declaraciones de incompatibilidad*” para advertir al congreso de los problemas jurídicos y morales que las leyes en cuestión plantean;
- b) Que sólo la Corte Suprema pueda declarar la invalidez de leyes contemporáneas, y;
- c) Que el congreso pueda invocar una cláusula “*override*” para hacer prevalecer su voluntad, tras una audiencia pública en la que se expongan las razones de esta decisión. Según el autor, un sistema semejante haría posible un diálogo provechoso entre el poder judicial y el congreso, que aprovecharía las virtudes

⁴⁴ V. Sebastián Linares, *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, España, Marcial Pons, 2008, pp. 17-26, pp. 251-303.

deliberativas del control judicial de las leyes, y respetaría asimismo, las mejores credenciales democráticas del congreso.⁴⁵

F) Seguridad Humana

Ahora bien, el respeto a los derechos humanos es sumamente importante, ya que en teoría permite la configuración de un estado genérico de *seguridad* para los gobernados.

Actualmente se habla de diversas esferas de seguridad, como son: La seguridad *ambiental*, la seguridad *económica*, la seguridad *alimentaria*, la seguridad en materia de *salud*, la seguridad *personal*, la seguridad *política*, etcétera. Y para la protección de todas ellas, se ha acuñado el término “*seguridad humana*”.⁴⁶

Por “seguridad humana” se entiende “la protección de las personas en contra de amenazas crónicas que ponen en riesgo la subsistencia de los patrones de vida cotidianos”. Y más específicamente, “la protección, mediante las políticas públicas adecuadas, del *núcleo vital* de todas las personas, en contra de amenazas —*críticas y persistentes*— de carácter ambiental, económico, alimentario, en materia de salud, personal y político”.⁴⁷

El término en comento se ha empleado para acentuar la urgencia de medidas de política pública que atenúen el estado de *vulnerabilidad* en que ha quedado la población de un país luego de periodos prolongados de inestabilidad, marcados por guerras civiles, golpes de Estado, violencia extrema (genocidios, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra), hambrunas, desastres ambientales, epidemias, etcétera. De modo que el denominado tercer mundo ha sido el contexto principal de aplicación de esta expresión.

Sin embargo, también en las democracias desarrolladas o de primer mundo se habla de seguridad humana. Y en estas regiones, el término ha sido empleado a los efectos de ampliar la visión de los diseñadores de políticas públicas en materia de seguridad pública y de seguridad nacional, de tal suerte que no se centren exclusivamente en amenazas violentas, armadas internas y/o externas, sino que también consideren que las personas sufren y mueren por otras causas que se deben intentar erradicar o mitigar simultáneamente, e incluso con más fuerza, que a las causas tradicionales contempladas en los conceptos de seguridad pública y nacional.

Para los efectos de este trabajo, seguiremos de cerca la propuesta de Taylor Owen, en términos de plantear una definición de “seguridad humana” que contemple el manejo de umbrales.⁴⁸

⁴⁵ *Ibidem.*, p. 22, pp. 199-240.

⁴⁶ V. Taylor Owen, “Human Security - Conflict, Critique and Consensus: Colloquium Remarks and a Proposal for a Threshold-Based Definition”, *Security Dialogue*, september 2004, pp. 373-387.

⁴⁷ *Ídem.*

⁴⁸ *Ídem.*

En este sentido, proponemos que, en adición a los demás principios que aplican al aspecto dinámico de la creación de normas jurídicas generales, las leyes y políticas públicas contemporáneas deben encargarse prioritariamente de las áreas o esferas de la seguridad de las personas que, en la actualidad, se encuentren en un estado de *mayor vulnerabilidad* como resultado de la persistencia de amenazas severas, crónicas y endémicas que no han sido adecuadamente contenidas.

La mayor o menor vulnerabilidad de las esferas de la seguridad de las personas ha de determinarse mediante un mecanismo de umbrales o alertas progresivas, en cuya confección no podemos detenernos, pero sin duda implicarían el desarrollo de indicadores empíricos y el empleo de metodologías cuantitativas y cualitativas.

