

PROBLEMAS ACTUALES EN LA ENSEÑANZA DE MORAL CONVENCIONAL EN LAS UNIVERSIDADES

Manuel Asdrúbal Prieto Salas

Introducción

Este capítulo pretende elucidar la fuerte influencia que ejerce la sociedad de consumo en la concepción de universidad, la problemática del pensamiento estudiantil en la era de la globalización, la importancia de la enseñanza de los derechos humanos para evitar la instrumentalización de la ciencia del derecho y la incidencia de la moral convencional en la interpretación de estos derechos. Inicialmente, se emprenderá un recorrido histórico para entender las causas que llevaron a la transformación de las universidades fundadas en el siglo XII, y sus cuatro cambios subsiguientes; algunos teóricos los atribuyen a la evolución social que tuvo la humanidad después de la Edad Media.

Actualmente, gracias a la expansión de las empresas multinacionales y a los avances tecnológicos en telecomunicaciones, la humanidad afronta desde hace más de cuatro décadas una nueva evolución llamada globalización. Este fenómeno, aunque pretenda concentrarse en asuntos económicos, ha afectado varias entidades pertenecientes a los subsistemas del sistema social, entre ellos la universidad. La incidencia de la sociedad de consumo como derivado de la globalización, ha sido nefasta para la formación integral del estudiante; este último,

considera que la carrera profesional es una herramienta más para ser hombre de negocios, es decir, el mejor medio para conseguir mucho dinero, dejando de lado la estructuración moral del ciudadano. En este punto, se revela la importancia de las teorías convencionales de la moralidad en la interpretación de los derechos humanos, ya que estos hacen parte del elemento jurídico de la globalización; esta afirmación nace del hecho de que este tipo de garantías son de aplicabilidad universal, y no distinguen raza, religión o nacionalidad; precisamente, los llamados derechos humanos constituyen el componente moral del proceso de globalización, pero su construcción es problemática.

Finalmente, se proponen los derechos fundamentales de todo ordenamiento jurídico doméstico como la posible solución a la problemática presente en la creación de derechos humanos. La propuesta se posibilitará porque los derechos fundamentales domésticos no son entidades normativas estáticas, sino todo lo contrario, tienen un carácter mutable, pero dicha mutabilidad no incide en el núcleo esencial del mismo, sino en la ampliación del campo de interpretación a hechos antes no previstos. En ese orden de ideas, el punto de partida teórico de los derechos fundamentales será el del jurista Luigi Ferrajoli, que proporciona una definición estructural y formalista de los mismos con un carácter universal. Posteriormente, se elucidarán los diferentes puntos de vista de Habermas, Dworkin, Hart y Devlin y Rawls respecto de la posibilidad de construir teóricamente un sistema moral convencional regulador de la conducta. Finalmente, analizados los pros y los contras de estas tesis, se estudiará cómo el cambio de paradigma de interpretación judicial derivado de la inclusión de principios fundamentales a los sistemas jurídicos, permitió a la moral convencional influenciar los alcances y las interpretaciones mutables de los mismos.

La crisis del humanismo en las universidades

Desde la fundación de las primeras universidades en el siglo XII, hasta la actualidad, se pueden evidenciar tres cambios radicales relacionados con la evolución de la sociedad occidental. El primero de ellos se dio en el siglo XVIII; el segundo, producto de la Primera Guerra Mundial; y el tercero, originado a mediados de

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

los años setenta¹⁹⁰. El desarrollo de las universidades fue exponencial gracias al rechazo de los ilustrados a la restricción del saber, ya que sirvió para superar los estigmas del pensamiento medieval, además de producir nuevas concepciones de universidad como las universidades ilustradas, las facultades románticas y las universidades napoleónicas.

Las universidades ilustradas

Este tipo de universidad se caracterizaba porque en ella desembocaban los movimientos intelectuales europeos iniciados en los siglos XIV y XV, el despertar religioso de la reforma y la contrarreforma, los hallazgos científicos del siglo XVII y los aportes de los enciclopedistas (D^o Alembert, Diderot, Voltaire, Montesquieu y Rousseau), que fueron determinantes para proclamar a la universidad como el lugar de la racionalidad libre de las ataduras de la política, la religión y el Estado, donde el saber científico es el principio supremo de la unificación¹⁹¹. Curiosamente, esta forma de pensamiento no se originó en Italia, sino que fue importada por los franceses desde Inglaterra; el impacto causado por las obras de John Locke y Thomas Hobbes, además de los avances científicos de Isaac Newton en las universidades francesas, fue contundente, al punto que los pensadores de la época dedicaron gran parte de su carrera en diseminar estas ideas por el continente¹⁹².

Las facultades románticas

La ausencia del mito en el mundo posilustrado, por ser considerado un producto de la superstición que no resistía los criterios de la razón, originó un malestar musical y literario por la total ausencia de magia que caracterizaba esta etapa de la modernidad. Sin embargo, la aparición de algunos prerrománticos como Johann Gottfried Herder, el cual, siendo discípulo de Kant en la universidad de Königsberg, emprende una lucha titánica en contra del criticismo kantiano al

190 S. de Zubiría, Universidad, crisis y nación en América Latina. *Revista de Estudios Sociales*, núm. 26, 2007, pp. 148-157.

191 C. Bonvecchio, *El mito de la universidad*. México DF.: Siglo XXI Editores, 1991.

192 M. Domínguez, La educación durante la Ilustración española. *Norba*, núm. 10, 1990, pp. 173-186.

que calificaba como vacío¹⁹³. Esta batalla filosófica entre alumno y maestro fue instigada por la admiración que sentía Herder por el mayor contradictor de la filosofía kantiana del momento, el señor Johann Georg Hamann. Para Herder, los dogmas de la Ilustración son insostenibles respecto a la cultura, ya que el hombre, por todas sus limitaciones, no descubre la cultura a través de la razón, sino que el humano, gracias a su imaginación, es un productor de cultura¹⁹⁴.

El prerromanticismo herderiano, o también llamado la “nueva mitología”, a diferencia del Romanticismo que le siguió, no equiparaba la verdad y el origen con el mito, todo lo contrario, para él era necesario darle un nuevo uso al mito desde la óptica de la Ilustración, en donde de todo mito pueden interpretarse rasgos característicos de las sociedades antiguas, como la descripción de la historia por alegorías, su religión y su estructura o base poética¹⁹⁵. La identificación de estos ítems en este producto cultural de la imaginación, fue determinante para que las sociedades modernas, influenciadas por el Romanticismo reconstruyeran mitos de origen con el propósito de lograr una unidad nacional.

La incidencia del pensamiento romántico en las facultades universitarias se expresó por medio de la concepción de que estas eran el lugar donde residían y convivían los hombres sabios, ya no interesaba la intervención de la academia en asuntos de la función pública, sino que primaba la teoría y presentaba una fuerte tendencia a la mitificación de la institución.

