



El “juez” frente a la ética Un decálogo para (re)pensar la relación entre jurisdicción, justicia y ética

The “Judge” and Ethics
A Decalogue for (Re)Thinking the
Relationship Between Jurisdiction,
Justice, and Ethics

O “juiz” diante da ética: um
decálogo para (re)pensar a relação
entre jurisdição, justiça e ética

Francisco Vázquez Gómez Bisogno*

* <https://orcid.org/0000-0002-2054-7199>. Universidad Panamericana, México.
fvazquez@up.edu.mx

Recibido: 11/09/2025. Enviado a pares: 22/10/2025
Aceptado por pares: 27/01/2026. Aprobado: 22/04/2026

DOI: 10.5294/dika.2026.35.1.6

Resumen

La persona juzgadora tiene la responsabilidad histórica y actual (de ayer, de hoy y del futuro), de proveer argumentos, de dar razones lo suficientemente sólidas, de edificar una estructura argumentativa convincente que permita sustentar su fallo. La duda razonable frente a esa responsabilidad es si debe hacerlo a su leal saber y entender. No hay duda de que existen dilemas contemporáneos a los que el derecho debe dar respuesta. ¿Es justa la maternidad subrogada?, ¿sería justo permitir la clonación de seres humanos?, ¿es factible permitir la tortura en determinadas circunstancias? No obstante, frente a ese reto, existen más preguntas que respuestas. ¿Hay forma de enfrentar esos dilemas?, ¿queda a la buena voluntad de los jueces? Quienes elaboran un fallo judicial se enfrentan a un reto que todo operador jurídico debe asumir: *mientras que el derecho establece los mínimos a los que debe ajustarse una persona en su interacción con los demás, la ética marca los máximos y perfila el actuar hacia estándares de mejora constante*. Eso no debe olvidarlo un jurista.

Palabras clave

Juez; jurisdicción; código de ética; realismo jurídico clásico.

Abstract

Judges bear a historical and enduring responsibility—one that spans the past, the present, and the future—to provide reasons for their decisions, articulate sufficiently compelling arguments, and construct a coherent line of reasoning capable of supporting their rulings. The question, however, is whether this responsibility should be discharged solely according to their own judgment. There is no doubt that the law must address the complex dilemmas of the contemporary world. Is surrogacy just? Would it be just to permit human cloning? Can torture ever be justified under certain circumstances? Yet these challenges raise more questions than answers. Is there a way to confront such dilemmas? Should the answers be left to the discretion of individual judges? Those called upon to render judicial decisions face a challenge that every legal practitioner must embrace: *While the law establishes the minimum standards governing individuals' conduct in their interactions with others, ethics points toward the highest standards of conduct and guides human action toward continual improvement.* No jurist should ever lose sight of this.

Keywords

Judge; jurisdiction; code of ethics; classical juridical realism.

Resumo

A pessoa que julga tem a responsabilidade histórica e atual (de ontem, de hoje e do futuro) de apresentar argumentos, dar razões suficientemente sólidas e construir uma estrutura argumentativa convincente que lhe permita fundamentar sua decisão. A dúvida razoável diante dessa responsabilidade é se deve fazê-lo segundo seu próprio juízo. Não há dúvida de que existem dilemas contemporâneos aos quais o Direito deve responder. A gestação por substituição é justa? Seria justo permitir a clonagem de seres humanos? É viável permitir a tortura em certas circunstâncias? No entanto, diante desse desafio, há mais perguntas do que respostas. Existe uma maneira de enfrentar esses dilemas? Depende da boa vontade dos juízes? Quem profere uma decisão judicial enfrenta um desafio que todo operador jurídico deve assumir: *enquanto a lei estabelece os mínimos que uma pessoa deve observar em sua interação com os demais, a ética estabelece os máximos e delineia a ação em direção a padrões de melhoria constante*. Isso não deve ser esquecido por um jurista.

Palavras-chave

Juiz; jurisdição; código de ética; realismo jurídico clássico.

Sumario: Introducción: el relativismo moderno como problema. 1. El realismo clásico: reencontrando un paradigma; 2. Los códigos de ética: una forma de (re)pensar la relación entre derecho, ética y justicia; 3. El decálogo del jurista contemporáneo: un acercamiento. 4. Las transformaciones indispensables en el jurista contemporáneo para el ejercicio ético de la profesión. 4.1. El tránsito hacia el Estado de “derechos y justicia”. 4.2. La asimilación de los derechos humanos como principios. 4.3. Admisión de una objetividad ética (o una moral universal). Referencias.

Introducción: el relativismo moderno como problema

Si elijo robar sabiendo que no debo hacerlo, actúo contra mi conciencia y, por tanto, hago el mal. Pero el mal no se queda fuera de mí como un vestido que me puedo poner o quitar, sino que entra a formar parte de mí, haciéndome, de algún modo, malo.¹

Juan Manuel Burgos

En 1934, el jurista austriaco Hans Kelsen afirmaba que su *Teoría pura del Derecho* intentaba “dar respuesta a la pregunta de qué sea el derecho, y cómo sea; pero no, en cambio, a la pregunta de cómo el derecho deba ser [ya que pretendía] liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños”.² En pocas palabras, se propuso “purgar” a la ciencia del derecho de cualquier contenido ético, valorativo o axiológico (incluido el concepto de “justicia”), lo que se oponía —dicho sea de paso— a la tradición jurídica clásica consistente en afirmar que “la ley que no es justa no parece que sea ley”³. Así, Kelsen afirmaría que

... liberar el concepto del derecho [de] la idea de la justicia es difícil, porque ambos se confunden en el pensamiento político no científico [...] Una teoría pura del derecho [...] se declara a sí misma incompetente para resolver la cuestión de si un determinado derecho es justo o no, o el problema acerca de cuál sea el elemento esencial de la justicia. Una teoría pura del derecho —en cuanto ciencia— no puede contestar esa pregunta, en virtud de que es imposible en absoluto responder a ella científicamente.⁴

Con ello se oponía a la necesidad misma de hacer filosofía del derecho, prescindiendo así de cualquier reflexión *axiológica-jurídica*.

Hoy, a casi un siglo de distancia, no hay duda de que podemos cuestionar tales reflexiones, a pesar de que quizá hubieran estado justificadas en la lógica y narrativa de la modernidad y del positivismo que esta generó. Ese que predicó Augusto Comte, afirmando que la humanidad pasa por tres fases o etapas de

1 Juan Manuel Burgos, *Antropología breve*, Madrid, Palabra, 2010, p. 94.

2 Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 2ª ed., México, IJ-UNAM, trad. de Roberto Vernengo, 1982, p. 15.

3 la. IIae, q. 95, a. 2, c.

4 Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*, 2ª ed., México, UNAM, 1995, p. 6.

conocimiento, cada una de ellas superior a la anterior: el conocimiento i) religioso, ii) filosófico y iii) científico. Así, las formas de conocimiento religioso y filosófico — a las que se refiere como teológico y metafísico, respectivamente — se ven superadas por el *conocimiento positivo* o *científico*, por lo que, una vez este es alcanzado, ya no tiene sentido ni justificación mantener las anteriores formas de conocimiento.

En pocas palabras —de acuerdo con el pensamiento de este autor— el conocimiento es ciencia si, y solo si, puede medirse, pesarse o comprobarse con exactitud y, por tanto, toda reflexión valorativa de la realidad quedaría desprovista de científicidad.

A partir de lo anterior, en el ámbito del derecho —como en casi todos los ámbitos de las humanidades— se gestó un paradigma⁵, conocido como *relativismo filosófico*, según el cual

... no hay en última instancia otro principio de la actividad política que la decisión de la mayoría, que en la vida pública ocupa el puesto de la verdad —y en el Derecho el puesto de la justicia—. El derecho solo se puede entender de manera puramente política, es decir, justo es lo que los órganos competentes disponen que es justo.⁶

Lo anterior ha generado, al menos, dos problemas que debemos advertir. El primero de ellos consiste en que, debido a que

...se ha ido desmoronando la confianza que la modernidad tenía en sí misma [...] cada vez es más evidente que, con los avances [de la técnica], también hay posibilidades de destrucción [debido a que] la razón ética del hombre quizá no ha crecido tanto, y entonces sucede que el hombre convierte su poder en poder de destrucción.⁷

En segundo lugar, si de acuerdo con Kelsen la ciencia jurídica no debía preguntarse por qué *debe ser* el derecho, esa solución resultaba aún más peligrosa que la supuesta “contaminación ideológica” de la que quiso purgar al derecho, toda vez que, al anular cualquier análisis axiológico de las leyes y afirmar, simultáneamente, que solo la ley es derecho, Kelsen sometía la decisión de los contenidos jurídicos al voto popular (y así, a la simple opinión de la mayoría sobre qué debe ser el derecho).

De esta forma, el positivismo jurídico terminaría por crear una axiología democrática o de consenso, lo que ha generado la denominada “democracia vacía”. Este tipo de “democracia” dejaría ver sus peores formas, afirmará Ratzinger,

5 El historiador y filósofo de la ciencia estadounidense Thomas Khun, señala que los “paradigmas” son “realizaciones científicas universalmente reconocidas, que, durante cierto tiempo proporcionan modelos de problemas y soluciones a una comunidad científica [es decir] el paradigma es aquello que comparten los miembros de una comunidad científica en particular”. Thomas S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 2006.

6 Joseph Ratzinger, *Verdad, Valores, Poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, 4ª ed., trad. de José Luis del Barco, Madrid, Rialp, 2005, p. 86.

