

422

28j



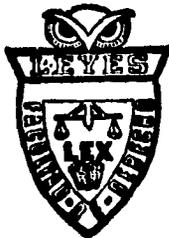
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE UNIVERSIDAD ABIERTA**

**DEONTOLOGIA Y TELEOLOGIA DEL DERECHO ESTUDIO
TEORICO SOBRE EL ASPECTO DEL DEBER Y FINES
QUE PERSIGUE EL DERECHO EN LA SOCIEDAD**

**T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JOSE IZQUIERDO ACOSTA**

" Por mi raza hablara el espíritu "



Ciudad Universitaria, México, D. F.

Enero de 1995

Jus semper loquitur..:

FALLA DE ORIGEN

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

DIVISION DE UNIVERSIDAD ABIERTA

**DEONTOLOGIA Y TELEOLOGIA DEL DERECHO
ESTUDIO TEORICO SOBRE EL ASPECTO DEL DEBER Y
FINES QUE PERSIGUE EL DERECHO EN LA SOCIEDAD**

TRABAJO DE TESIS QUE PRESENTA EL ALUMNO

JOSE IZQUIERDO ACOSTA

PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

-----oOo-----

"Por mi raza hablara el espiritu..."

Ciudad Universitaria, México, D.F. Enero de 1994

"Jus semper loquitur..."

**"Si acaso doblare la vara de la justicia,
no será con el peso de la dádiva,
sino con el de la misericordia..."**

Don Quijote

**"Otra vez la balanza y la venda
de la Justicia la diosa alcanza
Y tengo gran desconfianza
que quien la defienda
no le quite la balanza
o la venda..."**

Fernando Marcos

A Elvira, mi madre en todo momento, por su ejemplo, su apoyo y la dedicación de su vida a mi persona.

A José, mi padre, de quien he aprendido la importancia del estudio y la preparación para la vida.

A la Lic. Ma. Elodia Robles Sotomayor, por su paciente dedicación para dirigir la elaboración de este sencillo trabajo.

A todos mis queridos maestros de la Facultad de Derecho, de quienes tuve el alto privilegio de ser su discípulo. Por siempre les agradeceré su esfuerzo por formar hombres honestos y honrados al servicio del Derecho.

I N T R O D U C C I O N

Cuando nos preguntamos sobre cual o cuales pueden ser las notas distintivas de los seres humanos, respecto de todos los demas seres, inmediatamente contestamos que es la racionalidad, es decir, aquella capacidad de nuestro intelecto que nos permite obrar de acuerdo a nuestro libre albedrio y aplicando el trabajo de nuestro ser fisico para transformar la naturaleza y obtener la satisfaccion de las necesidades primarias y secundarias. La tranquilidad derivada de los frutos del trabajo permiten al ser humano penetrar en un campo de analisis y reflexion sobre aquello que hace o puede hacer, pero tambien, de aquello que le inquieta - o perturba. Por ello, cada ser humano, desde su propio lugar crea un pensamiento filosofico, mismo que consiste en pensar sobre lo que hace y piensa. Ciertamente son muy pocos los hechos o fenomenos que aceptamos de manera automatica ya que en la mayoria de las ocasiones, buscamos siempre una explicacion satisfactoria a nuestra inquietud filosofica.

En infinidad de ocasiones, el hombre comun de todos los dias entra en relacion con los fenomenos producidos en la sociedad sin que experimente ningun tipo de inquietud sobre las causas y las consecuencias de aquellos sobre su vida; mas aun, en la vida diaria aparecen constantemente las expresiones de poder, autoridad, mando y obediencia, sin que realicemos estrictamente una reflexion o analisis critico sobre tales expresiones. El Derecho aparece en la vida social desde que surge la propiedad privada y las clases sociales, con un impacto de poder y autoridad sobre la vida y la conciencia de cada hombre y cada civilizacion, sin que exista un proposito evidente por definir el arte del Derecho "ars iuris".

Fueron los romanos, herederos de la cultura helenica, quienes hicieron del Derecho una expresion cultural y filosofica, superando la vieja formula de Calicles, segun la cual, el Derecho pertenece al mas fuerte. Sin embargo, para el pueblo romano, el Derecho no supero su aspecto casuistico, tecnico y en muchos casos, religioso, pero si sento las bases firmes de una Filosofia del Derecho, que fue fructificada en las obras de los filosofos escolasticos y renacentistas, hasta llegar a las obras inmortales de Manuel Kant, y la preocupacion de los pue

bios por crear las condiciones de un gobierno justo con leyes justas, pensamiento que amano de la revolucion francesa de 1789.

Hoy, el Derecho tiene una mision muy importante, consistente en devolver la confianza del hombre en la ley y las autoridades, dado que, si bien es cierto, - que el Derecho es parte del avance cultural de un pueblo, tambien es cierto que existe una creciente preocupacion de las sociedades modernas por establecer condiciones propicias para el desarrollo material y humanistico; entonces, se observa una reorientacion de los fines propios del Derecho, asi como de aquellos aspectos que fundamentan la idea del deber en la conciencia del hombre. A este - respecto, la ciencia del Derecho puede responder solo de forma fragmentada, ya que las cuestiones tecnicas de la ley y el orden pierden, en multiples ocasiones, el sentido de la equidad y la justicia; luego, se hace necesario ubicar al Derecho dentro del campo del analisis y la reflexion de la filosofia, para interpretar el sentido de la existencia del hombre frente al Derecho, no como algo ajeno a el sino como un instrumento que le permita llegar a conquistar sus anhelos de justicia, bienestar comun, libertad y seguridad juridica.

En nuestra presente epoca, el estudio de las humanidades se encuentra encastillado por el sello del utilitarismo; la ciencia se ha erigido en un instrumento de la politica y la economia neoliberales, donde solo son considerados los resultados practicos y tangibles en un momento dado. Realmente la filosofia ha sido colocada en el sotano del edificio cultural del hombre; por lo tanto, la labor del jurista es doblemente complicada, ya que por un lado, debe enfrentar la resistencia de la conciencia social por asimilar una moral juridica participante de los problemas que le agobian; y por otro lado, debe enfrentar las fuerzas avasalladoras de la politica y la economia que pretenden resolver los problemas mundiales mediante el consumismo absurdo, la maquinaria productiva que atenta contra el equilibrio de la naturaleza y la oculta amenaza de la guerra.

En el presente trabajo de investigacion de tesis tengo como propositos fundamentales, primero, conocer y comprender un aspecto mas profundo del Derecho, - desechando la superficialidad con la que frecuentemente se le exhibe; segundo, analizar los principios sobre los cuales se erige la Filosofia del Derecho y que frecuentemente son olvidados y puestos a un lado, degradando asi su verdadera -

esencia; tercero, explicar cual es la verdadera naturaleza del deber ser de nuestra conducta, que invariablemente debe orientar los actos de nuestra vida; y por ultimo, proponer a los estudiantes y profesionales del Derecho una alternativa - de practica juridica fundamentada en orden a una serie de fines propios e inherentes al Derecho.

J. I. A.

Texcoco, Mex., marzo de 1995

INDICE

I. La conducta humana como objeto de normatividad. La ley natural y la ley social.	1
A. Leyes Naturales	5
B. Leyes Sociales	8
1. Mundo del deber ser.	10
A. Características generales de la norma.	12
2. Solo la conducta es susceptible de ser normada.	14
3. Reconocimiento del orden normativo.	17
II. Los cuatro ordenes normativos.	22
1. El orden normativo social	23
2. El orden normativo religioso	27
3. El orden normativo jurídico	33
A. Teoría monista	39
B. Teoría dualista	39
4. El orden normativo moral	41
III. El derecho, la moral y las reglas de trato social.	47
1. Diferencia entre moral y derecho	48
a) El formalismo kantiano	50
b) Tesis de Rodolfo Laun.	54
c) Tesis de Hans Kelsen.	57
d) Tesis de Eduardo García Máynez.	60
e) Tesis de Hans Kelsen	63
2. El derecho y las reglas del trato social	65
a) La costumbre como fuente del derecho.	66
IV. Teleología del derecho.	69
1. La búsqueda humana del bien comun	70
2. La búsqueda de la justicia y de la igualdad.	77
3. La seguridad jurídica.	84

Conclusiones

Bibliografía

CAPITULO
I
LA CONDUCTA HUMANA COMO OBJETO DE NORMATIVIDAD
O MUNDO DEL DEBER SER.

"Contemplar a todos los hombres del mundo
reunidos en la sociedad para trabajar, luchar
y mejorarse a si mismos no puede sino maravillarte
mas que ninguna otra cosa".

Antonio Gramsci

Las palabras de Antonio Gramsci, a quien considero el mas humanista de los filósofos de la escuela marxista, están llenas de una solemne verdad. Realmente lo más maravilloso del ser humano es su capacidad de transformación, que bien podemos llamar creatividad, misma que ha sido y será, expresada de múltiples formas, sean artísticas, científicas, tecnológicas o filosóficas y que llevan en si mismas el anhelo humano de mejorar cada día hacia un mundo más estable y propicio al desarrollo de las metas individuales. El desarrollo espiritual del hombre se expresa a través de la cultura, mas allá de las obras materiales, ya que lo importante es la superación del espíritu humano, tal y como lo expresa el filósofo de Stuttgart, *"el desarrollo del espíritu objetivo, donde el Absoluto toma conciencia de si mismo"*.

Sin embargo, la armonía que debe reinar en todo círculo humano de convivencia frecuentemente es empañada por el afán egoísta de algunos seres humanos que buscan, de manera turbulenta, hacer prevalecer sus intereses y en perjuicio del interés social. Y desafortunadamente la historia nos proporciona un amplio conjunto de hombres e ideas que han ensombrecido el sendero del desarrollo del hombre y lo han colocado en un lugar degradante e infrahumano.

Más aún, la actual teoría del Estado presenta un panorama sombrío acerca del papel de la individualidad sobre el de la colectividad. Hoy en día se habla, por ejemplo, de un tipo de Estado *"homogéneo Universal"*, principio básico del esquema neoliberal de la política y la economía que atenta contra el tradicional concepto de Estado-Nación, donde los conceptos de bien común, orden público, interés social, derecho social, etc., habían encontrado un campo fértil de desarrollo. Quizá, hoy más que nunca, y frente a las embestidas de la nueva política del neoliberalismo, que es neocolonialismo, urge poner nuestra atención en el desarrollo humanista de la sociedad, a través de sistemas democráticos que permitan su buen desarrollo y funcionamiento. La filosofía, el Derecho y la sociología se encuentran en

la encruzijada de volver a ocupar un lugar preponderante dentro del pensamiento humano del cual fueron desplazados o, finalmente ceder a los severos ataques de un radicalismo económico, social y político fundado en el individualismo, en los intereses particulares de pequeños grupos de poder. Considero personalmente que las ideologías no han muerto y que la gran lucha entre el liberalismo, que abandera al individuo, y el socialismo democrático que abandera las propuestas de cambio en favor de los sectores más resueltos de la sociedad, que son los mas necesitados, ha comenzado, no sin una generosa cuota de represión y violación de los derechos humanos a nivel mundial y en forma por demás sistemática. Realmente esta lucha es muy antigua, pero hoy, se presenta en forma absolutamente disyuntiva. Los hombres nos debatimos hoy en un antagonismo ideológico que ignora cuestiones de fondo y se concreta a temas de modernismo económico, soslayando la importancia que el Derecho, la Filosofía, la Sociología, la Pedagogía y otras ciencias sociales y humanísticas representan para la sociedad y para los individuos. Las actuales tendencias del pensamiento tienen como premisa fundamental a las leyes que rigen la dinámica de la economía, que aparece como actividad fundamental del quehacer humano. Sin embargo, los problemas que enfrenta la humanidad actualmente tienen una profunda raíz de tipo moral y jurídico, ya que el sorprendente desarrollo de una nación necesariamente implica la miseria de otra; el negocio más lucrativo de los países desarrollados es la violencia generada en países política y socialmente débiles. Frente a esta embestida, los valores y los derechos humanos son aplastados de forma sistemática, no importando los saldos en vidas humanas y la degradación del ambiente internacional. Los intereses multieconómicos de los grandes consorcios industriales en los países débiles propician una acelerada pérdida de valores, sustituidos por los fenómenos de corrupción e ineficiencia. El panorama es verdaderamente sombrío, no solo en la historia presente sino en lo que bien podemos llamar, la historia del futuro.

Urgar en el pasado, no para volver a él, sino para retomar las valiosas lecciones de la historia es una forma correcta para no cometer los mismos errores y perfeccionar los aciertos. Los hombres que han dañado la integridad de la humanidad son numerosos, han fundado escuela, tienen múltiples seguidores y los principios de su perverso ascenso al poder siguen siendo enarbolados por quienes pretenden emularlos.

Pero, así mismo, la historia también nos revela el nombre y las obras de seres extraordinarios que, sin ánimo de buscar el honor, han dado testimonio del más refinado humanismo, haciendo del pensamiento reflexivo el arma más efectiva contra la mentira que caracteriza a quien no busca un futuro sino que pretende destruirlo. De ese conjunto de grandes pensadores, es inconcuso decir que los juristas ocupan un lugar destacado e incluso, fundamental.

Esta maniquea lucha entre los poderes del bien y del mal es un fenómeno que observa-

mos en todo momento, a cada evento de nuestra vida, e inevitablemente lanzamos un calificativo de bondad o maldad, de pacifismo o belicismo, más siempre, el actor protagonista es el propio hombre, hecho que remarca aquel principio ético que reza: **sólo los actos del hombre pueden ser calificados bajo un aspecto de bondad o maldad.** Pero aquí no termina el problema, ya que si bien es conocido el responsable del drama cotidiano de la inestabilidad en la convivencia social, queda como tarea el difícil compromiso de devolver a la sociedad la armonía perdida, y para lograrlo, es necesario que una recta razón emita juicios y razonamientos sobre lo que necesariamente cada uno de nosotros, seres humanos, debemos hacer en nuestra vida y así proyectarlo a la sociedad misma, y desde luego, sin perder el equilibrio con lo que la naturaleza nos demanda como seres fisiológicamente estructurados. Por lo tanto, solo en la medida en que actuemos como seres unidos por los mandatos de la recta razón y en concordancia con lo que naturalmente somos, podremos ubicarnos realmente en el papel que nos propone Antonio Gramsci, o sea, el de mejorarnos a sí mismos, y mejorar el entorno que nos rodea, en conclusión, heredar un mundo mejor que aquel que recibimos.

Pero para lograr los fines antes mencionados, es necesario encaminarse en un sendero lleno de reflexión y prudencia, porque precisamente, la difícil misión del jurista estriba en mantener el equilibrio de fuerzas antagónicas que los derechos y deberes de cada hombre producen en su entorno. Los antiguos latinos comprendieron muy bien la afirmación anterior, porque al buscar la justa medida de dar a cada cual lo suyo, expresaron que sólo la prudencia permitiría al magistrado llegar a construir la justicia al modo como los romanos la concebían. De ahí aprendieron que el método de equilibrio de los intereses de la sociedad era la prudencia del derecho, es decir, la **Jurisprudencia.** Y es sorprendente observar que en la actualidad, la virtud de ser justo a través del uso reflexivo de la prudencia sigue siendo un objetivo válido del área jurídica, pese a las características que predominan en el presente. Las reflexiones de los juristas de ayer son en varios sentidos válidas y fundamentales en la búsqueda de la armonía social de hoy.

En el presente trabajo tesinal pretendo destacar dos aspectos del derecho que se perfilan hacia un plano filosófico, que busca causas últimas donde lo importante es reflexionar sobre el Derecho por el Derecho mismo. Tales características aludidas son:

- * La deontología del Derecho, en donde expongo la causa última del deber (DEONTOLOGIA, del griego *δεόντες*: deber, y *λόγος*: estudio), es decir, de donde le viene al hombre la necesidad de nacer dentro de un orden normativo, vivir en ese orden y cumplir sus finalidades inherentes como ser humano dentro de la normatividad,

sin perder de vista que, sin tal orden, la armonía social es imposible. Se trata tal vez, de introducirnos en la tesis clásica de la justicia abanderada por el más grande pensador de la historia, Aristóteles, quien nos habla de tres clases fundamentales de relaciones del deber, y que son:

- a). lo debido entre personas (justicia conmutativa)
- b). lo debido por la colectividad al individuo (justicia distributiva),
- c). lo debido por el individuo a la colectividad (justicia legal).

Tales relaciones son indispensables si se quiere reflexionar en forma objetiva sobre los complejos paradigmas del Derecho frente a un comportamiento social que tiende a abandonar los principios sobre los cuales aquel se encuentra cimentado, o sea, la fuga de valores éticos y jurídicos de la conciencia social. Y,

* La teleología del Derecho, (TELEOLOGIA, del griego *τηλε*: a distancia, y *λογος*: estudio) en donde expongo la finalidad o conjunto de finalidades que el Derecho busca cumplir a cada momento, y el difícil compromiso que cada estudiante de leyes asume durante el transcurso de sus estudios y de su vida profesional y social, dado que inexcusablemente es sabedor y conocedor de las exigencias que esta bellísima carrera impone, no solo al experto sino al lego; tal compromiso es inexcusable ya que lo contrario a la formación jurídica es cualquier otra cosa, menos Derecho. Los fines del Derecho son acordes con los fines propios del ser humano, ya que este encuentra fundamento a su existencia precisamente en los fines a los cuales aspira el propio hombre.

Aristóteles decía que, lo propio del hombre no es el vivir, ya que esto es una característica que comparte con las bestias y las plantas; así como tampoco la sensibilidad, que también la comparte con los animales. Lo propio del hombre, nos dice el estagirita, es "...la vida activa de la parte racional del alma..." (Ética nicomaquea), pero, lo propio del hombre de bien es la actividad del alma en armonía con la razón, haciendo todo bien y bellamente.

Así, y en concordancia con este introito, pasemos a iniciar el estudio sobre un aspecto

primigenio de la deontología, como lo es la normatividad derivada tanto de la naturaleza como de la sociedad misma. Para ello, considero útil precisar un concepto que nos permita un margen de precisión terminológica, que siempre resulta necesario dentro del marco de la investigación documental y con el fin de no divagar en ideas múltiples.

Afirma el maestro Ricardo Soto Pérez que "Los seres humanos nos encontramos, en nuestra vida cotidiana, sujetos a dos tipos de leyes: las naturales y las sociales..."¹

Lo que significa que el hombre es un ser natural pero también un ser social. El ser natural del hombre es de fácil comprensión si tenemos en cuenta que, como parte del conjunto de los seres vivos, realiza las funciones propias de estos, tales como la alimentación, la reproducción, un instinto de conservación, etc. e incluso, y a la luz de los grandes descubrimientos antro-po-biológicos, el origen del hombre es indiscutiblemente una forma perfecta de desarrollo natural.

Y como ser social, dirige su actividad básica de trabajo y pensamiento hacia la satisfacción de su sociabilidad, ya sea dentro de la familia con aquellos que la integran, dentro de la comunidad, en el área de trabajo, con su pareja, con los amigos, en el colegio, etc., ya que es imposible pensar en un aislamiento social como modo de vida de cualquier ser humano.

Leyes naturales.

Pero las condiciones existenciales de naturalidad y sociabilidad del hombre no son arbitrarias e improvisadas sino que obedecen a una armonía necesaria tanto en el medio ambiente natural como en el social; y esto es con el *desideratio* de alcanzar sus metas presentes, medianas y futuras a lo largo de su vida.

Sin embargo esta idea no es novedosa, ya que desde la antigüedad los grandes hombres del pensamiento clásico intuían que el hombre era un "ζῷον πολιτικόν.", es decir, un animal social por naturaleza según escribió el propio Aristóteles, ya que nace, crece, se reproduce y muere dentro de la Polis, entendiendo por Polis una sociedad o comunidad vinculada por su costumbres (ethos). Y agregaba este gran filósofo que la finalidad última del hombre era encontrar su felicidad, desde luego consistente en un producto de la intelectualidad, idea propia de su pensamiento, pero sin descuidar el aspecto político (social) y su equilibrio con

1. Soto Pérez Ricardo. "Nociones de Derecho positivo mexicano", edit. Esfinge, México 1993, 21a. edición, p. 19

el orden natural.

Así mismo, en la época de la aristocracia republicana de Roma, el celebre filósofo estoico Marco Tulio Cicerón afirmaba que "La medida de la justicia y de las leyes políticas solo se encuentra en el reino de la ley de la naturaleza..."², es decir, la justicia es un punto de enlace y de equilibrio entre lo propio del ser social y del ser natural de cada hombre. No menos importante es el concepto de República que Cicerón nos proporciona, donde descubrimos elementos sumamente interesantes: Nos dice que "La República es la 'cosa del pueblo', entendiendo por pueblo no cualquier agregado humano sino al conjunto de ciudadanos vinculados por las leyes y las tradiciones."³ Y contemporáneamente, y dentro de la doctrina iusnaturalista, el jurista español Javier Hervada, de manera inmejorable nos presenta una panorámica muy ilustrativa sobre lo que es el hombre y cual es su posición frente al orden natural. Define a la ley natural como:

"...el conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las tendencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona."⁴

Tales inclinaciones cuyas reglas racionales forman la ley natural integran un orden al cual podemos llamar **Derecho Natural**, en el sentido de que sólo es aplicable al ser humano, con fundamento en su condición de tal, y que ha de servir para orientarle hacia los fines propios de su ser. Ahora bien, considero que dichas inclinaciones o tendencias se reflejan de manera directa en el ámbito social, y dan fundamento al aspecto normativo, al cual me referiré más adelante, sin perder de vista que toda norma debe tener como finalidad única e inmediata permitir un desarrollo armónico de la sociedad y del individuo. Pero volviendo al tema central, comparto totalmente la postura del maestro Hervada sobre el papel que juega dentro de la vida del ser humano el llamado orden natural.