Las universidades napoleónicas

La campaña de Napoleón encaminada a la conquista de Europa no solo generó cambios sociales, políticos y académicos en la Francia de ese entonces, también produjo cambios significativos en las facultades universitarias de los países que fueron vencidos. Los Estados vencidos en las guerras napoleónicas fueron sometidos a cambios políticos y sociales drásticos, que tuvieron incidencia en la formación impartida en los establecimientos educativos¹⁹⁶. En Prusia, la derrota de

193 A. Cutroffello, Kant's debate with Herder about the philosophical significance of the genius of Shakespeare. *Philosophy compass*, núm. 3, 2008, pp. 66-82.

194 L. Duch y A. Chillon. *Un ser de mediaciones: antropología de la comunicación*. Barcelona: Herder, 2012.

195 J. Herder, *Obra selecta*. Madrid: Alfaguara, 1982.

196 L. Scherz, La universidad del 2000. Entre Napoleón y Humboldt. *Nueva sociedad*, núm. 84, 1986, pp. 91-99.

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

sus ejércitos en Jena y Auerstädt en el año 1806, transformó la dinámica del poder monárquico absolutista prusiano, en donde el rey, además de ostentar la mayoría de los poderes públicos, ejercía control absoluto sobre las fuerzas militares. Después de estos sucesos, el poder de la monarquía disminuyó, ya que gran parte de estas funciones se delegaron a la aristocracia¹⁹⁷. Los cambios en la dinámica social prusiana, la pérdida de credibilidad de la filosofía kantiana, el perfeccionamiento de las críticas a la concepción idealista de las facultades universitarias, además de la fundación de la universidad de Berlín por Alexander von Humboldt, fueron determinantes para que en 1810 se cambiara el modelo de universidad¹⁹⁸.

En América Latina, específicamente en Guadalajara, se evidenció la influencia de los conflictos sociales en la concepción de la universidad. El pueblo mexicano, lejos de encontrar la paz después de lograr su independencia, tuvo que afrontar nuevos retos, como el predominante conflicto entre las oligarquías burguesas que ostentaban el poder económico, el clero y la comunidad liberal intelectual¹⁹⁹. En este punto, la disputa por el control del poder político y económico tuvo un influjo enorme en la concepción de la educación en el estado de Jalisco, donde el sisma social alcanzó dimensiones novedosas, ya que personas de pensamiento liberal como Prisciliano Sánchez, estaban decididas a la creación e implementación de la educación pública gratuita, con el propósito de producir un pueblo culto para estar al mismo nivel de las culturas más avanzadas. Sin embargo, la resistencia a estas propuestas novedosas provino de la comunidad eclesiástica y de las élites de Jalisco, que consideraban que la única formación superior válida era la teología católica; por este motivo, se clausuraron dos instituciones de educación superior en Jalisco para fundar el Instituto del Estado, que funcionaba con recursos públicos y estaba destinado a la educación de todo el mundo sin excepción alguna²⁰⁰.

La adopción del modelo de universidad napoleónico por el resto de los países latinoamericanos tuvo la misma resistencia por parte de la comunidad eclesiástica

197 R. Solano, *La influencia de la Guerra de la Independencia en Prusia a través de la prensa y la propaganda: la forjadura de una imagen sobre España (1808-1815)*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2000.

198 T. Skocpol, *State and revolution: Old regimes and revolutionary crises in France, Russia and China*. *Theory and society*, vol. 7, núm. 1, 1979, pp. 7-95.

199 E. De la Torre, *La iglesia en México: de la guerra de independencia a la reforma*. *Estudios de historia moderna y contemporánea de México*, vol. 1, 1965, pp. 9-34.

200 A. Martínez, *De la universidad colonial a la universidad napoleónica*. *Rhea*, vol. 7, 2005, pp. 257- 272.

y la oligarquía. El rechazo de las élites sociales a este modelo responde a varios factores, uno de los más importantes, es la laicidad característica de este tipo de universidad, dado que no era concebible para la educación superior la no enseñanza de teología católica en las facultades²⁰¹; el otro elemento que causaba escozor en estas clases era el hecho de que la universidad fuera pública y de libre acceso, de ese modo se garantizaba la educación a cualquier ciudadano independientemente de su origen. Pero la Universidad Imperial, que fue el modelo por seguir de las llamadas “universidades napoleónicas”, dejaba de lado la formación humanística y se dedicaba a una profesionalización del estudiante que tendía a la formación de funcionarios públicos que debían estar al servicio del Estado²⁰².

El paradigma universitario después de la Gran Guerra

El empleo de los términos Primera Guerra Mundial y Gran Guerra es defectuoso para designar el conflicto comprendido entre 1914 y 1918. Este argumento nace de los estudios semióticos e históricos de los profesores Richard Hamilton y Holger Herwig²⁰³. Al parecer, la denominación “guerras mundiales” se usa para calificar a los conflictos bélicos de gran envergadura que afectan al mundo entero. Sin embargo, pensar que el primer conflicto armado de este nivel fue el sucedido entre 1914 y 1918 es un yerro histórico, toda vez que la civilización occidental con anterioridad ya había sufrido guerras de calidades similares, en donde el mundo conocido entró en conmoción por el choque de más de dos imperios, causando la muerte a grandes segmentos poblacionales, ejemplo de ello son: 1) la guerra de la Gran Alianza (1689-1697); 2) la guerra de la sucesión Española (1701-1714); 3) la guerra de la sucesión Austriaca (1740-1748); 4) la guerra de los Siete Años (1756-1763); 5) la Revolución francesa (1792-1802); 6) las guerras napoleónicas (1803-1815); 7) la “Primera” Guerra Mundial (1914-1918) y 8) la “Segunda” Guerra Mundial (1939-1945). Por tanto, es inadmisibles, académicamente hablando, que las únicas guerras que deban ser calificadas como mundiales sean las ocurridas en los periodos de 1914-1918 y 1939-1945, toda vez que en la

201 R. Arias, Estado laico y catolicismo integral en Colombia. *Revista historia crítica*, núm. 19, 2001, pp. 69-96.

202 G. Gómez, *La universidad a través del tiempo*. México DF: Centro de Publicaciones de la Universidad Iberoamericana, 1998.

203 R. Hamilton (ed.), *The origins of World War I*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

complejidad del concepto “guerra mundial” estos conflictos anteriormente referenciados también encuadrarían en él.

Las transformaciones sufridas por la universidad en la posguerra (1919-1937) fueron fomentadas por el nuevo modelo de poder estatal, el cual no podía permitir ninguna objeción en contra de su legitimización. A esta represión de la opinión crítica responde Weber al afirmar que la naturaleza de las universidades alemanas se trastornó y paulatinamente se está transformando en facultades de estilo norteamericano, donde prima la especialización acerca de un tema, en virtud del beneficio que pueda representar, dejando de lado la verdadera conciencia y profundidad característica del pensamiento alemán. La percepción de Weber sobre la transformación universitaria no solo responde a los conflictos entre la opinión pública y el poder estatal que caracterizaron esa etapa de la historia, sino que también vislumbró los nuevos enfoques utilizados por las facultades contemporáneas que consisten en la súper especialización de la disciplina en virtud de utilidad económica que pueda representar.