7 Joseph Ratzinger, *La sal de la tierra: cristianismo e Iglesia Católica ante el nuevo milenio: una conversación con Peter Seewald*, 5ª ed., trad. de Carla Arregui Núñez, Madrid, Palabra, p. 28.

cuando Kelsen, al intentar determinar qué es la justicia, refiere el diálogo entre Jesús y Pilato⁸. Jesús afirma: “Yo para esto he nacido y para esto he venido al mundo: para dar testimonio de la verdad”. A lo que Pilato responde con una pregunta: “¿Qué es la verdad?”. Dejando después a Jesús en poder del furor de la multitud.⁹

El problema surge, señala Ratzinger, cuando

... Kelsen opina que Pilato obra como perfecto demócrata [ya que,] como no sabe lo que es justo, confía el problema a la mayoría para que decida con su voto. De este modo se convierte [a Pilato], según la explicación del científico austriaco, en figura emblemática de la democracia relativista y escéptica, la cual no se apoya ni en los valores ni en la verdad —menos en la justicia— sino en los procedimientos.¹⁰

Así, la conclusión de Ratzinger resulta decisiva para nuestro análisis: “El que en el caso de Jesús fuera condenado un hombre justo e inocente no parece inquietar a Kelsen, [ya que para él] no hay más verdad¹¹ que la de la mayoría”.¹² Sin embargo, el peligro de este paradigma consiste en que

...es indiscutible que la mayoría no es infalible y que sus errores no afectan solo a asuntos periféricos, sino que ponen en cuestión bienes fundamentales que dejan sin garantía la dignidad humana y los derechos del hombre, es decir, se derrumba la finalidad de la libertad, pues ni la esencia de los derechos humanos ni la de la libertad es evidente siempre para la mayoría.¹³

Por tanto, es en este punto en el que los códigos de ética adquieren radical importancia en el quehacer de sus operadores. Pues, a partir de los “valores” que pueden postular —lealtad, diligencia, responsabilidad, honestidad, excelencia, discreción, pluralidad, inclusión, justicia abierta, asertividad, templanza y visibilidad con perspectiva de género—,¹⁴ la ética plantea un reto que todo operador jurídico debe asumir: mientras que el derecho establece los mínimos a los que debe ajustarse una persona en su interacción con los demás, la Ética marca los máximos, y perfila el actuar hacia estándares de mejora constante¹⁵, al punto de que el ejercicio de “la autonomía solo es moralmente legítima cuando reconoce al otro como un fin en sí mismo y no como un medio.”¹⁶

8 Jn 18, 33-40.

9 Cfr. Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Ariel, 2008, p. 124.

10 Joseph Ratzinger, *Verdad, Valores, Poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, op. cit., p. 88.

11 No debe perderse de vista que la *verdad* en el ámbito jurídico es, al final de cuentas, la justicia en el caso concreto

12 Joseph Ratzinger, *Verdad, Valores, Poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, op. cit., p. 88.

13 *Ibid.*, p. 94.

14 Por ejemplo, *Código Modelo de Ética de la Justicia Electoral Mexicana*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2023, <https://www.te.gob.mx/eje/media/pdf/f9d5b90aeca5b28.pdf>

15 El filósofo español Leonardo Polo se refiere al concepto de “crecimiento irrestricto” de la persona humana, al señalar que “el hombre puede ir a más, porque nunca acaba de llegar a ser hombre: cualquier época de su vida es propicia para ser más. El hombre es capaz de crecer irrestrictamente. Si no fuera así, la vida no tendría sentido”. Leonardo Polo, *¿Quién es el hombre?*, Madrid, Rialp, 1992, p. 112.

16 Andherson Jhordan Aguirre Lanegra, “Subjetividad, castigo y alteridad: una relectura ética del derecho penal desde *Crimen y castigo*”, *Dikaion* 35 (2026), p. 7.

Se trata, pues, de recordar esa cláusula, que recoge la Constitución mexicana, de acuerdo con la cual la “democracia” no debe ser entendida solo como “una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.¹⁷ Es decir, de advertir que en *democracia* no todo se vale, pues hay una directriz que ordena el mejoramiento, lo que significa adelantar, acrecentar *algo*, haciéndolo pasar a un estado *mejor*.

Pero ese mejoramiento, esa ética que marca los máximos, ¿puede conocerse de manera objetiva? Es decir, ¿se puede superar ese relativismo imperante —ya sea moral, epistemológico, político, axiológico, ontológico o jurídico— imperante para dejar atrás a la “*democracia vacía*”? Consideramos que es posible. Quizá no sea fácil, pero estamos convencidos de que al (re)pensar la relación entre derecho, ética y justicia podemos acercarnos a esa objetividad.

1. El realismo clásico: reencontrando un paradigma

En 1949, Eduardo J. Couture escribió lo que años después sería popularmente conocido como el “Decálogo del abogado”. Allí, el jurista uruguayo invitaba al profesional del Derecho a lo siguiente: “Estudia: el derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos [jurista]”.¹⁸ Lo que Couture tenía claro es que, al igual que la Ética,

... la abogacía es un constante ejercicio de la virtud [ya que] la tentación pasa siete veces cada día por delante del abogado [pudiendo] hacer de su cometido [...] la más noble de todas las profesiones o el más vil de todos los oficios. [Así] la abogacía es un constante servicio a los valores superiores que rigen la conducta humana [debido a que] la profesión demanda, en todo caso, el sereno sosiego de la experiencia y del adoctrinamiento en la justicia; pero cuando la anarquía, el despotismo o el menosprecio a la condición del hombre sacuden las instituciones y hacen temblar los derechos individuales, entonces la abogacía es militancia en la lucha por la libertad.¹⁹

No por nada Aristóteles, parafraseando a Teognis de Megara, afirmaría sin reserva que en la justicia está toda virtud en compendio. Ya que para nadie es desconocido que el principal reto de todo jurista consiste en encontrar respuestas y soluciones justas a los casos concretos que le son sometidos a su consideración. De hecho, en uno de los momentos cruciales de su carrera —al recibir el título profesional—, todo novel jurista promete “tener presente ante todo, no emplear sus conocimientos si no en servicio de las causas justas[.]

17 Artículo 3, fracción I, inciso a) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

18 Eduardo J. Couture, *Los mandamientos del abogado*, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 11.

19 *Ibid.*, p. 17.

desempeñando la importante función social de consejero y director de quienes no poseen la ciencia del Derecho”.²⁰

Por ello, primordialmente y en cumplimiento de tal promesa, el abogado debe escudriñar en los hechos del caso concreto, esforzándose en identificar la existencia de una o varias *deudas*, para luego, reconocer y tutelar el derecho subjetivo que se encuentre en juego y proteger así a la persona a la que le sea debido algo. En el mismo sentido, Ulpiano recomendaba al que habría de dedicarse al derecho que conociera primeramente de dónde deriva el nombre de *ius* (derecho). Se llama así, afirmaba el jurisconsulto romano, por derivar de *justicia*.²¹

Así, el jurista puede (o debería) ser considerado el científico de la justicia, ya que debe poseer un saber práctico que comporte un discernimiento fundamental: el de lo justo y el de lo injusto, el del derecho y el de la lesión del derecho.²² Desde esta perspectiva, no hay duda de que el fin del derecho es por demás simple (*la justicia*), aunque su concreción llegue a dificultarse considerablemente (*darle a cada quien lo suyo en el caso concreto*).

Es más, la simpleza del derecho, por lo que respecta a la finalidad mencionada, se ha matizado considerablemente debido, en gran medida, a que “después de la triunfante Revolución francesa se expande en Europa un nuevo y peculiar modo de comprender y operar con el derecho que constituye un auténtico ‘paradigma’ (Kuhn) al que podemos llamarlo ‘dogmático, exegético, legalista o iuspositivista estricto o integral’ [y] como era de esperar, se extiende e impera por América”.²³

De esta forma, el paradigma del iuspositivismo estricto o integral descrito por Vigo impactaría en la tradición jurídica *romano-canónica* o del *civil law*, proyectándose al constitucionalismo europeo continental y, como efecto secundario, permeando en casi todo el constitucionalismo contemporáneo una idea fundamental: *solo es derecho lo establecido en la norma escrita*.

El impacto fue de tal profundidad y extensión que, a pesar del embrionario impulso hoy existente en los países latinoamericanos por avanzar hacia diseños constitucionales más cercanos al *Estado de derecho judicial*, nadie en su sano juicio podría negar —en los albores del presente siglo— que el paradigma del *Estado de derecho legal* sigue siendo la estructura fundamental del Estado con-

20 Parte de la fórmula con la que los egresados de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana en México protestan el título que los ostenta como licenciados en Derecho, lo cual conocemos debido a que hemos participado en diversos exámenes profesionales de grado.

21 “Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat, est autem a iustitia appellatum”, cfr. Digesto 1,1,1.

22 Ángela Aparisi Millares, *Ética y deontología para juristas*, Madrid, Eunsá, 2006, p. 193.

23 Rodolfo Luis Vigo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 3.

temporáneo.²⁴ Esto último, exceptuando únicamente aquellos pocos países que continuaron con la tradición jurídica del *common law*.²⁵

En suma, resulta evidente —y prueba de ello es el método aún vigente en la enseñanza del Derecho— que en nuestra comunidad jurídica es la Ley, o cualquiera de sus derivaciones, como lo son la jurisprudencia nacional o extranjera (que suelen ser interpretaciones legales) o la jurisprudencia internacional (que suelen ser interpretaciones de tratados internacionales), la primera y en muchas ocasiones la única fuente que el jurista consulta para cumplir la importante función social que le ha sido encomendada.

Así las cosas, no consideramos estar equivocados al afirmar que el paradigma *iuspositivista* convierte la mirada del jurista en una visión obtusa de la realidad, toda vez que lo lleva a analizar los casos a partir de lo que existe o no en el conjunto de leyes y normas escritas que sean vigentes y pertinentes para el respectivo sistema jurídico. Y perdida esa dimensión sapiencial del derecho, afirmó Paolo Grossi, el “simplismo y optimismo parecen las características más llamativas del jurista moderno [,] confirmado por las certezas ilustradas”.²⁶

Empero, por paradójico que parezca, el mismo *iuspositivismo*, pretendiendo simplificar el quehacer del jurista, hizo de la ciencia jurídica algo complejo, al punto de que “el drama del mundo moderno consistirá en la absorción de todo el Derecho por la ley, en su identificación con la ley, aunque sea mala o inicua”.²⁷ Lo que produjo la construcción de algunos edificios normativos vacíos e irreales que pretendieron destruir —aunque sin éxito— otros de la cultura jurídica clásica: el *Derecho* pretendió ser sustituido por la *ley*; de *lo justo* se transitó a *lo legal*, y la *justicia* terminó por convertirse en *seguridad jurídica*.

