

The (ir)relevance of moral facts as metaphysical foundations of legal facts

Vicente F. Guerra Ochoa*

December 18, 2020

Abstract

Since the last century, determining the content of the law has been one of the main discussions of Jurisprudence. The Hart-Dworkin debate has dominated the discussion: to Hart, only social facts determine the content of the law; to Dworkin, it is necessary also to consider moral facts. There has been substantial progress in the debate in the last decades; nonetheless, it is far from settled. Mark Greenberg's idea about the epistemology of nonbasic domains and the tracking of their metaphysics sheds light on the debate. The thesis of the present essay is that the Hart-Dworkin debate is held at different levels of discussion. Hart aims to answer what *are* the metaphysical foundations of the law. Dworkin seems to engage in academic activism about what *ought* to be the metaphysical foundations of the law. I argue that the idea of tracking the epistemic foundations of the law is only consistent with social facts being the determinants of the content of the law. Moral facts *could* be relevant but only mediated by social facts.

*Stanford Institute for Economic Policy Research (SIEPR), Stanford University, 366 Galvez Street Stanford CA 94305. This paper was written for an undergraduate course in Philosophy of Law at the Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) taught by Benjamin Ruiz Garcia.

La (ir)relevancia de los hechos morales como fundamentos metafísicos de los hechos jurídicos

Vicente F. Guerra Ochoa*

18 de diciembre de 2020

Resumen

Determinar cuál es el contenido del derecho es una de las principales discusiones de la Teoría del Derecho. La discusión ha sido dominada por el debate Hart-Dworkin: para Hart, el Derecho se constituye en última instancia únicamente de hechos sociales; para Dworkin hace falta considerar los hechos morales. El avance en esta discusión ha sido considerable a lo largo de las últimas décadas; no obstante, la cuestión está lejos de ser resuelta. La idea de Mark Greenberg sobre el mapeo de los fundamentos metafísicos de las áreas de conocimiento no básicas parece arrojar luz al debate. La tesis del presente ensayo es que el debate Hart-Dworkin se encuentra en planos distintos de discusión: Hart busca responder cuales *son* los fundamentos metafísicos del Derecho; Dworkin parece hacer activismo académico acerca de cuáles *deben ser* los fundamentos, mezclando los planos del *ser* y el *deber ser*. Argumento que la idea de mapear los fundamentos metafísicos de los hechos jurídicos únicamente es consistente con tener a los hechos sociales como único soporte. Los hechos morales *pueden ser* relevantes para determinar a los hechos jurídicos pero solo mediante hechos sociales.

*Stanford Institute for Economic Policy Research (SIEPR), Stanford University, 366 Galvez Street Stanford CA 94305. Este artículo fue escrito para la materia de Filosofía del Derecho en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) impartida por Benjamin Ruiz Garcia.

1. Introducción

Existen áreas del conocimiento que se pueden denominar como “no básicas” en el sentido de que los hechos que constituyen su conocimiento (*facts*) dependen de hechos más “básicos”. Existen pocas áreas en las que su objeto de estudio son hechos fundamentales que no dependen de hechos más básicos, como la microfísica y las matemáticas.¹ El resto sí depende del estudio de los hechos más básicos que las conforman, aun cuando estos hechos dependan de otros hechos aún más básicos. Así, por ejemplo, la Física como área de estudio depende, por un lado, de observaciones de regularidades físicas, y, por otro lado, de teorías generales que sistematizan estas observaciones. El conjunto de afirmaciones que componen el saber de la Física, que se pueden denominar como *hechos físicos*, depende de los elementos de estos dos conjuntos y de su interrelación. Otro ejemplo, la Semántica: depende de los distintos usos que se le da al lenguaje, con lo que los *hechos semánticos* que son el conjunto de conocimiento de esta área de estudio, dependen de los elementos del conjunto de usos que se le dan al lenguaje.

¿Cuáles son los hechos más básicos que constituyen los *hechos jurídicos* (*legal facts*)? Esta es una de las principales discusiones de la Teoría del Derecho: determinar cuál es el contenido del derecho. En general, se argumenta que estos hechos se conforman por: (i) hechos sociales, lo que la gente ha hecho y decidido en el pasado, en particular los operadores jurídicos -jueces, funcionarios públicos, abogados-, y (ii) más controverialmente, hechos morales, principios morales como la democracia y la equidad que justifican la práctica jurídica.² El argumento de este ensayo es que los únicos que pueden conformar coherentemente a los hechos jurídicos en el mismo sentido que con el estudio de la Física y la Semántica, son los hechos sociales, y que la controversia de considerar a los hechos morales es una mera confusión entre los planos argumentativos del *ser* y del *deber ser*.

Los hechos jurídicos son del tipo “Un contrato *es* válido si A, B y C”. El papel de los hechos morales en el Derecho es justificatorio de los elementos que determinan los hechos jurídicos, estos son del tipo “Un contrato *debe ser* válido si A, B y C *porque* X, Y y Z”. Más aun, la justificación de los hechos morales no tiene una relación directa con los hechos jurídicos, sino que están mediados por una relación entre las prácticas sociales (A, B y C) y las justificaciones (X, Y y Z), así como por una aceptación y/o capacidad de imposición de X, Y y Z ante la sociedad. Me parece que estas distinciones y relaciones se clarifican cuando se considera la idea de Mark Greenberg sobre el “mapeo” (*track*) de los fundamentos metafísicos de los hechos jurídicos.³

¹Mark Greenberg. «Nonbasic Epistemology: Must the Epistemology of a Nonbasic Domain Track its Metaphysics?» En: *UCLA School of Law, Public Law Research Paper* 20-33 (2020).