La crisis de la universidad contemporánea

El modelo actual de universidad se originó a mediados de los años sesenta, y, hasta la fecha, se ha caracterizado por padecer un sinfín de problemáticas como la falta de financiación de las universidades públicas por parte del Estado, el aumento desmesurado de las universidades privadas sin la debida regulación, la pérdida del *ethos* universitario, la instrumentalización de las carreras, entre otras. Sin embargo, la presente investigación no se enfoca en la posible solución de todos estos fenómenos, sino en el estudio de la globalización y su incidencia en la instrumentalización de las carreras.

La globalización no tiene una teoría clara unívoca, que desarrolle toda su complejidad; de hecho, existen dos teorías que intentan una aproximación filosófica a este fenómeno: las teorías pesimistas y las optimistas. La primera de ellas, argumenta que el Estado de bienestar, en donde el hombre es el eje de acción de las instituciones sociales, desaparecerá ineludiblemente por la competencia mercantil que, al ser de orden internacional, no podrá ser sometida ni regulada por las legislaciones internas; esta falta de control llevará a una depresión social que podrá traducirse en aumento de los índices de criminalidad, pobreza extrema

y degradación del ser humano²⁰⁴. Por otra parte, los llamados neoliberales, consideran que la globalización es un fenómeno positivo para la competitividad de los Estados que por estar en vía de desarrollo no podían conectarse económicamente con los Estados industrializados y desarrollados; estos últimos activan las economías estancadas de los primeros con la inyección de capitales destinados al desarrollo de empresas que se transformarán en catapulta para el avance y desarrollo de estas naciones. Aunque las dos concepciones sean disimiles, es posible encontrar puntos de coincidencia para estructurar una noción general más técnica que sintetice de alguna manera las complejidades que abarca este fenómeno, al punto de afirmar con un alto grado de plausibilidad que la globalización es un proceso en donde se puede ver una verdadera erosión de las soberanías nacionales por la incapacidad que tienen los Estados de diseñar políticas económicas independientes del rumbo que tome el mercado internacional²⁰⁵.

La presión que ejerce la globalización en la mayoría de Estados no solo afecta a la economía, sino que también influye en la mayoría de los subsistemas del sistema social. En el caso del derecho, es innegable el poder de persuasión que ostentan entidades supranacionales (como el Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo) sobre la legislación interna, a tal punto que, hoy en día, es una práctica habitual que el órgano legislativo promulgue leyes tendientes a armonizar la estructura del sistema jurídico propio de cada país con las directivas de estas entidades supranacionales, dándoles así un papel predominante en la decisión de todas las políticas públicas²⁰⁶. Paulatinamente, dichas instituciones van transformándose en una rama más del poder público en los países en vía de desarrollo, bajo la llamada teoría de la internacionalización del derecho constitucional, en donde este último es condicionado en sus contenidos y en sus estructuras por el derecho internacional, alterando profundamente los métodos de producción e interpretación de las reglas y los

204 K. Bodemer, La globalización, un concepto y sus problemas. *Nueva Sociedad*, núm. 156, 1998, pp. 54-71.

205 M. Moreno, La globalización: su concepto e impacto en los sistemas jurídicos. *Cultura jurídica*, núm. 3, 2011, pp. 215-230.

206 J. Serna de la Garza, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. México DF.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012.

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

principios de los sistemas jurídicos nacionales. Según el profesor Ernst Young²⁰⁷, este proceso comenzó con la introducción del respeto absoluto de los derechos humanos a todos los ordenamientos jurídicos internos, y ha penetrado aún más con el condicionamiento en la construcción de las estructuras legislativas, la interpretación y la aplicación del derecho.

El sometimiento del derecho constitucional al derecho internacional mercantilista no solo afecta las dimensiones sintáctica y semántica del lenguaje del derecho presentes en el nivel del uso, también afecta los metalenguajes desarrollados por los juristas y docentes²⁰⁸, quienes bajo el influjo de la globalización de la educación son determinantes en la súper especialización e instrumentalización del educando.

Problemas actuales en la globalización del derecho

El debate sobre la obligación de los Estados de acatar el derecho internacional no solo ha usado como campo de discusión los escenarios políticos; esta batalla también se ha trasladado a la academia del derecho. Precisamente en este estadio, tratando de elucidar el funcionamiento epistemológico de la regla de derecho internacional desde los conceptos positivistas de mediados del siglo XX, los cuales reformularon la noción del derecho como manifestación de voluntad con posibilidad de coerción de una autoridad política²⁰⁹, a una postura sociológica, en donde el origen de las leyes depende de un cúmulo de hechos que consisten en la aceptación social de la comunidad política. De ahí se desprenden dos tipos de reglas, las llamadas reglas secundarias establecen cómo la ley se crea, identifica y se cambia, y las reglas primarias que son identificadas y reconocidas cuando las secundarias se siguen²¹⁰. Sin embargo, cuando a Hart se le preguntó sobre la descripción teórica de la ley internacional desde este nuevo positivismo que él construyó, encaminó su búsqueda a un nivel sociológico y no jurídico, toda vez que, junto a sus colegas sociólogos, se preguntó si en la realidad social existía

207 E. Young, The trouble with the global constitutionalism. *Texas International Law Journal*, vol. 38, 2003, pp. 527-545.

208 G. Kalinowski, *Introducción a la lógica jurídica*. Buenos Aires: Eudeba, 1973.

209 J. Austin, *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

210 R. Dworkin, *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

algún sistema de prácticas que antropológica o socialmente tuviera el propósito de funcionar como una regla de derecho internacional. Una de las críticas más fuertes a este método, fue que Hart no formuló la misma inquietud a abogados y jueces, que empíricamente hablando se relacionan a menudo con este tipo de normas. En consecuencia, la respuesta proporcionada por Hart y su equipo fue estéril y carente de argumentos sólidos, ya que, simplemente afirmó que su modelo positivista de reglas primarias y secundarias no es aplicable a normas de índole internacional²¹¹.

Por su parte, Dworkin legitima la subordinación de los sistemas jurídicos domésticos a la ley internacional, bajo el entendido de que existe una obligación *prima facie* que debe ser satisfecha por todos los Estados. Lo curioso es que el origen de esta obligación estatal no responde a que exista un sistema legal internacional consensuado, sino que, los Estados cumplen con dicha obligación para legitimarse a nivel interno y externo²¹²; además, el derecho internacional presenta a los ciudadanos una herramienta plausible en contra de los atropellos de los Estados autoritarios y ayuda a que se posibilite la solución de problemas que requieren de una coordinación internacional. Pero el derecho internacional está lejos de satisfacer estas metas idealistas, esto se demostró en las vulneraciones perpetradas por Estados Unidos en la crisis que hubo en el golfo pérsico, en donde esta nación transgredió las reglas internacionales del respeto del espacio marítimo y no padeció sanción alguna²¹³, además de ignorar el elemento económico típico de la globalización que tiende a subordinar a la mayoría de los subsistemas sociales, entre ellos el derecho.