De esta forma,

... la realidad [comenzó a concebirse] como un orden lógico desde el hombre [...] lo existente empieza a ser y solo es si es colocado por el hombre que representa y elabora. [La] verdad equivale así a la certeza que el sujeto obtiene de haber asegurado metodológicamente la objetividad [...] Por lo que] la atención se desplaza hacia los procedimientos del pensamiento, hacia las reglas y métodos de constitución del

24 Para Antonio-Carlos Pereira Menaut, la diferencia entre un “Estado de derecho judicial” y un “Estado de derecho legal” radica en que en el primero, la forma de someter el poder al derecho es a través de los jueces, presuponiendo la existencia de tribunales supremos con atribuciones constitucionales y de un sistema de fuentes en el que la jurisprudencia y la costumbre tienen primacía; mientras que en el segundo, el poder se somete a leyes abstractas, estableciendo así un sistema de fuentes del derecho distinto, ya que los mismos jueces se encuentran subordinados a la ley positiva: la más importante fuente del derecho es la ley escrita. Antonio-Carlos Pereira Menaut, *Lecciones de Teoría Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2005, pp. 78 y 79.

25 La familia jurídica del *common law* se reduce al Reino Unido (Inglaterra, Gales, Escocia e Irlanda), Australia, India y algunas regiones de Canadá. Marta Morineau, *Una introducción al Common Law*, México, IJ-UNAM, 2001.

26 Paolo Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trota, trad. de Manuel Martínez Neira, 2003, p. 17.

27 *Ibid.*, pp. 36 y 37.

saber[,] con indiferencia del dominio particular dentro del cual ellos mismos están llamados a operar.²⁸

Así, el hombre moderno le da la espalda al mundo y a la realidad, para adentrarse en sí mismo, debido a que los casos y sus circunstancias dejaron de ser lo fundamental, para concentrarse en las aspiraciones de un sistema jurídico positivo que pretende acercar todas las respuestas y reflexiones jurídicas a los casos, por complejos que estos sean.

En este sentido, el *iuspositivismo* —la representación más acabada de la *modernidad*²⁹ en el ámbito del derecho— llevó a transitar de una filosofía jurídica del *ser* a una filosofía jurídica del *pensar*. Es decir, mientras que en el mundo clásico el primer principio del que irremediablemente partía todo conocimiento (cualquiera que fuera su nivel de abstracción) era la evidencia del objeto y su esencia, siendo el hombre capaz de saber lo que las cosas son y no son (*realismo filosófico*), para el mundo moderno, el ser o las cosas se transformaron en objetos que están sometidos al pensar, debido a que la cosa en sí es incognoscible. Por lo que el *ser* de las cosas es solo un *ser percibido*. Así, el primer problema filosófico para los modernos sería el del conocimiento, no el del ser, ya que las cosas, más que conocidas, son pensadas (*relativismo filosófico*).³⁰ Perspectiva bajo la cual lo fundamental ya no será *qué* se conoce, sino *cómo* pienso lo que conozco (o creo conocer).

Así las cosas, la diferencia entre *realismo* y *relativismo*, que hunde sus raíces de manera profunda en el ámbito de la filosofía, evidentemente tiene consecuencias en el ámbito del derecho, al punto de que quizá debamos admitir que la histórica disputa entre el *iusnaturalismo* y el *iuspositivismo* ha quedado superada, debido a que este último dejó ver sus insuficiencias y riesgos en Nuremberg, donde un tribunal internacional respondió categóricamente que la injusticia extrema que fundamentaba el orden jurídico nazi, a pesar de ser ley, no podía ser considerada derecho. Así, hoy la disputa real en los terrenos de la *filosofía del derecho* se ubica —más bien— entre el *realismo jurídico clásico* y el *relativismo jurídico*. Veamos.

En palabras de Javier Hervada, el

... rasgo típico del realismo jurídico clásico consiste en ser una teoría de la justicia y del derecho construida desde la perspectiva del jurista, entendido éste según se deduce de la clásica definición de justicia que se encuentra en la primera página del

28 Daniel Innerarity, *Dialéctica de la Modernidad*, Madrid, Rialp, 1990, pp. 13-20.

29 Para efectos del presente análisis entenderemos por “mundo clásico” aquel universo configurado a partir del pensamiento filosófico en la época clásica y el Medievo (siglo V a. C., 1453, año en que cayó Constantinopla, capital del Imperio romano de Oriente); y por “modernidad” al pensamiento filosófico construido en la época moderna y contemporánea (siglo XV d. C. hasta nuestros días).

30 Rodolfo Luis Vigo, “Derecho y moral en el estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico”, *Prudentia Iuris* 74 (2012), p. 76.

Digesto: dar a cada uno su derecho, dar a cada uno lo suyo. La función del jurista se ve en relación con la justicia: determinar el derecho de cada uno, lo suyo de cada uno. Ese derecho; esa cosa suya es el “*iustum*”, lo justo, de donde resulta que el arte del derecho es el arte de lo justo.³¹

En pocas palabras, el *realismo jurídico clásico* recibe su nombre debido a que ve el derecho en la *res iusta* o cosa justa, es decir, en el *ius* o derecho que es la cosa de cada uno. De ahí su realismo, ya que el derecho (*ius*) no es la ley ni es el derecho subjetivo.

De esta forma, la relación jurídica o, en palabras de Hervada, la relación de justicia, es originalmente una relación de deuda, y el derecho o *ius* se constituye como tal por razón de ser debido. Luego, si la cosa es debida, al tratarse de una deuda en sentido propio y estricto, resulta ser exigible por el titular, lo que implica esa facultad de exigir a la que conocemos con el nombre de *derecho subjetivo*. Pero es importante advertir que para el *realismo jurídico clásico*, la titularidad de un derecho o *ius* consiste primariamente en que una cosa sea debida a alguien y solo en un segundo momento comportará el derecho subjetivo o facultad de exigir lo que le es debido.³²

De ahí que Hervada sea enfático en señalar que la “justicia no consiste en dar a uno una cosa para que sea suya; no consiste en hacer que una cosa sea suya de alguien. Consiste en dar a cada uno lo suyo. Por lo tanto, el derecho —el *ius*— preexiste a la justicia. Sin *ius* o derecho preexistente, no es posible la acción de la justicia.”³³ Por lo anterior es que se afirma con verdad que el objeto de estudio del derecho son las “deudas”, ya que de identificar en la realidad mundana una deuda (algo que alguien debe a otro), indiscutiblemente se seguirá la existencia de un derecho —un *ius*— que además de que ese “otro” no solo puede exigir, el derecho tiene que generar los mecanismos o las garantías para que ese “algo” le sea dado.

En suma, hablar de realismo jurídico clásico no significa una forma de pensamiento homogénea o disciplinaria; significa que existen hilos conductores a partir de los cuales se genera la reflexión jurídica, teniendo como zócalo lo que “podría denominarse humanismo realista, [es decir, aquél que] tiene como punto de partida un concepto de derecho que lo identifica con el acto justo”.³⁴

Esos ámbitos o espacios comunes, los compendia con claridad Claudia Forero, quien advierte que, entre los diversos pensadores que defienden este paradigma,

... no hay que creer que todas sus propuestas resultan unánimes, sino que aún existen ciertas diferencias, pero con una unión en ciertos postulados básicos entre los que

31 Javier Hervada, “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, *Persona y Derecho* 18 (1988), p. 281.

32 *Ibid.*, p. 288.

33 *Ibid.*, p. 289.

34 Hugo Ramírez García, “Derecho y ética: convergencias para la formación jurídica”, *Dikaion* 17 (2009), p. 55.

se pueden concretar los siguientes: (i) la realidad jurídica es análoga, (ii) la noción primaria del derecho es el ius, (iii) la ley no es el mismo derecho, sino cierta razón de él, (iv) el fundamento del derecho es la naturaleza humana, (v) el ordenamiento jurídico es en parte natural y en parte positivo, y (vi) el juicio es la determinación recta de la justo.³⁵

2. Los códigos de ética: una forma de (re)pensar la relación entre derecho, ética y justicia

No hay duda de que “nos encontramos con la falta de trabajos que profundicen en términos sustantivos [en] qué es la ética, cuáles son los deberes de los profesionales jurídicos, por qué el Derecho necesita de la reflexión ética, etc.”.³⁶

Por tanto, llegamos así a una cuestión crucial: ¿cómo se define qué es lo valioso para el quehacer del jurista?, ¿es posible hacerlo desde “ese” punto de vista objetivo al que me he referido? Si no fuera posible realizar una reflexión ético-filosófica de qué es lo valioso desde esa óptica, ¿sería lógico y factible pensar en postular códigos de ética que guíen la función del jurista? El hecho de que los postulados de tales códigos coincidan en sus mandatos, ¿es fruto de la casualidad o una coincidencia?

La validez material de las normas de conducta —sean morales, sociales, religiosas o jurídicas— depende de que postulen algo *valioso*. Pero, ¿qué es lo *valioso*? La ética es la disciplina encargada de estudiar los *valores* o *axiomas éticos* o “de lo bueno”, a efecto de suministrar de fundamentos filosóficos (teóricos) a la moral y demás ciencias (v. gr. derecho, política, sociología, medicina, genética, etc.).

Teniendo ello en cuenta, es posible ahora diferenciar la *ética* de la *moral*. La *ética*, o *filosofía moral*, es la disciplina de carácter eminentemente teórico que busca, a partir del análisis de las experiencias morales del ser humano, dotar de objetividad la concepción que se tenga del *bien* (o de lo bueno) y del *mal* (o de lo malo). Es decir, explicar, a partir de sus primeras y últimas causas, la conducta moral humana.³⁷ Así, la ética o filosofía moral se distingue de la moral en que esta última, a diferencia de aquella, es una disciplina de carácter eminentemente práctico. Por lo que la ética o filosofía moral no tiene como misión dirigir directamente la conducta, porque esta tarea compete propiamente

35 Estos serán los comunes denominadores en el pensamiento de filósofos del derecho que han desarrollado este paradigma jurídico, tales como V. Cathrein, F. Olgiati, L. Lachance, G. Graneris, J. Maritain, S. Cotta, L. Mendizábal, M. Sancho Izquierdo, E. Luño Peña, L. Legaz y Lacambra, A. Truyol y Serra, M. Villey, J. Hervada, J. Martínez Doral, y J. Finnis, entre otros. Claudia Helena Forero Forero, “Derecho natural: verdadero Derecho para el realismo jurídico clásico”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* 7 (2003/2004), p. 118, <http://www.rtfid.es/n7.html>

36 Yurixhi Gallardo e Ilse Carolina Torres Ortega, “Ética profesional y derecho: una investigación documental para comprender su alcance”, *Dikaion* 32, 1 (2023), p. 22.