La idea es que las esferas de la seguridad de las personas que requieren ser urgentemente atendidas, no pueden establecerse *a priori*, sino que emergen de la realización de un amplio diagnóstico orientado a determinar el grado de vulnerabilidad de las diversas áreas constitutivas del concepto de seguridad humana, es decir, orientado a establecer si la magnitud de ciertas amenazas que supera el umbral para considerarlas críticas, severas, crónicas, etcétera.

Esta técnica de umbrales es adecuada para superar el debate pantanoso en que se han enfrascado las denominadas posturas generalistas (*broad conceptions*) y las posturas particularistas (*narrow conceptions*) en torno al concepto de seguridad humana.

Las primeras son muy cercanas a la noción de *desarrollo humano*, de modo que acentúan la protección, el efectivo cumplimiento y la justiciabilidad de un conjunto de derechos sociales básicos (trabajo, salud, educación, vivienda, etcétera).

Por su parte, las segundas, enfatizan la necesidad de proteger prioritariamente el ámbito de la seguridad personal de amenazas violentas y crónicas.

Como se ha dicho, la incorporación de la noción de umbrales en la discusión sobre la seguridad humana, contribuye a disolver este conflicto entre posturas aparentemente divergentes.⁴⁹

⁴⁹ Ahora bien, en lo que hace a la esfera de la seguridad personal de los individuos, el enfoque que nos proporciona la seguridad humana, nos hace darnos cuenta de que su bienestar no es un asunto exclusivo de policías y ladrones, o de mandar ejércitos a combatir por la defensa de la nación, sino un serio compromiso por parte del Estado, de diseñar e implementar políticas públicas integrales y armónicas que tengan como objetivo afianzar la libertad de los ciudadanos en términos de permitirles explotar su potencial, como seres humanos, de vivir próspera y pacíficamente con sus congéneres, gozando cada quien de la libertad recíprocamente acotada por la libertad de los demás. Así mismo, este enfoque tampoco pretende que desaparezcan del panorama las importantes nociones de seguridad pública y de seguridad nacional. Al contrario, plantea el redoble de los esfuerzos en estos rubros, pero supeditándolos al interés prioritario e integral de proporcionar bienestar al gobernado, en el más amplio sentido de esta expresión. En cuanto a la cuestión de redoblar esfuerzos en materia de seguridad pública, en la actualidad se plantea un esquema de corresponsabilidad y de mutua cooperación entre las fuerzas y cuerpos de seguridad pública y la ciudadanía. En el caso de los cuerpos de seguridad, los autores y las distintas experiencias en varios países, enfatizan la necesidad de democratizar sus funciones. En este orden de ideas, se habla de una "policía democrática" que cuente con renovados esquemas administrativos, así como con sistemas eficientes de monitoreo y rendición de cuentas; una policía capaz de realizar sus tareas de prevención y reacción del y contra el delito, de modo que, de manera natural, se obre respetando los derechos humanos

G) Principios que aplican al aspecto dinámico de un Estado de Derecho consistente en la aplicación de las normas jurídicas generales

Entre muchos otros, Waldron,⁵⁰ Summers,⁵¹ y en el ámbito latinoamericano, Fix-Zamudio,⁵² se han referido a los principios del Estado de Derecho que tienen que ver con la fase de aplicación de las normas jurídicas, es decir, con la implementación de la facultad jurisdiccional conferida a ciertas instituciones, principalmente a los tribunales.