Según Mark Tushnet²¹⁴, existe un fenómeno de la globalización del derecho llamado constitucionalidad como convergencia; en sus términos, la globalización en el derecho se puede evidenciar en el modo en que convergen las estructuras de los sistemas constitucionales y sus mecanismos de protección constitucional,

211 R. Dworkin, A new philosophy for international law. *Philosophy & Public Affairs*, vol. 41, núm. 1, 2013, pp. 2-30.

212 A. Chilton, A Reply to Dworkin's New Theory of international Law. *The University of Chicago Law Review*, vol. 80, núm. 108, 2013, pp. 105-115.

213 T. Franck, Legitimacy in the international law. *The American Journal of International Law*, vol. 82, 1988, pp. 705-759.

214 M. Tushnet, The Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Virginia Journal of International Law*, vol. 50, núm. 1, 2009, pp. 985-1006.

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

estos procesos se presentan de arriba hacia abajo y viceversa. El primero de estos procesos es el producto de la interacción de jueces constitucionales de todas partes del mundo, que gracias al vencimiento de los límites territoriales por la tecnología, mantienen una comunicación creciente que les permite unificar criterios jurisprudenciales de solución de casos que presenten rasgos similares, además de la creación de la jurisprudencia transnacional. En la relación de arriba hacia abajo las ONG tienen un papel imprescindible en la globalización del derecho como convergencia, ya que en la mayoría de procesos que se adelantan en los sistemas jurídicos internos por la violación de derechos humanos, se llaman a estas instituciones supranacionales para rendir conceptos sobre el alcance de los mismos; precisamente, este llamamiento les permite introducir interpretaciones universalistas de estos derechos que sean coherentes con las políticas internas de las ONG, creando así una convergencia interpretativa sobre el alcance y la protección que deben tener los derechos humanos en todas las partes del mundo. Respecto de la relación de abajo hacia arriba, la globalización instrumentaliza al derecho constitucional, dado que la plausibilidad de las normas constitucionales no se medirá en los beneficios que puede representar para sus asociados, sino que las constituciones se ofrecen como un producto de beneficios jurídicos que sea atractivo para los potenciales inversionistas²¹⁵.

La incidencia de la globalización en las facultades de derecho

La influencia de la globalización en la mayoría de los ámbitos sociales de la humanidad ha cambiado el paradigma de la educación universitaria, toda vez que el grueso de la comunidad estudiantil se vincula a las facultades universitarias con el único propósito de llegar a obtener grandes sumas de dinero por la ejecución de la profesión que están estudiando²¹⁶. Aunque no es un propósito negativo en sí mismo debido a los condicionamientos sociales del mundo globalizado, y la introducción de la competitividad como el criterio de estímulo para la superación personal, este sistema sí afecta en gran medida la percepción del estudiante respecto a la utilidad de algunas materias de formación humanista, que por carecer

215 A. Ogus, Competition between national legal systems. *International and comparative law quarterly*, vol. 48, 1999, pp. 405-418.

216 G. Guerrero, La educación en el contexto de la globalización. *Rhea*, vol. 6, 2004, pp. 343-354.

de aplicación empírica a ciertos ámbitos económicos, son consideradas como “rellenos”²¹⁷. Este fenómeno se debe, en parte, al escepticismo del estudiante sobre las verdades científicas que la humanidad ha descubierto, que es reemplazado por una valoración subjetiva de que toda posición es válida en la medida que preste alguna utilidad económica²¹⁸.

En las facultades de Derecho, la influencia de la globalización ha estimulado en el pensamiento colectivo de los estudiantes que las materias de fundamentación teórica no tienen importancia dentro de la vida profesional del abogado, zanjando así dos tipos de profesionales del derecho: los abogados académicos y los abogados empíricos; esta división en el ejercicio de la profesión no es algo negativo, toda vez que la escogencia del estudiante de un camino u otro depende en gran medida de sus condiciones históricas, económicas y sociales. El problema se gesta cuando la sociedad globalizada de consumo limita las posibilidades de desarrollo profesional del estudiante²¹⁹, con el argumento de que la única vía plausible para la abogacía es ser un hombre de negocios; bajo esos parámetros, la universidad deja de ser el recinto de formación de buenos ciudadanos que se consideran como un fin en sí mismos, y se convierte en una empresa, que ve al estudiante como su principal fuente de ingresos²²⁰. La influencia de la sociedad de consumo sobre los estudiantes de derecho se ve reflejada en las aulas de clase, cuando estos discuten con el docente sobre la plausibilidad de las materias de formación filosófica. Es evidente que esta postura, aparte de ser ignorante, está moldeada por la concepción consumista de que todo abogado debe ser un *men of bussines*, cuya formación académica debe limitarse únicamente a la reproducción de casos²²¹.

217 A. Boon, J. Flood y J. Webb, Postmodern professions? The fragmentation of legal education and the legal profession. *Journal of Law and Society*, vol. 32, núm. 3, 2005, pp. 473-492.

218 M. Pizzul, *La formación humanística, fin esencial de la universidad*. Mar del Plata: Universidad Fasta Ediciones, 2013.

219 E. Rodríguez, Educación y educadores en el contexto de la globalización. *Revista Iberoamericana de Educación*, núm. 35, 2005, pp. 1-9.

220 R. Mullerat, El futuro de la abogacía y la formación del abogado. *Afduum*, núm. 6, 2002, pp. 283-306.

221 E. Ogliastri, El método de casos. *Cartilla docente, publicaciones del CREA*, núm. 1, 1993, pp. 1-32.

La moral convencional como oposición a la sociedad de consumo

A pesar de la presión que ejerce la sociedad de consumo sobre las facultades de Derecho, existen ciertas áreas del conocimiento jurídico que se resisten a la instrumentalización de la abogacía, incluso han llegado a penetrar las dinámicas del mundo sin fronteras propuesto por la globalización; esta labor es desempeñada por las teorías de la moral convencional en la interpretación de derechos fundamentales. Esta situación se posibilita gracias a que, para su desarrollo, las dimensiones de la sociedad de consumo requieren relacionarse con los procesos de construcción de identidad social, que son parte de la moral social²²².

Los procesos convencionales de identidad cultural en las sociedades modernas son determinantes en la concepción de intereses comunes; a su vez, estos deberán ser protegidos por medio de cartas políticas bajo el rótulo de derechos fundamentales. Sin embargo, la incidencia de este tipo de derechos en la estructuración de los llamados derechos humanos está condicionada por la civilización blanca, es decir, que las garantías a los intereses de los países en vía de desarrollo que han sido consagrados como derechos fundamentales en sus jurisdicciones domésticas jamás podrán tener el alcance de derecho humano. La primera aplicación conocida de estos “derechos humanos” a casos concretos se originó en los juicios de Nüremberg, el resultado de los procesos penales allí adelantados fue denominado jurisdicción universal²²³.