37 Robert Spaemann, *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Madrid, Eunsas, 2003, p. 19.

a la moral (que cada ser humano se prescribe a sí mismo, con su código moral o normas morales), a la sociología (sus normas morales sociales), a la religión (normas religiosas o teológicas) y, precisamente, al derecho (normas jurídicas).³⁸

Por ende, la ética o filosofía moral, en todo caso, solo llega a dirigir la conducta de manera indirecta, al aportar los argumentos, razonamientos y fundamentos que justifican el contenido de las normas morales, sociales, religiosas o jurídicas. De allí la importancia de vincular nuevamente los saberes jurídicos con los saberes ético-filosóficos.

El propio Hans Kelsen, impulsor del positivismo jurídico, como ya se ha mencionado, sostuvo:

Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra ‘debe’ ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, solo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.³⁹

En otras palabras, Kelsen admitió que no debemos renunciar a la pretensión de que el derecho prescriba conductas que se apegan a los *valores* —a algo *valioso*— que solo se derivan de la ética o filosofía moral. Señalando con acierto, además, que la moral y el derecho son ámbitos diferentes.

Sin embargo, Kelsen perdió de vista la interrelación que existe entre las normas de conducta, ya que el jurista austriaco también afirmó:

Para que el orden moral sea distinto del orden jurídico es preciso que el contenido de las normas morales no se confunda con el de las normas jurídicas, y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al derecho. Gracias a esta condición resulta posible pronunciar un juicio moral sobre un orden jurídico considerado en su conjunto o sobre cualquiera de las normas que lo constituyen. Mediante este juicio puede comprobarse la conformidad u oposición entre tal norma moral y tal norma jurídica, es decir que desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica.

Los únicos juicios de valor que la ciencia del derecho podría pronunciar teóricamente son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y

38 Adela Cortina, *Ética Mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 44.

39 Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009, p. 45.

una norma jurídica. El hecho sería entonces declarado lícito o ilícito, legal o ilegal, constitucional o anticonstitucional.⁴⁰

[...]

El jurista que describe el derecho debe aceptarlo como la norma jurídica aplicable al caso concreto. Toda opinión diferente carece de importancia jurídica.⁴¹

Es cierto que no es científico *moralizar* el derecho ni *juridizar* la moral, pero tampoco se debería negar la interrelación entre las normas de conducta, en la medida en que pretenden regular el hacer del mismo destinatario: la persona humana, en primer lugar; y, en segundo lugar, no se puede hacer depender la validez de las normas jurídicas únicamente de parámetros de carácter formal (quién aprobó la norma, quién la promulgó, cómo lo hicieron, qué procedimiento siguieron, etc.), olvidando si su contenido responde o no a algo valioso desde el punto de vista de la ética o filosofía moral (reflexión ética). Es decir, se hace necesario aceptar “con inteligencia la relación incuestionable entre el derecho y la [reflexión ético-filosófica], sin generar uniones que confunden, ni distinciones que divorcian”.⁴²

Por lo tanto, Kelsen se equivocó al afirmar que no puede haber más que un juicio de valor jurídico sobre una norma de tal ámbito —con lo que el parámetro de validez se hace autorreferente (lo jurídico califica a lo jurídico)—, ya que no debe perderse de vista que el ser humano es un *ser ético y moral* por naturaleza, es decir, que todo ser humano está “condenado” a realizar reflexiones éticas (acerca de lo *bueno* y lo *malo*) que después le permiten, no solo ser el *legislador* de su propio *código moral*, sino proveer fundamento y justificación (o rechazo) a las normas morales, sociales, religiosas o jurídicas que se lleguen a formular.

Conforme a lo anterior, el maestro Álvaro D’Ors afirmaba:

- a. Si el derecho es un adjetivo sustantivado, debido a que el “derecho” es, en primerísimo lugar, aquello que se identifica con “lo justo”, y si “lo justo” es un valor que está en relación con la estimativa de una conducta humana, es evidente que el derecho y lo justo tienen relación con la Ética (y la moral). Por ello no existe, por principio, objeción alguna en afirmar que “todo lo justo es bueno y todo lo injusto es malo”.

40 Para reflexionar: ¿será lo mismo la *licitud* que la *justicia* y lo *legal* que lo *jurídico*?, ¿basta que una norma esté en una Constitución (y por ello sea constitucional) para considerarla derecho?, ¿puede una Constitución o una ley ser contraria al derecho?, si una Constitución permite la esclavitud, la trata de personas o el maltrato infantil, ¿será justa?

41 Hans, Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009, pp. 45 y 46.

42 Hugo Saúl Ramírez García, “Ética y vida universitaria: el papel de la ‘libertad de cátedra’ en el aprendizaje ético”, en Francisco Vázquez Gómez (coord.), *El decálogo del jurista contemporáneo*, México, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 85 y ss.

- b. Si el Derecho es “lo que aprueban los jueces respecto a los servicios personales socialmente exigibles”, es decir, aquellos deberes que tiene una persona respecto de otros reconocidos por un juez, es lógico que se afirme que “el derecho, no solo tiene que ver con la ética, sino que es ética”⁴³, ya que la refleja. La Ética le aporta al Derecho los argumentos, razonamientos y fundamentos que justifican reconocer los deberes de una persona respecto de otra.

En este sentido, no existe posibilidad de que persona humana alguna pueda aprobar o desaprobado —estar de acuerdo o en desacuerdo— con una norma jurídica sin realizar una *reflexión ético-filosófica* sobre su contenido. Como ya se afirmó, por principio no existe objeción a la afirmación de acuerdo con la cual “todo lo justo es bueno y todo lo injusto es malo”. De manera que tampoco puede negarse la interrelación entre el Derecho y la reflexión ético-filosófica.

Conforme a lo anterior, es momento de resolver el cuestionamiento de si tal reflexión puede ser objetiva, es decir, si lo *valioso* (y los *valores*) detrás de las normas jurídicas (morales, sociales o religiosas) puede identificarse en sí mismo, con independencia de la manera del sentir o pensar de cada legislador al que le corresponda diseñar o formular tales normas.

Para atender esta cuestión resulta útil acudir a la obra del filósofo polaco Georges Kalinowski, quien explicó que:

... decir que algo es obligatorio, prohibido o permitido es reconocer que algo es bueno o malo axiológicamente, pero afirmarlo es estimar, y estimar es medir, lo que implica necesariamente el empleo de una medida. Ahora bien: ella no puede ser sino absoluta; una medida relativa no es en realidad una medida y medir sin medida es simplemente una *contradictio in adjecto*.⁴⁴

Lo que plantea Kalinowski es estrictamente lógico. En primer lugar, cualquier norma de conducta obliga, prohíbe o permite, pero si lo hace es porque existe un juicio de valor previo (una reflexión ético-filosófica). De lo contrario, ¿por qué obliga, prohíbe o permite realizar tal o cual conducta? En otras palabras, es evidente que las normas de conducta obligan prohíben o permiten algo porque esa acción se considera valiosa. Así, las normas obligan porque lo mandado es considerado como bueno por el legislador que la diseñó; prohíben porque eso fue considerado como malo; y permiten porque él mismo lo advirtió como bueno. No hay duda de que existe un juicio de valor, hay una estimación, una medición.

Ahora bien, respecto de esa medición es posible presentar un ejemplo gráfico: ¿es posible tomar la medida del marco de una puerta sin tener en cuenta un sistema métrico que sea reconocido universalmente?, ¿serviría para algo to-

43 Álvaro D’Ors, *Principios para una teoría realista del derecho*, Madrid, Anuario de Filosofía del Derecho, 1953, p. 9.

44 Citado por Rodolfo Luis Vigo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, p. 89.

mar esa medida con base en, por ejemplo, el dedo meñique del pie izquierdo de cada persona? Evidentemente no serviría de nada. Para estimar y medir se requiere un sistema métrico universalmente reconocido (p. ej. centímetros o pulgadas), ya que de otra manera no sería ni siquiera preciso hablar de sistemas métricos.

Esto mismo pasa con las normas de conducta. Es necesario que exista algún parámetro objetivo, universalmente reconocido, para que lo prescrito por las normas de conducta sea razonable. De otra forma, lo que disponen se reduciría al capricho autoritativo de alguien o el reflejo de poder de una mayoría o de una ideología.