²*Ibid.*, El ejemplo que da Greenberg sobre cuál es un hecho jurídico es que, en California, los contratos de venta de terrenos no son válidos si no se hacen por escrito. En general, considero que puede definirse un hecho jurídico como una regla implementada por operadores jurídicos que acota o expande el conjunto de posibles estados de la naturaleza, entendidos en términos estadísticos, de uno o más individuos.

³Otras traducciones de *tracking* en el contexto al que Greenberg se refiere serían dar seguimiento,

De acuerdo con Greenberg, existen diversos métodos para mapear los fundamentos metafísicos de una disciplina. El relevante para los fines de este ensayo es aquel del cual se infieren los hechos jurídicos a partir de todos los hechos más básicos que lo componen, *y únicamente de estos*, pues esto implica que los mapeos se realicen con la “estructura correcta”, i.e., de una manera que de cuenta de todos los elementos relevantes del fenómeno estudiado, dejando de lado el “ruido” que considerar elementos irrelevantes generaría. La importancia de mapear los fundamentos metafísicos de los hechos jurídicos se debe a que la fiabilidad con la que se puede obtener conocimiento jurídico a partir de un método depende de en qué medida mapea correctamente estos fundamentos. ¿Por qué? Porque si no se consideran todos los elementos que determinan los hechos jurídicos, no se podrá con certeza hacer afirmaciones respecto de estos.⁴

Así, por ejemplo, si se asume que los fundamentos del derecho son tanto hechos sociales como hechos morales (y entonces esta es la estructura correcta), pero de manera miope se considera que únicamente lo son los hechos sociales, la afirmación “la pena de muerte está permitida en Estados Unidos en la medida en que es una norma que se sigue aplicando”⁵ sería solo parcialmente verdadera, pues, de considerar que los hechos morales también constituyen el contenido del derecho se podría fundamentar que la *correcta* interpretación de la prohibición de la octava enmienda de los “castigos crueles e inhumanos” incluye a la pena de muerte y, por ende, el que siga aplicándose este castigo es en realidad un error. No obstante, considero que tomar esta postura sería confundir mapear los fundamentos del derecho como fenómeno social con querer invalidar los hechos jurídicos observables como falsos para justificar un hecho jurídico alternativo que se adecua a alguna teoría normativa particular que el investigador prefiere sea la que rija el fenómeno jurídico. De manera más sintética, sería confundir el *ser* con el (más bien *un*) *deber ser* de los hechos jurídicos.

A lo largo del presente ensayo argumentaré que la estructura correcta del mapeo para entender los hechos jurídicos se conforma únicamente por hechos sociales, pues es posible explicar y entender los fenómenos jurídicos únicamente haciendo referencia a estos, siendo este el objetivo de mapear los fundamentos base de una disciplina. En la Sección 2 argumentaré con más detalle por qué este es el caso. Posteriormente, en la Sección 3 argumentaré por qué los hechos morales únicamente son relevantes para determinar a los

rastrear, o localizar, pero considero que “mapear” es el más adecuado, pues captura la idea de establecer una relación entre los hechos más básicos y los hechos que se están analizando (*target facts*). Greenberg menciona que su idea de *tracking* puede pensarse, esquemáticamente, como establecer una relación funcional entre los hechos básicos y los hechos a analizar. Así, por ejemplo, sea $f(\cdot)$ una función que relaciona los conjuntos A , B y C con el conjunto X , $X = f(A, B, C)$. El *tracking* consiste en “mapear” esta relación entre los conjuntos para que sea posible inferir el contenido de X a partir de los conjuntos A , B y C . Greenberg, «Nonbasic Epistemology: Must the Epistemology of a Nonbasic Domain Track its Metaphysics?»

⁴Ibíd.

⁵*Executions Overview*. 2020. URL: <https://deathpenaltyinfo.org/executions/executions-overview>.

hechos jurídicos en relación con hechos sociales y nunca por sí mismos, no obstante que esta relación es meramente contingente.

2. Hechos sociales como *únicos* fundamentos metafísicos

Para entender por qué los únicos fundamentos del Derecho son hechos sociales es fundamental no perder de vista que el Derecho proviene, al final del día, de la actividad humana y que es un fenómeno social.⁶ Robinson Crusoe, antes de que encontrara a Viernes no estaba sujeto a ningún ordenamiento jurídico. La función del Derecho, en términos muy generales, es establecer reglas implementadas por operadores jurídicos que acotan o expanden el conjunto de estados de la naturaleza, entendidos en términos estadísticos (i.e., realidades posibles ante una acción u omisión), de uno o más individuos. Así, a Robinson los enunciados jurídicos que permiten, obligan o prohíben ciertas acciones u omisiones le son irrelevantes. Las únicas limitaciones a su conjunto de estados de la naturaleza provienen de sus características personales y las circunstancias de la isla en la que vive. La única razón detrás de esto es que aun no conoce a Viernes, con quién sería capaz de construir la ficción compartida que es el Derecho, y aún en este caso, las limitaciones a su conjunto de estados de la naturaleza no vienen del Derecho como tal, sino de las acciones u omisiones de Viernes.