Curiosamente, la universalidad de los llamados derechos humanos no es realmente universal, es evidente que los intereses protegidos en esos derechos responden a las necesidades históricas y económicas de la sociedad occidental, en menosprecio de los intereses sociales de comunidades no occidentales, ni occidentalizadas²²⁴. En este punto surge la duda: ¿cómo construir derechos de adjudicación universal real? La respuesta es un desafío para la humanidad, pero es posible enunciar que sus bases se hallan en el estudio de los derechos fundamentales de los ordenamientos jurídicos domésticos y no en el estudio de los mal

222 J. Saavedra, Adquirir la identidad en una comunidad de objetos: la identidad social dentro de la sociedad de consumo. *Nómadas*, núm. 6, 2007, pp. 363-380.

223 L. Díaz, *Globalización y derechos humanos*. México DF.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

224 Á. Hernández, ¿Fundamentos o protección de los derechos humanos? *Isonomía*, núm. 6, 1997, pp. 171-178.

llamados “derechos humanos”. Los puntos de coincidencia entre los derechos fundamentales de las jurisdicciones domésticas de todas las naciones del mundo sí podrán ser considerados como intereses universales de la humanidad, y, a su vez, la protección de dichos intereses sí podría ser calificada como verdaderos derechos humanos. Es evidente para el lector, que esta teoría sobre la fundamentación de los derechos humanos exige un análisis riguroso de las teorías que rodean la formación y estructuración de los derechos fundamentales.

La teoría estructuralista y funcionalista de Luigi Ferrajoli

Para Ferrajoli, los derechos fundamentales son “derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados con el estatus de persona, ciudadanos o personas con capacidad de obrar”²²⁵. Es evidente que en Estados totalitarios o en Estados donde está permitida la esclavitud o cualquier limitación radical a la dignidad humana, no podría colegirse lógicamente que existen derechos fundamentales. Por tanto, la característica universal de dicha definición, que es adjudicable a todo ser humano, se pone en tela de juicio.

Estos derechos fundamentales a menudo se encuentran plasmados en constituciones políticas, sin embargo, no indica que dichas constituciones impliquen todos los derechos fundamentales, ya que, en la mayoría de las jurisdicciones domésticas se encuentran algunos, como las garantías procesales, que dependen de la especialidad de la materia que abordan²²⁶.

Es claro que bajo este entendimiento, el factor valorativo de fundamentalidad es descartado de manera tajante, y es reemplazado por la universalidad entendida lógicamente, es decir, que si un derecho es adjudicable a todos los seres humanos, se entiende como fundamental por irrisorio que sea. En ese orden de ideas, una clasificación valorativa de derechos como la presente, no tendría cabida en la Constitución Política colombiana. La concepción valorativa entra en tela de juicio cuando añadimos el término de alienación, según el cual, si valorativamente denominamos fundamental a un derecho dentro de un sistema jurídico que permite su alienación, se presentaría una contradicción en el mismo. Además, por

225 L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001, p. 19.

226 G. Bidart, *Teoría general de los derechos humanos*. México DF.: Instituto de Publicaciones Jurídicas de la UNAM, 1989.

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

su naturaleza alienable y negociable, técnicamente no podría ser rotulado como fundamental. Por ejemplo, si un ordenamiento jurídico considera valorativamente la libertad como un derecho fundamental, pero a su vez, de manera concurrente permite el desprendimiento absoluto del mismo con fines mercantiles (esclavitud). Formalmente, la naturaleza del derecho sería negocial y no fundamental, ya que no se cumpliría con la característica de adjudicabilidad universal.

Esta definición es ventajosa, toda vez que respeta las divergentes formas de ver el mundo de cada sociedad, debido a que las comunidades humanas organizadas de acuerdo con su realidad y cosmovisión desarrollarán e implementarán sistemas jurídicos que contendrán derechos fundamentales únicos. La diversidad de derechos fundamentales no coincidentes se clarifica cuando se comparan los sistemas jurídicos de regulación de una sociedad totalitaria comunista con los de una sociedad liberal o democrata. Existe en este punto una cuestión problemática respecto de la universalidad de los derechos fundamentales; es evidente que no pueden ser los mismos en todas las sociedades humanas, pero concretamente ¿a que alude la universalidad? Cuando Ferrajoli establece la universalidad como un elemento característico de la fundamentalidad de derechos, alude a la ampliación en su mayor extensión de la igualdad de adjudicación de derechos en una comunidad determinada.

Cuando las sociedades persiguen intereses colectivos necesitan garantizarlos rotulándolos como derechos fundamentales; sin embargo, en esta etapa inicial es posible que las personas titulares de dichos intereses positivizados sean limitadas, es decir, que según la construcción formalista-estructuralista ningún interés particularizado puede alcanzar el estatus de derechos fundamentales²²⁷. Para lograr acercarse a dicho estatus, es necesario acudir al principio de igualdad como base de la universalidad, el cual deberá ampliar la distribución de dicha garantía a todos los miembros de esa comunidad. Si todos los miembros sin exclusión alguna pueden garantizar un interés común de manera igualitaria, se cumple en dicho caso con el factor de la universalidad.

Las desigualdades de adjudicación se legitimarán, siempre y cuando se realicen a través de dos limitaciones: 1) la referente a la ciudadanía de las personas, y 2) la referente a la capacidad de obrar de las mismas. Un ejemplo claro e histórico

.....
227 L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, op. cit.

ha sido la reducción paulatina de la incapacidad de obrar de las mujeres; inicialmente, ellas carecían de todo derecho de participación ciudadana y libertad negocial, pero con el transcurrir del tiempo, estas limitaciones fueron desapareciendo, adquiriendo así derechos políticos, civiles, públicos y humanos. Esta deslimitación que permitió la participación femenina en la distribución *igualitaria* de estos derechos, fue el factor necesario para elevarlos a la categoría de fundamentales²²⁸. Es decir, se satisfizo la igualdad de adjudicación como base de la universalidad (por razones obvias estos derechos inicialmente no eran fundamentales por ser exclusivos de los hombres).

Otro rasgo importantísimo necesario de desarrollar es la diferenciación entre derechos fundamentales y patrimoniales, ya que estos conceptos tienden a confundirse porque ambos son agrupados en el conjunto de derechos subjetivos, pero su naturaleza es diametralmente distinta. Para Ferrajoli, es posible desarrollar una clara distinción teniendo en cuenta la cuantificación universal proposicional lógica; bajo este entendimiento, los derechos fundamentales son adjudicables a “todos” sin discriminación alguna; en cambio, los derechos patrimoniales son de carácter *singular o particular*, dependiendo del número de sus titulares. La confusión entre uno y otro se da en las apreciaciones que se tienen sobre el derecho de propiedad. La primera de ellas ve la acción de convertirse en propietario de algo conexas a la capacidad jurídica, y la facultad de disponer de los bienes conexas a la capacidad de obrar; en ambos casos, estamos frente a derechos fundamentales, el primero porque es de carácter universal a toda persona y el segundo atribuido a la capacidad de obrar del ser humano. En el ejercicio de estas facultades universales las personas adquieren bienes específicos sobre los que tienen derechos reales, pero estos derechos reales que se tienen sobre un bien determinado en contra de cualquiera *no* pueden ser fundamentales. Es posible concluir, en este punto, que la propiedad es fundamental en el sentido que alude a la capacidad de obrar universal de toda persona, y que no debe confundirse con el producto de ese ejercicio que es la adquisición de un derecho real sobre un bien, en donde ese derecho es individualísimo frente a otras personas²²⁹.