Las tendencias o inclinaciones, propias del hombre son enunciadas por el maestro **Hervada** siguiendo una excelente metodología al abordar el tema, haciendo al mismo tiempo

2. Mayer J. P. "Trayectoria del pensamiento político", Fondo de Cultura Económica, México, 1976, p. 40

3. Mayer J. P. Opus Cit. p. 47

4. Hervada Javier. *Introducción Crítica al Derecho Natural*. Edit. EUNSA, México, 1988, p. 144

una conveniente jerarquización de tales inclinaciones. Sus puntos de vista sobre el tema los considero muy aceptables para formular una teoría de la moral y del Derecho desde la panorámica de la axiología, ya que cuando el ser humano pone a la ciencia y a la filosofía como medios para alcanzar y realizar los valores a los cuales aspira, al mismo tiempo, reconoce la importancia del deber y la finalidad que la sociedad en su conjunto pretende alcanzar con dichos valores. Se trata de dar fundamento y vigor al mandato vacío e incomprensible de una norma. Las inclinaciones, tendencias o valores a los cuales aspira el hombre son:

- a). La inclinación o tendencia a la conservación del ser (vida e integridad física y moral).
- b). La inclinación a la unión conyugal entre varón y mujer.
- c). La inclinación a la relación con Dios.
- d). La inclinación al trabajo, al descanso y a la actividad lúdica.
- e). La inclinación a la sociedad política y a las formas de asociación.
- f). La inclinación a la comunicación y,
- g). La inclinación al conocimiento y a las diversas formas de cultura y arte.

Todo este conjunto de leyes racionales que explican las tendencias naturales hacia los fines propios del hombre es lo que llamamos mundo del ser.

"Las leyes naturales pertenecen al mundo del ser, expresan las relaciones que existen entre los fenómenos de la Naturaleza refiriéndose a sus causas..."⁵

Y precisamente, las causas últimas del ser humano, que es parte esencial de la naturaleza, es el ser donde el Absoluto toma conciencia de sí mismo, (según lo afirmó el filósofo

5. Soto Pérez Ricardo. Opus Cit. p. 19

sofo Guillermo Hegel), no están por debajo de su racionalidad sino en perfecta armonía con su ser social. Esto explica que las tendencias o inclinaciones del hombre le sean propias, exclusivas dentro del orden natural.

La racionalidad juega un papel fundamental en la realización plena del hombre como ser natural, debido a que sus necesidades son cada vez más complejas, o mejor dicho, los retos que se impone como ser creador y transformador implican una mayor y más íntima relación con el mundo que le rodea, creando infinitos enlaces de influencia con otras entidades de la naturaleza. Pensemos por ejemplo, en la urgente necesidad de resolver los problemas ecológicos que amenazan seriamente la vida no solo del hombre sino del resto de seres vivos, y que han sido generados por una urgente necesidad de expansión de las sociedades humanas en busca de sus satisfactores vitales.

Leyes sociales.

Pasemos ahora al análisis del segundo y más complejo encuadre normativo donde a diario nos enfrentamos todos los seres humanos. Se trata desde luego del conjunto (*latu sensu*) de leyes sociales que tienen como premisa regir las manifestaciones exteriores de la voluntad humana, llamada conducta.

"Estas leyes (las sociales)... *expresan reglas de conducta, prescriben un comportamiento... Su contenido consiste en un deber ser, son de carácter normativo.*"⁶ Lo cual significa que las leyes de orden natural no prescriben comportamientos ni tampoco poseen un carácter normativo, sino que actúan de forma automática en la vida del hombre; esto desde luego no ocurre con las leyes sociales, que dependen básicamente de prescripciones normativas para llegar a los objetivos trazados. Para el jurista Víctor Manuel Rojas Amandi "...*el mundo del deber ser... se refiere al aspecto real de las normas, relativamente separado de la realidad sensible.*"⁷ Ambos autores coinciden en el planteamiento teórico de las leyes sociales ya que prescriben lo que debe ser, porque en efecto; las leyes de origen humano prescriben aquello que idealmente quisiéramos que ocurriera dentro del ámbito conductual de cada ser humano; se convierte en algo trascendente y objetivo, y no importa que, en determinado momento, una norma creada en el seno de una sociedad humana para su bienestar no sea obedecida, dado que por sí misma existe y subsiste para todos los miembros de la comunidad,

6. Soto Pérez Ricardo. *IBIDEM*, p. 20

7. Rojas Amandi Víctor Manuel. "Filosofía del Derecho". Edit. Harla, México 1991, p. 145

sin distinciones, y se convierte en un ente normativo inviolable. Esto explica el concepto de inviolabilidad característico de las normas jurídicas, donde como es lógico, no se puede pensar que la inviolabilidad sea una condición espacio-temporal que impida llevar a cabo una conducta ilegal o ilícita, sino que por inviolabilidad hemos de entender un reconocimiento de la sociedad hacia un mandato que permite un buen desarrollo de ésta. El artículo 136 de nuestra Constitución Federal nos presenta un ejemplo al respecto:

"Esta Constitución no perderá su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad se restablecerá su observancia..."⁸

Y en el caso de las normas jurídicas, como veremos más adelante, la trascendencia de la norma lleva a la conclusión de que no porque deje de cumplirse en un cierto tiempo y espacio, deja de ser un deber, sino que en todo momento conserva su eficacia, tal y como lo apunto correctamente el congreso constituyente de 1916-17.

Aristóteles definía al hombre como un animal político (social), por naturaleza, es decir, que nace, crece, se reproduce y muere dentro de una sociedad, y por lo tanto, para tener cabida en ella, ha de sujetar su voluntad a lo que la historia de su comunidad tiene por válido, legítimo y correcto, ya que un pueblo tiene un doble aspecto evolutivo: Sus obras materiales y sus ideas. Las obras materiales reciben el nombre genérico de civilización, mientras que las ideas que nutren el espíritu de cada pueblo se ubican dentro del aspecto de la cultura *stricto sensu*. Cada pueblo guarda celosamente un conjunto de valores culturales, según lo que hemos visto, que son transmitidos generacionalmente, manteniendo un lazo histórico de tradiciones.

Y ese conjunto de hechos válidos para una comunidad es el que determina el tipo de orden social que existe; por ello, los antiguos griegos y romanos, por ejemplo, daban especial importancia al ciudadano y sus derechos, ya que esta categoría implicaba la subsistencia de su propia identidad cultural, basada en una explotación extrema del hombre esclavizado, pero cuya situación no solo era justificada sino necesaria; la idea de sociedad era, para estos hombres, vital y no concebían ningún orden fuera de ella. La polis estaba estructurada

8. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

en forma tal que permitía un desarrollo pleno del individuo en cuanto a su vida con los demás ciudadanos y fuera de la polis solo era concebible una vida semejante a la de los bárbaros nómadas que actuaban más por su instinto que por su intelecto, según una afirmación aristotélica compartida por su discípulo Platón.

Curiosamente, la estructura de una sociedad es colectiva en el sentido de que sociedad son todos aquellos individuos, seres humanos que la integran, pero ninguno individualmente tomado. Por ello, las reglas o normas que tiene cada grupo humano son abstractas, generales e impersonales, pero viven de manera concreta, personal e individual en cada una de los integrantes de la sociedad. Este conjunto de normas que ha existido en las sociedades de todos los tiempos es a lo que llamamos mundo del deber ser.

Y debido a este carácter cultural, el deber ser vive de forma exclusiva e irrepetible en cada núcleo social, en forma espacio temporal. Las normas pueden ser semejantes e incluso idénticas, sin embargo, su impacto dentro del conjunto de seres humanos es totalmente impredecible.

1. **Mundo del deber ser.** El deber ser es la categoría suprema opuesta a la del ser. * (Cfr. Eduardo García Máynez) Esta afirmación implica que el hombre, para lograr sus fines no puede estar en contra de estos, haciendo uso indiscriminado de su ser. No puede comportarse como un lobo para el hombre en un estado permanente de guerra de todos contra todos. El hombre no es solo voluntad sino también, y sobre todo, razón. Pero cada persona tiene unos fines que satisfacer, los cuales, de no ser mediados por la recta razón, propician el desorden entre los demás hombres. Una persona no puede buscar y obtener su alimento o su casa a como de lugar, sino que tendrá que sujetarse a un deber ser, donde estará obligado a poner los medios racionales necesarios, tales como el estudio, el trabajo, el esfuerzo, etc., que le permitan adquirir aquello que sus inclinaciones o tendencias le reclamen. Recordemos que los pensadores del liberalismo económico, entre ellos John Locke, afirmaban que solo el trabajo da derecho a la propiedad de bienes generados por el mismo. Es indudable que uno de los derechos fundamentales del hombre es la libertad, cuya expresión máxima se encuentra en los deseos de cada ser humano a superarse y ser feliz mediante las obras salidas de sus manos y su intelecto. Lo anterior quedó plasmado por la obra del constitucionalista en el artículo cinco de nuestra Constitución Política, cuando afirma que *"A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo*

* Cfr. García Máynez Eduardo, en su "Introducción al Estudio del Derecho"

que le acomode, siendo lícitos..."⁹, ya que efectivamente, el trabajo permite cierta apropiación de la riqueza natural, pero la sociedad exige licitud al trabajador a fin de ni provocar malestar entre sus conciudadanos.

El mundo del deber ser es normativo, es decir, se fundamenta en normas y reglas. Una norma es una medida que marca límites máximos y mínimos dentro de los cuales la voluntad podrá ejercitarse sin dañar al otro (*laedere alter*). Para el maestro Hervada "...la ley es una regla, palabra que significa lo mismo que norma; y una norma es una medida. La ley es la medida o regla de lo justo, del derecho."¹⁰ aunque discrepo del maestro Hervada sobre la identidad de conceptos entre norma y regla. La primera, como dije anteriormente, es sustancialmente una forma de medir la intensidad de la voluntad dentro de lo permitido; en cambio, la regla describe la forma como puede actuar la voluntad para alcanzar determinados fines. El maestro García Máynez de manera inmejorable escribe que:

La palabra norma suele usarse en dos sentidos: uno amplio y otro estricto: *lato sensu* aplicase a toda regla de comportamiento, obligatoria o no; *stricto sensu* corresponde a la que impone deberes o confiere derechos. Las reglas técnicas, cuyo cumplimiento es potestativo se llaman reglas técnicas..."¹¹

La norma va dirigida a la conducta del hombre, su finalidad es lograr que este no anteponga su ser al deber ser, porque de alguna manera puede lesionar a cualquier miembro de la comunidad. Las normas desde luego han de ser productos genuinos de un pensamiento correcto. Las normas ilógicas son aberrantes respecto del ser humano ya que nadie esta obligado a realizar aquello que le es imposible o lesionante de su persona, su moral o sus bienes. Santo Tomás De Aquino definió la ley moral como "*Rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam comunitatis habet, solemniter promulgata.*" (La ordenación de la razón para el bien común promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad)¹².

9. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

10. Hervada Javier. *Opus Cit.* p. 132

11. García Máynez Eduardo. "Introducción al Estudio del Derecho", Edit. Porrúa, México, 1988, p. 4

12. Aquino Tomás De. "Summa Teológica". Edit. SARPE. Madrid, 1983, p. 54

Nótese en esta definición los elementos de "ordenación de la razón", que evidentemente es un mandato de la moral hacia la conciencia, y no un mandato coercible simplemente, y "bien común" donde el aquinatense expone la necesidad de una justicia social distributiva o legal, según lo enseña el inspirador del pensamiento tomista, es decir, el propio Aristóteles.

Características generales de la norma.

Dije anteriormente que la norma es una medida dentro de la cual toda conducta, dirigida por la voluntad, es lícita o buena. Falta, sin embargo, precisar sus características generales, es decir, aquellas peculiaridades que sensiblemente se aprecian, como veremos más adelante, en todo orden normativo.

Toda norma sigue un método social deductivo, es decir, parte de un género, de un todo, y se proyecta hacia una especie, a cada uno de los miembros de una sociedad. Significa esto que desde la más temprana edad de la evolución cultural del hombre, este se ha encontrado siempre frente al *deber ser* por rudimentario que este haya sido, aun en las comunidades primitivas tribales y los clanes, donde a pesar de los fuertes sentimientos mágicos y religiosos, existía al mismo tiempo un *deber ser* que fue evolucionando gracias a otros factores como la aparición de la *propiedad privada*, el *esclavismo* y el desarrollo del Estado como una institución necesaria para mantener el orden en medio del *peligroso equilibrio natural de fuerzas* (Thomas Hobbes) o como garante de un necesario pacto entre iguales llamado contrato social (Juan Jacobo Rousseau). Así mismo, al lado de la omnipresencia normativa, que originariamente estuvo a cargo de la comunidad, posteriormente se mezcló con los aspectos político religiosos y finalmente fue monopolizada por la institución del Estado, ha estado siempre el poder de imposición contra toda resistencia, que la sociedad en conjunto ejerce sobre cada miembro a veces de forma directa y otras en forma indirecta, para que exista una necesaria y efectiva observancia que la persona haga del contenido normativo.

Pero, en caso de incumplimiento, cada norma por sí misma, está dotada de un castigo o sanción mediante la cual se contrae la voluntad, incluso mediante el uso de la fuerza, para que la conducta no siga contrariando el orden establecido por dichas normas. La sanción es un aspecto inherente a toda norma, que no debe ser confundido con el uso monopólico de la fuerza por parte del Estado, llamado coerción, que no es una característica de la norma estatal sino una facultad extrema que constriñe la voluntad del individuo a una determinada conducta. Por ello, lo que es común a toda norma *lato sensu* es la existencia de una sanción *sui generis* a cada tipo normativo como se podrá apreciar en los capítulos siguientes.

Cabría preguntarse si la codificación es una característica general de toda norma, es decir, que si para considerar un mandato de la razón como una norma es necesario que se encuentre previsto en forma *a priori* en un código, como memoria escrita de lo que un pueblo considera su histórico *deber ser*, y que cualquier otro tipo de mandato no contenido en dicha codificación es espurio a los valores y fines de una cultura determinada.

La respuesta a la interrogante que nos precede puede ser difícil de resolver, porque el conocimiento superficial que tenemos del hombre a lo largo de su evolución no nos permite establecer conclusiones determinantes; todo lo contrario, es sorprendente el avance que las antiguas civilizaciones lograron en materias tan especializadas como la moral, el Derecho y la economía sin perjuicio de sus extraordinarios conocimientos en física, química y matemáticas. Ya desde la época de los sumerios, que data del tercer milenio antes de Cristo, los conocimientos sobre moral y Derecho se habían colocado en un lugar privilegiado dentro del cuerpo normativo de Babilonia. El *Código de Hammurabi* contiene toda una codificación religiosa, moral y jurídica que sirvió para enmarcar la estructura social sumeria que permitió un esplendor cultural. Los pueblos coetáneos a los sumerios también crearon cuerpos legislativos para establecer las normas necesarias a su desarrollo. Y podemos hacer una larga lista de cada civilización desde la antigüedad hasta la aparición del moderno concepto de Estado, en donde se puede observar que la codificación ha sido la forma más frecuente de guardar la memoria normativa.

Podemos establecer las características que son patrones comunes a toda norma, sin perjuicio de aquellas que son *sui generis*, de cada norma. En general podemos decir que toda norma:

- * Tiene su origen en un grupo unido por vínculos de interés común.
- * Se aplica a todos los miembros presentes y futuros del grupo.
- * Toda norma se encuentra dotada de un poder tal que que permite quebrantar la resistencia a su observancia.
- * Existe una sanción por incumplimiento o cuando se cumple de manera inexacta.
- * Generalmente existe una codificación que sirve de

memoria histórica sobre el ser y deber ser de una cultura determinada.

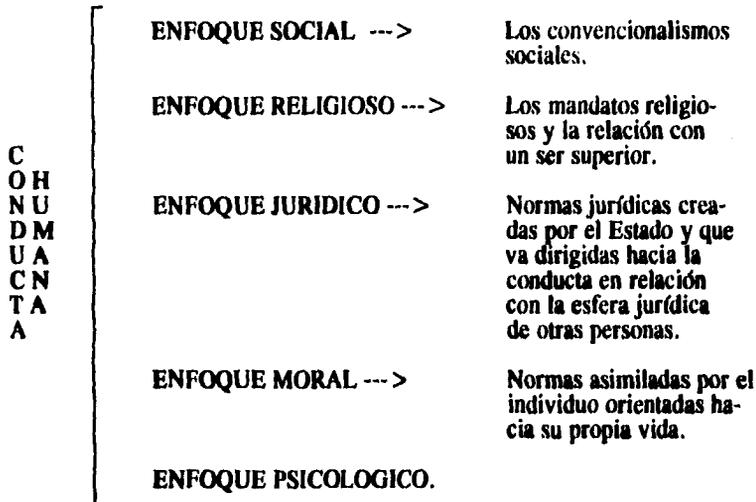
Tales características presentan diversas facetas de la norma de que se trata ya que fundamentalmente dependen de las condiciones económicas, sociales y políticas de una determinada sociedad.

El objetivo que pretendo destacar con el tema de las características de las normas es, que la mejor forma para comprender lo que significan los conceptos de *deber* y *deber ser*, es más útil y propicio conocer y entender la normatividad inherente a la vida del hombre en sociedad.

Este tema de las normas y sus características, no obstante, será abordado con mayor profundidad en los capítulos subsiguientes.

2. Solo la conducta humana es susceptible de ser normada. Nada hay más complejo en el Universo que el conjunto de intrincados procesos psíquicos que de manera decisiva dan como resultado la conducta especial de cada ser humano, que además tiene repercusiones en el medio social en el que se desenvuelve. La conducta es un aspecto de la naturaleza humana que ha intrigado siempre a los hombres de ciencia y ha sido estudiado por varias disciplinas científicas.

**DIAGRAMA QUE MUESTRA LA CONEXION DE LA
CONDUCTA HUMANA CON DIVERSOS ASPECTOS DE LA CULTURA**



Y quizá sea la psicología la ciencia que más investigaciones ha realizado en este terreno humano, haciendo un profundo estudio sobre el aparato psíquico. Sin embargo, no son las causas neuronales de la conducta lo que interesa en este trabajo, sino las repercusiones provocadas en el exterior y concretamente en la esfera social de los demás seres humanos, que la colocan como objeto material de toda norma, es decir, que solo la conducta del hombre está determinada por un máximo y un mínimo entre lo prohibido y lo permitido.

Esto sin duda obedece a que el ser humano, como *res cogitans*, es capaz de quebrantar no solo el orden social sino de contradecir las leyes de la naturaleza. Aunque las repercusiones en este renglon han sido por demas adversa al insensato reto del hombre por dirigir el curso del orden cósmico.

Sobrados son los testimonios históricos donde se fundamentan las afirmaciones anteriores. Citemos a modo de ejemplo el desarrollo tecnológico que causa un daño irreparable al medio ambiente, justificado por el afán mezquino de las leyes económicas de aumentar la producción de satisfactores e incrementar su consumo, o el caso de la energía nuclear capaz de destruir varias veces y en cuestión de segundos lo que la naturaleza pacientemente nos ha legado durante milenios. No cabe duda que así como el ser humano se enorgullece de sus alcances en el campo de la ciencia también, y de la misma forma, no estaría por demás que se avergonzara del estado primitivo del humanismo que durante milenios solo se ha nutrido por

los acertos de un puñado de hombres idealistas que han contemplado la verdadera esencia del hombre. Sin embargo no es propósito de este trabajo hacer una apología de nuestro papel como seres humanos, sino de dilucidar en tanto esto sea posible una cuestión jurídica y filosófica, es decir la deontología y la teleología del Derecho.

Como lo afirma el maestro Ricardo Soto Pérez, en su obra ya citada, existe un complejo universo de intereses particulares que en forma mas o menos constante, implican una cooperación inter-humana. La vida gregaria supone una armonía de intereses, en el entendido de que cada hombre obtiene lo que necesita conforme a sus propósitos y no trata de obtener ventajas innecesarias tales como la excesiva acumulación de riqueza y de poder, que comúnmente provocan conflictos de consecuencias devastadoras. La vida gregaria también supone que, el hombre logre sus fines en lo individual pero también en lo social como una forma superior de evolución; entonces el Derecho, junto con las demás ciencias, son los instrumentos idóneos para llevar a cabo tales propósitos.

"El hombre es capaz de proponerse fines y de realizarlos; su vida se desenvuelve entre deseos, ilusiones, codicias, metas, etc., manifestaciones de su ego todas ellas. Estas manifestaciones de unos y otros miembros de las sociedades humanas pueden coexistir; en muchos casos, sin mayores dificultades, pero en ocasiones tropiezan con la oposición decidida de una voluntad extraña que tiene la misma pretensión..." 13

Sin duda esta afirmación hecha por el maestro Soto Pérez es ilustrativa de nuestro tema medular a lo largo de este capítulo, ya que el derecho tiene la difícil misión de señalar a cada uno de los miembros de la comunidad humana sus derechos, sus facultades y sus obligaciones, parafraseando en cierto modo la definición clásica de justicia que nos legara el jurista romano Ulpiano: "*D. 1, 1, 10: Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*"¹⁴, la perpetua y constante voluntad de dar a cada cual lo suyo. Ciertamente no basta la voluntad de querer señalar los derechos y obligaciones de cada cual, sino que es necesario llevar tal voluntad al plano fáctico. Es así como, la conducta, mas no la voluntad, se convierte en el objeto de estudio y normatividad del Derecho. La voluntad, que es llamada a veces conciencia moral, es estudiada precisamente por la disciplina filosófica de la moral,

13. Soto Pérez Ricardo. IDEM, p. 7

14. Hervada Javier, IBIDEM, cita a Ulpiano, p. 16

que a su vez es objeto de estudio de la ética.

3. Reconocimiento del Orden Normativo.

Ya hemos visto que la conducta humana es el objeto de regulación de toda norma, y que el Derecho y la moral tiene señaladas sendas y difíciles metas por cumplir en el seno de las sociedades humanas. Pero, hasta aquí no he insistido lo suficiente en que el Derecho como expresión cultural de un pueblo se encuentra delineado por el Estado, que guarda en estos momentos el monopolio de crear leyes, muchas de las cuales, en diversas ocasiones son contradictorias a los principios que el propio Derecho pondera. Tampoco he insistido en que la moral no es monopolio del Estado sino del fuero interno de cada individuo, pero que en las actuales condiciones de vida de la mayoría de los seres humanos, esta facultad se encuentra sumamente limitada o disminuida por diversos factores, de entre los cuales, el más grave es el económico. Por eso, pese a que es fácil entender que la conducta es objeto de regulación de cualquier norma, por el contrario, no es claro entender en qué debe consistir aquella regulación y como debe llevarse a cabo.