El que los hechos sociales sean los únicos fundamentos metafísicos del Derecho en definitiva no es una idea nueva. Esta ha sido la afirmación que han defendido positivistas como Herbert L. A. Hart, y, más recientemente, Scott Shapiro con sus teorías del derecho. Para Hart, los hechos jurídicos se conforman de la convergencia entre la práctica de los jueces y la de otros operadores jurídicos en la decisión de cuáles son los “materiales” legales (leyes, decisiones judiciales, ordenes administrativas, etc) relevantes y exactamente cómo es que estos materiales en su conjunto determinan el contenido del derecho. Por su parte, para Shapiro el contenido del derecho son los planes sociales cuyo fin es contrarrestar las deficiencias de formas alternativas de planificación respecto de las llamadas circunstancias de legalidad.⁷ En este último caso los fundamentos metafísicos del derecho son solo hechos sociales pues los planes son creados por instituciones de planificación, que, en última instancia, son un conjunto de comportamientos de un grupo específico de personas.

Fuera de que consideremos que las teorías de Hart o de Shapiro son una representación plausible de la realidad, y que entonces son útiles en tanto especifican los elementos de la función de mapeo y la manera en que esta función opera (h (práctica judicial) o s (planes)),

⁶Brian Leiter. «Legal Positivism about the Artifact Law: A Retrospective Assessment». En: *Law as Artifact (Oxford University Press, 2017)* (2017).

⁷SJ Shapiro. *Legalidad (DM Papayannis & L. Ramírez Ludeña, Trads.)* 2014.

considero que su mayor relevancia estriba en que la falta de referencia a hechos morales no deriva en un entendimiento incompleto del fenómeno jurídico. Las teorías eliminativistas de Lewis Kornhauser y Scott Hershovitz abonan claridad en este mismo sentido.

Según el modelo eliminativista de Kornhauser podemos entender al Derecho como un conjunto de materiales jurídicos que coordinan la conducta de los ciudadanos,⁸ y en este sentido es similar a la Teoría de los Planes de Shapiro. La diferencia principal radica en que para Shapiro los hechos jurídicos sí son interesantes en sí mismos, aun cuando este de acuerdo con que los fundamentos del derecho son meros hechos sociales; mientras que para Kornhauser los hechos jurídicos son irrelevantes, y podríamos entender al Derecho únicamente haciendo referencia a los hechos sociales. Es por esto que considera que para que los operadores jurídicos tomen decisiones no es necesario distinguir entre razones legales y no legales.

A pesar de que considero que su teoría del derecho es difícil de sostener, arroja mucha luz sobre por qué los hechos morales son irrelevantes para entender al Derecho. Kornhauser explica que de acuerdo al modelo estándar (el modelo de Hart) los operadores jurídicos toman decisiones con base en un proceso de dos pasos. Primero, fijan qué es lo que el derecho establece. Segundo, consultan razones no legales que justifiquen no seguir lo que el derecho establece, con lo que ya se encuentran en una posición de tomar una decisión. Argumenta que este proceso puede reducirse a un solo paso: consultar los materiales legales con los que las personas coordinan su actividad.⁹ Parafraseando, estos materiales legales no son otra cosa más que textos con etiqueta de jurídicos – pero textos al final del día –, opiniones, prácticas sociales, y la relación entre estos elementos. Así, para Kornhauser no es necesario mapear los fundamentos metafísicos del Derecho (incluso parece decir que hacer esto es ineficiente); basta con analizar los comportamientos de los participantes de una sociedad para entender el fenómeno jurídico, que es mas bien un fenómeno social más sin ninguna característica particular que lo haga interesante en sí mismo.

Kornhauser acierta en enfatizar que el Derecho es un fenómeno social. No obstante, el principal problema con su modelo es que simplifica demasiado el fenómeno jurídico, llegando al extremo de decir que no existe *ningún* valor agregado de la estructura de pensar a este fenómeno como Derecho. Su argumento sería equivalente a decir que para entender a la Semántica basta con considerar los usos del lenguaje sin darles ningún tipo de estructura. Aun cuando la Semántica sí se puede explicar por el conjunto de los usos del lenguaje, el valor agregado de esta es que ordena la sistematiza estos usos; paso necesario para entender el lenguaje humano. En la misma línea, y a lo mejor con mayor claridad, la Física entendida como el conjunto de hechos físicos, otorga un valor agregado a las observaciones de la naturaleza y a las teorías que se forman a partir de esta *precisamente*

⁸Lewis A Kornhauser. «Doing without the Concept of Law». En: *NYU School of Law, Public Law Research Paper* 15-33 (2015).

⁹*Ibid.*

por la estructura que le otorga a estos dos conjuntos de manera sistemática. Una teoría sobre las leyes que rigen a los objetos materiales, por sí misma, no tiene ningún valor; así como tampoco lo tienen las múltiples observaciones que se tengan del comportamiento de estos objetos. Solo es posible decir algo útil si las teorías se prueban (o, dirían algunos, “no se rechazan”) con las múltiples observaciones de los objetos materiales. Otra vez, es la forma sistemática en que se establecen relaciones entre observaciones empíricas y teorías (o, en este caso, modelos matemáticos) el valor agregado de la Física como disciplina.