En este mismo sentido resulta ilustrativo el pensamiento del filósofo alemán Robert Spaemann:

La reflexión racional sobre la cuestión de lo bueno con validez general, comenzó, precisamente, con el descubrimiento de esos hechos: en el siglo V antes de Cristo eran ya ampliamente conocidos. Procedentes de viajes, corrían entonces en Grecia noticias que contaban cosas fantásticas de las costumbres de los pueblos vecinos. Pero los griegos no se contentaron con encontrar esas costumbres sencillamente absurdas, despreciables o primitivas, sino que algunos de ellos, los filósofos, comenzaron a buscar una medida o regla con la que medir las distintas maneras de vivir y los diversos comportamientos. Quizá con el resultado de encontrar unas mejores que otras. A esa norma o regla la llamaron 'fisis', naturaleza. De acuerdo con esa medida, la norma, por ejemplo, de las jóvenes escitas que se cortaban un pecho resultaba peor que su contraria. He aquí un ejemplo particularmente sencillo y sugestivo.⁴⁵

Pero ahí no concluye Spaemann. Por el contrario, hace otra aproximación igualmente sugestiva para el objeto de la cuestión que aquí se pretende resolver, cuando afirma:

Sencillamente, estamos sometidos de modo habitual a un error de óptica. Las diferencias nos llaman más la atención porque las coincidencias son evidentes. En todas las culturas existen deberes de los padres hacia los hijos y de los hijos hacia los padres. Por doquier se ve la gratitud como un valor, se aprecia la magnanimidad y se desprecia al avaro; casi universalmente rige la imparcialidad como una virtud del juez, y el valor como una virtud del guerrero. La objeción que se hace de que se trata de normas triviales, que además se deducen fácilmente por su utilidad biológica y social, no es ninguna objeción. Para quien tiene una idea de lo que es el hombre, las leyes morales generales que pertenecen al hombre serán naturalmente algo trivial; y lo mismo decir que sus consecuencias son útiles para el género humano ¿Cómo podría resultar razonable para el hombre una norma cuyas consecuencias produjeran daños generales? Lo decisivo es que el fundamento para nuestra valoración no es la utilidad social o biológica; lo decisivo es que la moralidad, es decir, lo bueno moralmente, no se define así. Daríamos también valor al proceder del P. Kolbe aunque el

45 Robert Spaemann, *Ética: cuestiones fundamentales*, trad. de J. Yanguas, Pamplona, Eunsas, 2001, (¿Son relativos el bien y el mal?).

padre de familia hubiera perdido la vida al día siguiente⁴⁶; y un gesto de amistad, de agradecimiento sería algo bueno, aunque mañana el mundo se fuera a pique. La experiencia de estas coincidencias morales dominantes en las diversas culturas, de una parte, y el carácter inmediato con que se produce nuestra valoración absoluta de algunos comportamientos de otra, justifican el esfuerzo teórico de dar razón de la norma común, absoluta, de una vida recta.⁴⁷

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede retomar el cuestionamiento principal: ¿es posible realizar una reflexión ético-filosófica de carácter objetivo que permita identificar lo valioso? ¿Será posible nombrar los principios que deban guiar cualquier código de ética, con independencia de la manera del pensar o del sentir de cada legislador al que le corresponda diseñar o formular tales directrices?

No es fácil, como advierte Spaemann. Pero la experiencia de la interrelación entre las normas de conducta y estas coincidencias dominantes en las diversas culturas y momentos, de una parte, y el carácter inmediato con que se produce la valoración absoluta de algunos comportamientos de otra, justifican el esfuerzo teórico de darle razonabilidad y justificación al contenido de las normas de conducta.

Ahora bien, más allá de la filosofía, en términos jurídicos, Juan Cianciardo explica adecuadamente la necesidad de un parámetro objetivo para analizar la *validez* de las normas jurídicas de este ámbito:

El jurista [...] afirma la posibilidad de conocer la razonabilidad de los fines que busca el legislador con las leyes. Esto tiene dos consecuencias inmediatas sobre su trabajo profesional: la primera es que en aquellos ámbitos en los que la ley confiere al operador jurídico discrecionalidad su trabajo tiene la guía de la razonabilidad: es posible encontrar razones que hagan que una determinación concreta de lo que dejó indeterminado el legislador sea mejor que otra u otras determinaciones posibles. En segundo lugar, el operador jurídico puede encontrar que las razones que operaron como motivos de la actuación del legislador son derrotables o desplazables por razones más poderosas, que no fueron evaluadas o fueron mal evaluadas por este último. Si las razones más poderosas fueran de índole constitucional nos encontraremos ante un caso constitucional, y el operador jurídico tendría la obligación de declarar la inconstitucionalidad de la norma (o de buscar la declaración de su inconstitucionalidad, dependiendo de su rol en el caso y del sistema jurídico al que nos refiramos).⁴⁸

46 Los hechos son los siguientes: hacia finales de julio de 1941, después de que los prisioneros, destinados a morir de hambre, habían sido puestos en fila por orden del jefe del campo de concentración dentro del régimen nazi, Maximiliano María Kolbe se presentó espontáneamente, declarándose dispuesto a ir a la muerte en sustitución de uno de ellos. Esta disponibilidad fue aceptada, y al padre Maximiliano, después de dos semanas de tormentos a causa del hambre, le fue quitada la vida con una inyección mortal, el 14 de agosto de 1941, <https://www.vaticannews.va/>

47 Spaemann, *Ética: cuestiones fundamentales*, op. cit.

48 Juan Cianciardo, “Una defensa del cognitivismo”, en Francisco Vázquez Gómez (coord.), *El decálogo del jurista contemporáneo*, México, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 166-167.

Es importante hacer énfasis en las últimas palabras de jurista argentino: “dependiendo de su rol en el caso y del sistema jurídico al que nos refiramos”. Lo que quiere decir que la respuesta jurídica dependerá, en primer lugar, de los principios absolutos (objetivos) que en justicia se han podido revelar y de las circunstancias del caso concreto al que se enfrente el jurista.

Por tanto, podría afirmarse que la reflexión ético-filosófica de carácter objetivo es la que permite identificar lo valioso que existe detrás de los códigos de ética (y cualquier otra norma escrita que nos recuerde qué es lo correcto, bueno o justo). Como afirma el filósofo español José Manuel Burgos:

... por mucho que se desee, robar nunca será una cosa buena y ser leal con los amigos nunca será una cosa mala. Puede que los ladrones se multipliquen y los amigos leales disminuyan, pero esto no cambia la realidad de las cosas, porque el hombre no puede decidir lo que es bueno [o justo] y lo que es malo [o injusto]. Puede [actuar justamente y] hacer el bien [o actuar injustamente y hacer] el mal, que es un gran poder, ciertamente, pero una cosa muy distinta.⁴⁹

Por tanto, debe existir algo objetivo en la reflexión ético-filosófica del ser humano que coincida siempre y en todo lugar. De otra forma, ¿cómo entender o explicar que las normas de conducta de distinto ámbito, de diversas culturas, de tiempo diferente puedan llegar a imponer los mismos *deberes*? ¿No será porque los destinatarios de estas —los seres humanos— participen de la misma naturaleza?

En conclusión, existe una relación simbiótica entre derecho, ética y justicia, debido a que, si la finalidad del primero es la *justicia* y esta, al ser una virtud cardinal que es el objeto de estudio de la *ética*, resulta necesario que exista un diálogo permanente entre *derecho* y la *ética*, a efecto de que la reflexión jurídica no pierda el fundamento axiológico que debe poseer: la materialización de lo *justo* en los casos concretos, al punto de que, por ejemplo, “una decisión deliberada de incumplir un determinado mandato legal puede considerarse no solo como permisible desde lo moral sino incluso como la forma más ética de comportarse”.⁵⁰

Ahora bien, no perdamos de vista el sentido pedagógico que tienen las normas y reglas, sean escritas o no. Al final nos recuerdan el deber ser. Platón fue claro en este punto: “extranjero, me habrías dicho, no sin razón que las leyes de Creta son singularmente apreciadas en toda la Grecia, puesto que tienen la ventaja de hacer dichosos a los que las observan, procurándoles todos los bienes”.⁵¹ Por esta razón, resulta fundamental postular un código de ética que, a partir de directrices concretas, ofrezca pautas al jurista que le permitan

49 Juan Manuel Burgos, *Antropología breve*, Madrid, Ediciones Palabra, 2010, p. 94.

50 Nicolás Carrillo-Santarelli, “Sobre la virtuosidad de ciertas negativas a cumplir con exigencias legales motivadas por otras normatividades”, *Dikaion* 32, 1 (2023), p. 3.

51 Platón, *Obras completas*, t. 9, *Leyes*, Madrid, Medina y Navarro, trad. por Patricio de Azcárate, 1872.

guiar su quehacer jurídico hacia lo justo, lo cual, como se ha advertido, es lo correcto desde el punto de vista axiológico.

3. El decálogo del jurista contemporáneo

Teniendo en cuenta lo anterior, nos permitimos sugerir al foro jurídico un decálogo que transmitió uno de los más reconocidos profesores de grado y posgrado en la Universidad Panamericana, el doctor Jacinto Valdés Martínez. Él no escribía libros o artículos especializados, pero impartía clases que movían a la reflexión, al punto de considerar, a partir de sus estudios sobre Alfonso X, el Sabio, que los juristas del siglo XXI debían guiarse por los siguientes principios:

Primero. Acepta con compromiso irrestricto la pluralidad de fuentes. Partiendo de dicha pluralidad encontrarás la respuesta razonable a los problemas jurídicamente relevantes que se te plantean.

Segundo. Reconoce a los principios jurídicos como fuente privilegiada y no secundaria del derecho.

Tercero. Acepta con inteligencia la relación incuestionable entre el derecho y la moral, sin generar uniones que confunden, ni distinciones que divorcian.

Cuarto. Concibe y ejerce el derecho como una realidad prudencial jurídica, más que como una muestra de la ciencia entendida al modo positivista decimonónico.

Quinto. Asume la argumentación jurídica como un momento real e indispensable del oficio del jurista, tal como se ha reconocido por todas las posturas realistas e incluso algunas que no lo son.

Sexto. No agotes tu quehacer a la pura legalidad —al modo kelseniano—, busca la justicia en el caso concreto.

Séptimo. Defiende la postura cognitivista, según la cual los bienes o valores pertenecen al mundo de la razón y no de la emoción, por lo que pueden ser objeto propio de argumentación.

Octavo. Afirma la existencia de derechos prepositivos que, por lo mismo, reclaman su más pleno reconocimiento por parte del legislador.

Noveno. Concibe y reflexiona sobre el hombre desde los presupuestos clásicos, que son siempre optimistas: “el hombre es capaz y está llamado a un crecimiento irrestricto hacia la perfección”.

Décimo. Nunca olvides que el derecho es uno, pero en parte es natural y en parte es positivo.

Acercarnos al decálogo del jurista contemporáneo y reencontrarnos con el realismo jurídico permitirá a los juristas de hoy y del mañana relacionarse con los juristas clásicos y advertir que “somos enanos encaramados en hombros de

gigantes. Nuestra mirada puede abarcar más cosas y ver más lejos que ellos. No porque nuestra vista sea más penetrante y nuestra estatura mayor, sino porque nos ha elevado su altura gigantesca”.⁵²

Parafraseando al poeta Antonio Machado, de lo que se trata es de *cosechar flores nuevas en raíces viejas*.