Este conjunto de afirmaciones son compartidas por el maestro Eduardo García Máynez, aunque establece una condición necesaria en esta relación norma y conducta (norma para la conducta):

"Si por conducta entendemos el ejercicio que el hombre hace de su libertad, la eficacia de esos ordenamientos —las normas— dependerá en alto grado de la forma que tal ejercicio asuma..."¹⁵

Por lo tanto, al binomio norma-conducta debemos agregar el elemento ejercicio de la libertad, que en la disciplina jurídica entendemos por el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho. Esta es una de las formas básicas mediante las cuales el Derecho se propone cumplir su tarea de regulación, y lo importante es que el legislador no pierda de vista este importante elemento en la creación de las leyes. Pero además nuestro jurista citado agrega la eficacia de un ordenamiento en relación con el impacto deontológico que este pueda tener en la esfera jurídica del individuo al cual va dirigido aquel, ya que si una ley se crea en forma ajena a las necesidades de regulación conductual que la sociedad reclama, se estarían haciendo *leyes al margen del Derecho*, lo cual es perjudicial para el desarrollo de la sociedad. El impacto que una norma de Derecho provoca en la sociedad debe ser tal que, cuando un

15. García Máynez Eduardo. "Filosofía del Derecho". Edit. Porrúa, México, 1989. p. 43

individuo deba cumplir el ordenamiento este además en disposición de hacerlo. La conducta entonces se encuentra precedida por la normatividad y sucedida por el deber.

Sin duda la conducta humana es la manifestación externa de la voluntad, (*del latín volo, querer*), lo que significa que no toda la estructura de los hechos humanos es susceptible de ser normada por el Derecho, ya que mientras la voluntad se concrete a ideas o intenciones, estas pertenecen al fuero interno de la conciencia normada únicamente por el código interno de cada individuo delineado por la moral. Así, podemos afirmar que la voluntad, que es el sentimiento por el cual se acepta o se rechaza una determinada experiencia, no está sujeta a una normatividad *stricto sensu*, sino a una influencia que la moral va realizando en la conciencia de cada hombre. Cabe hacer aquí el comentario de que precisamente es en este punto tan sutil de la conducta y la influencia de la moral donde toman su apoyo la idea de Manuel Kant acerca de una conducta formalista, donde la ética da fundamento a la metafísica. Decía el filósofo de Königsberg:

"Todo ser racional debe obrar como si fuera por sus máximas siempre un miembro legislador en el reino universal de los fines. El principio formal de esas máximas es: obra como si tu máxima debiera servir al mismo tiempo de ley universal de todos los seres racionales."¹⁶

Pero hay otra vertiente, por demás importante sobre la influencia de la moral sobre la adhesión de la voluntad al ordenamiento, que identifica al derecho y a la moral como una y la misma cosa; esta postura fue defendida espléndidamente por Rudolf Laun, exrector de la universidad de Stuttgart, quien afirmaba que:

"Los mandatos del Derecho son autónomos, pues quien obedece un deber jurídico, no una necesidad o una coacción, sigue tan solo una ley que el mismo se ha impuesto para cada caso de aplicación concreta."¹⁷

Si la tesis de Laun es cierta, entonces se borra toda diferencia entre Moral y Derecho,

16. Escobar Valenzuela Gustavo. "Ética". Edit. Mc Graw Hill, México, 1992, cita a Emanuel Kant en su obra "Fundamentación Metafísica de las Costumbres", p. 201

17. Escobar Valenzuela Gustavo. Opus Cit. Cita a Rodolfo Laun en su obra "Moral y Derecho", p. 56

aunque este tema que en todo resulta apasionante, será analizado en un capítulo exclusivo. Pero volviendo al cause de nuestro tema, y continuando con la cita al pensamiento de **García Máynez** la eficacia del ordenamiento de que habla este jurista se reflejara en la conducta sin introducirse en la voluntad a menos que haya un reconocimiento deontológico por parte del agente pasivo de la norma, es decir, la persona humana. Así lo afirma cuando dice que:

"Toda norma encierra la pretensión de ser válida. Pero a los ojos de los destinatarios, esta pretensión puede carecer de base. Las personas a quienes se dirige solo se someten de buen talante cuando están convencidos de que el precepto es obligatorio. La convicción de aquellos cuya conducta se regula, de que la norma tiene validez es precisamente lo que llamamos <<reconocimiento>>"¹⁸

Dicho reconocimiento significa que la voluntad de la persona humana llega a considerar las exigencias de un deber impuesto como si fueran obra suya; esta adhesión voluntaria es lo que llamamos "reconocimiento deontológico", expresión viva de la voluntad. Nuevamente cabe aquí un comentario respecto de la separación que el legislador ha ido haciendo entre la norma jurídica y el reconocimiento deontológico. El ciudadano en múltiples ocasiones no llega a reconocer un deber en determinada norma jurídica debido a que la considera injusta, lesionante, iniqua, etc. y de alguna forma expresa su desacuerdo, ya sea mediante una rebelión de la propia voluntad o por medios ilícitos tendientes a evadir el compromiso que una ley establece.

En nuestra sociedad mexicana el problema del reconocimiento al orden jurídico tiende profundas raíces históricas, ya que uno de los problemas que enfrentó nuestro país desde que nació como Estado independiente fue precisamente el que consistió en hacer que las leyes emanadas del seno del poder legislativo fueran efectivamente cumplidas, incluyendo a la propia constitución. No menos difícil fue el periodo revolucionario en el cual el constitucionalismo se enfrentó a un fortalecido anarquismo donde el poder era la meta de muchos de los caudillos revolucionarios. El reconocimiento al orden normativo y sus múltiples implicaciones enfrentan varios obstáculos de difícil vencimiento, sobre todo, si como hemos visto, la historia de la cultura en México es tradicionalmente anarquista.

El filósofo mexicano **Samuel Ramos** opina al respecto, cuando escribe precisamente

18. **García Máynez Eduardo**. Opus Cit. p. 43

sobre la cultura de nuestro país, siguiendo el razonamiento del doctor García Máynez:

"Si la vida se desenvuelve en dos sentidos, por un lado la ley y por el otro la realidad, esta última será siempre ilegal..."¹⁹

El reconocimiento deontológico de una norma por parte del conjunto de seres humanos a los cuales va dirigida es de vital importancia para que dicho conjunto subsista y se desarrolle en todos sentidos. En el caso contrario, es decir cuando entre la ley y la sociedad existe un abismo insalvable, donde el reconocimiento de una ley es imposible debido a su inadecuada regulación, provoca el enfrentamiento entre el poder del Estado y la acción ciudadana. Interesante resulta al respecto, el considerando tercero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada por la ONU en 1948:

"CONSIDERANDO esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo derecho de la rebelión contra la tiranía y la opresión;..."²⁰

La rebelión de los pueblos en contra de la tiranía del Estado a través de sus leyes es un derecho del hombre, que se fundamenta precisamente en que si las leyes, que son la voz con la cual el Estado se comunica con su pueblo, no funcionan como canales adecuados para organizar la vida gregaria, deben ser cambiadas, reformadas o derogadas, y regresar a un *Estado de derecho*.

Quizá sea la base de la cual partió el marxismo leninista para afirmar que, el Derecho sirve a los intereses del capitalista y legitima el despojo hacia el proletariado, ya que existe una permanente separación entre la norma jurídica y el reconocimiento deontológico a la misma, y con ello, una sistemática violación a los derechos fundamentales del hombre, entre los cuales, como lo he señalado, se encuentran el de la libertad y el de la propiedad que surge del trabajo manual e intelectual. Por lo cual, consideran los pensadores socialistas, es necesaria una revolución violenta, contra la tiranía de las altas clases sociales, que además se protegen

19. Ramos Samuel. "El perfil del hombre y la cultura en México", Edit. Espasa-Calpe, 17. edición, México 1989, p. 25

20. Declaración Universal de Derechos Humanos. O.N.U. Ediciones económicas de Prensa Nacional, S.A. México 1993, p. 1

mediante un contubernio con el Estado, y se que devuelva la propiedad a sus legítimos dueños, además de hacer desaparecer el aparato estatal, el cual es símbolo de una tiranía.

Aunque desde luego tales afirmaciones en muchos sentidos son erróneas, si pone al descubierto la necesidad de llevar a cabo la realización de la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y el derecho a la propiedad, ya sea para evitar los excesos del capitalismo, tales como la excesiva acumulación del poder y la riqueza, o los defectos del socialismo, tales como un militarismo absurdo, una burocracia militar privilegiada y una negación de la mas importante de las libertades: La libertad de expresión.

Hemos visto entonces, como el reconocimiento deontológico de las normas, sobre todo las normas jurídicas, es un elemento muy importante para crear una atmósfera propicia al desarrollo individual y colectivo, pese a que en estos últimos tiempos, se libra una batalla a muerte entre el individualismo pregonado por la economía y la política neoliberal y la social democracia abanderada por el neosocialismo.

CAPITULO
II
LOS CUATRO ORDENES NORMATIVOS

"Juzgamos que vale más explicar cada cosa de manera sencilla y abreviada sin perjuicio de profundizarlas después con mayor exactitud y diligencia..."

Instituciones de Justiniano

He afirmado anteriormente que la conducta del ser humano es la manifestación externa de la voluntad sujeta a un plano normativo, es decir, que los actos voluntarios del hombre se encuentran marginalmente determinados por máximos y mínimos de conducta permitidos, que desde luego pueden, voluntaria o involuntariamente, desbordar en lo prohibido o lo ilícito. Sin embargo, cuando la facultad volitiva del ser humano se encuentra perturbada, limitada o es deficiente, desde luego que este no podrá ser sujeto de responsabilidad de ningún tipo. Incluso se habla de incapacidad de un ser humano para proyectar sus actos dentro de la sociedad en que vive y darles efecto válido. Por lo tanto, la conducta de la que nos interesa hablar es aquella que se produce en un sujeto psíquicamente estable, aunque sea precisamente la psicología clínica la disciplina que pone en entredicho la normalidad de la estructura psíquica de la mayoría de los seres humanos. No obstante, no es objetivo nuestro el dar fundamento a las tesis psicológicas sino permitirnos usarlas como puntos de apoyo.

Pues bien, si partimos de la *normalidad psíquica* de la abrumante mayoría de los seres humanos debemos aceptar también que la normatividad se circunscribe dentro de un ámbito social y racional. Social porque toda norma tiene su origen en un grupo de seres humanos unidos por diversos vínculos, ya sean familiares, políticos, económicos, históricos, lingüísticos, etc., y que persiguen fines idénticos o similares. Y racional porque la aparición de una norma dentro de la esfera social de un grupo se debe a la facultad creadora de todos los seres humanos que les permite pensar para organizar y organizar para superar sus necesidades y deficiencias.

Y precisamente, cuando un grupo social busca dar plenitud a sus fines y anhelos, se hace rodear de aquellos elementos de organización que le permitan tales *desiderata*. Así, a lo largo de la historia conjunta del ser humano en evolución observamos que sus elementos normativos, aunque diversos en la forma de su expresión, son idénticos en sus propósitos.

Podemos decir que son cuatro los grandes órdenes normativos en torno a los cuales ha transcurrido la vida de todo ser humano:

- * Un orden normativo social
- * Un orden normativo religioso
- * Un orden normativo jurídico
- * Un orden normativo moral

1. **El orden normativo social.** Este importante sector de la comunidad de normas resulta ser sumamente interesante y amplio de discusión, ya que inside sobre temas tan trascendentes como la organización social y las costumbres de los grupos humanos dentro de un ámbito espacio-temporal.

Dentro de nuestra disciplina del Derecho de gran importancia resulta estructurar una definición clara y breve de un concepto tan amplio y controvertido, a fin de lograr una precisión terminológica que nos permita extraer los elementos básicos que nos interesa destacar en este tema. Para ello me propongo analizar algunas definiciones previas elaboradas por estudiosos de la materia que pueden darnos luz sobre nuestro propósito inicial:

El maestro y filósofo **Gustavo Escobar V.** nos proporciona una descripción de la norma social y nos proporciona los primeros elementos que deben destacarse a fin de comprender el quid deontológico de este tipo de orden normativo; describe a la norma social con esta palabras:

"Estas reglas, llamadas normas sociales, reglas de convivencia social o de trato social, también entrañan obligaciones y regulan las relaciones de los individuos... El tipo de obligación que entrañan estas reglas de convivencia social no es... una imposición coercitiva... tampoco hay... una convicción y adhesión íntima como las que acompañan a las normas morales."²¹

Es claro entonces que entre los hombres existen vínculos que si bien, no son exigibles *a fortiori*, si son necesarios para la convivencia social, y considero que están en función de un análisis sobre la moral preponderante del grupo en el cual surgen.

21. Escobar Valenzuela Gustavo. **IBIDEM**, p. 66

Por su parte, el maestro García Máynez nos proporciona un segundo conjunto de elementos valiosos a recuperar; explica que:

"Nosotros emplearemos los términos *reglas convencionales, convencionalismos sociales y usos sociales*, ... atendiendo a que el uso de los mismos es el más común... Generalmente, los convencionalismos son exigencias tácitas de la vida colectiva, es decir, carecen de una formulación expresa y absolutamente clara; pero nada impide admitir la posibilidad de que se les formule e inclusive se les codifique."²²

Indiscutiblemente las normas sociales son exigencias tácitas, que encuentran su origen en la reiterada forma de conducta de un grupo humano, donde los miembros observan y aprenden. Al respecto algunos sociólogos se han pronunciado en el sentido de que la vida social está en función de *repeticiones* de conductas, donde la tradición, verbigracia, es una repetición en el tiempo.

No obstante, el maestro Luis Recaséns Siches, nos ilustra sobre el inconveniente en que incurre el maestro García Máynez al utilizar el término de *convencionalismos sociales*, ya que evoca la idea de un convenio, lo cual es algo que precisamente no se da en esas normas, pues se presentan preconstituidas al sujeto al cual van destinadas. (Cfr. Recaséns Siches Luis. Introducción al estudio del derecho) Agrega este ilustre jurista que también la designación de usos sociales es desafortunada, dado que el uso social involucra mediante la costumbre a otros tipos normativos completamente diversos, tales como los morales o jurídicos.

El maestro Víctor Rojas Amandi opina que:

"Los convencionalismos sociales constituyen normas de trato social cuando, el peso de la costumbre hace arraigar en la convicción del sujeto que precisamente, como se suele obrar en ciertos tipos de realidad social, debiera seguir obrándose... Las normas de trato social constituyen..."

22. García Máynez Eduardo. Opus. Cit. p. 26

modelos de comportamiento cuya existencia no reviste importancia vital para la existencia del grupo social, a tal grado no se requiere la existencia de un órgano que garantice su cumplimiento mediante la imposición forzada de la conducta exigida... "23

No comparto la opinión del maestro, cuando afirma que estas normas no revisten importancia vital para la existencia de un grupo social, y opino todo lo contrario; las normas sociales son excelentes indicadores sobre el estado anímico que guarda una sociedad respecto de sus miembros;

No menos interesante es el punto de vista del maestro Luis Dorantes Tamayo, quien escribe que:

"Las normas de trato social, las reglas de cortesía, los convencionalismos sociales, o como se les quiera llamar, son aquellas que establecen las buenas maneras de conducirse en sociedad."24

De las definiciones anteriores desprendemos varios elementos importantes de destacar, entre los cuales están:

A. La dificultad de su designación correcta, ya que los autores citados utilizan una gama de expresiones: *normas sociales*, *reglas de convivencia social* (García Máynez), *reglas de trato social* (Recaséns), *reglas convencionales*, *convencionalismos sociales*, *usos sociales* (Jhering), *normas de trato social*, *moralidad positiva* (Austin), *reglas del trato externo* (Hartmann), *normas convencionales* (Stammler), *reglas de cortesía* (Dorantes), etc.

Pienso, sin embargo que la categoría apropiada para designar a este tipo de orden normativo es la de "norma social", ya que concuerda perfectamente con el concepto genérico de norma que fue expuesto anteriormente, en el sentido de que toda norma es *maximum et minimum* dentro de los cuales una conducta es aceptable e incluso, deseable. Aunque, la recomendación del maestro Recaséns Siches de utilizar el rótulo genérico de *reglas del trato social* no deja de asaltar la inquietud de quien escribe.

23. Rojas Amandi Victor Manuel, Opus Cit. p. 171

24. Dorantes Tamayo Luis. "Qué es el Derecho" Edit. UTHEA, México, 1977, p. 211

B. Otro elemento importante de destacar es que este tipo de orden normativo carece de coerción ante su incumplimiento, y más bien se trata de una convicción generalizada en un grupo de que cierta conducta es indispensable para que un sujeto sea socialmente aceptado; por lo cual, este tipo de normatividad tiende a ser simplemente exteriorizable, es decir, que basta con mantener un prudente criterio de trato ante el grupo y practicar los usos socialmente aceptados, para tener un reconocimiento de honorabilidad, cortesía, respeto, nombre, prestigio, educación en la urbanidad, etc.

"Cuando un individuo cierra tras de sí la puerta de su alcoba y permanece sólo en ella, los convencionalismos se quedan afuera." 25

C. El tercer elemento que distingue a este peculiar orden consiste en la singularidad de las sanciones a que se hacen acreedores los infractores del buen *trato social*, ya que como dije anteriormente, estas normas carecen del elemento coercitivo. Más bien, la sociedad, actuando en conjunto, trata de hacer sentir al sujeto descortés e irrespetuoso que su conducta es *non grata ad societatem*. Así, dicho sujeto es aislado, segregado, señalado, etc., pero sin que ninguna ley pueda someterle u obligarle a que ajuste su conducta al patrón social reinante.

"El incumplimiento de una norma social... no implica una multa o algo parecido sino sólo la reprobación o el ridículo." 26

De igual manera se pronuncia el maestro Luis Recasens Siches, quien escribe:

"La sanción de las normas del uso social es sólo la expresión de una condenación, de una censura al incumplimiento contra el infractor por parte del círculo colectivo correspondiente, pero ni la imposición de la

25. García Máynez Eduardo. IBIDEM, cita a Rodolfo Jhering, p. 26

26. Escobar Valeazuela Gustavo. IDEM, p. 66

observancia forzada de la norma."¹

Lo que significa que la sociedad sí puede sancionar el incumplimiento de la norma social pero en ningún momento está facultada ni existe una organización responsable del cumplimiento forzado de ésta.

D. Otro elemento importante que se desprende de este tipo de normas es su condición de espacio y tiempo, debido a que cada grupo social adopta un conjunto de prácticas conductuales como socialmente valiosas, y siempre dentro de un lugar y época, ya que la transmisión de valores sociales de una generación a otra, en un cierto proceso de imitación en el tiempo, como lo explica el sociólogo **Gabriel Tarde**, puede romperse o sufrir modificaciones, y por lo tanto, nunca los usos y prácticas sociales son idénticos entre una sociedad y otra, sea en el tiempo o en el espacio geográfico.

2. El orden normativo religioso. Este segundo orden es complemento esencial del acontecer humano, ya que la religiosidad es un aspecto que ha acompañado al ser humano desde el inicio de su evolución y que desde luego ha insidido en la historia universal.

"La religión es el fenómeno humano más interesante, sin duda alguna... la religión sigue adherida al alma humana con una insistencia digna de examen..."²

Desde la alborada de la cultura en los pueblos de la antigüedad el fenómeno religioso se hizo presente de manera palpable, e incluso, desde el mismo periodo de las comunidades primitivas reinaba la incertidumbre por lo desconocido y lo misterioso, donde el cosmos circundante asemejaba la furia de una lucha entre las fuerzas reinantes: Agua, fuego, aire y tierra. Por lo cual, no es casualidad que los primeros signos de religión del hombre en evolución hayan sido una mezcla de mitos y de magia, y posteriormente llegar a un *teomorfismo* donde los dioses son representantes de las fuerzas naturales.

"En su obra *Primitive Culture* (1871), E. B. Tylor resumió la evolución histórica religiosa de la Humanidad en tres

1. García Máynez Eduardo. IDEM, Cita a Luis Recaséns Siches en su obra "Estudios de Filosofía del Derecho", p. 32

2. Equipo de Redacción PAL. "Historia de las religiones", Edit. Mensajero, España 1980, p. 7

etapas bien definidas. El principio de toda religiosidad y primera etapa de la evolución es el animismo... La segunda etapa es el politeísmo y la tercera, fase final y más perfecta de religión, es el monoteísmo.²⁹

Además, la ciencia y la filosofía, como formas mediante las cuales el pensamiento humano interpreta el universo, tuvieron un origen religioso, que desde luego no fue perdurable pero sí determinante para el avance de ambos campos de reflexión. El propio Aristóteles sostenía el origen de la filosofía en el proceso mismo de la religiosidad primitiva:

"Los hombres empiezan en la actualidad y empezaron la primera vez a filosofar por obra de la admiración. Desde un principio se admiraron de las cosas al alcance de la mano en que no hallaron salida. Luego fueron progresando poco a poco en el mismo sentido y viendo que no hallaban salida en cosas mayores, como en las fases de la Luna, las cosas referentes al Sol, y en las estrellas y en el origen del universo."³⁰

Antes de precisar los conceptos de nuestro interés, es necesario dejar claro en que consiste el fenómeno religioso, sobre todo en la historia más reciente, ya que hablar de la religión a lo largo de la historia no sólo desborda los propósitos de esta tesis sino que además requiere de una especial investigación. Cabe sin embargo explicar que la religión, *lato sensu*, es la forma sistemática mediante la cual un ser humano entra en contacto espiritual con una divinidad, a través de ritos, ceremonias y formas de conducir su vida, a lo que comunmente se le llama *norma religiosa*. No obstante, la religión ha sido analizada bajo diversos aspectos, ya sean políticos, económicos o sociales, que contradicen nuestras anteriores afirmaciones:

"El papel social que juega la religión en la sociedad moderna... es el de mantener y fortalecer los vínculos

29. Equipo de Redacción PAL. Opus Cit., p. 10

30. Escobar Valeazuela Gustavo. IDEM, cita a Aristóteles en su obra "Metafísica", p. 10

sociales y conservar las creencias, sentimientos y usos que favorezcan la estabilidad social." 31

Lo anterior es la expresión del funcionalismo sobre el papel de la religión dentro de la sociedad, y aunque tales afirmaciones sean ciertas o falsas, lo útil para nuestro estudio se cifra en la individualidad religiosa y el apego de dicha individualidad a los cánones de la religión de que se trate, es decir, analizando el plano *deontológico* con exclusión de cualquier otro, ya que el objetivo no es polemizar sino analizar una faceta del ámbito religioso consistente en su normatividad, donde de manera anticipada diré, que el conjunto de obligaciones que se presentan ante el hombre religioso son no solamente aceptadas sino deseadas; ya que como afirmé al principio, el fenómeno religioso es connatural al ser humano, y la religiosidad forma parte medular de su existencia.

Las normas religiosas son diversas en cuanto a las conductas que exigen a los miembros de una comunidad con determinado culto. Sin embargo, es posible establecer características análogas invariablemente presentes en los diversos tipos de orden religioso. Al concluir el análisis de las características de este tipo de normas estarán dadas las condiciones propicias para comprender la *deontología de la religión*.