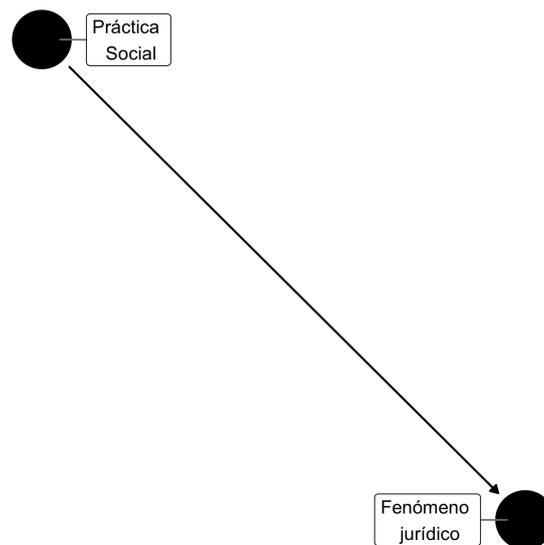


Figura 1: Mapeo de los fundamentos metafísicos de los hechos jurídicos

Los hechos jurídicos tienen un valor en sí mismo por la utilidad que tiene darle una estructura a los fenómenos sociales que los determinan. Aquí vuelve a ser útil la idea de Greenberg de mapear los fundamentos metafísicos de una disciplina. La Figura 1 muestra esquemáticamente los únicos elementos necesarios para entender y explicar un hecho jurídico: el conjunto de prácticas sociales y el mapeo que se hace de estos al conjunto del fenómeno jurídico. Es importante recalcar que el conjunto del fenómeno jurídico, que contiene los hechos jurídicos, es el resultado de esta operación, su valor se deriva entonces de la forma particular en que se mapea, que de ninguna manera tiene que considerar absolutamente todos los hechos sociales contenidos en el conjunto de práctica social. El mapeo en el derecho consiste en *discriminar*, *categorizar* y *relacionar* hechos sociales. El mapeo es una teoría del derecho (positivista).

Para aterrizar esta idea, consideremos la teoría del derecho de Hershovitz. De acuerdo con este autor los hechos jurídicos que conforman al fenómeno jurídico son las modificaciones que se le hacen a ciertos hechos sociales (a través de otros hechos sociales como la publicación de reglas o el hacer promesas) de manera tal que genera consecuencias

morales o prudenciales que de otra manera no habrían existido.¹⁰ El modelo de Hershovitz *discrimina* que los hechos sociales que hay que analizar son, por un lado, aquellos que modifican las consecuencias morales o prudenciales de alguna acción u omisión (i.e., hechos modificadorios), y, por el otro, las consecuencias mismas (i.e., hechos sancionatorios); *categoriza* las consecuencias (sociales) en morales y prudenciales; y *relaciona* los hechos sociales modificadorios y sancionatorios, haciendo posible establecer regularidades entre ambos, por ejemplo, al estilo kelseniano: “Si *se publicó un panfleto que menciona las prácticas que minimizan el riesgo de contagio de Covid-19* y un individuo no las sigue, entonces *habrá un rechazo social hacia ese individuo*”.

Hershovitz ha categorizado su teoría como eliminativista, por lo que parecería tener una íntima relación con la de Kornhauser, sin embargo, desde la idea de mapear los fundamentos metafísicos del Derecho es distinta pues sí define un mapeo de los hechos sociales a los hechos jurídicos. El autor se considera eliminativista por criticar que se considere que al Derecho como sustancialmente distinto a otros instrumentos normativos, como la religión o las reglas de etiqueta. Esta crítica se supera al considerar que la religión y las reglas de etiqueta se conforman, metafísicamente, también por reglas sociales. Robinson, sin haber conocido a Viernes, no podría tener ni religión ni reglas de etiqueta que limitaran de manera efectiva su conjunto de estados de la naturaleza.¹¹

Considerando la teoría de Hershovitz desde esta perspectiva parecería que se contradice en tanto la finalidad de su desarrollo teórico era dejar atrás el debate Hart-Dworkin sobre los fundamentos del Derecho.¹² En efecto, más que dejar atrás el debate Hart-Dworkin, sus argumentos puntualizan que la teoría de Dworkin tenía la estructura incorrecta para determinar los fundamentos metafísicos de los hechos jurídicos. Implícitamente, afirma que los únicos hechos base que se deben considerar al analizar el fenómeno jurídico son los hechos sociales al decir que los hechos morales, como los entendió Dworkin, no caben en una Teoría del Derecho. Estos hechos morales (Dworkineanos) se refieren a los principios morales como la democracia y la equidad que son los que *justifican* la práctica jurídica. Hershovitz afirma que las justificaciones de la práctica jurídica no son, por sí mismas, parte del Derecho. Llegan a serlo solo en tanto motivan la conducta de los operadores

¹⁰“When we post rules or make promises, we are aiming to shape the norms that govern our lives. But we do not shape those norms by creating, out of whole cloth, new sorts of normativity, or even quasi-normativity, unique to those activities. ***Rather, we shape those norms by shifting the social facts in ways that have moral or prudential consequences.***” (Énfasis añadido) Scott Hershovitz. «The End of Jurisprudence». En: *Yale LJ* 124 (2014), págs. 1160 -1204.

¹¹Un contraargumento a esto podría ser que Robinson sí podría ser religioso de la misma manera que un monje ermitaño lo es. Aun concediendo que la religión no está constituida metafísicamente únicamente por hechos sociales, el aceptar que para que su mapeo tenga una estructura correcta habría que tomar en consideración hechos psicológicos también, no abona a la discusión de si estos sistemas normativos tienen un fundamento en hechos morales. Solo habría que ajustar el mapeo para considerar tanto hechos sociales como hechos psicológicos, pero no necesariamente morales. Considero que aun respecto de la religión no es el caso y que nuevamente se está confundiendo lo que la religión *es* con lo que se cree *debe ser*.

¹²Hershovitz, «[The End of Jurisprudence](#)».

jurídicos, pero, esta motivación es contingente. Establece que las razones morales, que es a lo que el se refiere como “hechos morales”, modifican la conducta por las (posibles) *consecuencias* morales – como por ejemplo el rechazo social – que una acción u omisión podría tener, y es con base en esta observación empírica sobre cómo razones morales pueden motivar la conducta humana que argumenta que el Derecho es solo un subconjunto de la Moral. No obstante, las consecuencias morales a las que hace alusión son en realidad hechos sociales.