228 M. Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*. México DF.: Instituto de Publicaciones Jurídicas de la UNAM, 2004.

229 L. Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *op. cit.*

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

La otra diferencia radical entre el derecho de propiedad y los derechos reales derivados del ejercicio de este, es la *inalienabilidad* del primero. Porque la facultad de adquirir bienes de toda persona no es disponible, no se puede vender, ni donar ni arrendar. Siempre va estar ligada al ser humano²³⁰. Por el contrario, los derechos reales que se ejercen sobre los bienes sí son disponibles, ya que jurídicamente es posible enajenar los bienes que adquirí con mi facultad, los puedo acumular, acrecentar, hacerlos variar; en cambio, la facultad reconocida a la persona para que con acciones específicas adquiriera bienes, no cambia ni crece, simplemente sigue siendo la misma.

Los problemas de una construcción moral convencional

Ahora bien, si los derechos fundamentales son la positivización de intereses colectivos que deben reunir ciertas características, cabe preguntarse ¿qué incidencia puede tener la moral en la conformación e interpretación de los mismos? Para responder esta cuestión es necesario acudir a teorías que desarrollen métodos de conciliación de interés en una comunidad, que posteriormente serán elevados a la categoría de derechos fundamentales. Sobre este punto, John Rawls²³¹ desarrolla un nuevo contractualismo que difiere en algunos de sus sustratos de las tesis postuladas por Hobbes, Locke y Rousseau. En él desarrolla el concepto de justicia como imparcialidad, como base teórica en la construcción contractual de *principios de justicia*, que serán los requerimientos que se deberán cumplir por parte de todas las normas jurídicas, independientemente de la validez y la eficacia de las mismas, teniendo en cuenta que la validez es la existencia específica de una norma la cual en su contenido ordena, manda, prohíbe, permite o faculta, y la eficacia refiere a la dimisión sensible de la norma²³².

Gracias a los principios de justicia, el ser humano goza de una órbita de inviolabilidad que funciona como un campo de fuerza protector en contra de un posible perjuicio subjetivo a favor de un bienestar común²³³. Al respecto, hay

.....
230 *Idem*.

231 J. Rawls, *Teoría de la justicia*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1993.

232 H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*. México DF.: Dirección de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.

233 J. Rawls, *Teoría de la justicia*, *op. cit.*

coincidencia con la teoría kantiana en donde el derecho ontológicamente produce las condiciones y garantías bajo las cuales las órbitas subjetivas de la libertad son compatibles con las de otras personas. Sin embargo, Kant legitima la coacción como un elemento balanceador de las órbitas de acción, que se hace necesaria cuando el desbordamiento de una de esas órbitas afecta la libertad de acción de las demás. Por tanto, el derecho deberá limitar la libertad desbordada para restablecer el equilibrio entre las relaciones de arbitrio, garantizando así los ámbitos de voluntad proyectada²³⁴. En cambio, para Rawls la coacción le legitima para evitar una injusticia mayor a la que produjo el actor en una ocasión determinada. Las injusticias son productos de los intereses egoístas de las personas, ya sean colectivas o individuales, que tienden a desmembrar la red social de cooperación; por esta razón, es necesario que la sociedad tenga elementos cohesionadores como intereses comunes desarrollados en una identidad de interés²³⁵, pero este no implica, como decía Devlin, que en virtud de la construcción convencional de dichos intereses la sociedad está facultada para atropellar al individuo que con su actuar no se acomodó a las cláusulas de dicha convención, toda vez que si el sistema jurídico no puniera o penalizara dicha conducta, esta tendría el poder y alcance de atentar contra la vida de la sociedad²³⁶; se habla de vida de sociedad porque para lord Devlin, la sociedad se asemejaba a un ser vivo y, por ende, le son adjudicables derechos como la vida y seguir sus propios designios. La satisfacción de estos derechos dependerá en gran parte del alcance del derecho penal, que tiene la obligación de proteger la sociedad. Lo preocupante de esta teoría es la fuerte presencia de un utilitarismo en contraposición a una igualdad como base de universalidad de distribución de derechos fundamentales, en que la cohesión de la sociedad dependerá de una tensión equilibrada entre los intereses particulares con los intereses comunes, ya que si no existiera dicha tensión, la individualidad y el egoísmo de los seres humanos terminaría afectando la distribución de los beneficios producto de la cooperación social. La distribución empleada en este esquema teórico alude a la concepción aristotélica del término justicia distributiva, concebido como una subespecie de la justicia como totalidad, pues, a diferencia

.....
234 I. Kant, *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 2002.

235 J. Rawls, *Teoría de la justicia*, *op. cit.*

236 Y. Caron, The legal enforcement of morals and so-called Hart-Devlin controversy. *McGill Law Journal*, vol. 15, núm. 1, 1969, pp. 9-47.

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

de la justicia conmutativa que reparte las riquezas y los beneficios igualitariamente, la distributiva lo hace atendiendo a las cualidades y calidades del sujeto²³⁷. La problemática de la distribución como elemento de la justicia en una sociedad es que el individuo se autoatribuye subjetivamente (mas no objetivamente) calidades y cualidades superiores a las de sus iguales, generando así conflictos de intereses en la red de cooperación.

Aunque la cooperación social es un elemento indispensable de toda sociedad, no sirve como criterio calificador de justicia convencional; para tal fin es necesario tener dos parámetros calificadores: “1) cada cual acepta y sabe que los otros aceptan los mismos principios de justicia y 2) las instituciones sociales básicas satisfacen generalmente estos principios”²³⁸. Tener claridad en estos dos criterios elucidará por qué el objeto de la justicia social es la estructura social, entendida como el modo en que las instituciones sociales asignan obligaciones, derechos fundamentales y la manera de distribución de los beneficios provenientes de la cooperación social. Estas asignaciones y distribuciones deberán equilibrar las relaciones intersubjetivas hacia una justicia universal, toda vez que en la realidad sensible los factores socioeconómicos no permiten que se cumpla con dicha virtud.

La cuestión central de esta teoría de justicia radica en poder determinar cuáles son los principios de justicia que regulan a la sociedad, para tal fin es necesario realizar un contrato social, un pacto inicial que diferirá de los desarrollados por Hobbes, Locke y Rousseau, que se caracterizaban por esbozar artificialmente el vínculo de pertenencia del hombre al Estado, que se generaba cuando los hombres establecían un contrato para transferir sus derechos a un ente artificial llamado Estado, que tenía la obligación de salvaguardar los derechos a él entregados²³⁹. Si bien es claro que las teorías de Hobbes, Locke y Rousseau, tienen puntos donde divergen, como el desarrollo del hombre en estado de naturaleza que, según Hobbes, es un estado maligno donde el hombre, huyendo de sus experiencias dolorosas, busca satisfacer experiencias sensibles placenteras egoístas, a costa de la depredación de sus congéneres; en cambio, Locke y Rousseau argumentan que

.....
237 Aristóteles, *Ética Nicomaquea*. Madrid: Gredos, 1988.