de las personas. La idea es que se rompa con la falsa dicotomía disyuntiva entre legalidad o eficiencia, la cual sostiene que, para atrapar a los criminales, el discurso de los derechos humanos no es más que un estorbo o un impedimento. Así, se nos ha hecho creer que estamos ante una elección escabrosa: O queremos respeto a los derechos humanos, o queremos seguridad. No es posible contar con ambas simultáneamente. Como dijimos, el objetivo consiste en distanciarnos definitivamente de este falso dilema (y es falso, porque no se trata de opciones mutuamente excluyentes, sino complementarias la una de la otra). V. Rachel Neild, “Sosteniendo la reforma; Policía democrática en América Central”, WOLA, *Enfoque Seguridad Ciudadana*, 2002. Disponible en: <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisos/Policia%20democratica%20en%20Centroamerica.pdf>. Véase también, Carla Miranda, *Los retos de la reforma policial y la capacitación en el marco del estado de derecho y la democracia en México*, Tesis de maestría, FLACSO, 2009. Disponible en: http://conocimientoabierto.flacso.edu.mx/medios/tesis/miranda_c.pdf.

Por otra parte, también se recomienda la generación de políticas de acercamiento de la policía con su comunidad, a lo cual se le ha denominado el paradigma de la “policía comunitaria” o “policía de proximidad”. Lo anterior, con base en que el ciudadano común recupere la confianza en sus autoridades, y de paso, en el Estado, ya que los oficiales de policía son los funcionarios paradigmáticos con los que el individuo tiene contacto, y fundamentalmente (aunque no exclusivamente), de esa interacción tan frecuente, depende la construcción de la percepción de confianza y eficiencia del Estado. Véase, por ejemplo, el material didáctico preparado por el Tecnológico de Monterrey para el Diplomado Ciudad Segura; Estrategias y Acciones Básicas, especialmente el módulo 6 “Policía comunitaria como estrategia de ciudades seguras”. Disponible en: http://www.cca.org.mx/funcionarios/cursos/ap092/_ftp/m6.pdf.

Por el lado del papel que le toca desempeñar a la ciudadanía, actualmente se privilegia una participación activa por parte de esta, no en términos de que ella misma se proporcione la seguridad añorada, sino más bien, en términos de su cooperación con los programas que la policía implemente (claro, siempre que estos respeten los derechos humanos de la gente); en términos también de la toma de precauciones mínimas; del cumplimiento de deberes básicos como la obligación de denunciar y de proporcionar a las autoridades la información relativa a delitos de su conocimiento; así como en términos de generar lazos solidarios inter-vecinales que contribuyan a solidificar los valores comunitarios con vista a proporcionar a las futuras generaciones, las herramientas y recursos psicológicos adecuados que, principalmente a los jóvenes, les permita rechazar el camino de la delincuencia. A este enfoque se le denomina “seguridad ciudadana”. V. José María Rico, Laura Chinchilla, *Seguridad ciudadana en América Latina, Siglo XXI*, 2002; Véase también, Alfonso Valenzuela Aguilera, *Ciudades seguras; Cultura ciudadana, eficacia colectiva y control social del espacio*, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Porrúa, 2011; Luis Eduardo Zavala, Pierre-Gilles Bélanger, *Ciudadanía, seguridad y derechos humanos; Una propuesta conjunta*, EGAP, 2011.

⁵⁰ Algunos de los principios que Waldron enuncia son: La necesidad de implementar como regla general, una audiencia ante un tribunal imparcial, el cual debe actuar sobre la base de los medios de prueba y argumentos presentados formalmente ante éste; la instauración de una comunidad de oficiales especializados en estas cuestiones (jueces), cuya independencia de otras agencias o dependencias gubernamentales esté asegurada; el reconocimiento de un derecho a la representación o asistencia jurídica, así como a un tiempo adecuado para preparar el caso de que se trate; el reconocimiento de un derecho a estar presente en todos los puntos críticos del procedimiento; un derecho a confrontar testigos; un derecho a presentar medios de prueba en beneficio del propio caso; un derecho a argumentar el peso que ha de otorgarse a los argumentos y medios de prueba presentados; un derecho a escuchar las razones que el tribunal correspondiente haya tomado en cuenta para tomar su decisión; un derecho a apelar a tribunales de mayor jerarquía. V. Jeremy Waldron, “The concept... *op. cit.*”; Jeremy Waldron, “The rule of law... *op. cit.*”

Algo que caracteriza a esta discusión en los trabajos de los autores citados (y que es un signo general del estado que guarda la cuestión), es que, pese a que hacen referencia a lineamientos estructurales generales para garantizar una *adecuada impartición de justicia*, no consideran a la capacidad de determinar lo que en nuestras latitudes se le llama la *verdad histórica*, como un componente central y necesario de esa justicia que se desea impartir mediante la aplicación de las reglas generales a casos concretos.