En la línea de la crítica de Hershovitz al debate Hart-Dworkin, estimo que buena parte de la dificultad de aceptar que el Derecho está conformado metafísicamente únicamente por prácticas sociales radica en querer otorgarle un estatus especial dentro de los fenómenos normativos. Entiendo la importancia que tiene para el funcionamiento descentralizado de la sociedad, y la utilidad en términos de reducción de costos de coordinación, pero esta importancia y utilidad no son razones suficientes para considerar que es, casi en términos esenciales (metafísicos, pues), distinto de la religión o de las reglas de etiqueta. Esta intención de quererle dar un estatus especial tiende a verse reflejado en el énfasis que se le da a la validez como criterio de pertenencia a un ordenamiento jurídico, y, por ende, para determinar el contenido de los hechos jurídicos.

Bajo el modelo estándar, para conocer el contenido del derecho basta con conocer la regla de reconocimiento que establece los criterios de validez del ordenamiento. Estos criterios son las circunstancias A, B y C en el enunciado del tipo “Un contrato *es* válido si A, B y C.” Una vez teniendo esto claro lo único que se tiene que hacer es corroborar que estas circunstancias se cumplan. También bajo el modelo estándar, la eficacia es una calificativa de las normas no directamente relacionada con la validez, y, definitivamente, menos relevante. A pesar de esto, de aceptar que son los hechos sociales los únicos fundamentos de los hechos jurídicos, la eficacia tendría lógicamente mayor peso en la determinación de los contenidos jurídicos. En la medida en que una norma no sea eficaz, es irrelevante lo que rece, aun cuando todos los criterios que definan su validez se cumplan.

Esto es así toda vez que, si la ineficacia de una norma es tal que la probabilidad de que esta se considere vinculante por parte de los operadores jurídicos sea *extremadamente* baja, sería irrelevante considerarla como parte del conjunto de normas que pertenecen al ordenamiento jurídico. En particular, si la probabilidad de que *algún* juez la aplique es *extremadamente* baja.¹³ Este sería el caso, por ejemplo, si la probabilidad de la aplicación de una norma particular es igual a la probabilidad de que se aplique una regla completamente arbitraria en relación con las circunstancias del caso que se analiza. Así, los criterios de validez son *de facto* completamente irrelevantes. De esta manera, la sepa-

¹³El umbral a partir del cual se considera que la probabilidad de que algún juez aplique una norma en particular es *extremadamente* baja en definitiva puede ser muy arbitrario. No obstante, la idea central es que este umbral existe, y una vez que se cruza, la norma se vuelve irrelevante. Alternativamente, podríamos decir que la pertenencia de normas particulares al ordenamiento jurídico es una cuestión de grado. No hay nada en el argumento que establezca que esta pertenencia debe ser una cuestión binaria.

ración tajante entre los conceptos de validez y eficacia en el modelo estándar resulta ser más perjudicial que benéfica en términos de claridad en el entendimiento del fenómeno jurídico.

Sintetizando, los únicos fundamentos metafísicos del Derecho son los hechos sociales pues es posible explicar el fenómeno jurídico sin ninguna referencia a los hechos morales. Tanto las teorías del derecho positivistas como las eliminativistas dan cuenta de esto. Más aun, es posible discriminar entre estas distintas teorías, pues, con base en la idea de Greenberg del mapeo de los fundamentos metafísicos de una disciplina, la función del mapeo y con esto su valor añadido, se basa en la estructura y relación que se le da a los hechos más básicos, que es lo que posibilita entender la disciplina. Finalmente, bajo el entendido de que una teoría del derecho es un mapeo de los hechos sociales a los hechos jurídicos, una teoría del derecho útil para entender el fenómeno jurídico debe dar cuenta de la importancia de la eficacia de las normas como criterio de pertenencia al conjunto del fenómeno jurídico.

A continuación, analizaremos el papel que *pueden tener* los hechos morales en la determinación del contenido del derecho, y como este es contingente a los hechos sociales.

3. (Justificación con) Hechos morales como método de modificación de hechos sociales

Para Greenberg, un mapeo de los fundamentos metafísicos tiene una estructura correcta *si y solo si* da cuenta de todos los hechos más básicos que lo componen, y únicamente se basa en estos. La consecuencia de no tener una estructura correcta es limitar la fiabilidad del conocimiento adquirido pues el mapeo sería únicamente parcial. Así, mapear parcialmente los fundamentos metafísicos de los hechos jurídicos implicará que se podrá acceder a un conocimiento limitado de cuál es el contenido del derecho, que, a lo más, resultará en un conocimiento local. Sin fijar una postura explícita sobre cuál es la estructura correcta del mapeo sobre el contenido del derecho, parece sostener implícitamente que es una que considere los hechos morales como hechos básicos.¹⁴

A diferencia de los hechos sociales, no existe consenso sobre si los hechos morales determinan al fenómeno jurídico en su conjunto de alguna manera relevante. La principal justificación de por qué sí forman parte de los hechos base del fenómeno jurídico (o, más