4. Transformaciones indispensables en el jurista contemporáneo para el ejercicio ético de la profesión

¿Cómo cosechar flores nuevas en raíces viejas? Se ha sostenido la necesidad de buscar una objetividad ética (o moral universal) como requisito para alcanzar la justicia, señalando que en dicha empresa un código de ética resulta ser un instrumento idóneo para (re)pensar la relación entre derecho, ética y justicia.

Ello es así, debido a que los principios sobre los que estos estatutos se postulan cumplen una doble finalidad: en primer lugar, le permiten recordar al profesional del derecho cuáles son (o eran) sus aspiraciones más nobles cuando decidió seguir esta vocación y compromiso por la justicia; y, en segundo lugar, lo retan a reflexionar y, seguramente, a cambiar el entendimiento que del derecho pueda tener y, por lo tanto, llegar a ejercer.

Así, el jurista contemporáneo habrá de reinventarse dejando de lado los principales postulados que desarrolló la *modernidad jurídica*, desechando en cuanto esto sea posible cualquier resquicio del añejo entendimiento que de lo jurídico pueda tener. Y asumir este reto pasa por dos transformaciones principales.

4.1. El tránsito hacia el Estado de “derechos y justicia”

La primera transformación que debe operarse en el plano del sistema jurídico positivo consiste en transitar a lo que en otros momentos se ha denominado el Estado de derechos y justicia. Esta transformación se propone, ante todo, debido a que, por ejemplo, el artículo 1° de la Constitución mexicana señala que se han reconocido los derechos humanos de los tratados internacionales. Debe tenerse en cuenta, por tanto, que el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) no puede obedecer a la manera en que el paradigma del iuspositivismo formalista se desarrolló durante el siglo XIX y primera mitad del XX. Es decir, al analizar el DIDH, debe tenerse en cuenta

52 Citado por Fernando Carmona Fernández, *La mentalidad literaria medieval. Siglos XII y XIII*, Murcia, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2001, p. 44, <http://books.google.com.mx>

que no se trata de un modelo jurídico sistémico, perfectamente ordenado y codificado, como lo pretendió ser ese sistema jurídico “fuerte” de construcción kelseniana, el cual era visto como un producto que poseía unidad, jerarquía, completitud y coherencia.⁵³

Por el contrario, la propia configuración del DIDH parecería que pretende ser la antítesis de aquel sistema jurídico fuerte; en su caso, se erige en un “sistema” complejo, flexible y poroso, con una diversidad importante de fuentes, y en el cual no existe una jerarquía definitiva que pueda ser previamente advertida. Así las cosas, resulta fundamental abandonar los pretéritos postulados decimonónicos del *iuspositivismo* para comenzar a asimilar —al menos— una postura *iusfilosófica* no positivista. Lo que en palabras de Alexy consistiría en admitir la tesis “según la cual existe una conexión necesaria entre la validez jurídica o corrección jurídica, de un lado, y los méritos o deméritos moral o la corrección o incorrección moral, del otro”.⁵⁴

En esta lógica, si se esperan del DIDH las mismas o similares respuestas que se obtuvieron del sistema jurídico fuerte de corte kelseniano, sin duda alguna se terminará por no entender el cambio que significó arribar a una nueva filosofía del derecho que permite anteponer el valor de la justicia y el respeto de los derechos humanos a la seguridad jurídica o al respeto irrestricto al Estado y *su* derecho.

Nótese que no se trata de sacrificar por completo la seguridad jurídica so pretexto de luchar por la justicia, ya que no hay nada más alejado de la realidad que aquellas posturas que plantean una disputa maniquea entre tales valores. En el fondo, ambos valores buscan lo mismo: dar a cada uno lo suyo. Con la diferencia de que la justicia lo hace atendiendo a parámetros sustanciales y la seguridad jurídica lo lleva a cabo atendiendo a elementos formales. Luego, de lo que se trata es, en todo caso, de que ese cambio de paradigma que exige el DIDH consiste en abandonar los razonamientos del formalismo jurídico, según los cuales está justificado sacrificar la justicia por salvar algún requisito insustancial de carácter formal.

A manera de ejemplo, resulta ilustrativa la forma en que ha sido desarrollado el principio relativo al “fin útil de la nulidad”, según el cual

... no puede pronunciarse la nulidad por inobservancia de formas de ningún acto del proceso [salvo que] el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su finalidad. La nulidad en definitiva, no puede pronunciársela nunca si el acto ha alcanzado la finalidad a que está destinado [o dicho de otra forma, que] los órganos jurisdiccionales están constitucionalmente obligados a interpretar las

53 Para conocer más sobre el concepto de “sistema jurídico fuerte” puede consultarse Rodolfo Luis Vigo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003, pp. 40 y ss.

54 Robert Alexy, *El concepto y la naturaleza del derecho*, Madrid, Marcial Pons, trad. de Carlos Bernal Pulido, 2008, p. 78.

normas con los requisitos procesales y respetando a su vez las Garantías Jurisdiccionales, teniendo siempre presente el fin perseguido por el legislador al establecerlos, evitando cualquier exceso formalista que convierta a tales artículos en mero obstáculos procesales impositivos de la Tutela Judicial efectiva.⁵⁵

Para desarrollar de mejor manera este ejemplo, y solo como una referencia más, viene a nuestra mente la reforma al artículo 17 de la Constitución mexicana, publicado en el *Diario Oficial* de 15 de septiembre de 2017, según la cual “siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”.⁵⁶ En pocas palabras, de lo que se trata es de que seamos capaces, cuando eso sea lo justo, de privilegiar la solución justa de las controversias, es decir, de someter las formas al fondo.

Para entender con precisión las características de ese “sistema” —así entrecomillas— complejo, flexible y poroso que parece constituir el DIDH, resulta sumamente útil apelar a lo que hoy en la teoría constitucional se identifica con el nombre de “Estado de derechos y justicia”. Este nuevo paradigma comenzó a construirse a partir de la aprobación de la Constitución ecuatoriana de 2008, en la cual se señaló que el Ecuador se instituía en un Estado constitucional de derechos y justicia.⁵⁷

El cambio de “Estado de derecho” a “Estado de derechos” va más allá del simple cambio en las palabras. Se trata de una completa transformación, de una mutación profunda del sistema jurídico del Estado y *su* derecho. Esa primera mención constitucional, implica toda una revolución conceptual y doctrinaria. Rectamente entendido, el Estado constitucional de *derechos* implica una reformulación, desde sus bases hasta sus objetivos más elevados y determinantes de lo que es el derecho en su naturaleza y génesis, en su interpretación y aplicación, incluyendo las fuentes, la hermenéutica, el rol del Estado en el ordenamiento jurídico, las conexiones con la sociedad civil en democracia, la interpretación del orden jurídico con el internacional y otros vectores de semejante importancia.

El paradigma que plantea la reciente Constitución ecuatoriana, al menos desde el punto de vista normativo, consiste en advertir que los derechos son el elemento sustancial y que poseen mayor independencia respecto al Estado, a la ley y a la soberanía. Si bien no es la única manera de hacer prevalecer la justicia, sí consideramos que este postulado debe ser el derrotero dentro del

55 Sentencia sobre el expediente 6.132-07, Acción de Amparo Constitucional, 13 de febrero de 2007; y Sentencia sobre el expediente 6.105-06, Nulidad de Matrimonio, 14 de febrero de 2007, ambas del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guarico, Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, <http://guarico.tsj.gov.ve/>

56 Artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

57 Artículo 1 de la Constitución del Ecuador, 2008.

orden normativo interno y también en el ámbito internacional. Así entendido, el Estado constitucional de derechos, supone la aproximación máxima a la que se ha llegado en la materialización del ideal jurídico de la civilización occidental: esto es, que el ejercicio de los derechos se imponga a la voluntad de quienes tienen el poder.⁵⁸ Se afirma esto debido a que ninguna constitución en el orbe, al menos de las que se encuentran codificadas, había instituido un Estado de derechos. Todas, por el contrario, instituyen estados de derecho.

Así, ese pequeño cambio de palabras implica, en nuestra consideración: i) que ya no debemos hacer énfasis en el “Derecho” (entendido este como derecho objetivo o conjunto de normas positivas)⁵⁹, sino que ahora el énfasis debe estar en los “derechos” (entendidos como derechos subjetivos, es decir, ese conjunto de pretensiones que habrá que reconocerle a los sujetos y frente a las cuales siempre existirá una deuda o una obligación correlativa);⁶⁰ y ii) que se rescata la misión y el fin fundamental del derecho como ciencia: la justicia.

Con lo anterior, la convocatoria es para todos los jueces; en primer lugar, se reafirma la nueva posición que guardan los jueces y administradores de justicia en el Estado constitucional y, sobre todo, el papel de estos frente a la ética, a los valores y principios que subyacen a toda norma jurídica. Ellos son los encargados de proteger esos derechos resolviendo los casos concretos. En segundo lugar, se obliga a los juristas a un cambio de visión, ya que ahora deben centrar su atención en el caso concreto para identificar, a partir de la existencia de obligaciones y deudas, los derechos subjetivos que se encuentren en juego, para luego sí decidir con justicia, dando a cada quien lo suyo. Así, con los cambios señalados, ya no importará tanto lo que digan o no el sistema jurídico y sus normas, sino que ahora importará la protección de los derechos humanos, independientemente de que haya o no normas que los conviertan en derecho vigente y positivo.

Se trata, pues, de abandonar aquella visión sostenida por Kelsen, quien identificó al derecho objetivo con el derecho subjetivo cuando se afirmó:

... donde existe un derecho subjetivo debe presuponerse la existencia de una regla jurídica. Los derechos subjetivos no pueden existir antes que el derecho objetivo [...] Mientras un derecho subjetivo no ha sido “garantizado” por el orden jurídico [...] no es todavía tal derecho subjetivo. Llega a ser solo en virtud de la garantía creada por el orden jurídico [...] El derecho del acreedor es, por consiguiente, la norma jurídica por la cual el deudor es obligado a devolver lo que debe; el del propietario,

58 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 479, 2-XII-2008 del 2 de diciembre de 2008.

59 Se diferencia el “Derecho” del “derecho” en el entendido de que lo primero es esa ciencia diseñada en el contexto del positivismo filosófico, mientras que el segundo es el *ius*, la cosa debida, eso desde donde comenzó la reflexión jurídica. Así, todos podemos estudiar “Derecho” pero no todos podremos identificar el “derecho” en los casos concretos.