Esta ausencia general de reflexión en torno al *potencial veritativo-promotor* deseable en los sistemas de impartición de justicia (incluido el sistema de procuración de justicia para el caso en materia penal), ha causado perplejidad en epistemólogos que se han tomado el tiempo de adentrarse al derecho para someter a escrutinio la estructura de sus métodos, procedimientos y procesos, con el fin de determinar si

⁵¹ Por su parte, Summers se refiere a los siguientes lineamientos (a los que llama “principios de segundo orden”): Que en los casos de disputas exista un sistema de tribunales y órganos administrativos independiente e imparcial con poderes para: a) determinar la validez del derecho en cuestión, b) resolver las cuestiones acerca de los hechos de acuerdo con criterios procedimentales y sustanciales relevantes, y c) aplicar las normas válidas de acuerdo con los métodos de interpretación y aplicación adecuados; que todo poder excepcional que se otorgue a los jueces o tribunales para apartarse del derecho precedente en el momento de la aplicación, debe ser especificado de manera explícita y regulado por reglas, de modo que el ejercicio de dicho poder sea controlado por el derecho; que la víctima de cualquier delito, violación reglamentaria, daño, incumplimiento de contrato, privación injustificada de un bien público, acción administrativa ilegítima, o cualquier otro perjuicio jurídicamente relevante, debe tener el derecho de iniciar un proceso penal en el caso en que sea procedente, o de buscar cualquier otro tipo de compensación adecuada frente a un tribunal independiente e imparcial con el poder de obligar al causante del perjuicio; que una parte, sea la presunta víctima o el infractor (que no tiene éxito en la defensa de sus intereses), debe tener como medida de revisión, la oportunidad de al menos una instancia de apelación frente a un tribunal; que el sistema jurídico y sus instituciones deben ser generalmente accesibles, esto es, a) que exista una profesión independiente, reconocida, organizada y facultada para prestar asesoría jurídica y para abogar causas frente a los tribunales u otras instituciones similares, y b) que al menos en los casos en los que una parte es acusada de un delito o ilícito significativo, en el caso de no contar con medios para su defensa, dicha parte sea provista por el Estado de dicha defensa. V. Robert Summers, “Los principios del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel, *et. al.*, *Estado de derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, 1ª reimpresión, 2012, México, Siglo Veintiuno, pp. 39-43.

⁵² Siempre adelantado a su época, Fix-Zamudio ya venía contribuyendo al debate sobre el debido proceso (o principios de justicia natural) desde 1974. En este sentido, en su obra *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*, el autor en comento propone distinguir entre un “derecho procesal constitucional” y un “derecho constitucional procesal”. El primero estaría constituido por los instrumentos procesales—como el amparo o el Habeas Corpus—implementados al efecto de lograr la efectividad de las normas constitucionales, particularmente de las que consagran los derechos fundamentales de las personas. El segundo, por su parte, se refiere a un derecho subjetivo público (oponible al Estado) que todos los gobernados tenemos a la obtención de las condiciones necesarias para la resolución justa y eficaz de las controversias en que podemos intervenir. A este derecho subjetivo público, Fix-Zamudio se refiere con las siguientes expresiones: “Derecho de justicia a través del proceso”, “Derecho justicial-material-constitucional”, o “Garantías constitucionales del proceso”. V. Hector Fix-Zamudio, *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1ª ed., 1974, p. 122.