Origen de toda norma religiosa

La primera característica que presentan los diversos tipos de orden religioso es en cuanto a su origen. En efecto, el origen de la norma religiosa se encuentra rodeado de un ambiente mítico y mágico, donde la divinidad selecciona de entre los hombres a uno en especial y lo instituye *profeta*. Este mensajero es privilegiado para conocer los designios y la voluntad divina, por lo cual tiene la autoridad de legislador *in nomine Dei*. Los ejemplos al respecto que la historia nos ofrece son abundantes:

"En la India, Brahma inspira a Manu el Libro de las leyes.
En la estela (piedra con inscripciones) de Hammurabi, quien reino en Babilonia dos milenios antes de nuestra era, el rey escribe su código bajo el dictado del dios Marduck.
Entre los hebreos, Jehová entrega a Moisés las Tablas de la Ley donde está grabado el Decálogo. En Persia, Ahura Mazda, en lo alto de una montaña, entre rayos y

31. Gomezjara Francisco. "Sociología", Edit. Porrúa, México, 1988, p. 172

relámpagos, entrega a Zoroastro el Libro de la Ley. Una divinidad confía al rey Minos las Leyes de Creta. Es el hijo de Dios quien aporta a los cristianos el modelo de su sabiduría y los Mandamientos de su moral. Mahoma escribe su Corán bajo el dictado de Alá.³²

Los creyentes-practicantes de una determinada religión aceptan invariablemente el origen de su sistema normativo religioso, e incluso, es poco frecuente que se hagan cuestionamientos escépticos; realmente la función crítica se encuentra desterrada del campo religioso, es decir, no admite pruebas o dudas en contrario. Y una de las formas que las religiones han utilizado para fomentar el acriticismo de sus prosélitos es el de colocar a la fe como una virtud y camino hacia el conocimiento verdadero emanado de la divinidad y por encima del dato de la corrupción sensible que nuestro raciocinio produce. Así, la fe implica no pensar sino sólo creer. Santo Tomas de Aquino decía: "...credas ut intellige, intelligas ut credere...", es decir, creer para entender, entender para creer. Nos resulta extraño entonces suponer que el orden científico y aún el filosófico, según la religión, se encuentran subordinados a una ciencia teológica. Esto parece un error, sin embargo fue la columna vertebral de la Europa de los siglos III al XVI. En esa época era frecuente la locución latina: "*Phylosophya, ancilla theologiae...*", es decir, la filosofía sirva de la teología, entendiendo como filosofía a todo el conjunto de disciplinas científicas de la época: matemáticas, física, química, astronomía, política, retórica, etc.

Pero, volviendo al análisis del origen normativo religioso es indiscutible que resulta un caso *sui generis*, aunque en muchos casos es interesante e ilustrativo del moralismo preponderante de un pueblo.

A modo de ejemplo citaré el caso de la legislación hebrea dada por su patriarca Moisés, la cual es universalmente conocida como el Decálogo (los diez mandatos), la cual es la primera legislación jurídica, moral, social y religiosa de la antigüedad, que sirvió de base a futuras religiones tan importantes como el judaísmo, el islam y el cristianismo, entre otras.

"Toda la doctrina teológica y moral básica de la religión
judía se halla contenida en la Torah o Pentateuco. La

32. Escobar Valenzuela Gustavo. IDEM, cita a F. A. Shishkin en su obra "Teoría de la Moral", p. 68

Torah comienza con el Génesis, donde se narran los orígenes de la Humanidad...³³

El pentateúco se compone de cinco libros llamados *proféticos*: Génesis, Exodo, Levítico, Números y Deuteronomio. Y precisamente, en el libro del Exodo se narra:

"Al tercer día, al amanecer, hubo sobre el monte (Sinai) truenos y relámpagos; una espesa nube cubrió el cerro... El Sinai entero humeaba, porque Yahveh había bajado en medio del fuego... Entonces Dios dijo todas estas palabras: ... No tengas otros dioses fuera de mí... No tomes en vano el nombre de Yavé, tu Dios... Acuérdate del día sábado para santificarlo... Respeta a tu padre y a tu madre... No mates... No andes con la mujer de tu prójimo... No robes... No des falso testimonio contra tu prójimo... No codicies la casa de tu prójimo... Mientras tanto, todo el pueblo oía las voces, los truenos, los relámpagos y el sonido de la trompeta, y veía el cerro humeando."³⁴

Las tablas de los "*Diez mandamientos*" representan una legislación civil, penal, religiosa y moral, que además sirve de sustento a la unidad política hebrea. Y este fenómeno no es anormal sino constante a lo largo de la historia de todas las culturas. Incluso, y es de recordarse que aún hoy en día, la religión sigue influyendo decisivamente en la vida social de todos los pueblos. El ejemplo del pueblo israelí es ilustrativo sobre el origen *mítico* y *mágico* que suele darse al orden normativo religioso.

Carácter heterónomo de la norma religiosa

Otra característica que presenta este orden normativo radica en su carácter *heterónomo* (= otro, diverso, y = ley), es decir, que cuando un individuo nace dentro de una sociedad con determinadas prácticas religiosas, como ocurría en la antigüedad, debe ajustar su vida a dichas prácticas. No obstante, si está en condiciones de elegir la religión de su preferencia deberá indefectiblemente ajustar su vida al código de normas que la

33. Equipo de redacción PAL. IBIDEM, p. 218

34. Biblia Católica Latinoamericana. Libro del Exodo

religión de su elección le imponen.

"Al igual que el Derecho, la religión incurre en la heteronomía. Aquí el sujeto no actúa libremente, la obligación proviene de una suprema autoridad."³⁵

Es interesante señalar que, cuando un individuo decide hacer una interpretación propia de una religión, se convierte en *heresiarca*, es decir, funda una religión que contradice la anterior que le dio origen. Este tema de la interpretación teológica sobre una religión es un apasionante tema que es ampliamente observado en la historia universal. Recordemos a guisa de ejemplo, el Cisma de la iglesia católica en el s. IV, cuando esta quedó dividida en Romana y Ortodoxa; las herejías de Arriano (s.III) sobre la Trinidad; la Reforma impulsada por Martín Lutero y Juan Calvino en el s. XVI; los testimonios de persecución de que fueron objeto Giordano Bruno, Miguel Servet, Savonarola, Juan De Huss, etc., revelan además un marcado autoritarismo religioso, que en el mundo occidental estuvo representado por el tristemente celebre Tribunal del Santo Oficio, conocido como Inquisición.

"En su obra *Ética y Psicoanálisis*, Erich Fromm distingue entre una Ética autoritaria (Ética religiosa) y una Ética humanista. En la primera, una autoridad es la que establece lo que es bueno para el hombre y prescribe las leyes y normas de conducta. En cambio, en la Ética humanista, es el hombre mismo quien establece las normas y es, a la vez, el sujeto de las mismas."³⁶

Coercibilidad *sui generis* de la norma religiosa.

Finalmente, las normas religiosas tienen una especial característica en lo que se refiere al incumplimiento e inobservancia de lo que prescriben, ya que debido a su propio origen divino, las sanciones que tienen previstas también gozan de un carácter extrahumano, del orden espiritual. Así tenemos que un castigo puede ser *la condenación del alma, el limbo, el sufrimiento en un infierno, la reencarnación en un animal repugnante, la obscuridad, etc.*

35. Escobar Valenzuela Gustavo. *IBIDEM*, P. 67

36. Escobar Valenzuela Gustavo. *IDEM*, cita a Erich Fromm en su obra "Ética y Psicoanálisis", p. 67

Y todos estas penas espirituales tienen como denominador la desobediencia y la rebelión.

De los elementos anotados, se aprecia una forma especial de normatividad, que apunta hacia la vida íntima del hombre en cuanto trata de relacionarse con una divinidad. Y sin embargo, los objetivos de estas normas se centran en una metafísica de la existencia; ataca directamente la transitoriedad de la vida y apunta hacia una forma superior y perfecta de existencia, libre de ataduras sensitivas, tales como el dolor o el placer. Quizá por ello, el fenómeno religioso sea el más desconcertante y difícil de enmarcar en un método científico. Bástenos entonces afirmar que la norma religiosa, expresión viva de una estructura religiosa busca expandir su dominio hacia la conciencia de cada hombre, es decir, que el objetivo de la norma religiosa va más allá de cualquier otra norma, porque pretende dominar voluntades, y donde todos los actos de la vida diaria deben estar orientados hacia el servicio de la divinidad sin reservas. No obstante, considero que la religión, en la actualidad y a futuro, va perdiendo su influencia sobre la conciencia y la voluntad del ser humano y se observa una reorientación hacia los valores existenciales del hombre como la justicia, la paz, la dignidad, el trabajo, etc.

Esto se observa, verbigracia, en documentos tan importantes como las encíclicas *Rerum Novarum* de León XIII, *Mater et Magistra* de Juan XXIII, las constituciones del Concilio Ecuaménico Vaticano II, *Familiaris Consortio* y *Laborem exercens* de Juan Pablo II, además de los diversos movimientos de expresión popular religiosa espontánea, donde la norma religiosa decidida y definitivamente busca adherirse a la vida moral del hombre, y que es un hecho positivo y necesario. Por otro lado, el Derecho no debe perder de vista estas manifestaciones culturales de la actualidad, e incorporar al estudio de sus temas la importancia y trascendencia que la nueva religiosidad imprime a la vida de cada ser humano. Recordemos que el bien que busca el Derecho y el bien que busca la moralidad religiosas no son diversos.

3. El Orden Normativo Jurídico. Toca ahora hablar del orden normativo por excelencia, llamado jurídico, aunque tal denominación parece no ser la más conveniente, si atendemos a que una norma jurídica es solo una parte o elemento del orden jurídico. El maestro García Máynez comparte esta opinión al decir que el derecho no es una *nomocracia* (: ley, y : poder), no solamente es un conjunto de preceptos regulatorios del comportamiento externo del hombre. (Cfr. García Máynez Eduardo, en su *Filosofía del Derecho*).

La palabra jurídico deriva de la voz latina *-ius, iuris*, que significa "derecho", es

decir, que *ius* se utiliza como sinónimo al de nuestra palabra Derecho; y los romanos lo entendían como el Derecho de cada cual a recibir ni más ni menos sino lo que es de su propiedad. Además, el término *ius* servía para denominar tanto al Derecho objetivo (*ars boni et aequi*, según Celso) como al Derecho subjetivo. Los romanos le dieron el nombre de *ars iuris* a la ciencia que consistía en saber averiguar el *ius* o Derecho subjetivo de cada uno en armonía con el *ius* en sentido objetivo definido como un conjunto de normas:

"Este *ius* era lo justo, lo que justamente -lo que por obligación y en la justa medida, ni más ni menos- era atribuible a cada uno. Y a la virtud de obrar así constantemente fue llamada la *iustitia*..."³⁷

El maestro Guillermo Floris Margadant señala que "*Derecho, droit, diritto, son términos que sugieren que nuestra disciplina busca lo que es 'recto'. El término law, en cambio, se relaciona con la raíz nórdica log y significa, mas bien, lo establecido, sugiriendo una actitud mas positivista.*"³⁸

Por lo cual, lo jurídico es lo relativo al *ius* y al Derecho, y la virtud de practicarlo fue llamada por los romanos *iustitia*: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. La justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada cual lo suyo, reza así la definición clásica de Ulpiano (D. 1, 1, 10)

Pero este *ius* no es arbitrario a la voluntad de cada cual sino que es precisamente el moderador de esa facultad del ser humano por la cual decide lo que debe hacer o no hacer. Ya en el capítulo primero hablé de la función que desempeña la voluntad en el hacer cotidiano de cada hombre y en que medida tanto el Derecho como la moral son partes complementarias en la regulación conductual del ser humano; el primero actuando directamente sobre las manifestaciones externas de la voluntad y la segunda actuando como un agente de carácter interno, propio e irrepetible en cada uno de nosotros, hombres de todas las épocas.

Es claro entonces que el orden normativo que nos ocupa es sumamente importante, debido indiscutiblemente a su difícil misión en el ámbito social y que de una u otra forma debe expresar el verdadero sentido del orden jurídico, hecho que haré resaltar en el capítulo

37. Hervada Javier. IDEM, p. 16

38. Floris Margadant Guillermo. "Derecho Romano"

siguiente, en forma de corolario a lo expuesto en este somero trabajo.

Importancia de la norma jurídica.

Este orden normativo llamado jurídico es la expresión cultural que mejor ilustra el desarrollo histórico de un pueblo ya que sus enunciados normativos llamados leyes reflejan el ser y el sentir de las necesidades, los gustos, las tradiciones, las costumbres, los principios, los valores y la espiritualidad de cada grupo social. Por eso, un jurista tiene el compromiso difícil de ser un conocedor de la historia de su pueblo, y precisamente, son los juristas los encargados de crear las leyes que habrán de conducir la vida gregaria de su comunidad, dotados de la prudencia necesaria para sortear los omnipresentes paradigmas de la justicia, y demostrar cual es el avance que se tiene en esta materia, ya que resulta lógico suponer que un pueblo desarrollado en materia jurídica es un pueblo desarrollado en cualquier otro orden de su esquema cultural, ya sea económico, social o político y cumple con los fines propios del derecho.. En este sentido se pronuncia el maestro **Rojas Amandi**:

"La norma a la que suele denominarse derecho, explícita y de manera independiente, es propia de las sociedades humanas relativamente muy desarrolladas." ³⁹

Tales aseveraciones las considero acertadas fundamentando esa aceptación en la evolución misma del Derecho al lado del concepto filosófico de ser humano, es decir, a cada momento, la ley hace reconocimiento pleno de la sencillez de nuestra naturaleza y la honra con palabras tales como *Derechos Humanos, Derecho a la vida, Derecho a la libertad, indiscriminación racial*, etc., lo cual implica una evolución humanista reflejada en la ley. Pero esto no basta, dado que las palabras no tienen la resonancia inconcusa de los hechos, *facta, non verba decían* los juristas latinos; por ello, no basta hablar de leyes surgidas en el seno de una sociedad igualitaria, sino que es necesario que dichas leyes manifiesten tal sentido de igualdad, que estén apegadas conforme al Derecho, es decir, que no basta que una ley sea emitida por el poder público de un Estado, sino que debe estar escrita conforme a los lineamientos generales del derecho, como conocimiento universalmente valido en cualquier ámbito social.

Los acontecimientos históricos revelan que un sistema jurídico justo solo es concebible en un entorno social justo, sin excepciones posibles. Aristóteles, verbigracia, decía que una forma de gobierno es justa solo donde existe una sociedad justa, donde cada

39. Rojas Amandi Victor Manuel. IBIDEM, p. 88

cual se desarrolla integralmente de acuerdo con su peculiar habilidad.

La coercitividad de la norma jurídica.

La norma jurídica es la medida conductual del hombre que se presenta con una mayor rigidez, en comparación, verbigracia, de las normas sociales e incluso de ciertas normas religiosas. Tal rigidez se hace manifiesta, entre otras cosas, en el monopolio, que ejerce el aparato estatal, del instrumento de fuerza física, capaz de doblegar la voluntad de cualquier persona, física o moral a fin de llevar al cumplimiento de lo jurídicamente establecido. Así lo explica el doctor García Máynez, cuando nos dice que la coercibilidad significa una posibilidad de cumplimiento no espontáneo, y por lo tanto, de imposición coercitiva.

Pero de manera apriori, debe existir una sanción que le dé fundamento a cualquier forma de coercibilidad. La sanción es una consecuencia normativa que el incumplimiento de una norma produce en perjuicio de quien se encuentra obligado por un determinado acto. En este sentido, se puede afirmar que la coercibilidad es un dato aposteriori de la norma jurídica que sanciona. Y que es propio en exclusiva del aparato estatal el declarar la norma que prevée, la norma que dirige y la norma que sanciona, ejerciendo coerción solamente frente al incumplimiento de la sanción. Giorgio Del Vecchio nos enseña que el Derecho no persigue el perfeccionamiento del obligado, sino la satisfacción de las facultades del pretensor, en su esfera se acepta la imposición coercitiva y, con ello, tal satisfacción se asegura. (Cfr. García Máynez)

Cuando brevemente se comentan los elementos básicos apriori que un Estado, ente de unidad política de un pueblo, debe tener, para existir como tal, se mencionan los siguientes:

- * Pueblo,
- * territorio, y
- * poder.

De donde surge la definición de Estado: *Es la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio.*

Pues bien, y en referencia a lo anterior, destacan los elementos de organización jurídica y poder; el primero como el conjunto de normas de Derecho que determinan las reglas de convivencia social (Derecho positivo), y que se expresan en derechos y deberes; el segundo como el imperio necesario para cumplir y hacer cumplir el conjunto de normas, sin importar la magnitud ni los argumentos de una posible resistencia, dejando en todo caso a

salvo, los Derechos inherentes a cada ser humano, y que reciben el nombre de garantías individuales. Es evidente que frente a estos dos elementos cada ciudadano simplemente se someta al orden jurídico sin tratar de sustraerse a él.

Sin embargo no es así; muchos son los casos en que la voluntad individual actúa en desacato de una determinada norma y crea un conflicto de intereses, ya sea entre el suyo y el de otro particular o, en el peor de los casos, el interés general. El poder público activa y mantiene su función jurisdiccional hasta lograr que la voluntad violatoria nuevamente se apegue al cause del Derecho y sean resueltas las pretensiones de quien resulto afectado por el desorden de hechos. Hasta aquí parece no haber ningún problema del tipo procesal, sin embargo, cabe el preguntarse, por que determinados miembros de la sociedad no acatan el orden normativo y buscan evadir la acción del poder público? La respuesta a esta interrogante es compleja, sin salida o carente de sentido. Sin embargo, opino que una posible respuesta a esta cuestión se encuentra en el lo que conocemos con el nombre de *Reconocimiento del orden normativo*, mismo tema del cual ya he hablado en el capítulo que precede. Vale, empero, rescatar algunas ideas básicas para llegar a comprender la importancia que la norma jurídica reviste en la vida de cada hombre al cual va dirigida. Entre otras, es interesante recordar que la convicción de la voluntad es más valiosa que el sometimiento forzoso porque, si bien, el resultado es similar o sea la eficacia de un orden normativo, la diferencia entre ambos caminos constituye un insondable abismo. Quien conoce una norma jurídica, reflexiona sobre su contenido y se adhiere a ella no sufre viceralmente cuando es compelido a llevarla a cabo, es decir, reconoce en ese orden jurídico muchos elementos positivos y necesarios tanto para su bienestar como para el de la sociedad. La conducta contraria, es decir, la del hombre que desconoce la norma jurídica, y la contempla como un estorbo a su personal desarrollo sufre en su orgullo dado que no se le ha pedido su consentimiento para que cumpla un mandato del poder público. No obstante, un caso intermedio, entre el conocimiento y la indiferencia por conocer es el de la ignorancia de quien por diversos factores, entre ellos el aislamiento cultural, vive al margen de la normatividad jurídica, sin el propósito inmediato de evadir la acción jurídica y más bien es un fenómeno que no les significa nada. Tal es el caso de los indígenas y de quienes comparten una pobreza y atraso social de tal magnitud que simplemente es difícil hablar de norma jurídica a quien solo busca satisfacer sus necesidades más elementales. El legislador ha contemplado esta delicada situación eximiendo de culpa a quien mas que obrar por maldad obra por necesidad:

"No se castigará al que, sin emplear Engaño ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades

personales o familiares del momento." Art. 379 Código Penal del D.F.⁴⁰

"La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces, teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si esta de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por falta de cumplimiento de la ley que ignoraban..." Art. 21 del Código Civil para el D.F.⁴¹

Desde luego que es afortunada la introducción que el legislador hizo en el artículo 21 del Código Civil, ya que la ignorancia no debe excusar a nadie de su cumplimiento, porque en cierto sentido todos los seres humanos, de manera intuitiva, sabemos el significado del respeto por la integridad física y moral de cada uno, y el derecho a la propiedad de bienes materiales. Desde luego que la ignorancia a la que alude el legislador se refiere a aquellos actos del hombre que no se encuentra en condiciones óptimas para expresar su verdadera voluntad tal y como lo expresa el propio código.

Origen de la norma jurídica.

Tiene su origen en un poder legislativo dotado de plenas facultades encargado de proveer las leyes necesarias, que conforme al Derecho, deben tener por objetivo primo el armonizar las complejas relaciones en que se desarrolla la vida social.

Cabe hacer notar que el origen de estas normas se encuentra rodeado de una polémica doctrinal sobre si es posible hablar de un solo orden jurídico (Teoría monista), o por el contrario, la posibilidad de que exista un orden paralelo al positivo, caso en el cual estaríamos frente a una dualidad de dos órdenes jurídicos: Uno de carácter natural y otro de carácter positivo (Teoría dualista). Ambas teorías se disputan para si la validez de una norma jurídica llamada ley, esgrimiendo argumentos propios a cada una de ellas.

40. Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la república en materia de fuero federal.

41. Código Civil para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la república en materia del fuero federal.

Sucintamente expongo las ideas más sobresalientes de una y otra doctrina y la crítica a las mismas.

a). Teoría monista. Afirma cabalmente que no existe más Derecho que el positivo, es decir, esta doctrina desecha las consideraciones de tipo ideal y teleológico, porque simplemente las considera ajenas al campo jurídico. El doctor **García Máynez** ilustra muy bien lo anteriormente dicho cuando nos brinda su comentario crítico:

"El positivista, en la esfera jurídica, no desconoce necesariamente que haya un derecho ideal, oriundo de la naturaleza o de la razón; simplemente niega que sea 'derecho' en el mismo sentido que el positivo."⁴²

Las características que el positivismo jurídico imprime a la norma jurídica son:

- * El derecho se define como un sistema de normas hechas valer por medio de un poder coactivo.
- * La norma jurídica es un mandato.
- * La fuente suprema del derecho es la ley.
- * El orden jurídico posee los atributos de integridad y coherencia.
- * La actividad del jurista y del juez es una tarea esencialmente lógica y no hermenéutica o ciencia dogmática.