¹⁴“If, for example, the view is that anything sufficiently morally wrong cannot be a valid legal norm, then we can know immediately that the law does not require fugitive slaves to be returned – indeed, that humans cannot be property. Far from avoiding tracking, however, such a method of ascertaining legal facts relies squarely on tracking. According to the non-positivist view in question, facts about what is morally wrong are more basic than legal facts and play a specific role in determining the content of the law. Thus, the proposed method of ascertaining legal facts straightforwardly appeals to more basic facts and their role in determining the legal facts to infer the appropriate conclusion about the legal facts.” Greenberg, «[Nonbasic Epistemology: Must the Epistemology of a Nonbasic Domain Track its Metaphysics?](#)»

bien, por qué *deberían* formar parte), data a San Agustín según quién “el derecho injusto no es derecho”. Greenberg es uno de los autores que acepta, de manera más refinada, esta idea.¹⁵ Este tipo de argumentación fue precisamente la que se utilizó en los Juicios de Nuremberg para justificar los castigos impuestos a algunos oficiales nazis.¹⁶ Observando este fenómeno sin mayor contexto, podemos estar tentados a concluir que en este caso fueron hechos morales los que determinaron el contenido del derecho, por lo que un mapeo que solo considere a los hechos sociales como hechos básicos de los hechos jurídicos tendría una estructura incorrecta. Estas ideas no se relacionan lógicamente.

Para entender por qué la lógica detrás es falaz, consideremos un hecho físico del conjunto de las predicciones físicas, que reza: “Si en X lugar se avienta un balón de fútbol desde un tercer piso caerá a una velocidad de 9.8 m/s por la Ley de la Gravedad”. Consideremos adicionalmente que este enunciado se probó empíricamente, y se observó que el balón de fútbol cayó más lento de lo que la Ley de la Gravedad hubiera predicho, a 8.8 m/s. Siguiendo un razonamiento análogo al que se deriva de lo observado en los Juicios de Nuremberg diríamos que el que no se observe que el balón cayó a 9.8 m/s implica que existe otro tipo de hecho base que es fundamento de la Física: los hechos morales. El piso del lugar X es un jardín muy bien cuidado, por lo que una explicación razonable es que hay un principio de minimización del daño que explica por qué los objetos caen a menor velocidad en este lugar. Esto es un sinsentido, ya que existen otras consideraciones físicas que podrían explicar el fenómeno observado, como por ejemplo, que en el lugar X hay muchas corrientes de aire que soplan de forma tal que mitigan la caída de los objetos desde el tercer piso.

¹⁵ “We have an intuitive understanding of the legally proper way for a legal system to generate obligations, and we can articulate it theoretically by appealing to *what legal systems are for or are supposed to do*. Let me explain. Suppose a government persecutes a particular minority group. This persecution may include directives to harm members of that group or to deny them benefits. Such government actions are likely to have the effect on the moral profile of producing an obligation to protect or rescue the minority group, to disobey the directives, to try to change the policy, and so on. It is intuitively clear that an obligation that comes about in this way is not a legal obligation, despite the fact that it is the result of actions of legal institutions.” (Énfasis añadido) Mark Greenberg. «The moral impact theory of law». En: *Yale LJ* 123 (2013), págs. 1288 -1342, Nuevamente, el que se considere que bajo una teoría normativa particular *no se deba* aplicar una norma, no es de ninguna manera equivalente a que esa norma no forme parte, *de hecho*, del fenómeno jurídico.

¹⁶ Quincy Wright. «The Law of the Nuremberg Trial». En: *The American Journal of International Law* 41.1 (1947), págs. 38-72. ISSN: 00029300, 21617953. URL: <http://www.jstor.org/stable/2193853>.

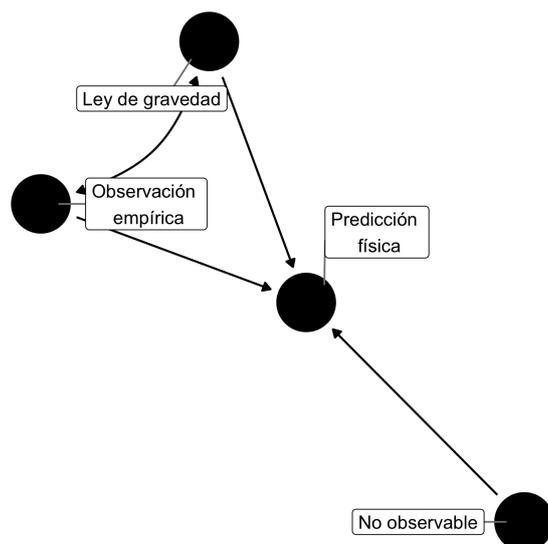


Figura 2: Mapeo (parcial) de los fundamentos metafísicos de los hechos físicos

El que se utilicen casos como los Juicios de Nuremberg para “explicar”/justificar que los hechos morales forman parte de los fundamentos metafísicos del Derecho es activismo académico sobre la manera en que a los autores les gustaría que funcionara de hecho el Derecho, o bien, otorgándoles el beneficio de la duda, miopía en el análisis del fenómeno jurídico en tanto se considera implícitamente que funciona estáticamente. Se deriva de la observación sobre que en los Juicios de Nuremberg no se consideraron como válidas la normas que obligaban a los nazis a seguir las ordenes de oficiales de rango superior, y entonces más bien se consideró que sus acciones encuadraban en el supuesto de crímenes definidos *a posteriori* como prueba de los hechos morales como fundamentos metafísicos del Derecho, cuando ambas normas fueron relevantes en momentos distintos.¹⁷

Parte de la confusión se puede explicar por el querer ver al Derecho como un fenómeno normativo de rango especial, en lugar de analizarlo como un fenómeno social, en el que si las circunstancias cambian, también lo hará el resultado. Del que se quiera que el Derecho sea un orden coherente y completo no se sigue que de hecho lo sea. El Derecho es un fenómeno vivo que está en constante evolución. La Figura 3 esquematiza la evolución socio-jurídica que se observó en los Juicios de Nuremberg. En un primer momento, t_1 , las normas del nazismo eran plenamente válidas y eficaces, por lo que aun cuando moralmente reprochables, eran Derecho. Posteriormente, en t_2 , se gestaron reproches morales a las atrocidades que se cometieron durante ese régimen, y se argumentó entonces que se debe dejar de lado la máxima de la mayoría de los ordenamientos jurídicos según la cuál nadie puede ser juzgado por delitos definidos como tales con posterioridad a la realización de los actos perseguidos (aplicación de una norma *ex post facto*)¹⁸ y castigar a los oficiales

¹⁷Wright, «The Law of the Nuremberg Trial».