Como puede observarse, se trata de un derecho a cierto estado de cosas (en el que se han obtenido las condiciones necesarias para la resolución justa y eficaz de las controversias en que podemos intervenir), que como tal, requiere de que diversos actores estatales, dentro del ámbito de su competencia, realicen ciertas acciones e implementen ciertas políticas, programas, iniciativas, etcétera, a los efectos de la (probable) obtención de dicho estado (como sucede con la mayoría de los llamados —derechos econó-

poseen o no —o más bien, en qué grado— la capacidad de eventualmente arribar a creencias probablemente verdaderas en torno a los *hechos* controvertidos que las partes alegan que ocurrieron.

Uno de ellos es el célebre Larry Laudan, cuyo trabajo consideraremos brevemente para plantear algunos principios epistémicos básicos que los sistemas de impartición de justicia habrían de seguir (no únicamente la impartición de justicia en materia penal, que es el área en la que Laudan particularmente reflexiona).⁵³

Entre los principios que Laudan propone, encontramos el que establece que el proceso debe estar habilitado para admitir *toda la evidencia relevante, confiable y no-redundante* disponible.

Otro principio básico establece que las normas que instauran las diversas fases constitutivas de la dinámica del proceso deben diseñarse de tal modo que fomenten la realización de *inferencias sólidas y válidas* a partir de la evidencia —medios de prueba o elementos de juicio— por parte del *trier of fact* (o juzgador de las cuestiones de hecho; función que, en los sistemas de la tradición romano-germánica, generalmente le corresponde desempeñar a los propios jueces).

En efecto, averiguar faliblemente la verdad de lo ocurrido no es el único objetivo que persigue la diversa gama de procesos jurisdiccionales. En materia penal, por ejemplo, el interés de proteger al acusado (quien quiera que éste sea) del riesgo de una *condena falsa*, figura entre los intereses prioritarios.

En las sociedades occidentales, el riesgo referido se ha considerado más grave que el riesgo complementario de que el sistema produzca *absoluciones falsas*, de tal manera que el proceso es receptor de medidas orientadas a la disminución del riesgo de mayor gravedad.

Estas medidas implican básicamente la implementación de preceptos como el de la *presunción de inocencia*, la *carga ministerial de la prueba*, el *beneficio de la duda*, el *in dubio pro reo*, y la fijación de estándares de suficiencia probatoria muy exigentes que se expresan mediante frases como la *convicción íntima del juzgador*, *prueba plena*, o *prueba más allá de toda duda razonable* (todos ellos muchos más demandantes que el estándar conocido como la *preponderancia de las pruebas*).

micos, sociales y culturales— DESC). Algunas de esas acciones estarían orientadas a conseguir la independencia y autonomía de los juzgadores (lo cual implica diseñar e implementar un sistema adecuado de designación de jueces, dotar a la profesión judicial de cierto grado de estabilidad, asegurando, por ejemplo, la inamovilidad de sus miembros, que obtendrán una remuneración decorosa, que su mérito puede hacerlos ascender en la jerarquía judicial, asegurar que sus decisiones tendrán altas probabilidades de ser cumplidas mediante el respaldo de la fuerza pública y otros medios de ejecución de sus sentencias, crear un órgano encargado de supervisar las funciones de la comunidad, como el Consejo de la Judicatura, etcétera.); otras estarían orientadas a garantizar que los procesos jurisdiccionales, en general, tendrán una estructura apropiada para que las partes ofrezcan, en igualdad de oportunidades, los argumentos y pruebas en que sustenten sus pretensiones, en la que los jueces hagan uso de un sistema apropiado de criterios de apreciación y valoración probatoria, cuya aplicación expliquen en sus sentencias (motivación), una estructura procesal que cuente con un adecuado sistema de notificaciones e implemente el principio de publicidad de sus audiencias, etcétera. V. Fix-Zamudio, pp. 35-53, 77-87, 95-103.

⁵³ Véase. Larry Laudan, *Truth, Error, and the Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, 2006.

En este punto, Laudan propone una serie de pautas con el objetivo de lograr que ambos intereses —el de averiguar la verdad y el de proteger al acusado del riesgo de una condena falsa— convivan de manera más armónica o equilibrada, lo cual se lograría sin perder de vista que es importante reducir las dos clases de error epistémico en que un procedimiento penal puede incurrir —es decir, condenas y absoluciones falsas— aunque comparativamente hablando, la condena falsa siga concibiéndose como más grave.