60 Enrique Pozo, “Estado constitucional de derechos y justicia”, *Apuntes Jurídicos*, www.apuntesjuridicos.com.ec

la norma jurídica por la cual otros individuos son obligados a no interferir con el propietario en la disposición de su derecho. El derecho subjetivo es, en resumen, el mismo derecho objetivo.⁶¹

Así, aquella frase según la cual *el derecho subjetivo es la facultad que emana de la norma*, es decir, que el derecho subjetivo depende de la existencia del derecho objetivo, debe modificarse radicalmente, al punto de que ahora, en el Estado de derechos y justicia, es posible afirmar que *el derecho subjetivo es una facultad, lo diga o no la norma escrita*. Un cambio que implica mayor independencia de los derechos respecto del Estado, de *su* derecho, de *su* ley y de *su* soberanía.

Este paradigma es acorde con la práctica de los derechos humanos y, al mismo tiempo, se complementa con la práctica propia del Estado de derecho, debido a que serán los juristas quienes a partir de su *iurisprudencia* definan lo justo en cada caso que les sea sometido a consideración. Así, la vinculación de los “derechos” al valor de la “justicia” permitiría no marginar aquellos derechos humanos que no tengan como continente una norma escrita concreta.

4.2. La asimilación de los derechos humanos como principios

La *segunda transformación* que debe operar en aquellos a quienes corresponde impulsar la práctica de los derechos humanos consiste en retornar a la tradición de los juristas clásicos de entender esos derechos como un conglomerado asistémico de principios y causas justas, en lugar de hacerlo a partir del método de la exégesis normativa de la modernidad jurídica que ha llevado a entenderlos como reglas generales y excepciones. No niego que muchos de los que hoy en día se jactan de ser conocedores de la realidad jurídica neoconstitucional hablan de los principios como si fueran nuestra divisa. Pero lo cierto es que, más pronto que tarde, apelamos a la norma escrita, a la ley, a efecto de dar una respuesta “jurídica” —más bien legal o normativa— a los casos concretos. Es en este punto donde la ausencia de las transformaciones objetivas descritas líneas arriba comienza a generar una suerte de círculo vicioso, al punto de que hace volver inconscientemente a la dinámica de entender los derechos humanos a partir del Estado de derecho y *su* derecho.

Asimilar los derechos humanos como principios implica despojarnos de un error que se derivó de la pretendida modernidad jurídica. Si de acuerdo con el *Diccionario de la lengua española*, el adjetivo calificativo de “moderno” se utiliza para calificar a aquello que es “contrapuesto a lo antiguo o a lo clásico y establecido”, hablar de Estado moderno significa que el Estado que se constituye a partir de la aparición de los primeros actos constitucionales rompe no

61 Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, op. cit., pp. 93 y 94.

solo con el abuso del poder por parte de los monarcas y príncipes del antiguo régimen absolutista, sino que se distancia de la forma de pensar al Estado y de reflexionar sobre los derechos.

En este sentido, el *iuspositivismo* —representación más acabada de esa *modernidad*— terminó por generar una mutación tan honda en su desarrollo que significó transitar de una filosofía jurídica del *ser* a una filosofía jurídica del *pensar*. Es decir, mientras que en el mundo clásico el primer principio del que irremediabilmente partía todo conocimiento (cualquiera que fuera su nivel de abstracción) era la evidencia del objeto y su esencia, siendo el hombre capaz de saber lo que las cosas son y no son (*realismo filosófico clásico*), para el mundo moderno, el ser o las cosas se transformaron en objetos que son sometidos al pensar, debido a que la cosa en sí es incognoscible. Por lo que el *ser* de las cosas es solo un *ser percibido* y, así, el primer problema filosófico para los modernos es el problema del conocimiento, ya que las cosas, más que conocidas, son pensadas (*relativismo filosófico*);⁶² desde esta perspectiva, lo fundamental ya no sería *qué* se conoce sino *cómo* pienso lo que conozco. Por ello es que Valdés Martínez afirmaría que “quien no entiende la Modernidad, poco entiende de los modos de pensar el derecho”.⁶³

Esta forma de entendimiento de lo jurídico llevó a que, para efecto de imprimirle la cientificidad del conocimiento teórico (o exacto) al conocimiento práctico —propio del derecho—, se privilegió la certeza absoluta que generan aquellas sobre las certezas débiles o relativas que puede generar el derecho. De esta forma, se enseñó que en el pensamiento jurídico se debe partir de reglas generales o de excepciones. Para ello, la codificación convirtió los *principios* en reglas generales y las *causas justas* en excepciones. ¿Cuál fue el problema? Que los casos concretos a los que se debe dar respuesta son mucho más complejos que lo que el legislador “democrático” pueda prever. Por tanto, si el caso concreto actualiza la hipótesis de una excepción a la regla, no tendremos problema, debido a que aplicaremos esta para desatender aquella.

Pero en materia de derechos humanos no ocurre así. Hay cientos de hechos que pueden actualizar la limitación o restricción legítima al ejercicio de un derecho humano o, si se prefiere, habrá muchas circunstancias en las que *aparentemente* se alegue el ejercicio de un derecho humano sin que esto sea realidad. Ahí es cuando nos encontramos con el paradójico concepto del “ejercicio abusivo de un derecho”.⁶⁴ Este tipo de casos los pretende resolver el Estado y *su* derecho

62 Rodolfo Luis Vigo, “Derecho y moral en el estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico”, *Prudentia Iuris* 74 (2012), p. 76.

63 Francisco Vázquez Gómez, *El decálogo del jurista contemporáneo. Memorias del pensamiento ius-filosófico de Jacinto Valdés Martínez*, México, Tirant lo Blanch, 2018, p. 14.

64 Si el ejercicio de un derecho es abusivo, entonces ya no estamos en presencia del ejercicio de tal derecho; estamos fuera del ámbito protector de ese derecho. Los derechos se ejercen o no se ejercen, lo que no niega la posibilidad de que se actualicen los denominados “casos límite”, aquellos en los que sea complejo determinar qué derecho es el que debe protegerse.

a partir de las reglas generales y sus excepciones. Pensemos rápidamente en el siguiente ejemplo: supongamos que la regla es que no se puede salir del salón de clases hasta que no suene la campana. No hay manera de cumplir a medias con esta regla, no hay manera de mejorar o empeorar en su cumplimiento; se puede obedecer y no salir o, desobedecer y salirse. Luego en el sistema jurídico hay otra regla: en caso de incendio hay que salir de los salones. Esta nueva regla entra en franca contradicción con la primera, si hay un incendio antes de que suene la campana habrá que salir del salón. La única manera de salvar este conflicto es insertando a la regla originaria de permanecer en el salón una excepción para el caso de que se produzca un incendio. ¿Será un incendio la única circunstancia en la que debemos “romper” la regla general?, ¿en realidad estamos rompiendo la regla?

Aquí es donde resulta conveniente retornar al pensamiento clásico, a pensar los derechos humanos como principios. Ello permitirá, atendiendo a las circunstancias reales de los casos concretos, advertir cuándo debe respetarse el principio y cuándo existirá una causa justa que obligue, según la justicia, a darle paso a otra respuesta jurídica. Bajo esta premisa filosófica, por ejemplo, el Reglamento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos del 1° de agosto de 1990 estableció con sencillez: “Artículo 2°. Los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano”.

Por ello se dice que el fundamento de los derechos fundamentales son los derechos humanos, que no son otra cosa que pretensiones, facultades e inmunidades inherentes a la naturaleza y dignidad humanas. En suma, “desde esta perspectiva, los principios [...] en cuanto exigencias normativas e institucionales del ejercicio del poder político, no se justifican en virtud de otras normas jurídicas, sino en principios metajurídicos, entre los cuales se encuentra la dignidad humana”.⁶⁵

Un ejemplo sencillo lo trae el Aquinate. En la *Suma Teológica* plantea un caso, por demás ilustrativo, que permite advertir esa forma diferente de operar lo jurídico. Entender que la práctica de los derechos es encontrar la mejor respuesta jurídica atendiendo a sus circunstancias y sin dejar de lado las reglas, solo atemperándolas al caso concreto. Veamos.

1. Lo que es natural al ser que tiene naturaleza inmutable es necesario que sea tal siempre y en todas partes. Más la naturaleza del hombre es mutable. Y, por esto, lo que es natural al hombre puede fallar a veces. Por ejemplo, tiene igualdad natural el hecho de que se devuelva lo depositado al depositante; y, por consiguiente, si la naturaleza humana fuera siempre recta, ésta debería siempre observarse. Pero, debido a que la voluntad del hombre se pervierte a veces, hay algunos casos en los

65 Matías Pedernera Allende, “Implicancias normativas del rule of law y su relación con la exigencia de objetividad”, *Dikaion* 29, 1 (2020), p. 278.

que lo depositado no debe ser devuelto, a fin de que un hombre con voluntad perversa no lo utilice mal; como, por ejemplo, si un loco o un enemigo del Reino exige las armas depositadas.⁶⁶

Introducirse en la práctica de los derechos humanos bajo el modelo jurídico moderno haría que, ante casos como el narrado, i) se buscara en el sistema jurídico alguna excepción y, si esta no existe, ii) se introdujera o impulsara su introducción normativa, o bien, si esto no es posible, iii) se alegara un conflicto de reglas, lo que implicaría declarar la invalidez jurídica de alguna de ellas por razonable y justa que parezca, pues la validez en la modernidad jurídica no es graduable, se tiene o no se tiene. Lo anterior se afirma debido a que hoy, en muchas escuelas y facultades de Derecho, sigue afirmándose que este saber implica el conocimiento de normas jurídicas escritas.