238 J. Rawls, *Teoría de la justicia*, op. cit., p. 29.

239 J. Del Vecchio, *Los derechos del hombre y el contrato social*. Madrid: Hijos de Reus, 1914.

el estado de naturaleza del ser humano es bueno. Pero, a pesar de las diferencias, estas teorías guardan una relación común contractual de asociación estatal, que fue la respuesta más adecuada a la crisis política, económica y social que caracterizó la Europa del siglo XVII, solucionada plausiblemente a través de la victoria del absolutismo²⁴⁰.

El sentido novedoso de la posición inicial rawlsiana es el fin que busca, ya que esta procura un acuerdo realizado intersubjetivamente para establecer los principios de justicia que regulan las actuaciones posteriores de sus miembros. Pero este pacto inicial necesita de unos requerimientos para que las decisiones convencionales sean exitosas, uno de ellos es que debe hacerse a través del velo de ignorancia. El velo es un concepto ideal que tiene la función de esconder a los participantes, para que ninguno sepa el color, credo, ideología, preferencia sexual y demás posiciones subjetivas internas²⁴¹. Este hecho posibilita que las decisiones adoptadas de común acuerdo convengan, sin discriminación alguna, a todos los participantes.

Con la ayuda del velo de ignorancia, los miembros de una comunidad inicialmente deben reconocer y adoptar dos principios de justicia básicos y necesarios, que servirán medularmente en la construcción de todo un esquema estructural de principios de justicia. El primer principio alude a la igualdad en la repartición de derechos y deberes básicos. Aquí empiezan a evidenciarse algunos puntos de encuentro con la teoría estructuralista y funcionalista de los derechos fundamentales ferrajoliana, específicamente en la igualdad como base del principio de universalidad. El segundo, es el mantenimiento de desigualdades económicas y sociales que deben garantizar una relación social equilibrada²⁴². Este segundo principio debe entenderse en el sentido de que siempre es necesario tratar a las personas desigualmente para lograr una aproximación real a la igualdad. Por ejemplo, cuando a dos personas socioeconómicamente distintas, una extremadamente adinerada y otra extremadamente pobre, se les cobra un impuesto exactamente igual en su cantidad, es evidente que al primero de ellos el valor económico no

.....
240 J. Touchard, *Historia de las ideas políticas*. Madrid: Tecnos, 1970.

241 J. Rawls, *Teoría de la justicia*, op. cit.

242 *Idem*.

le representará ninguna preocupación, pero al segundo de ellos se le perjudicará patrimonialmente debido a la precariedad de sus ingresos económicos.

Si bien es cierto que el modelo de Rawls es extremadamente plausible, presenta una serie de problemas en su implementación a una realidad sensible. La noción de velo de ignorancia es problemática en su aplicación, toda vez que fácticamente en la mayoría de las sociedades los participantes conocen las especificidades de las personas con las cuales se va a convenir un principio de justicia, haciendo de esta labor algo en extremo complicado. Frente a esta problemática se han propuesto diversas soluciones, entre las cuales encontramos la del jurista inglés lord Devlin, el cual afirma que la problemática consensual en la conformación de directrices morales convencionales se soluciona a través de la opinión mayoritaria. Como consecuencia de esta decisión mayoritaria, los asociados a un Estado de esta índole tendrán que encaminar su conducta (así no lo deseen) a los postulados adoptados mayoritariamente²⁴³.

Al respecto, Habermas considera que la conciencia social adquiere y supera tradiciones paulatinamente. Sin embargo, el cambio generacional de conciencia social no es uniforme, razón por la cual los viejos tradicionalismos van a encontrarse dilemáticamente con las nuevas concepciones adoptadas; este factor imposibilita una unificación de criterios morales comunes permitiendo que los sistemas como el derecho asimilen a través de su propiedad extensiva, y de su adensamiento, los elementos problemáticos del mundo de la vida que desembocan en normas reguladoras de dichas situaciones. La propiedad extensiva del derecho alude a la regulación jurídica que hace el sistema de nuevos asuntos jurídicos, que solo han sido tratados de manera normal. Por otra parte, el adensamiento es el procedimiento por el cual el derecho se subdivide en nuevos asuntos jurídicos más específicos para poder facilitar su estudio²⁴⁴.

Esta percepción de imposibilidad de una moral convencional deviene de la concepción kantiana, que es uno de los sustratos del principio moral habermasiano. Según este entendimiento, en términos de teoría del discurso, el principio moral trasciende los ámbitos de la vida privada y pública fortuitas de cada sociedad

243 Y. Caron, *The legal enforcement of morals and so-called Hart-Devlin controversy*, *op. cit.*

244 J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa*. Madrid: Trota, 2010.

e impone la praxis de rol idealista²⁴⁵, que a su vez implica dos elementos: el primero, referente a las pautas de conducta que asume la persona de manera privada e individual; y el segundo, referente a que la práctica del rol siempre estará encaminada a universalizar la acción individual asumida personalmente. Este último aspecto determina la poca utilidad de la distinción entre campos de acción del derecho y campos de acción de la moral, toda vez que debido a la propiedad extensiva del derecho, las conductas reguladas por la moral son asimiladas por el derecho y transformadas en normas jurídicas de obligatorio cumplimiento.

Sobre este mismo punto, H. L. A. Hart considera que sí es posible determinar la existencia de una moral convencional examinando las pautas y los criterios de los comportamientos socialmente aceptados, que en ocasiones se contraponen a los principios morales de un individuo que no compatibiliza su conducta con los ideales generales de la sociedad. En dicho evento, la seriedad de un sistema convencional moralmente aceptado, conformado por reglas primarias de conducta, puede superponer sus ideales sobre la conducta de la persona, pero dicha superposición no implica necesariamente la limitación de un derecho fundamental²⁴⁶. En la mayoría de ocasiones se presenta con una presión social. Pero Hart, al igual que Habermas, coinciden en un punto referente a la asimilación de la moral por parte del derecho, ya que si bien es cierto que existen estados primitivos que se regulan exclusivamente por reglas primarias, es necesario que estos evolucionen. “La evolución histórica de los Estados ha reflejado la clara tendencia de elevar a estatus jurídico las reglas primarias, que anteriormente solo padecían de estatus moral”²⁴⁷, este procedimiento solo es posible a través de reglas secundarias de reconocimiento, de adjudicación y de cambio. De todas formas, esta afirmación *no* implica que se desconozcan estos sistemas de control social distintos al derecho que funcionan paralelamente.