Por limitaciones de espacio, no abordaremos estos lineamientos a profundidad. Sólo diremos que tienen que ver con el método apropiado para fijar la severidad o grado de exigencia del estándar de suficiencia probatoria.

III. Comentarios finales

En este trabajo hemos abogado por un concepto de derecho que no se limita a la descripción de ciertos hechos sociales; sino por uno cuyos casos centrales se caracterizan por ser aptos para engendrar obligaciones morales de obedecerlo, tanto en términos generales, como en los casos particulares contemplados por sus normas. Como se ha dicho, estas obligaciones son *independientes de contenido*, *excluyentes* y *derrotables* en mayor o menor grado.

Ahora bien, en el razonamiento práctico de los individuos es necesario contar con una premisa que asevere la existencia de esta obligación, para que, en combinación con premisas que describen el contenido del derecho (es decir, que informan acerca de sus requerimientos particulares) puedan justificar sus conductas y decisiones. Pero como también se sostuvo, las obligaciones en comento *no son gratuitas*: el derecho ha de ganarse la presunción de obligatoriedad de sus requerimientos ciñéndose a los principios del *Estado de Derecho*.

En nuestro modelo, la categoría de “derecho” o de “sistema jurídico” sólo se concede a los casos que satisfacen lo que hemos llamado un umbral mínimo de observancia de tales principios.

En nuestro modelo, la categoría de “derecho” o de “sistema jurídico” sólo se concede a los casos que satisfacen lo que hemos llamado un *umbral mínimo* de observancia de tales principios.

¿Podemos considerar a México dentro de la categoría de los sistemas jurídicos?
¿México vive sujeto a un régimen de derecho?

Con base en las distorsiones democráticas que experimenta nuestro país, tomando en cuenta el estado preocupante de la impartición de justicia —sobre todo en materia penal— y con ayuda del marco que hemos diseñado y expuesto en esta

oportunidad, parece que se perfila una respuesta negativa; o al menos, una respuesta cínica del tipo *tenemos derecho, pero a nuestro estilo, al estilo mexicano*. Un estilo que se ha conformado echando mano de la que parece ser nuestra perpetua compañera de viaje: *la simulación*.

Bibliografía

- Bobbio, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. 12ª ed., Fntamara, México, 2012.
- Campbell, Tom. “Rewriting Hart’s Postscript: Thoughts on the Development of Legal Positivism”. En *Problema, Anuario de filosofía y teoría del derecho del IJ-UNAM*. Núm. 5. 2011.
- . *Prescriptive legal positivism; law rights and democracy*. Routledge-Cavendish. 2004.
- Christiano, Tom. “Democracy”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*. Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/democracy/>.
- . “Authority”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Spring 2012 Edition)*. Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/spr2012/entries/authority/>.
- Dagger, Richard. “Political Obligation”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2010 Edition)*. Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/political-obligation/>.
- Dickson, Julie. “Evaluación en la teoría del derecho”, trad., de Juan Vega Gómez, IJ-UNAM, serie *Estudios Jurídicos* núm. 91, 2006.
- Endicott, Timothy. *Vagueness in law*. Oxford University Press. 2000.
- . “Law is necessarily vague”. *Legal Theory*. Vol. 7, núm. 4, pp. 379-385.
- Estlund, David. *La autoridad democrática: Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*. Trad. de Sebastián Linares. Argentina, Siglo XXI, 2011.
- Finnis, John. *Natural Law and Natural Rights*. 2ª ed. Oxford University Press, 2011. Hay traducción al español por Abeledo Perrot, 2000.
- . “Natural Law Theories”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2011 Edition)*. Edward N. Zalta (ed.), Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/natural-law-theories/>.
- Fix-Zamudio, Héctor. *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*. 1ª ed. México, UNAM, 1974.
- Fuller, Lon. *The morality of law; revised edition*. Yale University Press, 1969.
- Hart, H. L. A. *El concepto de derecho*. 3ª ed. 2ª reimp., trad. de Genaro R. Carrió, Abeledo Perrot, Argentina, 2012.