En conclusión, el iuspositivismo parte del dato empírico por el cual únicamente es *derecho positivo* lo que el *derecho positivo* determine.

b). Teoría dualista. Esta teoría mira siempre hacia el campo de del derecho natural (iusnaturalismo) y al campo de la filosofía, no desde una doctrina determinada, sino como filosofía propia del Derecho, con una metodología que busca conocer, en sentido

42. **García Máynez, Eduardo.** "Introducción al Estudio del Derecho"

epistemológico, el ser del Derecho. Así lo afirma el maestro Pietro Piovani, cuando escribe que la Filosofía del Derecho "quiere saber qué es el derecho, mas no respecto de la vida jurídica, sino respecto de toda la vida, para comprender por qué aquél -el derecho- existe en esta -la vida-".⁴³ Estudia al derecho, no sólo en sí mismo, sino en sus relaciones y diferencias con los demás órdenes reguladores del comportamiento humano: la moralidad, los convencionalismos sociales y la religión.

La teoría dualista inicia afirmando que antes y por encima del Derecho creado por el hombre, ya sea escrito o consuetudinario (common law), presente o preterito, existe un orden eterno e inmutable al cual se encuentran sometidos todos los seres y básicamente, el hombre como ser racional y creador. Este orden natural contiene una serie de valores a cuya realización debe tender el Derecho, hecho que rompe con el rigorismo del dato empírico del positivismo y coloca al Derecho en un plano ontológico y axiológico más cercano a su verdadera esencia. Y así, cobran sentido las palabras de justicia, equidad, deber ser, moralidad, etc., ya que no dejamos al Derecho en una simple y formalista Teoría General del Derecho. Un ejemplo que confirma las anteriores afirmaciones lo brinda el caso donde la experiencia jurídica escapa a las previsiones del legislador, en cuyo caso, existe la necesidad de colmar la laguna, empleando una serie de principios axiológicos vinculados a las peculiaridades del caso. Como afirma el Doctor García Mányez:

"...esta tarea, ya no interpretativa sino integradora rebasa los linderos de una consideración puramente dogmática de los textos legales y obliga al examen de los fines y valores que, al legislar sobre la materia, el órgano legislativo quizo realizar."⁴⁴

Efectivamente, el jurista debe observar rigurosamente la finalidad que el Derecho como instrumento de convivencia social debe propiciar; es cierto que la ley, norma jurídica escrita, ordena un tipo de conducta, significa un deber ser, pero igualmente cierto es que el Derecho sirve para el hombre y sus fines, gira en torno a su ser, es en cierto modo una disciplina de reflexión subjetiva, ya que la norma se adecua al modo existencial del hombre, se desecha de plano su carácter estrictamente objetivo, el carácter de simple teoría del Derecho tal y como, verbigratia, lo concibe el jefe y máximo exponente de la Escuela de Viena, Hans Kelsen. Un aforismo latino reza *Pro iurem quamvis contra legem*, es decir, que más allá de

43. García Mányez, IDEM, p. 256

44. García Mányez, Eduardo. IDEM, p 327

la ley, existe el Derecho, el *ius suum*, el Derecho de cada cual que en síntesis es el Derecho del hombre, ya que accidentalmente nuestras características físicas pueden variar de manera diversa, pero la esencia que nos distingue de los demás seres permanece inalterada en cada uno de nosotros, por lo cual no existe un Derecho para cada ser humano, sino que se trata de un Derecho Universal para todos los hombres, que no se opone a sus metas próximas y futuras, sino por el contrario, tiene como objetivo permanente el allanar el camino que conduce a tales metas.

4. El orden normativo moral. Finalmente abordaré el tema de la moral vista desde su aspecto normativo, destacando sus elementos característicos, de entre los cuales, indubitadamente se encuentra el de su concepto; y aclaro que la normatividad sólo es un aspecto de la moral porque es común el criterio de los filósofos en el sentido de que la moral esta formada por dos aspectos indisolubles: Uno es el plano normativo y otro el plano fáctico.

Brevemente, el plano fáctico (del latin *facere*, hacer), llamado tambien *ethica utens* por Jose Luis Aranguren (del latin *utor*, usar), esta formado por los actos concretos que se realizan conforme a las normas establecidas; el plano fáctico origina lo que se conoce como moralidad. Por lo tanto, la moralidad son los actos realizados conforme a la moral imperante.

Y el plano normativo o *ethica docens* (del latin *doceo*, enseñar) como la llama Aranguren, implica un deber ser, tiene un carácter apriori; aquí la moral se presenta como un conjunto de normas o imperativos que existen para ser realizados, que se consideran valiosos y debidos, independientemente de que se realicen o no. Y para nuestro estudio, es este el aspecto de la moralidad que más importa resaltar.

Indiscutiblemente la moral no puede escindirse en dos estudios ambiguos y desligados entre sí, ya que considero que la moral no consiste simplemente en un conjunto de normas; más bien considero que se trata de una forma de vivencia interior. Tanto Platon como Aristoteles consideraban que la moral y la moralidad se constituyen por el sometimiento efectivo de la conducta a las normas morales, por el orden que tal sujeción engendra y por las virtudes que originan, y que tienden al perfeccionamiento del ser humano.

Por lo anterior, trataré de los dos aspectos de la moral, el normativo y el fáctico, con la indispensable sistematicidad que cada uno requiere. Paso ahora al tema de la precisión terminológica entre ética y moral.

Conceptos de Etica y moral. Es frecuente la confusión terminológica entre los

conceptos de moral y ética; se aplican de forma indiscriminada cual si fuesen sinónimos. Más es justo aclarar que, si bien ambas palabras se aplican a una misma área de reflexión, guardan sin embargo una profunda e importante diferencia. La ética, por un lado es una disciplina filosófica, cuya tarea consiste en explicar, fundamentar, planear y resolver los problemas que se suscitan en torno a la moral, aunque se discute sobre su carácter normativo. Sin embargo, la ética es normativa sólo en sentido indirecto, ya que no es su finalidad la elaboración de deberes, no incurre en una prescripción de conductas. La moral, por su parte, se estructura por un conjunto de normas, costumbres y formas de vida que se presentan como obligatorias, valiosas y orientativas de la actividad humana, que tienen su máxima expresión en los hechos y en la moralidad de estos.

Arthur Schopenhauer decía *"Predicar la moralidad es fácil, fundamentar la moral, difícil..."*

Es claro entonces que la moral se presente como objeto formal de estudio de la ética, quedando a salvo la diferencia entre ambos conceptos.

La etimología de la ética y la moral El origen etimológico de ambos conceptos es idéntico y es probable que de ahí provenga cierta confusión terminológica. La palabra moral deriva de la voz latina *mos, moris*, que significa "costumbre"; así mismo, la palabra ética deriva de la voz helenica *ethos* () que significa también costumbre. Incluso, Aristoteles, al definir a la disciplina ética, la llama la ciencia o tratado de los hábitos o las costumbres de los hombres. Sin embargo, la constante perfección que experimentan tanto ciencia como filosofía ha propiciado que se tenga una noción clara entre lo que es la ética y la moral.

La moral es el conjunto de normas que un sujeto acepta de manera libre y consciente y las incorpora a su vida para regir su conducta interna, buscando como finalidad la realización de lo bueno como algo que trasciende en su persona y en su sociedad; ninguno de estos elementos puede omitirse en la comprensión de la moral porque de otra forma, estaríamos hablando de cualquier otro orden normativo excepto del así llamado moral. Podría correrse el riesgo de terminar disertando dentro de un aspecto de la normatividad religiosa por ejemplo.

Origen de la norma moral.

Estas normas encuentran su origen en una necesidad individual en cada hombre de dar fundamentación a su vida, incorporando todos aquellos principios y valores que considera propicios a ese objetivo de identidad existencial. Es evidente que no toda forma de vida

busca la plenitud de la existencia, porque precisamente la diferencia básica entre un hábito o costumbre y una vida moral es la finalidad de realizar actos buenos que beneficien no sólo la esfera individual sino la amplia esfera social, partiendo desde la familia como primera instancia social. Tal finalidad recibe el nombre de *moralidad*.

Características de la norma moral.

Las características básicas para que una conducta o forma de vida reciba el adjetivo de moral son la libertad y la conciencia. La libertad se cifra en una adhesión imperturbable hacia un principio o valor considerado como propicio para llevarlo a cabo en la conducta; en ningún momento debe existir presión de ninguna clase para que una persona opte por un valor o principio. En este orden de ideas puedo afirmar que la moralidad humana es un aspecto bastante difícil de suscitarse en la vida diaria, ya que es inevitable que diversos factores del medio ambiente propicien una disminución de la libertad para optar por aquello que es querido o deseado. Podemos hablar de elementos condicionantes de la libertad, que la disminuyen o nulifican. El filósofo Raul Gutierrez Saenz enseña que existen las siguientes causas que atrofian la libertad:

- * la ignorancia,
- * el miedo,
- * las pasiones,
- * la violencia física y moral, y
- * las enfermedades psíquicas.

La ignorancia evidentemente propicia que una persona decida de manera equivocada, ya que precisamente la ignorancia se produce por una ausencia de conocimiento y por lo cual, su manifestación genuina es el error. Alguien puede pensar que si divulga un rumor acerca de la conducta o forma de vida de otra persona está actuando moralmente porque pone en evidencia los vicios o males ajenos; pero sin duda, esto es un error, ya que si tal persona comprendiera lo que es la integridad física y moral de cada persona cambiaría su conducta al respecto.

El miedo "...consiste en una perturbación emocional producida por la amenaza de un peligro inminente."⁴⁵ El miedo es connatural al hombre, porque como explique en el capítulo primero, este tiene la inclinación o tendencia a la conservación del ser (vida e integridad

45. Bejarano Sánchez, Manuel. "Obligaciones Civiles", Edit. Harla, México, 1984, p. 102

física y moral), por lo cual, todo aquello que le amenaza le produce intranquilidad, y su aparato psíquico provoca actos contrarios o indeseados; téngase por ejemplo el caso de quien mata en defensa propia. El miedo, la tendencia a la conservación física y la afectación psíquica produce un acto contrario al deseo por el respeto y amor a la vida.

Las pasiones, que son manifestaciones por saciar apetitos sensibles del hombre, tales como la vananza, el odio, los celos, el amor obsesivo, la vanidad, el sexo irracional, etc., todas ellas propician que el hombre se aparte de lo moralmente querido o estimado como valioso; es frecuente la frase de que *el ser humano es esclavo de sus pasiones*, es decir que se esclaviza del sufrimiento. Las pasiones influyen en todos los seres y cuando se desarrollan en personas psíquicamente débiles o inestables los resultados son alarmantes. Dentro del Derecho, el área penal pone en evidencia los malestares del espíritu humano, que da rienda suelta a lo más selecto de la antimoralidad y retrocede hacia el estado de barbarie.

La conciencia de los actos del hombre es la segunda característica *sine qua non* es posible concebir un acto moral por el cual un ser humano se responsabiliza de su propia existencia y de los efectos positivos o negativos que aquellos le produzcan. Nos dice el filósofo Gustavo Escobar que,

"Defínase la conciencia moral como un conjunto de sentimientos, creencias, ideas y juicios que nos inducen a distinguir entre lo que es bueno y lo que es malo."⁴⁶

La conciencia moral es privativa del hombre, ya que entra en juego la razón para así poder valorar un conducta como deseable o indeseable, a fin de lograr aquello que Javier Hervada llama, las tendencias a satisfacer la propia naturaleza del hombre, que identifica con la ley natural. El filósofo Johannes Messner ilustra las afirmaciones anteriores:

"...la conducta específicamente humana no está determinada por fuerzas ciegas, que actúan de la forma ineludible que es propia del instinto animal. La conducta del hombre, tanto si está de acuerdo como si contraría las exigencias de su verdadero ser, depende de la intervención de su razón, de su autodeterminación. Esta disposición a la autodeterminación

46. Gustavo Escobar Valenzuela, IDEM, cita a Johannes Messner en su obra "Ética Social, política y Económica", Edit. Rialp, Madrid, 1967, p. 129

propia de la naturaleza del hombre es el fundamento de la responsabilidad, de la conducta humana y del nacimiento del fenómeno de la moralidad en el hombre "47

Autonomía de la norma moral.

Considero que la autonomía de la norma moral es un elemento apriori de su existencia, ya que dicha autonomía significa que un ser humano se reconoce a sí mismo como creador y portador de su propia moralidad. Ya desde la antigüedad, el gran Sócrates demandaba de sus discípulos un conocimiento interno: *nosce te ipsum*, es decir, busca la virtud y la vocación dentro de ti.

Pero tal autonomía, como hemos visto anteriormente requiere de varios elementos imprescindibles a saber: la libertad, la conciencia, la responsabilidad, la búsqueda del bien, etc., y esto desde luego sólo tiene sentido desde un punto totalmente subjetivo a cada ser humano; sólo la intimidad del pensamiento de cada quien es testigo de nuestra verdadera moralidad, independientemente de lo que nuestra conducta reproduzca interiormente. Por ello alguna vez Manuel Kant escribió:

"De buenos propósitos está empedrado el camino que conduce hacia el infierno..."48

Por ello, la autonomía de la norma moral implica una mayor responsabilidad para el ser humano, dado que nadie, excepto él, conoce de los motivos reales que lo llevan a obrar de cierta manera por más que tal forma de conducta coincida con los cánones de la moral preponderante de una sociedad.

Sanción al incumplimiento de la norma moral.

Es evidente que la autonomía de este tipo de normas provoca que únicamente sea el sujeto quien reconozca la falta de fidelidad a su código moral y la intranquilidad que ello le puede ocasionar en su conciencia, dado que ha traicionado a sus propias ideas y convicciones, es decir, ha roto su moralidad. Y desde luego que no es posible soslayar este hecho; ningún ser humano puede pensar que está exento de sentir un remordimiento de conciencia cuando ha quebrantado aquel conjunto de máximas en las cuales descansa sus

47. Escobar, IDEM, Cita a Johannes Measner, Opus. Cit., p. 130

48. Escobar, IDEM, p. Cita a Manuel Kant en su Obra "Fundación metafísica de las costumbres", México, Edit. Porrúa, 1972, p.24

convicciones más profundas; aún el criminal más empedernido puede experimentar un malestar de la conciencia cuando siente que sus actos lo enfrentan a un vacío existencial que lo coloca fuera de las aspiraciones nobles y agradables a que todo hombre pretende llegar. Es probable que la única forma en que se puede alcanzar la tranquilidad de la conciencia sea mediante el arrepentimiento, y el propósito de reparar, en lo posible, el daño causado. Este es el diáfano puente que unió el pensamiento moral de hombres de la talla de **Jesus de Nazareth**, o de **Sócrates**, con los principios fundamentales de la Filosofía del Derecho, donde lo valioso en realidad de los seres humanos es la capacidad de errar y corregir. **Sócrates** afirmaba a sus discípulos que la maldad en el hombre era parte de la ignorancia en que este habitualmente vive, ya que lo propio y natural de los hombres es vivir en la virtud de la sabiduría que conduce a la justicia.

El axioma socrático "*Conócete a ti mismo...*" (*noscete ipsum*) es más que una simple prosopografía de cada hombre; su objetivo es que el hombre urge en lo más íntimo de su moralidad aquellos principios y valores que verdaderamente lo hacen sentir feliz en todas sus dimensiones. La interioridad, según explicaba **Sócrates**, es principio de verdadera justicia del hombre y de la sociedad.

Otras formas socráticas interesantes de analizar, debido a su permanencia en la mentalidad occidental son el *estoicismo* y el *epicureísmo*. El primero es una doctrina neo-socrática que practica el ascetismo, la renuncia a lo material y la mortificación del cuerpo para purificar el alma, aunque lo importante de destacar es su preocupación por la moralidad humana y establecer que los satisfactores materiales son en todo sentido secundarios frente a los valores de la Moral, el Derecho y Religión. Su fundador **Zenón de Citio** (s. III a.C.) sostenía que lo verdaderamente valioso para cada ser humano es lo bueno que tiene de sí, y solamente debe tratar de descubrir esta riqueza en su interior; por ello debe también soslayar los distractores materiales que obstaculizan esta finalidad, tales como el poder, el honor y la riqueza. La forma socrática del epicureísmo, si bien, no desprecia la importancia de los satisfactores materiales, toma como eje rector de la moral humana la constante y perpetua aplicación de la razón para todos los actos humanos. Considera que la virtud que conduce a la felicidad se encuentra en la templanza, la moderación, la vida teórica, etc. Lo cierto es que, tanto **Sócrates** como cualquiera de los grandes hombres que le antecedieron y precedieron, han aportado grandes ideas que merecen ser revisadas y rescatadas del olvido histórico. Considero que toda la verdad ha sido dicha a lo largo de los siglos por los hombres de cada época; sólo que ha faltado un verdadero interés por unir la razón, la voluntad y la finalidad de cada hombre de ser feliz.

CAPITULO
III
EL DERECHO, LA MORAL Y LAS NORMAS SOCIALES

Dos cosas llenan el ánimo de admiración y
respeto, siempre nuevos y crecientes cuanto con
mas frecuencia y aplicación se ocupa de ellos la
reflexión: el cielo estrellado sobre mi
y la ley moral en mi

M. Kant

En el capítulo anterior, hemos analizado los cuatro órdenes normativos dentro de los cuales se circunscribe la conducta de todos los seres humanos, ya sea en mayor o menor medida, según los especiales factores que en cierto momento y tiempo, pueden insidiar; aunque, como lo expresé en su debido momento, siempre es posible rescatar ciertos parámetros que nos permiten identificar claramente el tipo de orden normativo de que se trate, y las implicaciones que tales órdenes pueden generar en la vida de una comunidad de seres humanos, y desde luego, en su individualidad.

En este capítulo tengo el propósito de ampliar la discusión sobre la conciencia moral del hombre y su realidad socio-jurídica ya que ambos elementos de su totalidad ontológica frecuentemente son presentados en forma aislada o distanciada, cosa que resulta perjudicial para el estudio y comprensión filosóficos de nuestro ser. El Derecho no puede estar aislado de todos aquellos aspectos de la vida del hombre que de una u otra forma moldean su conducta y su vida, no puede desconocer que tras del porte físico de cualquier ser humano, se encuentran un número infinito de emociones, sensaciones, propósitos, ideales, etc., que van torneando una conciencia única e irrepetible, plena de valores que nos permiten establecer diferencias, muchas de ellas contradictorias con otras formas de pensar.

El tema de los valores encuentra muchas de sus explicaciones dentro del entorno moral, social y jurídico de cada ser humano. Nos explica perfectamente por qué, por ejemplo, hay seres humanos que valoran más su vida que su honor, y son incapaces de un suicidio u homicidio; así como de hombres que valoran más el honor que la vida, y prefieren el suicidio e incluso el homicidio. Estas formas de conducta son frecuentemente juzgadas como brutales, propias de la barbarie, sin embargo, forman conjuntos de valores que en cierta forma adquieren la calidad de valores morales, reconocidos por las leyes.

Los problemas sociales que más nos angustian son aquellos que versan sobre formas elementales de nuestra existencia. Los mayores problemas se refieren a la convivencia familiar, al estado social, a la libertad de procreación y del aborto, a la masificación de la sociedad, a la angustia que ocasiona el consumismo materialista, a las pseudo salidas de conflictos a través de drogas, resistencia y manifestación de inconformidad, a la crisis educativa, a la devaluación de las profesiones frente a actividades realmente lucrativas, a la crisis de los verdaderos sentimientos religiosos, a la desaparición de la filantropía y del altruismo; en síntesis, los problemas de nuestra sociedad contemporánea son los síntomas de una crisis de valores.

Por ello, el jurista no debe perder de vista que uno de los fines buscados por el Derecho es armonizar las relaciones de convivencia fraterna y en paz, lo cual constituye una fuerte lucha contra todos aquellos problemas sociales surgidos por una crisis de valores donde la moral es relegada a últimos términos, tal y como una pieza anticuada dentro de una sofisticada ingeniería social.

Analizaré en primer término la relación entre el Derecho y la moral, a fin de destacar semejanzas y diferencias, esperando conformar las palabras del doctor Luis Recaséns Siches, en el sentido de que entre moral y Derecho, la diferencia únicamente es en cuanto a la definición.

1. **El Derecho y la moral.** Un tema clásico de la Filosofía del Derecho es el análisis de los elementos que vinculan o separan al derecho y a la moral. Ningún esfuerzo investigativo es, en realidad, suficiente para inclinar la balanza hacia una u otra posición ya sea a favor ó en contra de una moral vinculada al Derecho como elemento rector de este. Al respecto, la historia del pensamiento humano nos ofrece variados ejemplos donde la moral urge la realización del Derecho y de los principios axiológicos sobre los cuales se cimienta, y donde además, el derecho se erige como rector de la moral preponderante de un pueblo. Por lo cual considero difícil e inútil disociar al Derecho y a la moral como teorías puras de un saber ajeno entre sí. Más aún, considero que las actuales condiciones en las que se desarrolla la sociedad humana atraviesan por una severa crisis de valores, por lo cual bien valdría reconsiderar el papel del Derecho y el de la moral como pilares de una convivencia social mas humana. Vincular al Derecho con la moral no es un capricho u obsesión académica, carente de bases y sentido, sino una forma de retomar las formas axiológicas y deontológicas de la conducta del hombre encaminadas a sus fines propios, como individuo y como especie.

Las sociedades modernas marchan a pasos acelerados sobre el camino del desarrollo

tecnológico y económico. Hoy en día la preocupación central de estadistas, políticos, juristas e incluso filósofos gira en torno al desarrollo económico de los pueblos, emitiendo calificativos de "países desarrollados" o "en vías de desarrollo"; al mismo tiempo se hace presente a cada momento el espectro devastador de la guerra, que no necesita ser mundial para repercutir en toda la comunidad de países, en los diversos aspectos que la conforman. Sin embargo, los temas jurídico-morales ocupan apenas breves espacios de reflexión en los foros internacionales y las soluciones a los graves problemas de muerte, hambre, marginación, destrucción, abuso del poder, etc., parecen ser proyectos a un muy largo plazo, que no interesan por el momento.

Si recordáramos las palabras sabias que hombres de todos los tiempos han lanzado en contra del tecnologismo antihumanista podríamos perfectamente darnos cuenta de los terribles errores en que hemos caído, al grado de ignorar que en lo más simple de nuestro ser somos hombres dotados de razón y entendimiento. Urge por ello que los pueblos con sus gobernantes, o sin ellos en el peor de los casos, reencuentren su verdadero camino de desarrollo vinculado estrictamente al respeto de los Derechos de cada hombre en lo que toca al Derecho, y en el desarrollo de una conciencia positiva que oriente a los hombres a buscar el bien de los demás, que a fin de cuenta, es el bienestar propio. Por el momento me limito a exponer algunas ideas, no propias muchas de ellas, sobre lo importante que resulta el estudio de la moral y del derecho.