¹⁸Ibid.

nazis. Finalmente, en t_3 , existe el suficiente apoyo social castigar a los oficiales nazis *ex post facto* derogando la norma en la que ellos basaron su comportamiento en t_1 .

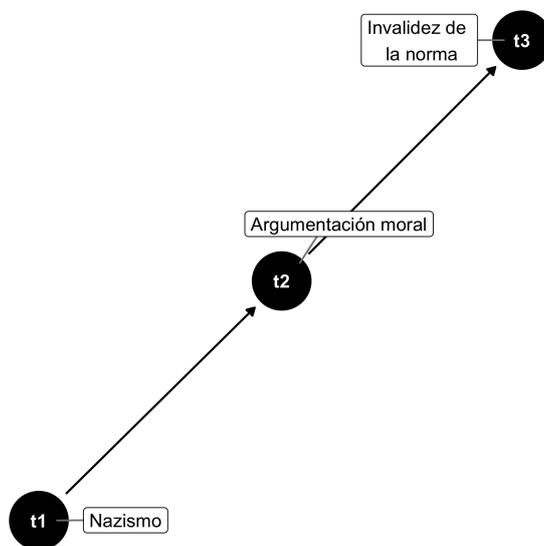


Figura 3: Hechos jurídicos desde una perspectiva dinámica

Con este ejemplo también observamos como los hechos morales, en este caso la argumentación moral en que se basa la decisión para aplicar normas *ex post facto* a los oficiales nazis, pueden formar parte de los fundamentos de los hechos jurídicos pero solo mediante un apoyo o exigencia social, que es un hecho social. Las justificaciones morales no tienen ningún peso por sí mismas, y en este sentido, tampoco existen por sí mismas. La relevancia de las justificaciones morales viene mediada del comportamiento social de los humanos. Greenberg acepta esto cuando menciona que a diferencia de otras áreas del conocimiento como la Física, en la que los fenómenos estudiados se encuentran inmersos en relaciones causales complejas, en el Derecho, los hechos jurídicos parecen tener un impacto causal solo a través de las creencias de la gente.¹⁹

Más aun, hoy en día existen avances tecnológicos que permiten poner a prueba qué tanto se cumplen ciertos principios normativos en los fenómenos sociales. La validez y eficacia de los hechos jurídicos, como veremos más adelante, no parecen depender de que estos se cumplan, o por lo menos no de manera relevante.

La gran mayoría de las teorías normativas modernas establecen que los principios normativos derivan de un conocimiento empírico “especial”. Por un lado, tenemos a Platón con los “guardianes” y Adam Smith con el “espectador imparcial”, que establecen que este conocimiento empírico “especial” solo puede alcanzarse por ciertos individuos.

¹⁹ “The possibility of inferring legal facts from their effects faces a special obstacle. The phenomena that are studied by physics and the special sciences are embedded in causal networks. Consequently, there are indefinitely many ways of finding out about these phenomena. By contrast, legal facts seem to have their principal causal impact through only one pathway – people’s beliefs about those legal facts.” Greenberg, «Nonbasic Epistemology: Must the Epistemology of a Nonbasic Domain Track its Metaphysics?»

Por el otro, tenemos a Rawls con el “velo de la justicia”, que, poniéndolo en términos burdos, es un método para eliminar el “ruido” en nuestra observación de la realidad – pues esta depende de nuestra identidad, nuestras experiencias y nuestro contexto – y así poder alcanzar el conocimiento cuáles son principios normativos, y si estos se siguen o no.²⁰

Si Platón y Smith tienen razón, habría que encontrar a los individuos “iluminados” para poder saber en qué medida se siguen ciertos principios normativos en los fenómenos sociales. En este caso, sería difícil, o imposible, probar empíricamente si los hechos morales son parte del Derecho. Si Rawls tiene razón, podríamos ser capaces de implementar el método propuesto para realizar la misma prueba. Al respecto, la Filosofía Experimental ha seguido a Rawls, y ha encontrado regularidades fuertes en los experimentos que pretenden determinar cuáles son los principios normativos que nos deberían regir, y medir la prevalencia de fenómenos normativos en fenómenos sociales.

En el tema que nos ocupa, una prueba de si los hechos morales son parte del derecho sería analizar si operadores jurídicos clave efectivamente cumplen con los requisitos normativos que justifican su actuar. Recordemos que para Dworkin, los hechos morales son *justificatorios* del Derecho. En este sentido, tomemos como ejemplo el caso de la imparcialidad de los jueces, que se considera como un estándar ético, pero más importante para nuestros fines, como un estándar jurídico. Según los anti-positivistas, esto es indicador de que los hechos morales forman parte del ordenamiento jurídico. Pero esta es una pregunta empírica. No basta con decir que la imparcialidad de los jueces es un hecho moral en tanto estándar ético y jurídico. De poderse medir, podría decirse que es un hecho moral solo si los jueces, para serlo, *de hecho* observan este estándar.