- _____. *Post scriptum al concepto de derecho*. Estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo, México, IJ-UNAM, serie Estudios Jurídicos, núm. 13, 2000.
- Laudan, Larry. *Truth, Error, and the Criminal Law; An Essay in Legal Epistemology*. Cambridge University Press, 2006.
- Linares, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. España, Marcial Pons, 2008.
- Marmor, Andrei. *Positive law and objective values*. Oxford University Press, 2001.
- Moreso, José Juan. *La constitución: Modelo para armar*. España, Marcial Pons, 2009.
- Nino, Carlos. *Ética y derechos humanos; Un ensayo de fundamentación*. 2ª ed. Astrea, 1989.
- _____. *Introducción al análisis del derecho*. 9ª ed. Argentina, Ariel, 1984.
- Owen, Taylor. "Human Security-Conflict, Critique and Consensus: Colloquium Remarks and a Proposal for a Threshold-Based Definition". *Security Dialogue*. September 2004.
- Priel, Da. "Jurisprudential disagreements and descriptivism". Presentado en el seminario permanente de *Problema, Anuario de teoría y filosofía del derecho* del IJ-UNAM, 2011.
- Raz, Joseph. *La autoridad del derecho: Ensayos sobre derecho y moral*. 1ª ed., trad., Rolando Tamayo y Salmorán. Ediciones Coyoacán, 2011.
- _____. "The problema of authority: Revisiting the service conception". *Minnesota Law Review*. núm. 90, 2006.
- _____. "El estado de derecho y su virtud". En Carbonell, Miguel, *et. al. Estado de Derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. México, Siglo Veintiuno, 2012.
- Schauer, Frederick. "Necessity, importance, and the nature of law". Disponible en: http://www.te.gob.mx/CCJE/Archivos/frederick_schauer.pdf.
- Sinnott-Armstrong, Walter. "Moral Skepticism". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2011 Edition)*. Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2011/entries/skepticism-moral/>.
- Stavropoulos, Nicos. "Interpretivist Theories of Law". *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition)*. Edward N. Zalta (ed.). Disponible en: <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/law-interpretivist/>.
- _____. *Objectivity in Law*. Oxford University Press, 1996.
- Summers, Robert. *La naturaleza formal del derecho*. Trad. de Pablo Larrañaga, México, Fontamara, 2001.
- _____. "Los principios del Estado de Derecho". En Carbonell, Miguel, *et. al., Estado de Derecho: Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*. 1ª reimp., México, Siglo Veintiuno, 2012.
- Tamanaha, Brian. "The contemporary relevance of legal positivism". *Australian Journal of Legal Philosophy*. Vol. 32, 2007. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=960280.

Sección Doctrina

- Waldron, Jeremy. “Hart y los principios de legalidad”. En Grant, Kramer, *et. al.*, *El legado de H. L. A. Hart; Filosofía jurídica, política y moral*. España, Marcial Pons, 2012.
- _____. “The concept and the rule of law”. *Georgia Law Review*. En prensa.
- _____. “The rule of law and the importance of procedure”. *NYU School of Law, Public Law Research Paper*. Núm. 10-73, working paper series.
- _____. “Positivism and legality: Hart’s equivocal response to Fuller”. Presentado en el Simposio *El debate Hart-Fuller*. NYU School of Law, 2008. Disponible en: https://www.law.nyu.edu/ecm_dlv3/groups/public/@nyu_law_website__journals__law_review/documents/web_copytext/ecm_pro_059779.pdf.
- Waluchow, Will. “Validez moral y la función de guía del derecho”. En Grant, Kramer, *et. al.*, *El legado de H. L. A. Hart; Filosofía jurídica, política y moral*. Trad. de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Marcial Pons, España, 2012.