El propósito de esta disertación sobre los temas fundamentales de la moral y del derecho no aspira a dilucidar sobre sus diferencias o similitudes, sino a exponer las diversas características que identifican a estas disciplinas filosóficas que tienen en efecto la virtud de considerar la conducta del hombre más allá de un simple fenómeno biológico de la naturaleza, aunque a la luz de las múltiples metodologías de los estudiosos del Derecho y de la moral pueda resultar necesario o aberrante pensar en un *iusmoralismo*. Particularmente pienso que, tanto moral como Derecho son dos caras de una misma moneda, dos facetas de un mismo aspecto, siendo tal la conducta del ser humano y sus naturales tendencias a desarrollar una vida activa que aspira al bien y a la perfección, quizá como lo decía el filósofo de Estagira, cuando meditaba sobre el concepto de *eudemonia*: *La felicidad consiste en el ejercicio ininterrumpido de una vida activa contemplativa o teórica, que es superior a la vida de los placeres y diferente a la vida política que busca honores.*

Para poder cumplir con el objetivo trazado, consistente en exponer de manera concisa las características de uno y otro orden filosófico, moral y Derecho, y recuperar así los valiosos aportes necesarios para nuestro estudio, es indispensable hacer un recorrido por los vastos e interesantes puntos de vista que hombres de ciencia y reflexión han concretado en obras lite-

rarias de consulta obligada para quien desea formarse tanto en el área del Derecho como en la de la filosofía moral. Analizaré a continuación los razonamientos admirables de hombres tales como **Manuel Kant, Rodolfo Laun, Hans Kelsen, Luis Recaséns Siches y Eduardo García Máynez**, autores todos de los cuales profeso un gran respeto y admiración, no solo por su obra, laudable en si misma, sino por su persona misma, ya que la coherencia entre el discurso y los hechos que los caracterizó los colma de veracidad y los coloca en la dignidad de ser imitados, no de forma burda y relativista al estilo del sofista sino en la condición del discípulo que reconoce en su maestro a un hombre, con limitaciones y defectos, pero cuyas virtudes de incansable buscador de la verdad merecen citarse a cada momento así como sus máximas depositadas en obras inmortales.

A. Fundamentos del deber en el pensamiento de Manuel Kant.

Analizar la obra monumental de este gran filósofo resulta ser una árdua labor si se tiene en cuenta la dedicación que el investigador documental está obligado a otorgar a los temas abordados por Kant, a fin de no correr el riesgo de hacer una mala interpretación, viciada por el exceso o el defecto, desvirtuando o deformando los razonamientos que este filósofo prusiano meditó a lo largo de ochenta años de fructífera labor intelectual.

Manuel Kant nació en la ciudad prusiana de Königsberg el 22 de abril de 1724, y de la cual, según afirman sus biógrafos, nunca se distanció, llevando siempre una vida metódica y serena, ya que al parecer, su apetito cognitivo lo apartó de algo tan simple y humano como el matrimonio, y por el contrario, se introdujo afondo sobre los temas de la física y las matemáticas como modelos de una ciencia perfectamente válida, y sobre todo, por los descubrimientos realizados en esa época por **Sir Isaac Newton**, que le habían dado a la ciencia un giro completo. Entre sus obras que destacan se encuentra *Crítica de la razón pura*, *Crítica de la razón práctica*, *Crítica del juicio*, y *Fundamentación de la Metafísica de las costumbres*, por citar entre otras no menos importantes obras de esta gran hombre.

El pensamiento filosófico de Kant descansa sobre lo que él llama los juicios propios de las ciencias, es decir, los *juicios sintéticos a priori*; y bajo este rubro, y a lo largo de la *Crítica de la razón pura*, Kant expone las condiciones necesarias para la validez de las matemáticas y la física como ciencias, exposición hecha en la *Estética trascendental* y la *Analtica trascendental* respectivamente. Pero al final de su estudio, Kant se pregunta sobre la validez de la metafísica como una ciencia a priori. Pero fiel a su rigorismo metodológico descarta que la metafísica aspire a un lugar dentro del conjunto del saber sintético a priori. Sin embargo, juzga necesario dar fundamento a los temas propios de la metafísica sosteniendo que dicho fundamento se encuentra en la ética, como un conjunto de principios mediante los cuales el ser humano garantiza que su existencia tiene un valor real y racional.

El maestro **Manuel García Morente**, comentando la *Crítica de la razón pura*, expresa que en el ámbito de la vida humana existe el hecho de la conciencia moral, cuyo conjunto de principios pueden conducir al hombre a la aprehensión de los objetos metafísicos. A este conjunto de principios de la conciencia moral **Kant** lo denomina *Razón Práctica*, es decir, la *nous* aristotélica, a través de la cual demuestra que en la conciencia moral actúa algo que se asemeja a la razón, no aplicada al conocimiento a determinar la esencia de las cosas, sino a la moral. Los principios de la conciencia moral conducen a los calificativos morales, por ejemplo, bueno, malo, moral, inmoral, meritorio, pecaminoso, etc., y los cuales son indebidamente aplicados a las cosas, cuando que lo único verdaderamente digno de ser llamado bueno o malo es el hombre, siendo los demás seres ajenos a recibir un juicio moral.

El maestro de **Königsberg** argumenta el papel que juega la conciencia moral dentro de la actividad intelectual del ser humano, que si bien es sumamente importante, ya que lo propio del ser humano es pensar, también es importante reflexionar sobre el pensamiento, ya que esta actividad pertenece al plano filosófico del Derecho, como es mi propósito resaltar; por lo cual, el fundamento kantiano de la moralidad es fundamental para comprender los fines de los órdenes normativos, sobre todo, los valores ostentados por la teleología y la deontología.

Kant escribió sobre la conciencia moral como alternativa superior de la actividad cogniscente:

"Nuestra personalidad humana no consta solamente de la actividad de conocer. Es más: la actividad de conocer, el esfuerzo por colocarnos en frente de las cosas para conocerlas, es solamente una de tantas actividades que el hombre ejecuta... Entre otras, hay una forma de actividad espiritual que podemos condensar con el nombre de 'conciencia moral'".⁴⁹

Y describe a continuación lo que significa la conciencia moral dentro de la actividad cogniscente:

49. **García Morente Manuel**. *Lecciones Preliminares de Filosofía*. Edit. Porrúa, México, 1985. Cita a **Manuel Kant** en su obra *Metafísica de las costumbres*, p. 229

"La conciencia moral contiene dentro de sí un cierto número de principios, en virtud de los cuales los hombres rigen su vida. Acomodan su conducta a esos principios y, por otra parte, tienen en ellos una base para formular juicios morales acerca de sí mismos y de cuanto les rodea. Esa conciencia moral es un hecho, un hecho de la vida humana, tan real, tan efectivo, tan inmovible, como el hecho del conocimiento." 50

En las acciones humanas, afirma Kant, pueden distinguirse dos elementos:

- lo que el hombre hace efectivamente,
- lo que el hombre quiere hacer,

advirtiéndose de inmediato que los calificativos morales corresponden estrictamente a lo que el hombre quiere hacer, y los calificativos jurídicos corresponden a lo que el hombre hace efectivamente.

"Este análisis conduce a la conclusión de que lo único que verdaderamente puede ser bueno o malo, es la voluntad humana. Una voluntad buena o una voluntad mala." 51

Kant advierte que todo acto voluntario se da en forma de *imperativo*, es decir, aparece en la conciencia bajo la forma de mandato; las formas de imperativos de la conciencia son dos:

a. Imperativo hipotético, que es el imperativo sujeto a una condición para que pueda verificarse el resultado deseado, *verbigratia*:

Si quieres ser abogado entonces deberás cursar la carrera de Derecho en una universidad.

El imperativo es: *cursa la carrera de Derecho.*

50. García Morente, Manuel. Opus Cit. p. 229

51. García Morente, Manuel. IBIDEM, P. 230

La condición es: *querer ser abogado*.

b. Imperativo categórico, donde el mandato es incondicional, es fin y no medio, es absoluto y sin limitaciones, verbigratia:

Honra a tus padres, respeta la vida de los demás hombres.

De lo cual resulta consecuente afirmar que solo los imperativos categóricos pertenecen al plano de la conciencia moral, que además presupone los aspectos básicos del Derecho, es decir, que la moral abarca al Derecho: *lo legal no presupone lo moral, pero lo moral si presupone lo jurídico.*

Aunque, evidentemente, la moralidad no es lo mismo que la legalidad. La legalidad de un acto del hombre (acto voluntario) consiste en que la acción efectuada en él sea conforme y este ajustada conforme a la ley; hasta aquí, básicamente nos encontramos en el terreno del positivismo jurídico. Pero no basta que una acción sea conforme y este ajustada a la ley, para que sea moral; no basta que una acción sea legal para que sea moral.

"En cambio decimos que un acto moral tiene pleno mérito moral, cuando la persona que lo verifica ha sido determinada a verificarlo únicamente porque ese es el acto moral debido."⁵²

Así, cuando se cumple con la ley por temor al castigo o con la esperanza de recibir algún tipo de recompensa, el imperativo categórico ha sido convertido hábilmente en hipotético: *Si no quieres ir a la cárcel, entonces no robes.*

Por lo tanto, para que la voluntad sea plena y realmente moral, ésta deberá regirse en sus acciones por imperativos puramente categóricos. Esta forma categórica de la conducta realmente no es inédita del pensamiento kantiano, porque los principios fundamentales del cristianismo son, la autenticidad de vida y la concordancia entre el discurso y la práctica. Además, no se debe descuidar el dato biográfico que coloca a **Manuel Kant** como un hombre espiritual educado en los principios del pietismo religioso. Pero que supera este estadio de formalismo religioso y se convierte en un hombre convencido de su moral. La regla de

52. García Morente, Manuel. IDEM, p. 231

oro que enuncia para indicarnos cuando obramos por un mandato realmente categórico reza así: *Obra de tal manera que tú puedas querer que aquellos que realizas se convierta en ley universal.*

Comentario crítico:

El formalismo kantiano ha sido reiteradamente impugnado como un sistema ético irrealizable en el plano fáctico, debido a que no acepta tregua alguna sobre los imperativos categóricos de la conducta, que demandan de los individuos una pureza del acto moral desde su concepción hasta su realización.

Considero que los ataques al formalismo kantiano carecen de validez al argumentar la *utopía* de la moral al modo que es concebida por Kant. La pregunta que planteo es si efectivamente la moral kantiana es irrealizable, ajena a los propósitos deontológicos y axiológicos del hombre. Por que un hombre inquieto por la *Gravitación Universal* de Isaac Newton y el *cálculo infinitesimal* de Guillermo Leibniz, en un momento de su vida llega a la conclusión de que la *estética* y la *analítica trascendental* sí explican el universo, aunque sin comprender esencias, pero que existe, además, un conjunto de principios perfectamente validados no por el método sintético apriori, sino por lo que él llama su *dialéctica trascendental*, y que son en fin, el fundamento de la ética como forma espiritual del hombre mas allá del simple proceso cognoscitivo apriori.

Cuando Kant distingue entre lo que el hombre hace efectivamente y lo que quiere hacer, aporta un interesante dato entre el ser y el deber, el primero como hecho de la conducta natural del hombre y el segundo como una actitud significativa digna de ser tutelada por el orden jurídico y la moral. Aquí existe una peligrosa diferencia entre el pensamiento jurídico-moral de Kant y el pensamiento jurídico de Hans Kelsen. Ambos autores, como expongo más adelante, coinciden en afirmar que existe una faceta de la conducta del hombre como acto natural y otra como acto con significado. Sin embargo, la diferencia doctrinal entre los dos ilustres germanos es que, para Manuel Kant, el acto natural del hombre se complementa por un significado de su vida, *no condicionado* por elementos extraños a su conciencia. En cambio, para Hans Kelsen, el acto natural del hombre carece de importancia, porque el Derecho no pretende demostrar la validez de las Ciencias Naturales pero sí busca obtener un significado jurídico emanado de los actos del hombre no para decir lo bueno o lo malo sino para construir una *Teoría Pura del Derecho*.

B. La moral y el Derecho en el pensamiento de Rodolfo Laun.

La tesis del doctor Rodolfo Laun, antiguo rector de la universidad de Hamburgo, se encuentra contenida en el discurso rectoral titulado *Moral y Derecho*, que este pronunció el 10

de noviembre de 1924, y que resume en puntos básicos su pensamiento sobre este trascendental tema. El maestro García Máynez, al respecto comenta:

"Mientras Kelsen coloca una aureola sobre la cabeza del legislador, Laun lo sienta en el banquillo de los acusados y convierte al juez en súbdito."⁵³

Efectivamente, **Rodolfo Laun** corre el velo que oculta la inutilidad del Derecho si este no se encuentra precedido por la moral y los principios axiológicos que la rigen.

Los puntos torales de la tesis de **Rodolfo Laun** son:

a. Los particulares y la ciencia del Derecho no son los esclavos del autor de la ley, sino jueces, quienes aún en el caso de que tengan que doblegarse ante la fuerza externa, son los llamados a resolver a cada momento nuevamente si aquello que les ha ordenado dicha fuerza es bueno, es decir, moral y jurídico a la vez. Aquí regresamos al tema del reconocimiento que el sujeto pasivo concede a la norma, aunque cabe la pregunta de que si somos nosotros, los ciudadanos los llamados a calificar la moralidad y la legalidad de una norma de derecho o debe existir un órgano encargado de tal reconocimiento. Claro que esta pregunta resulta absurda para el *iuspositivismo*, ya que al Derecho le viene su fuerza de aplicación precisamente de la superioridad en que los ciudadanos se encuentran frente a este. Y para el *sociologismo jurídico*, simplemente se trata de reglas establecidas para un desarrollo social, dirigidas a los jueces e individualizadas a los ciudadanos (Cfr. **Alf Ross**, *Sociologismo jurídico*). Pero el reconocimiento es un elemento sumamente importante que **Laun** no desecha, ya que una sociedad jurídicamente desarrollada puede descalificar una norma de Derecho por considerarla lesionante de su esfera jurídica individual y colectiva, caso en el cual invariablemente debe ser derogada. El filósofo mexicano **Samuel Ramos** nos ofrece un corolario ilustrativo al tema que nos ocupa:

"Si la vida se desenvuelve en dos sentidos distintos, por un lado la ley y por otro la realidad, esta última será siempre ilegal..."⁵⁴

53. **García Máynez Eduardo**. Introducción al Estudio del Derecho. Edit. Porrúa, México 1988, p. 260

54. **Ramos, Samuel**. Perfil del Hombre y la Cultura en México. Edit. Espasa-Calpe, México, 1989, p. 25

h. Un imperativo en sentido lingüístico es o heterónomo, en cuyo caso no puede expresar un deber, o expresa un deber, pero entonces no puede ser heterónomo... una frase que me ordena algo es o la expresión de una voluntad ajena, caso en el cual no me puede obligar, o me obliga, pero entonces no puede ser la expresión de una voluntad ajena. Para Laun, un deber es necesariamente autónomo para que efectivamente sea un deber; sin embargo, considero que la observación que el doctor Luis Recaséns hace sobre la llamada característica de la autonomía es acertada, como veremos más adelante.

c. El llamado Derecho positivo es, en consecuencia, una congerie de enunciaciones sobre la aplicación condicionada del poder del más fuerte. Es poder puro y simplemente. No encierra ningún deber, ninguna obligación.

Ciertamente, el doctor Laun descalifica el positivismo exagerado del Derecho, colocándolo como principio de lo que García Máynez llama una *nomocracia*. Dije anteriormente que los países de régimen socialista, fieles a la doctrina marxista-leninista, ven en el derecho positivo un conjunto de pseudo razonamientos sobre el derecho a la apropiación de bienes, garantizando la acumulación de estos en pocas manos, y garantizando este despojo a través de leyes protectoras de los bienes. En parte, el razonamiento socialista es cierto y armónico con el argumento que nos presenta Laun, ya que no pocas ocasiones, el Derecho es mancillado por leyes que protegen y propician el abuso de una clase sobre otra. Recordemos como ejemplo vivo y candente el conjunto de normas de derecho contenidas en el Código Penal y de procedimientos del Estado de Chiapas, donde la ley fue convertida en instrumento de sojuzgamiento. Pero, precisamente, al considerar al Derecho dentro de un campo de reflexión filosófico y científico, existe el propósito de hacer una depuración, no kelseniana, sino deontológica y axiológica, que preserve al Derecho como un conjunto de principios irrenunciables a la naturaleza racional del hombre en cuanto a su coexistencia social en el tiempo y el espacio. Recordemos que el Derecho no es un conjunto de leyes simplemente, ni las resoluciones de los tribunales que hace precedente, sino que el Derecho es un cuerpo doctrinal filosófico y científico que vive en la conciencia del género humano. La tarea a realizar es entonces, llevarlo a la práctica.

Un viejo postulado filosófico reza así: *La realidad no es lo que ves, sino lo que descubres en ella*. Y esto es precisamente lo que el hombre debe hacer en su búsqueda por encontrar las bases de su armonía social: El Derecho no es un conjunto de leyes simplemente, el Derecho no es el poder y su arbitrario ejercicio, el Derecho no es ciencia de causas y efectos donde delito y contrato son las patenas de la balanza jurídica, el Derecho no es una carrera para ejercitarse en los sofismas de la oratoria y el cabildeo; el Derecho es un fértil

campo de descubrimiento o redescubrimiento de verdades necesarias tales como la felicidad, la justicia social entre todos los hombres, la vida y sus aspiraciones, y en resumen, las tendencias e inclinaciones naturales del hombre hacia los fines que le son propios.

d. El más fuerte devora a su gusto al más débil, mientras no se lo impida alguien más fuerte todavía, sin violar con ello ningún "deber" ni cometer tampoco una "injusticia". La palabra "derecho" resulta entonces superflua. No hablamos, verbigracia, del "derecho" del lobo de destrozar a la oveja. Por tal razón sería más exacto no hablar nunca del "derecho" del más fuerte y, en consecuencia, preferible sería también no hablar del "derecho positivo", sino del "poder positivo", caso en el cual podría perfectamente suprimirse la palabra "positivo".

El razonamiento que Laun realiza sobre el viejo concepto de Cícero sobre la ley del más fuerte resulta increíblemente cierto, si tenemos en cuenta que en muchas ocasiones el Derecho es exaltado como poder ejercido efectivamente. Nos es extraño que en nombre del Derecho y sus normas se hayan cometido muchas atrocidades que finalmente demuestran que no todo acto conforme a la ley lo es conforme a Derecho necesariamente.

e. De lo expuesto se desprende que sólo existe un deber. Derecho y moral, concebidos ambos como un deber, en oposición al acontecer, son una y la misma cosa. Son la totalidad de las vivencias del deber; el deber concebido unitariamente.

Este resultado al cual llega Rodolfo Laun lo justifica partiendo del hecho de que cada ser humano debe vigilar que las leyes sean buenas, es decir, morales y jurídicas a la vez para así evitar los excesos del poder absoluto del positivismo, donde el derecho se transforma en una carga difícil de llevar, dado que la voluntad es desligada de la conducta, de forma arbitraria y deshumanizante.

C. La Moral y el Derecho en el pensamiento de Eduardo García Máynez.

Para el Doctor García Máynez, no cabe la menor duda sobre la real y tangible diferencia entre los mandatos de la ética a través de la moral y los mandatos del Derecho a través de la ley. Y básica y esencialmente, tal diferencia se encuentra en el concepto y elementos del deber que cada una de estas disciplinas exige para su realización; así por ejemplo, la moral es un tipo de deber "de la persona y para la persona", ya que sólo al sujeto moral toca decidir sobre el cumplimiento de la norma calificada como moral y evaluar si lo realizado coincide con el proyecto inicialmente querido. Esto no ocurre con la norma jurídica, donde el deber es "de la persona hacia otra persona", y bien se le puede llamar más que deber, una deuda,

como lo dice **Gustavo Radbruch**.

Esta primera y esencial diferencia entre moral y derecho es la unilateralidad de aquella frente a la bilateralidad de éste.

Para solidificar esta afirmación, el doctor **García Máynez** recupera una forma axiomática acuñada por **León Petrasizky**, quien se refiere a la unilateralidad y bilateralidad de la siguiente forma:

"Los preceptos del derecho -escribe- son normas imperativo-atributivas; las de la moral son puramente atributivas."⁵⁵

De dicha afirmación se deriva un hecho muy importante: La norma jurídica concede derechos e impone deberes, mientras que la norma moral únicamente impone deberes.

Por otro lado, el doctor **García Máynez** considera que distinguir a la moral y al Derecho oponiendo la *interioridad* de aquella a la *interioridad* de este no resulta del todo afortunada, dado que no es posible reducir a la moral a una simple teoría de las intenciones como lo enseña el filósofo de **Koenigsberg**, donde el elemento decisivo es la pureza de la voluntad; así mismo, no es posible afirmar que el derecho debe limitarse a prescribir conductas sin tomar en cuenta al lado subjetivo de la actividad humana.

"El anterior criterio no es absoluto, pues la moral no solo se preocupa por el fuero interno del sujeto, ni el derecho considera únicamente la exterioridad de las actitudes..."

Una moral que solamente mandáse pensar bien resultaría estéril...⁵⁶

De esta forma, el maestro **García Máynez** advierte la importancia que le deviene al Derecho cuando no se conforma con la pura legalidad y busca conocer las intenciones verdaderas del sujeto de la norma jurídica, aunque claro, no existe un método o medio idóneo sino sobre todo una habilidad intuitiva por parte del juzgador para adentrarse en el fuero interno de una persona. Esto es importante, por ejemplo, en el área penal cuando se busca conocer

55. **García Máynez, Eduardo**. Opus Cit. p. 16

56. **García Máynez, Eduardo**. IBIDEM, P.

el papel de la voluntad en la comisión del acto delictivo y que es conocido comúnmente como grado de intencionalidad; esto también se observa en el área civil, donde la buena fe es un elemento volitivo de suma importancia para aumentar o disminuir la intensidad de una determinada obligación, es decir, la deuda contraída por una persona en relación a otra.