La “imparcialidad” es un termino equívoco que cuenta con diversas acepciones, por lo que gran parte del problema de responder a la pregunta empírica de si los jueces son imparciales, es definir claramente a qué nos referimos con “imparcialidad”. Guillermina Jasso ha identificado dos acepciones de este termino. Una, la imparcialidad contextual (*framing impartiality*), que se refiere a la capacidad de valorar en el mismo sentido una consecuencia, independientemente de quién sea el sujeto que la recibe.²¹ La segunda, la imparcialidad expresiva (*expressive impartiality*), se refiere a la capacidad de ser igual de vocal ante evaluaciones de justicia, independientemente de quién sea el sujeto que merece/provoca la evaluación.²²

²⁰Guillermina Jasso. «Is and Ought». En: *Empirical Research and Normative Theory: Transdisciplinary Perspectives on Two Methodical Traditions Between Separation and Interdependence* (2020), págs. 105-128.

²¹El ejemplo que da me parece bastante ilustrativo: “[I]f an observer frames income as a good for self but as a bad for another, or as a good for some rewardees and a bad for others, that observer lacks framing impartiality” *ibíd.*

²²En este caso también encuentro bastante ilustrativo su ejemplo: “[I]f an observer, for given justice evaluation, displays different expressiveness for self or other, or across rewardees, shouts the justice evaluation for one but whispers it for the other, that observer lacks expressiveness impartiality.” *ibíd.*

Jasso, Shelly y Webster, muestran que es posible medir la imparcialidad contextual y expresiva a través de encuestas factoriales²³, y encuentran que la imparcialidad contextual parece ser universal, pero existe mucha variación en la imparcialidad expresiva, sin que haya un patrón demográfico claro.²⁴

Si los hechos morales fueran genuinamente determinantes del contenido del derecho, importaría que los jueces fueran imparciales. No obstante, aun cuando no existe ninguna garantía de que este sea el caso, por lo menos respecto a la imparcialidad expresiva, las únicas explicaciones de por qué los ciudadanos siguen considerando las decisiones de los jueces como vinculantes están basadas en hechos sociales como: la inercia, el castigo por desvío del comportamiento esperado, los beneficios de mantener la coordinación y considerar sus decisiones previamente acordadas como vinculantes, entre otras.

Finalmente, el otro de los argumentos implícitos de por qué los hechos sociales no son los únicos determinantes de los hechos jurídicos según Greenberg, es porque a diferencia de otras áreas del conocimiento como la Física – en la que se pueden hacer hipótesis y luego contrastarlas con lo que se observa empíricamente para probar la teoría propuesta, y, en su caso, refinarla – en el caso del Derecho es difícil llevar a cabo estos experimentos de comprobación de hipótesis.²⁵ Experimentos como el de Jasso, Shelly y Webster, muestran que de hecho es posible llevar a cabo experimentos de comprobación de hipótesis en ramas de estudio tan complejas como la Filosofía.

Concluyendo, a lo largo del presente ensayo quedó claro como muchas de las confusiones sobre cuál es el contenido del derecho vienen de confundir los planos del *ser* y del *deber ser*. En lugar de buscar que la manera en la que nos gustaría que opere el Derecho, y argumentar que así es como de hecho opera, convendría enfocarnos en cómo de hecho opera. Considero que esto nos arrojará mucha claridad sobre el fenómeno jurídico, y una vez entendiendo esto, podríamos especificar mejor los cambios que habría de hacerle.

²³Este método de investigación busca identificar cuáles son las variables (los factores) relevantes en tomas de decisiones, y consiste en presentar diversos casos o escenarios hipotéticos en los que el investigado debe decidir. Los casos y escenarios varían aleatoriamente.

²⁴Guillermina Jasso, Robert Shelly y Murray Webster Jr. «How impartial are the observers of justice theory?» En: *Social science research* 79 (2019), págs. 226-246.

²⁵Greenberg, «[Nonbasic Epistemology: Must the Epistemology of a Nonbasic Domain Track its Metaphysics?](#)»

Referencias

- Executions Overview*. 2020. URL: <https://deathpenaltyinfo.org/executions/executions-overview>.
- Greenberg, Mark. «The moral impact theory of law». En: *Yale LJ* 123 (2013), págs. 1288-1342.
- «Nonbasic Epistemology: Must the Epistemology of a Nonbasic Domain Track its Metaphysics?» En: *UCLA School of Law, Public Law Research Paper* 20-33 (2020).
- Hershovitz, Scott. «The End of Jurisprudence». En: *Yale LJ* 124 (2014), págs. 1160-1204.
- Jasso, Guillermina. «Is and Ought». En: *Empirical Research and Normative Theory: Transdisciplinary Perspectives on Two Methodical Traditions Between Separation and Interdependence* (2020), págs. 105-128.
- Jasso, Guillermina, Robert Shelly y Murray Webster Jr. «How impartial are the observers of justice theory?» En: *Social science research* 79 (2019), págs. 226-246.
- Kornhauser, Lewis A. «Doing without the Concept of Law». En: *NYU School of Law, Public Law Research Paper* 15-33 (2015).
- Leiter, Brian. «Legal Positivism about the Artifact Law: A Retrospective Assessment». En: *Law as Artifact (Oxford University Press, 2017)* (2017).
- Shapiro, SJ. *Legalidad (DM Papayannis & L. Ramírez Ludeña, Trads.)* 2014.
- Wright, Quincy. «The Law of the Nuremberg Trial». En: *The American Journal of International Law* 41.1 (1947), págs. 38-72. ISSN: 00029300, 21617953. URL: <http://www.jstor.org/stable/2193853>.