Es evidente que las diferencias entre las teorías habermasianas y hartianas reside en la posibilidad de llegar a construir una moral pública derivada de una convención; mientras que en el resto de sus postulados existen puntos coincidentes,

245 J. Habermas, *Facticidad y validez*. Madrid: Trota, 2001.

246 H. Hart, *El concepto del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

247 *Ibid.*, p. 210.

•Problemas actuales en la enseñanza de moral convencional en las universidades.

como la inevitable axiomatización de pactos morales por parte del sistema jurídico.

El modelo de Dworkin y la influencia moral en la interpretación judicial

Precisamente, el proceso de axiomatización de la moral por parte del derecho inquieta a Ronald Dworkin, que analizando la disputa entre Hart y Devlin sobre la convención moral, propone una nueva tesis que superará dichos modelos. A partir del reconocimiento de que todos los individuos no son iguales, y que cada uno maneja una moral autónoma e independiente que puede ser contraria a la posición moral de otro, llega a la conclusión de que es posible crear una convención moral, pero de nivel argumentativo.

En este modelo, la diversidad de posiciones morales individuales no es problemática; es más, estas son los puntos de referencia para su construcción. Toda posición moral puede ser integrada a una red de posiciones morales divergentes (incluso opuestas) a través del reconocimiento de su validez moral. A su vez, la validez debe ser alcanzada satisfaciendo cuatro reglas básicas de razonamiento moral que revestirán argumentativamente dicha posición. Cuando se logra cumplir con este procedimiento argumentativo, la posición que se produce será respetada así sea opuesta a la de los demás miembros de la red²⁴⁸.

La primera regla de razonamiento prescribe que la posición no puede derivar de prejuicios que han sido superados convencionalmente por la humanidad. Por ejemplo, la afirmación de que otro hombre es inferior por su raza. La segunda regla prescribe que la posición moral no puede ser producto de una reacción emocional, como una fobia. La tercera regla establece que la posición moral no puede ser producto de una posición de hecho que además de ser falsa no es plausible, y va en contrario de las normas de verificación mínimamente aceptadas. Y la cuarta y última regla, afirma que la posición no puede ser una copia de otras posiciones²⁴⁹. Si pasados estos filtros la posición es considerada moralmente válida, entonces puede hacer parte de la red, que deberá mantener una tensión equilibrada entre las posiciones individuales válidas por medio del razonamiento argumentativo moral. Asimismo, los intereses emergentes de la red deben respetar todas

.....
248 R. Dworkin, *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 2007.

249 *Idem*.

y cada una de las posiciones válidas, de esa manera se facilita la axiomatización por parte del órgano legislador de dichos principios consensuales, que tendrá que revisar de nuevo si efectivamente el interés no conculca ninguna individualidad para emitir un derecho fundamental adjudicable a todos los miembros sin discriminación alguna. Satisfecha esta meta, se podrá racional y argumentativamente justificar el principio de igualdad como base de la universalidad presente en todo derecho fundamental.

Ahora bien, es necesario analizar cómo incide esta convencionalidad de tipo moral en la interpretación judicial de un derecho fundamental. Particularmente, la mayoría de los derechos fundamentales son la positivización de intereses colectivos convencionales que deben tener un margen interpretativo amplio. Es decir que el lenguaje utilizado para su expresión no debe ser estrictamente cerrado ni muy concreto, sino que debe ser genérico y abierto para poder darle nuevos alcances; además, permitirá irradiar todo el sistema de normas jurídicas a través de un constitucionalismo moderado. Este último aspecto lo podemos atribuir al rango constitucional del cual gozan los derechos fundamentales. Para Alexy²⁵⁰, es claro que existe una diferencia radical entre sistema de corte legal y sistema de corte constitucionalista, este último ha predominado y superado los modelos clásicos de subsunción típicos del legalismo, y ha propuesto un nuevo modelo de ponderación de derechos constitucionales que está siendo implementado por los tribunales constitucionales.

La inclusión de principios axiomatizados como derechos fundamentales en un sistema de reglas cambió el paradigma de aplicación judicial, toda vez que en un sistema de reglas solo era posible la aplicación del método subsuntivo, en donde una norma funge como premisa mayor, el hecho como premisa y la sentencia como conclusión. Esta superación se debe a la indeterminación del lenguaje utilizado en los principios, que por ser extremadamente genérico y abstracto impide que su aplicabilidad dependa de este método. En cambio, brinda al operador judicial un campo amplio de razonamiento argumentativo, del cual deberá emerger una solución plausible al caso concreto. Este procedimiento racional práctico estaría condicionado y reglado por teorías morales procedimentales²⁵¹, que le

250 R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.

251 *Idem*.

permitirán al operador judicial interpretativamente ampliar y dar nuevos alcances a los derechos fundamentales. Sin embargo, la interpretación deberá respetar reglas de racionalidad práctica procedimental que la validarán sistemáticamente y la harán eficaz frente a la sociedad afectada con su decisión.

Conclusiones

Aunque la globalización en su componente “sociedad de consumo” afecte nocivamente la relación entre universidad y estudiante, las facultades de Derecho resisten el proceso de instrumentalización desarrollando teorías de interpretación jurídica basadas en la importancia de la moral convencional; esta última, usando como herramienta a los derechos fundamentales domésticos, permite la penetración del ámbito moral de la globalización que está materializada en los llamados “derechos humanos”. Este ejercicio no solo permite la adecuada adaptación de estas garantías morales “mundiales” a realidades sociales diversas, sino que esclarece problemáticas referentes a la “universalidad” de estos derechos, dado que, aparentemente, al ser originados por sociedades occidentales blancas pueden desconocer y rechazar culturas que no consigan encuadrarse en lo que es considerado correcto por estas sociedades.

Por otra parte, gracias a que estas teorías formalistas van en contravía de las concepciones valorativas, posibilitan una aplicabilidad universal e intemporal, ya que entienden la naturaleza mutable y cambiante de la sociedad, la cual incide drásticamente en la aceptación o el rechazo de algunos valores. La sociedad humana es tan volátil que en algunos casos acepta y dignifica algunas acciones que años atrás rechazaba enérgicamente. Además, desde la lupa de la moral convencional formal, se pueden llegar a estructurar nuevos derechos humanos, que tengan en cuenta las divergencias culturales y sociales, utilizando como base los derechos fundamentales de cada Estado, buscando puntos de coincidencia entre estos. De ese modo, todos los intereses comunes entre los derechos fundamentales deberán constituirse como un derecho humano.

La influencia de la moral convencional también afecta la decisión judicial; bajo su influjo, las percepciones sobre un mismo caso toman diferentes connotaciones, que pueden, o validarla a través de la red dworkiniana, o desvirtuarla por ser un prejuicio superado socialmente por la humanidad. Estas percepciones,

de manera inevitable influenciarán la posición moral del funcionario judicial que en la solución de un caso difícil indefectiblemente realizará una interpretación sistémica y jurídica en consonancia con su posición, este proceso se legitimará argumentativamente en la motivación de la decisión. Pero no debe entenderse que soluciona los casos difíciles con elementos extrasistémicos netamente morales.