Una diferencia radical que separa a la moral del Derecho es la que consiste en establecer si su cumplimiento es forzoso. Se dice comúnmente que la moral, como código interno de la conducta de cada hombre, es *incoercible* debido a que los mandatos de la moral no pueden ser reducidos a su cumplimiento obligatorio porque en ese momento pierden su *quid* moral, por lo cual la moral y la coercibilidad son mutuamente excluyentes. Ahora bien, lo que ocurre en el ámbito de la moral no ocurre en el del Derecho, dado que una norma jurídica que ordena una determinada conducta de hacer, no hacer o soportar, contempla la posibilidad de recurrir a la coerción en caso de que los sujetos de dicha norma se sustraigan o pretendan hacerlo a su cumplimiento. Sin embargo, se debe tener cuidado en no confundir los términos *coerción* y *sanción*, ya que la coerción, como lo escribe García Máynez, es la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e incluso en contra de la voluntad del obligado, mientras que tanto para la moral como para el derecho existen sanciones *sui generis*, como lo son el remordimiento de conciencia y malestar interior en el caso de la moral, y en el caso del Derecho, se sanciona con la pérdida de Derechos, multas y privación de la libertad e incluso de la vida.

Finalmente, la autonomía y la heteronomía asumen en el pensamiento jurídico del Doctor García Máynez, una diferencia que sirve de corolario a lo anteriormente expuesto.

Autonomía quiere decir darse leyes a sí mismo (del gr. *autós*, a sí mismo y *nomos*, ley, norma, mandato, orden); es el reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia. Heteronomía es sujeción a un querer ajeno (del gr. *heteros*, otro, diverso, distinto y *nomos*, ley, norma, mandato, orden); implica la renuncia a la autodeterminación normativa.

En este orden de ideas, los preceptos morales son autónomos mientras que las normas de Derecho son heterónomas, ya que su origen no se encuentra en el libre albedrío de los particulares sino en la voluntad de un legislador.

Esta teoría de la autonomía de la moral y la heteronomía del Derecho ha sido criticada debido a que si como se suele decir, autonomía es autolegislación esto significa que el creador de la norma moral, el *legisfactor*, si puede crear una norma moral también puede modificarla o derogarla, hecho que de ninguna manera es aceptado por ningún moralista y que es

contradictorio con la definición de *autonomía*. El principal representante de la moral autónoma es **Manuel Kant**, quien expone a un ser humano autónomo en su moralidad pero en un plano ideal ya que confunde el reconocimiento respetuoso y espontáneo de una norma moral con la autolegislación.

D. La moral y el Derecho en el pensamiento de Luis Recaséns S.

Luis Recaséns Siches nació en la ciudad de Guatemala el 19 de junio de 1903, pero a la edad de dos años fue llevado a España, en donde recibió su educación hasta obtener las licenciaturas de Filosofía y de Derecho por la Universidad de Barcelona, y doctorarse en Derecho y Ciencias Sociales en Madrid, habiendo llevado cursos especiales de Filosofía en varias universidades europeas. Fue catedrático en las Universidades de Madrid y Salamanca durante los agitados tiempos de la república española que finalmente fue derrocada por las fuerzas ultraderechistas del general **Francisco Franco** en 1938. Los españoles que de alguna manera simpatizaron con las ideas políticas de **Negrin** tuvieron la penosa necesidad de expatriarse, y muchos de ellos, grandes estudiosos, hombres de ciencia y artistas encontraron asilo en nuestra patria, y para fortuna de nuestro ámbito académico, uno de esos buenos hombres exiliados fue el maestro **Luis Recaséns Siches**. Ocupó la cátedra de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional. Posteriormente, desarrolló su fecunda actividad académica en la Facultad de Filosofía y en el Instituto de Investigaciones Filosóficas también en la Universidad Nacional.

Su obra escrita es muy vasta pues la componen más de 17 libros, cuya temática es sobre Filosofía y Derecho. La figura del maestro **Luis Recaséns Siches** es una de las más fecundas del grupo de españoles desterrados que llegaron a México y enriquecieron el panorama cultural del segundo tercio del siglo XX.

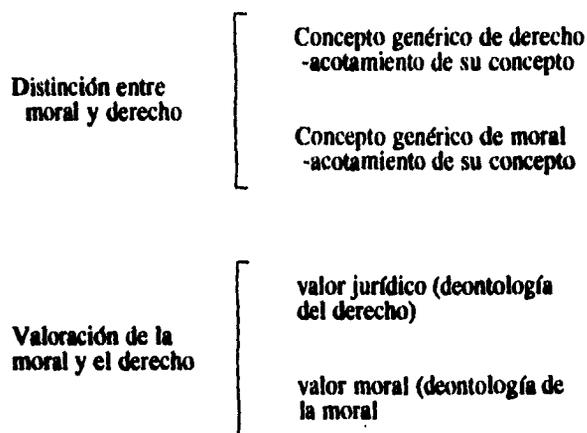
El debatido tema de la moral y el derecho es un aspecto de la Filosofía del Derecho que no pudo estar ausente en el pensamiento de **Luis Recaséns Siches**, y del cual nos proporciona puntos de avance a fin de lograr cierta concordancia de pareceres, como él mismo lo llegó a expresar en cierto momento.

Nos dice el doctor **Recaséns** que ante todo debemos partir de que tanto la moral como el Derecho son aspectos de la cultura del hombre, y en ese sentido es imposible escindir al hombre en dos reinos de la conducta, que más bien resultan ser ideales, que pertenecen a una cuestión valorativa que demanda por aquello que debe ser Derecho y por aquello que pertenece al ámbito de la Moral:

"...se trata aquí de un problema de definición, y no de

valoración... nos preguntamos por el concepto genérico universal del Derecho y por el de la Moral, inquiriendo la nota que los diferencia..."⁵⁷

Entonces, para poder establecer la distinción entre moral y Derecho, debemos atender al concepto genérico universal de lo que es moral y lo que es Derecho, sin penetrar necesariamente en aspectos deontológicos de valoración, que es la forma comúnmente utilizada por los juristas filósofos para establecer la mencionada distinción.



Cierto es, sin embargo, que la diferencia entre moral y Derecho es la diversidad de puntos de vista de sus normas respectivas aunque pertenecen a una idéntica finalidad:

"Los muchos caracteres que se enuncian como diferenciales del Derecho -objetividad, bilateralidad, autarquía, coercibilidad, heteronomía, fin social, etc.- no son, en definitiva cosas dispares sumadas sino aspectos varios de una misma esencia..."⁵⁸

57. Recaséns Siches, Luis. Antología 1922-1974, Edit. Fondo de Cultura Económica, México 1976, p. 129

58. Recaséns Siches, Luis. Opus Cit. p. 130

Para el doctor Recaséns, la norma moral valora las acciones humanas en sí mismas, ya que es un código interno y su campo de imperio es la conciencia:

"...en una Concepción teleológica, podría decirse que la norma moral valora las acciones del individuo en vista a su último y supremo fin..."⁵⁹

La moral nos exige fidelidad a nosotros mismos y busca la paz interior y el orden de nuestra conciencia, o como diría Max Scheler, la moral se orienta hacia la autosantificación; es en la moral donde late el sentido de un valor o conjunto de valores que se refieren al individuo, los cuales, sólo en el hombre alcanzan su realización, es decir, se encarnan y viven con y en el hombre.

La norma jurídica valora las acciones humanas no en orden a la conciencia y a sus fines sino en orden a la sociedad para que exista la cooperación y coexistencia. Lo que el Derecho trata de ordenar no es la esfera de nuestra conciencia, sino la sociedad para que esta sea cierta, estable y justa. El substrato real propio de los valores jurídicos es la sociedad.

El Derecho no demanda fidelidad a un orden establecido objetivamente, y sólo tiene por objetivo hacer posible una armonización mínima de los varios sujetos de una sociedad. El Derecho es un conjunto de principios de la arquitectura social que no mira la bondad o maldad de los actos del hombre, ya que el fuero interno de la conducta se reduce a la moralidad de los actos; por ello, el Derecho es esencialmente pragmático, ya que emite mandatos sobre lo que empíricamente observa como principios de coexistencia social.

El doctor Recaséns advierte sobre el peligro de una falsa interpretación al pretender escindir la conducta del hombre en dos aspectos, un interno de la moral y otro externo del Derecho, ya que lo que distingue esencialmente a la moral y al Derecho es la *diversidad de puntos de vista de regulación*. Moral y Derecho no pueden contradecirse, pero sí guardan respectivos puntos de vista de regulación traducidos en exigencias para el sujeto. Por ejemplo, en ciertos casos la moral impone una conducta positiva; en cambio, el derecho se puede limitar a prohibir determinados actos y permitir otros diversos. Por ello se dice *Non omne quod licet honestum est*, ya que es cierto que, en virtud de los diversos puntos de vista de regulación del Derecho y de la moral, no todo lo jurídicamente aceptado es moralmente bueno. Piénsese por ejemplo, en el caso de una persona que pudo haber dedicado su espacio y

59. Recaséns Siches, Luis. IBIDEM, P. 134

su tiempo a cuidar a un moribundo, el cual al morir no deja ningún testamento; otros familiares *non gratos* pueden adjudicarse la herencia sin estar obligados jurídicamente a socorrer a quien cuidó del *decius* durante su enfermedad. Obviamente que a la luz de la moral, debe existir una obligación moral para gratificar la buena voluntad de quien cuidó del enfermo.

Advierte también el doctor Recaséns sobre la diferencia entre lo que la moral y el Derecho exigen al sujeto; mientras la moral impone pura y simplemente deberes, el Derecho impone deberes correlativos de otros derechos subjetivos; así, por ejemplo, dar limosna a un pordiosero es un deber calificado por la conciencia de necesario para remediar la desgracia de un hombre, aunque este último no puede demandarlo ante ninguna autoridad. Esto no ocurre, por ejemplo, con el ciudadano que paga sus contribuciones por un deber que le impone el Estado pero al cual le demanda servicios públicos, atención al sector social, etc.

E. La moral y el Derecho en el pensamiento de Hans Kelsen.

Nunca nadie llevó al Derecho a sus últimas consecuencias como fenómeno de estudio sistemático como lo hizo el jefe de la escuela jurídica de Viena, Hans Kelsen. El doctor Kelsen es el representante más entusiasta y el promotor e investigador más destacado de la llamada "Teoría Pura del Derecho", que es, como él mismo lo afirma, una teoría depurada de toda ideología política y de todo elemento científico-natural. Textualmente afirma:

"Desde un principio tuve por mira elevar a la Jurisprudencia ... a la altura de una ciencia auténtica, de una ciencia del espíritu."⁶⁰

La teoría kelseniana se refiere al Derecho como fenómeno y ente filosófico, es decir, responde a las preguntas *¿qué es y como es el derecho?* dejando de lado la cuestión de *¿cómo debe ser o cómo debe elaborarse?*, pues ello corresponde a una teoría particular de un Derecho, en una nación y en un territorio. La metodología científica empleada por Kelsen es fenomenológica, ya que aspira a un conocimiento del ser del Derecho como fenómeno en sí.

"...la Fenomenología significa 'estudio o descripción de los fenómenos (morales, históricos, religiosos, etc.), para determinar su *eidos* o esencia..."

60. Kelsen, Hans. La Teoría Pura del Derecho. Edit. Nacional, segunda edición, México 1989, p. 17

Husserl considera que la fenomenología no presupone: ni el mundo natural ni el sentido común, ni las proposiciones de la ciencia, ni las experiencias psicológicas. Este método se coloca antes de toda creencia y de todo juicio para explorar simplemente lo dado, el fenómeno en sí.⁶¹

Por lo cual, resulta que la propuesta del ilustre jurista vienés, de liberar el verdadero espíritu del Derecho de las deformaciones de la interdisciplina científica, es rigorista en el resultado y sencilla en su programa de investigación. Es rigorista porque no prejuzga ni toma los acertos que otras ciencias han hecho en relación al Derecho, sino que intenta adentrarse en la verdadera esencia que anima el espíritu del Derecho, que como veremos más adelante, se encuentra en la Ley. Y es sencilla su propuesta porque no pretende razonar los fundamentos del Derecho de manera arbitraria a su propia esencia; una vez que el investigador comienza a urgar en el ser y el modo de ser del Derecho, al mismo tiempo va encontrando los linderos que separan esta reflexión de cualquier otra que no sea estrictamente jurídica, como en el caso de la política, y muy recientemente, en el caso de la economía.

Hans Kelsen, jefe de la *Wiener Schule*, seguramente habría negado que el Derecho, como tal, sea abordado desde el punto de vista filosófico, y concretamente, desde la perspectiva axiológica, la cual es vertebra de la presente tesis, pues su teoría consiste precisamente en eso: Librar a la ciencia jurídica de los elementos extraños, tales como los filosóficos (axiología, ética, deontología, teleología, etc.), los políticos y los económicos.

Sin embargo, el jefe de la *Wiener Schule* reconoce un binomio de identidad: El Derecho debe ser moral, es decir, bueno, y con esta afirmación el Derecho entra al terreno de la filosofía, aunque no se refiere a la moral de forma inequívoca, sino que utiliza el concepto de justicia, que según Kelsen, es la felicidad social, es decir, la felicidad que sólo se adquiere en tanto se tenga una relación con los demás miembros de la sociedad; pero, además, advierte que "justicia" significa un valor absoluto, mas allá del conocimiento racional, y por lo tanto, imposible de determinar en que consiste:

"Toda tentativa de esa índole sólo ha conducido hasta ahora a fórmulas completamente vacías, como: 'haz el bien y evita el mal', 'a cada uno lo suyo', 'guarda el justo medio', etc. También el imperativo categórico está totalmente desprovis-

61. Escobar Valenzuela, Gustavo. *Ética*, Edit. Mc Graw Hill, México 1992, p. 50

to de contenido.⁶²

Las palabras de Kelsen descalifican cualquier vínculo que se pretenda establecer entre la axiología y el Derecho, argumentando que tal propósito carece de un fundamento posible, real y tangible. El puente entre la moral y el Derecho es la justicia, la cual se convierte en un valor trascendente inalcanzable, *no dado en la realidad*. Por ello, la bondad justa del cristianismo, la justicia distributiva de Ulpiano, la virtud de lo justo de Aristóteles o la buena intención de Kant, no solamente pertenecen a un plano superior e inalcanzable por el hombre sino que cualquier propósito de trascender hacia tan sofisticada justicia carece de fundamento.

"Si se diera una Justicia en el sentido en que suele invocarse su existencia cuando se requiere que prevalezcan ciertos intereses respecto de otros, fuera entonces por completo superfluo el Derecho positivo y del todo inconcebible su conciencia."⁶³

Es indudable que si el ideal de justicia fuera absolutamente inaccesible al entendimiento humano, como lo afirma Kelsen, entonces cómo se explica que tengamos la intuición de ese ideal.

Evidentemente que el objetivo que persiguió Kelsen al hacer tal afirmación fue, que si bien, la moral y el Derecho entran en relación estrecha a través de la idea de justicia, esta relación se disuelve porque simplemente es innecesaria, debido a que se estaría relacionando al Derecho con un fenómeno inaccesible al entendimiento humano. Hábilmente, Kelsen pretende dejar a salvo la pureza jurídica, pero si se hace conveniente análisis de la moral en el Derecho a través de la idea de justicia, como es mi objetivo, podemos llegar a la conclusión de que entre el Derecho y la moral existe algo más que una relación casual de objetivos, sino una verdadera identidad, como las dos mitades de un todo.

2. El Derecho y las normas sociales. Un tema de nuestro estudio, no menos importante que el *derecho y la moral*, es el que concierne a las costumbres como fuente del Derecho: *"...inveterata consuetudo et opinio juris seu necessitatis..."*. Como hemos visto, esta área de

62. Kelsen, Hans. Opus Cit. p. 40

63. Kelsen, Hans. IBIDEM, P. 41

reflexión tiene su origen dentro de los núcleos sociales, incluyendo a los más remotos en la historia. Hecho por el cual, el quehacer humano dentro del ámbito social entró en una fuerte actividad creadora de normas, derivadas de comportamientos más o menos frecuentes, que llegan a convertirse en una idea de deber, aceptada por los miembros de una comunidad, ya que, como explica Walter Heiarich, no basta con que una sociedad adopte un comportamiento y lo practique reiteradamente sino que además, es necesario que en la conciencia de los individuos exista una idea de que una costumbre debe cumplirse.

Abordar el tema de la costumbre como fuente del Derecho resulta necesario si tomamos en cuenta que el *Derecho de la Costumbre o Derecho Consuetudinario (Common Law)*, extiende su tradición jurídica a varias decenas de países cuya influencia actual es notoria, sobre todo en aspectos económicos y políticos; además, la costumbre es reconocida por nuestro sistema jurídico como fuente del Derecho, aunque con menor fuerza obligatoria en relación con las otras fuentes formales, tales como la ley, la jurisprudencia, y los tratados internacionales. Incluso, en toda nuestra legislación priva el siguiente principio:

"Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario..." (Art. 10 del Código Civil para el Estado de México)

El derecho consuetudinario posee dos características fundamentales:

A. Está integrado por un conjunto de reglas sociales derivadas de un uso más o menos duradero; hasta aquí nos encontramos frente a un aspecto normativo en sentido amplio (*latu sensu*).

B. Tales normas se transforman en Derecho positivo, es decir, vigente en una época y un territorio, cuando los individuos que las practican les reconocen obligatoriedad, como si se tratara de una ley; aquí estamos frente a un aspecto deontológico donde los individuos actúan movidos por su conciencia hacia el deber.

Cabe sin embargo, advertir que la simple repetición de una conducta no engendra "normas de conducta", ya que como bien lo demostró Emanuel Kant, entre el mundo del ser y el mundo del deber ser existe un verdadero abismo; porque hay actos obligatorios por ley (Derecho positivo) que rara vez se repiten, como en el caso de los llamados *esponsales*, que son actos jurídicos previstos en el Código Civil para el Distrito Federal, que si bien, tienen la fuerza que la ley les otorga, es una norma jurídica realmente en desuso:

"La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales." (Art. 139)

Mientras que existen conductas reiteradas dentro de una sociedad que nunca podrán alcanzar la categoría de ley dentro de un orden jurídico, como en el caso de los delitos, cometidos de forma común y reiterada por los individuos, que no obstante a su repetición nunca llegarán a ser una conducta social y jurídicamente permitida. Y por el contrario, existen conductas reiteradas, no previstas por la ley, que pasan a constituir delitos. Tal es el caso debatido de los llamados *delitos electorales*, o también podemos citar el tipo delictivo consistente en el contagio del VIH, que no presenta señales visibles inmediatas, sino al transcurrir alrededor de cuatro años, mientras que el orden jurídico penal hace prescribir la acción en tres años, y en el caso de cónyuges o concubinos, aquella prescribe en un año, lo cual evidentemente es un grave delito.

Pasemos ahora a analizar el momento en que un uso de la colectividad se convierte en una norma jurídica. Algunos juristas opinan que la norma consuetudinaria no puede transformarse en norma jurídica hasta en tanto el poder público no le reconoce carácter obligatorio, ya sea de forma expresa por medio de la ley, o de forma tácita, cuando el juzgador aplica una costumbre a la solución de casos concretos. En ambos casos, se trata de un reconocimiento por parte del poder público en el sentido de que un uso de la colectividad ha adquirido tal consistencia que es necesario aplicarlo como parte del orden normativo.

Kelsen opina que una regla de conducta sólo asume carácter obligatorio cuando representa una manifestación de la voluntad del Estado; concretamente, el Derecho consuetudinario no puede nacer sino a través de la actividad de los órganos jurisdiccionales. Aunque esencialmente considero que el acto legislativo tiene su origen en el análisis de la problemática social que los representantes del poder legislativo llevan a cabo, lo cual implica un conocimiento y reconocimiento de los usos y costumbres que los ciudadanos y el pueblo en general, por ellos representado, practican. Nuestro sistema político se declara laico, sin embargo, el peso de los usos y costumbres religiosos de la población permiten que los artículos 3 y 130 de la Constitución se acaten pero no se cumplan. La culminación de esta situación ambigua fue que el Estado reconociera de *jure* un fenómeno de *facto*. Por ello considero que la pureza kelseniana sobre el origen de las normas jurídicas a través de la actividad legislativa y jurisdiccional es meramente formal, es simplemente un protocolo donde una conducta plebeya alcanza el estado de conducta patricia.

Pero para Francois Géay, la aplicación de una norma consuetudinaria por los órganos del Estado no constituye un acto de creación sino de reconocimiento de una norma,

porque esta existe apriori a la actividad legislativa del Estado. La norma se ha formado en el seno de la sociedad a través de un uso reiterado, y la autoridad del Estado se limita a reconocer la fuerza de la norma en cuestión.

La conciencia de la sociedad reconoce perfectamente, de entre múltiples usos o prácticas, aquellos que le son convenientes para su fortalecimiento político y cultural, y consagra en su Constitución todos aquellos principios que destacan su historia, sus aspiraciones y sus costumbres; por ello, es necesario que las actividades legislativa y jurisdiccional del Estado reúnan un estudio previo de impacto social de las normas que se pretendan promulgar a fin de lograr el mencionado fortalecimiento.

En este momento urge que los poderes del Estado realicen una intensa revisión sobre todos aquellos aspectos del Derecho que versan sobre la compleja realidad social de nuestro país. Nuestras leyes deben ajustarse al ser de la sociedad civil, procurando satisfacer en primera instancia las carencias de los grupos mayoritarios sobre el principio del Bien Común, atendiendo los problemas de la unidad familiar, el impulso material y espiritual a la niñez, la orientación y oportunidades de desarrollo para la juventud, la seguridad laboral y social de los sectores obreros y campesinos, la tranquilidad y esparcimiento de los ancianos, etc.

CAPITULO IV Teleología del Derecho

Rendimos culto a la justicia y profesamos el saber
de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo
injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando
hacer buenos a los hombres, no solo por el temor de los
castigos, sino también por el estímulo de los premios,
dedicados, si no yerro, a una verdadera
y no simulada filosofía.

Institutas de Justiniano.

El análisis de la deontología del Derecho es un punto de sobrada importancia en la filosofía jurídica, que establece principios básicos para comprender que es y como es el Derecho, aunque, como lo he afirmado anteriormente, sin descuidar el concepto genérico del *mundo del deber ser*, a cuyo imperio se sujeta la razón, y que implica una estrecha relación del Derecho con otros campos normativos de la conducta que inciden sobre este de forma decisiva, ya que, a fin de cuentas, es el hombre mismo el agente pasivo en torno al cual se elabora totalmente la teoría deontológica, misma que he tratado de exponer en los capítulos anteriores de forma breve pero concisa, a fin de destacar la importancia del Derecho de entre el conjunto de ordenes normativos ya previamente analizados.