Pensemos solo un momento en que la respuesta justa, en el ámbito de la práctica de los derechos humanos, no está necesariamente en la ley. Ante todo, está en la realidad del caso concreto. Por ello,

lo que debe orientar el trabajo del jurista que pretenda operar con sentido en el marco de los Estados constitucionales no es, desde luego, el desprecio de las autoridades, de las reglas o de la subsunción, sino el propósito (quizá no siempre realizable y, desde luego, no realizable de una vez y por todas) de lograr algún tipo de ajuste que integre en un todo coherente la dimensión autoritativa del derecho con el orden de valores expresado en los principios.⁶⁷

4.3. Admisión de una objetividad ética (o una moral universal)

La *tercera transformación* que debe operarse en aquellos a los que corresponde impulsar la práctica de los derechos humanos consiste en perder el miedo a admitir que, si deseamos de verdad ejercer la *praxis* desde el neoconstitucionalismo,⁶⁸ debemos partir por aceptar principios universales que deriven de la reflexión ético-filosófica.⁶⁹ No solo son necesarios, sino que muchos de ellos son evidentes (v. gr. la proscripción de la esclavitud). Una práctica de los derechos humanos no puede estar sustentada en el relativismo

66 II, II (*Secunda secundae*), q 57, art. 2, ob. 1.

67 Manuel Atienza, “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, p. 269.

68 El neoconstitucionalismo “puede hacerse coincidir con el ataque al positivismo jurídico capitaneado por Ronald Dworkin” quien “con el argumento de los principios, hace su aparición en el panorama filosófico-jurídico [con] una posición que muestra el principal rasgo distintivo del neoconstitucionalismo respecto al iuspositivismo y al iusnaturalismo: la idea de que el Derecho no se distingue necesariamente o conceptualmente de la moral, en cuanto incorpora principios comunes a ambos”. Cfr. Mauro Barberis, *Neoconstitucionalismo(s)*, Miguel Carbonell (coord.), Madrid, Trotta, 3ª ed., 2006, p. 261.

69 Líneas arriba diferencié la ética filosófica de la moral. No obstante, no se olvide que en un contexto laxo pueden asumirse como sinónimos.

filosófico o jurídico. La defensa de los derechos humanos “implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que [tales derechos] no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal). Y atribuir una especial importancia a la interpretación guiada por los fines y valores que dan sentido a la práctica”.⁷⁰

En pocas palabras, es impensable una práctica de los derechos humanos que implique su reconocimiento como prepositivos, derivado de que hunden sus raíces en valores superiores producto de la reflexión ético-filosófica (v. gr. vida, dignidad, igualdad y libertad) y, al mismo tiempo, defender el relativismo (filosofía del *pensar*, no del *ser*) que la modernidad jurídica nos impone para pensar que los derechos humanos se sustentan en meras convenciones humanas. Al final “la verdad no es un producto de la política (de la mayoría), sino que la precede e ilumina. No es la praxis la que crea la verdad, sino la verdad la que hace posible la praxis correcta”.⁷¹

Si, como se ha dicho, es la pertenencia a la especie humana, si son la naturaleza y dignidad humanas los elementos determinantes para ser titulares de los derechos humanos, no debe haber tregua en cuanto a que sean las reflexiones ético-filosóficas las que guíen una práctica de los derechos humanos. De otra forma, la *universalidad* de los derechos humanos es impensable. Ahí es cuando resurge el concepto de “derecho natural” que la modernidad tanto ha pretendido que olvidemos, arguyendo que es imposible identificar los principios ético-filosóficos universales que, después, puedan nutrir al Estado, su derecho y la praxis de los juristas contemporáneos.

El problema original es que ese concepto de derecho en general, así como la determinación de su contenido, ha sido considerado a partir de una relación supuestamente indisoluble de la *democracia* con el *relativismo*. Pero resulta paradójico que en tiempos modernos se defiendan los derechos humanos sobre la base de la dignidad humana, predicando por ello su universalidad, pero, al mismo tiempo, cuando de responsabilidades u obligaciones se trata, surge inmediatamente el *relativismo*, que diluye los conceptos de justicia o injusticia a cuestiones meramente particulares, circunstanciales o culturales.

De lo que se trata es de introducir “en la práctica judicial el principio de que los conflictos deben resolverse no ya de acuerdo con los derechos y las normas existentes, sino de acuerdo con la solución que permita maximizar en cada caso las consecuencias buenas por sobre las malas”.⁷²

70 Manuel Atienza, “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, p. 268.

71 Joseph Ratzinger, *Verdad, Valores, Poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, op. cit., p. 86.

72 Cristóbal Orrego-Sánchez, “Principio de proporcionalidad y principio de doble efecto. Una propuesta desde la Filosofía del Derecho”, *Dikaion* 24, 1 (2015), p. 125.

Todos tenemos claro que nuestra vida es un valor que merece la mayor tutela jurídica posible, pero comienza a no ser tan claro cuando de lo que se habla es de la vida de los demás. Por eso es que se afirma que “el relativismo es el problema más hondo de nuestro tiempo”.⁷³ Por ello, los códigos de ética que nos ayuden a romper con el relativismo filosófico, ético y jurídico, serán de un aporte fundamental a la reflexión contemporánea.

Referencias

- Aguirre Lanegra, Andherson Jhordan, “Subjetividad, castigo y alteridad: una relectura ética del derecho penal desde Crimen y castigo”, *Dikaion* 35, 1 (2026), <https://doi.org/10.5294/dika.2026.35.1.1>
- Alexy, Robert, *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- Aparisi Millares, Ángela, *Ética y deontología para juristas*, Madrid, Eunsa, 2006.
- Atienza, Manuel, “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- Barberis, Mauro, *Neoconstitucionalismo(s)*, 3ª ed., Miguel Carbonell (coord.), Madrid, Trotta, 2006.
- Burgos, Juan Manuel, *Antropología breve*, Madrid, Palabra, 2010, p. 94.
- Carmona Fernández, Fernando, *La mentalidad literaria medieval. Siglos XII y XIII*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2001.
- Carrillo-Santarelli, Nicolás, “Sobre la virtuosidad de ciertas negativas a cumplir con exigencias legales motivadas por otras normatividades”, *Dikaion* 32, 1 (2023), <https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.22>
- Cianciardo, Juan, “Una defensa del cognitivismo”, en Francisco Vázquez Gómez B. (coord.), *El decálogo del jurista contemporáneo*, México, Tirant lo Blanch, 2018.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia interpretativa 001-08-SI-CC, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 479, 2-XII-2008 del 2 de diciembre de 2008.

73 Joseph Ratzinger, *Fe, verdad y tolerancia: el cristianismo y las religiones del mundo*, trad. de Ruiz Garrido, Salamanca, Sígueme, 2005, p. 65.

- Cortina, Adela, *Ética mínima. Introducción a la filosofía práctica*, Madrid, Tecnos, 2000.
- D'Ors, Álvaro, "Principios para una teoría realista del derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1 (1953), <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/10783>
- Forero Forero, Claudia Helena, "Derecho natural: verdadero Derecho para el realismo jurídico clásico", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 7 (2003/2004). <http://www.rtfed.es/n7.html>
- Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trota, trad. de Manuel Martínez Neira, 2003.
- Pedernera Allende, Matías, "Implicancias normativas del rule of law y su relación con la exigencia de objetividad", *Dikaion* 29, 1 (2020), <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.1.9>
- Hervada, Javier, "Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico", *Persona y Derecho* 18 (1988). <https://doi.org/10.15581/011.32587>
- Innerarity, Daniel, *Dialéctica de la Modernidad*, Madrid, Rialp, 1990.
- Gallardo, Yurixhi y Carolina Torres Ortega, "Ética profesional y derecho: una investigación documental para comprender su alcance", *Dikaion* 32, 1 (2023), <https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.9>
- Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Ariel, 2008.
- Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2ª ed., México, Unam, 1995.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., trad. de Roberto Vernengo, México, IIJ-Unam, 1982.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 4ª ed., Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2009.
- Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 2006.
- Morineau, Marta, *Una introducción al Common Law*, México, IIJ-Unam, 2001.
- Orrego-Sánchez, Cristóbal, "Principio de proporcionalidad y principio de Doble Efecto. Una propuesta desde la Filosofía del Derecho", *Dikaion* 24, 1 (2015).

Pereira Menaut, Carlos Antonio, *Lecciones de Teoría Constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2005.

Pozo, Enrique, “Estado constitucional de derechos y justicia”, *Apuntes Jurídicos*, www.apuntesjuridicos.com.ec

Ramírez García, Hugo Saúl, “Ética y vida universitaria: el papel de la “libertad de cátedra” en el aprendizaje ético”, en Francisco Vázquez Gómez B. (coord.), *El decálogo del jurista contemporáneo*, México, Tirant lo Blanch, 2018, <https://doi.org/10.1344/REYD2019.20.30025>

Ramírez García, Hugo Saúl, “Derecho y ética: convergencias para la formación jurídica”, *Dikaion* 17 (2009). <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1397>

Ratzinger, Joseph, *Fe, verdad y tolerancia: el cristianismo y las religiones del mundo*, trad. de Ruiz Garrido, Salamanca, Ediciones Sígueme, 2005.

Ratzinger, Joseph, *La sal de la tierra: cristianismo e Iglesia Católica ante el nuevo milenio: una conversación con Peter Seewald*, 5ª ed., trad. de Carla Arregui Núñez, Madrid, Palabra.

Ratzinger, Joseph, *Verdad, Valores, Poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista*, 4ª ed., trad. de José Luis del Barco, Madrid, Ediciones Rialp, 2005.

Spaemann, Robert, *Ética: cuestiones fundamentales*, trad. de J. Yanguas, Pamplona, Eunsa, 2001.

Spaemann, Robert, *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Pamplona, Eunsa, 2003.

Vázquez Gómez, Francisco, *El decálogo del jurista contemporáneo. Memorias del pensamiento ius-filosófico de Jacinto Valdés Martínez*, México, Tirant lo Blanch, 2018.

Venezuela, Sentencia sobre el Exp. 6.132-07, Acción de Amparo Constitucional, 13 de febrero de 2007, Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guarico, Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, <http://guarico.tsj.gov.ve/>

Venezuela, Sentencia sobre el Exp. 6.105-06, Nulidad de Matrimonio, 14 de febrero de 2007, Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Bancario, del Tránsito y de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Guarico, Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, <http://guarico.tsj.gov.ve/>

Vigo, Rodolfo Luis, "Derecho y moral en el Estado de derecho constitucional (proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico", *Prudentia Iuris* 74 (2012).

Vigo, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003.