Sin embargo, considero que es necesario llevar al Derecho aún más allá. Hemos descubierto su origen y la necesidad de su existencia dentro del complejo mundo de las relaciones de convivencia humana. Hemos también conocido, no con la profundidad que es necesaria, las opiniones de hombres juristas extraordinarios sobre trascendentes y debatidas cuestiones doctrinales, tales como identificar nítidamente al Derecho frente a conductas parajurídicas o sistemas normativos que pretenden ser legales aunque no jurídicos. Así mismo, analizamos los linderos que separan al Derecho de la Moral, asentando que ambas disciplinas son verdaderas áreas de reflexión filosófica de urgente rescate en nuestra sociedad, ya que el binomio Derecho y Moral debe ser omnipresente a todo intento del hombre por trascender hacia una justicia social auténtica. Es por ello que a lo largo del presente capítulo me propongo apoyar ese digno intento del hombre por conquistar una sociedad verdaderamente humana, donde el Derecho sea no tan sólo un conjunto de reglas de vida más o menos reconocidas, sino un verdadero ideario en la vida social, que podamos todos querer que se convierta en máxima natural universal, parafraseando en tanto la regla de oro

que nos enseñó **Manuel Kant**.

Los antiguos latinos, conocedores de la fuerza de la retórica, aprendieron un principio que dice: *Facta, non verbal*, para referirse a la importancia de la palabra sostenida por la armonía de los hechos, ya que después de todo, el cosmos que nos rodea no puede ser tan sólo un absoluto racional, sino que tiene y debe trascender al dato empírico; de igual forma, la teórica de toda la filosofía es inútil si no tiene como fin último introducirse en la esfera práctica de la vida en cada ser humano. No creo que tenga alguna importancia filosofar y teorizar sobre aspectos imprácticos para las necesidades diarias del hombre sin el riesgo de caer en discusiones bizantinas, más triviales que importantes.

Por ello, considero que si colocamos al Derecho bajo la *lente* óptica de la filosofía y urgamos en su naturaleza de *deber ser*, estaremos apenas concluyendo la mitad de un trabajo verdaderamente valioso para la realización del Derecho, de la cual he hablado anteriormente; y precisamente, esta realización constituye la segunda y más valiosa mitad de este somero estudio, enfocada ya sobre el camino de las propuestas, pues hemos teorizado bastante, hemos dicho lo que el Derecho *deber ser*, pero ahora es necesario llegar a la cuestión: ¿qué hacer?

1. La búsqueda humana del bien común. Antes de abordar las propuestas concretas sobre un Derecho para el hombre, bien vale preguntarse si el ser humano verdaderamente busca vivir acorde a su razón, a la razón de la ley natural y a la razón del Derecho creado para tal fin, o por el contrario, todo cuanto el hombre realiza al respecto forma parte de hermosos propósitos carentes de una auténtico anhelo de conquista por aquello que cree. Esta fastidiosa pregunta viene al caso debido a que, pese a la benignidad con que la historia recoge los hechos del hombre, éste nunca ha logrado ponerse de acuerdo en dos cosas: ¿*Qué es la felicidad del hombre?* y ¿*cómo puede acceder a ella?*, porque, después de todo, la felicidad es el único bien válido que le puede dar sentido a la vida individual de los seres humanos, y cuya carencia o ausencia propicia desorden y destrucción y donde el concepto de felicidad es suplantado por las formas espurias, huecas y necias del poder y la riqueza sin mesura, sin importar las repercusiones que esos afanes de *felicidad* producen.

Análisis conceptual del Bien Común.

El filósofo de Aquino, al definir lo que él entendía por *ley*, nos dice que es la ordenación de la razón para el bien común, promulgada por aquél que tiene el cuidado de la comunidad. Esta visión paternal del soberano y de la comunidad guarda un dato muy valioso: que la ley es racional y es creada para el bien común. En efecto, Santo Tomás nos descubre

cual es el sentido último de la ley, como manifestación real del Derecho, agregando que debe ser racional. La ley es un instrumento para el *bonum commune*, lo que significa que éste, es decir, el bien común, ha de ser una meta de tipo social y no una especie de ética superior individual, hecho que en cierta forma, entorpecería la justicia social buscada por todos los individuos, aunque en ningún momento se descarta la importancia que la formación ética de cada miembro de la sociedad puede influir en una justicia mas cercana a su realización. Por ello, tanto **Aristóteles** como **Platón** insistían en el hecho de que los gobernantes fueran hombres consumados en la ciencia y la filosofía, ya que de su personal formación ética y científica depende el éxito de su gestión política en favor de la Polis misma.

La definición tomista contempla dos finalidades a saber; la primera es una meta social y la segunda, una meta individual de tipo moral, ya que su concepto de bien común *apriori* es una ordenación de la razón, que a fin de cuentas se convierte en mandatos morales; *aposteriori* es para el bien común de la comunidad.

Por otro lado, si el bien común es una meta de tipo social, entonces se hace necesario conjuntar todos los esfuerzos de los miembros de la comunidad a fin de unificarlos en el objetivo unitario del bienestar común, traducido en la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales que les aquejan. Nos dice el maestro **Eduardo García Máynez**, al respecto:

"El bien común se alcanza cuando todos los miembros de una sociedad disponen de los medios indispensables para la satisfacción de sus necesidades materiales y espirituales, lo mismo que para el desarrollo y perfeccionamiento de sus aptitudes."⁶⁴

Debemos, sin embargo, reconocer que la lucha por el bien común de todos los miembros de la sociedad no ha sido la regla del hombre sino la excepción. Y por el contrario, se ha fomentado un exagerado bien individual, abanderado principalmente por las ideas de la libertad contractual de la época de **Juan Jacobo Rousseau** y los demás enciclopedistas, que si bien, propugnaron por los Derechos del Hombre, estos mismos derechos se vieron abolidos por los postulados del liberalismo económico de los siglos XVIII y XIX, que tendría como corolario el advenimiento del rigorista sistema positivo de **Augusto Comte**. Así mismo, durante el siglo XIX, el Viejo Continente vio nacer a una de las ideologías que mayor presión han ejercido en contra del liberalismo económico que se desarrolló desde la revolu-

64. **García Máynez Eduardo**. Filosofía del Derecho. Edit. Porrúa, México, 1989, p. 488

FALLA DE ORIGEN

FALLA DE ORIGEN

ción industrial inglesa; se trata del intento por establecer un justo reparto de las riquezas en proporción al trabajo realizado, es la aparición del socialismo, primero con propuestas prácticamente irrealizables, por lo cual recibió el nombre de *socialismo utópico*, y posteriormente, un socialismo estructurado con una base científicoeconómica, llamado por ello *socialismo científico*, cuyos máximos expositores son Karl Marx y Federico Engels. Entre el liberalismo, que busca un tipo de justicia celular, y el socialismo, que busca una justicia pluricelular, existe una gran dificultad para encontrar los puntos de enlace y por el contrario, se buscan todas las contradicciones de una u otra doctrina, que las reduce de manera fatal a sus ya conocidas exageraciones y abusos, que de forma prolija, recupera la historia; sin embargo, es preciso recordar que dentro de las contradicciones de un sistema, nace y se desarrolla la propia etapa que ha de superarlo, y esto parece ocurrir con los polos del liberalismo y el socialismo. Así lo entiende el maestro y jurista mexicano Ignacio Burgon:

"Las tesis extremistas que propugnan ideas orientadas de la finalidad del Estado y del orden jurídico, como el liberal-individualismo y el colectivismo... necesariamente incuban una ideología sintética a la manera hegeliana que,...explica y fundamenta la posición de las entidades individual y social como elementos que deben coexistir y ser respetados por el Derecho."⁶⁵

En la actualidad, las tendencias ideológicas se han acercado peligrosamente a una nueva exaltación del individuo y sus aspiraciones particulares en una forma por demás exagerada. La excesiva concentración del poder y la riqueza en *unos cuantos individuos* han propiciado un desgaste del ser humano en cuanto a sus ideas y poco a poco ha ido renunciando a sus más valiosos derechos y principios que la naturaleza le han otorgado. El humanismo se encuentra en la presente época en una crisis, no atribuible al humanismo mismo, sino a la incompatibilidad de los derechos del hombre con los pseudo-derechos del individuo. Y el Derecho, que es un baluarte de las ciencias sociales, la filosofía y en general, de las humanidades, se ha visto igualmente embestido por la fuerza aplastante del individualismo imperante.

La idea del bien común, que forma parte del ideario jurídico, se encuentra hoy mas que nunca en una franca confrontación con el nuevo liberalismo que pretende convertir al

65. Burgon Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Edit. Porrúa, México 1989, p. 43

Derecho en un aliado que legitime las nuevas formas de abuso de unos cuantos individuos sobre los miembros de la sociedad. Esta tendencia la observamos desde el panorama internacional hasta las simples relaciones obrero-patronales incluso. En la esfera internacional, se libra una fuerte batalla entre las potencias económicas por imponer un mayor radio de acción hegemónico sobre países económicamente más débiles, creando bloques, alianzas y tratados que garantizan la efectiva influencia de los países fuertes sobre las decisiones que los países en desarrollo deben tomar sobre materia económica, política y social. Las consecuencias son perceptibles en áreas menos extensas; las relaciones económicas dentro de las fronteras de los países son también altamente conflictivas, ya que los fenómenos económicos, tales como la inflación, la producción, la deuda interna y externa, el desempleo, etc., propician la degradación de la persona en sentido filosófico y jurídico.

Acaso la idea del *bonum commune* se encuentra hoy en una de sus crisis más agudas, donde la gran masa de seres humanos se encuentran fatalmente destinados a nunca alcanzar el desarrollo y perfeccionamiento de sus aptitudes y alcanzar así su felicidad. La responsabilidad que recae sobre el Derecho y sobre los estudiantes y profesionales del Derecho es verdaderamente titánica. Implica serios compromisos por fortalecer los principios axiológicos básicos sobre los cuales descansa la ciencia del Derecho, realizando más y mejores trabajos de investigación sobre los problemas sociales que aquejan al ser humano y que caen dentro de la esfera reflexiva del Derecho. Las respuestas de los legisladores y jueces a los problemas de su conocimiento no pueden continuar siendo anacrónicas, rígidas y anquilosadas, carentes, en algunas veces, de una genuina labor de investigación jurídica. Deben en todo momento regirse por las auténticas directrices jurídicas, que se fundamentan primero en el reconocimiento de los derechos del hombre, es decir, la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica y la propiedad, y segundo, en las aspiraciones de desarrollo de cada ser humano que los anteriores derechos nos confieren.

Pero la idea del *bonum commune* no solamente es un compromiso exclusivo de la axiología del Derecho sino que es un trabajo llevado a cabo por todas las áreas de la ciencia y la filosofía, que de una u otra forma van aportando sus valiosos adelantos y descubrimientos. Toca sin embargo al especialista jurídico la tarea de crear los sistemas normativos que permitan un equilibrio entre los medios con los cuales el hombre cuenta para su desarrollo individual y social, y las formas mediante las cuales se alcanza el citado desarrollo:



FALLA DE ORIGEN

El conjunto de ciencias que aportan al hombre todos los medios necesarios para satisfacer sus necesidades primarias y secundarias forman en sí un bien común, ya que son un patrimonio del género humano formado a través del esfuerzo social a lo largo de miles de años de su historia. Es inconcuso entonces que los frutos derivados de la fuerza impresa en la explotación de dichos medios se traduzcan en formas para el desarrollo, que han sufrido desviaciones económicas históricas tales como el esclavismo, que es una forma abyecta de desarrollo individual, el feudalismo que igualmente implica una forma de desarrollo injusto, el capitalismo que igualmente supone un desarrollo para quien tiene participación directa al capital y la producción y el socialismo, que pretende una forma de desarrollo igualitario a cambio de la apropiación de la conciencia. Todas estas formas para el desarrollo pierden de vista la idea básica del género humano en cuanto a bienestar se refiere. En la actualidad, suman millones los seres humanos que simplemente deben conformarse con nada para vivir, sin un futuro acorde a su condición de entes pensantes; tal condición de marginación es negatoria de los principios sobre los cuales pretende sustentarse la idea del bien común para el género humano. Los hechos sobrepasan la demagogia de la retorica, cada vez más desgastada y menos creíble. Las ideas nacen en la saliva, viven en la tinta y se ahogan en la sangre, dicen por ahí algunos pensadores socialistas, ya que en verdad, las ideas más sensatas sobre el hacer y acontecer del hombre, promulgadas por grandes hombres de todas las épocas se han convertido en enunciados olvidados por el tiempo o ahogados en sangre a causa de tantas guerras. El bien común, idea esbozada desde el código de Hamurabi pasando por las enseñanzas de Sócrates, Aristóteles, Jesús de Nazareth, Gandhi, etc., se ha convertido en una forma utópica de desarrollo, es decir, como una idea negada para la mayoría de los seres humanos. ¿Por qué? No lo sabemos. Quizá nos hemos acostumbrado al vacío que el discurso nos deja, la ausencia de fuerza en las palabras de quienes tienen el poder para transformar y no lo hacen o lo hacen en perjuicio más que en beneficio. Incluso, los juristas piensan que hasta con las apariencias de la legalidad para creer que la idea del bien común es un hecho; lo cierto es que cada vez más nos alejamos de este supremo ideal de *todos los hombres y no de un puñado de ellos*. Yo digo que el Derecho, la moral, la religión y la sociedad no deben continuar en su papel de cómplices de la negación del bien común, sino de defensores del mismo.

¿Es posible la realización del bien común? Indiscutiblemente que sí; el bien común es inherente a la naturaleza humana, ya que solo por excepción, el hombre busca como fin inmediato el destruirse a sí mismo y cuanto le rodea. Lo que sin embargo es cierto, es que el bien común es un objetivo que se pierde muy fácilmente de vista y los intentos por hacerlo fructificar son superados por la acelerada carrera en busca del poder y la riqueza.

El Derecho es un método viable para crear un bien común colectivo; en efecto, el

Derecho nace del espíritu del hombre que busca el bienestar propio y el de aquellos que le rodean. superando así ese estado primitivo en el cual la capacidad de imponer la propia voluntad a través de la fuerza era la mejor forma normativa, hasta en tanto no llegara en embestida una fuerza superior. El Derecho es el instrumento nacido de la razón con el cual se demuestra que la tesis de Calicles es falsa: El Derecho no es del más fuerte sino de aquel que le asiste la razón.

Claro que si el Derecho pretende desenvolverse dentro de un ámbito de justicia social y lograr el bien común de esa sociedad, es indudable que debe enfrentar los paradigmas que nacen de la propia sociedad, donde cada individuo pretende decir su verdad y hacerla valer como un Derecho. Por ello, es frecuente la confusión entre lo que un individuo considera su derecho (derecho de pasar primero, derecho de ser atendido primero, derecho de tener privilegios) y lo que efectivamente propicia el bienestar no tan sólo del individuo sino de todos sus congéneres. Por ello, considero que el enemigo número uno del bien común es el individualismo llevado a su exageración en los presentes tiempos. La moral denomina la individualismo como *egoísmo*, hecho con el cual, queda al descubierto su verdadera naturaleza: El individualismo es el egoísmo de las ideas.

Afortunadamente, los principios sobre los cuales descansan los axiomas del Derecho (y de la filosofía), han resistido los ataques de la historia que los pretenden colocar en un estado de servidumbre. Al comienzo de siglo se sucedió una revolución jurídica en pos del Derecho del bien común, llamado también Derecho Social. Los ojos de muchos juristas, mexicanos varios de ellos, colocaron su atención en el obrero, el campesino, el inquilino, el consumidor, el menor de edad y el incapaz, el ambiente, la economía doméstica, la mujer y la familia, etc., y crearon un conjunto de normas que frenaron las exageraciones derivadas del abuso del contractualismo que predominó en los pueblos occidentales durante los siglos XVIII y XIX.

"Las relaciones entre grupos e individuos desiguales se han dado siempre en sociedad; en consecuencia, siempre ha existido la necesidad de normas jurídicas tendientes a dar un tratamiento proporcionalmente desigual a los desiguales. ...fueron la Revolución Industrial y el liberalismo los fenómenos que acentuaron mas esta necesidad; delineándose claramente el llamado derecho social como

75
FALLA DE ORIGEN

Pero hoy estamos nuevamente frente al liberalismo: El Neoliberalismo, más técnico y sutil que su ancestro el liberalismo europeo del siglo pasado. Nuevamente los programas económicos llamados de *globalización*, pretenden estar al margen del desarrollo jurídico de los pueblos. Los conceptos tradicionales de soberanía, orden jurídico, garantías individuales, etc., se ven seriamente dañados por el nuevo tipo de economía que practican los países más desarrollados. Es peligroso pensar, por ejemplo, que un país en vías de desarrollo de ningún modo puede ser soberano, ya que su dependencia económica del exterior impide que pueda tomar decisiones en áreas tan importantes como el gasto social, (salud, vivienda, educación, seguridad social, deporte, medio ambiente), que a fin de cuenta, no es un sector productivo, y se encuentra fuera del pragmatismo neoliberal; y si el sector social se encuentra al margen de la inversión que los países deben realizar para su desarrollo económico y político, es indudable que, como una consecuencia, el Derecho social también sea marginado por los programas democráticos neoliberalistas.

La aspiración del hombre por llegar a un *bonum commune* se encuentra en una gran cruzada ideológica donde los conceptos de democracia, libertad, individuo e individualismo, liberalismo social, apertura y globalización son utilizados en forma sofisticada, ya que el auténtico bien común no solo del individuo sino de la colectividad se encuentra en una armonización de todos los elementos humanos y materiales que conforman a una nación, donde la democracia de ningún modo es el ejercicio político a través de una relativa mayoría de ciudadanos, sino que es todo un proyecto social, económico y político donde los ciudadanos por igual tienen la oportunidad de poner a su favor todos aquellos medios o elementos que les permitan cumplir sus metas trazadas de forma moral y jurídica. Es inconcuso que la libertad, de la cual ya he escrito anteriormente, funciona como una directriz de las potencialidades humanas, orientadas siempre en beneficio del hombre, hecho por el cual, cuando un individuo ataca su libertad al mismo tiempo destruye la potencialidad creativa y productiva derivada de la libertad colectiva. Aquí encontramos, así mismo, una razón más por la cual, el Derecho debe apoyar la verdadera libertad del ciudadano a través del estudio de aquellos aspectos que de alguna forma obstrucen un bien común. El Derecho indiscutiblemente es un estudio reflexivo que nos sirve de directriz conductual, lo que significa que la verdadera libertad del hombre se encuentra dentro de un sistema jurídico derivado de una filosofía del Derecho del bien común.

66. Ponce De León Armenta, Luis M. Derecho Procesal Agrario, Edit. Trillas, México 1991, p. 22

La propuesta final, para el jurista, es que la idea del bien común solo puede encontrarse dentro del Derecho, que analiza los problemas consuetudinarios del hombre y se esfuerza por proporcionar soluciones acordes con la verdadera libertad del individuo y, por ende, de la colectividad; por lo que los estudiosos y estudiantes del derecho quedan comprometidos para apoyar toda iniciativa emanada del Derecho y sobre todo, del derecho social, que pretenda brindar justicia, igualdad y libertad a los miembros de la comunidad, a los ciudadanos. Concluyó con las palabras del jurista Luis Dorantes Tamayo:

"...el bien común es el bienestar de la mayoría de los individuos de una sociedad organizada políticamente... la justa organización de la sociedad para que el individuo no se haga justicia a sí mismo ni cometa injusticia impunemente... la relativa seguridad de que goza el hombre en una sociedad organizada jurídicamente, y los beneficios que de ella obtiene."⁶⁷

2. La búsqueda de la justicia y de la igualdad. Cuando nos introducimos en la Filosofía del Derecho, inmediatamente encontramos que tanto la justicia como la igualdad son cuestiones sumamente debatidas no sólo en cuanto a conceptos sino en cuanto a finalidades pretendidas. La justicia, que el conocimiento empírico popular identifica con una acción pronta y efectiva de la autoridad en general frente a hechos que son genéricamente repudiados por los ciudadanos, es sin embargo un tópico doctrinal que rebasa en mucho el simple aspecto pragmático de las autoridades civiles de la sociedad, ya que existen profundos principios del Derecho que deben estar presentes en las disertaciones sobre la justicia.

Originalmente, la justicia aparece como una institución del memorable Derecho Romano, pero que ya desde los tiempos de Aristóteles y Platón, era un tópico de suma importancia y ampliamente discutido. El estagirita opinaba que la justicia era una forma especial de deuda que implicaba un deber; enseñaba que existen tres clases de justicia:

* *Justicia conmutativa*: Lo debido entre personas, donde existe una igualdad en calidad y valor de las cosas y que Aristóteles llamó *igualdad aritmética*.

a. intercambio de cosas (compra-venta o arrendamiento),

67. Dorantes Tamayo, Luis. *¿Qué es el Derecho?* Edit. UTEHA, México 1977, p. 306

- b. traslación de una cosa (comodato, mutuo o depósito) que genera un deber de devolución,
- c. el respeto al derecho ajeno opuesto al daño que genera la restitución y la compensación.

* *Justicia distributiva*: Lo debido por la colectividad al individuo. La justicia distributiva reside en el paso a la esfera particular de lo que pertenece a la esfera colectiva. Y cada individuo recibe de la colectividad la parte proporcional de acuerdo a su posición y participación en los fines de la colectividad. El criterio de la distribución proporcional se puede resumir en la siguiente fórmula:

*"A cada cual según su condición, sus capacidades, su
aportación a la sociedad y sus necesidades..."*

* *Justicia legal*: Lo debido por el individuo a la colectividad. La contribución justa del individuo hacia la colectividad está en función de los fines propios de ésta; por lo tanto, tal contribución es hacia el *bien común colectivo*. Además, los fines propios de la colectividad se rigen por las ordenaciones imperativas llamadas leyes, por lo cual la justicia que existe entre el individuo y la colectividad se logra a través del cumplimiento de la ley.

Esta doctrina de la justicia que nos ofrece Aristóteles es sin duda útil para reconocer la íntima relación entre lo que es un tipo de justicia como deuda y la ley que es principio de justicia social. Ya que en efecto, la justicia llamada legal tiende a los fines de la sociedad, que como ya hemos visto, es el bien común, y que la ley es el conducto de dicha justicia, que se constituye de imperativos llamados leyes.

Contemporáneamente Hans Kelsen, máximo representante de la "Teoría Pura del Derecho", escribe un estupendo ensayo llamado "Qué es la justicia", en el cual, realiza una exégesis de la justicia. Anteriormente he dicho que uno de los fines primordiales que busca el bien común es el de que cada uno de los miembros de la sociedad encuentren su felicidad en el ámbito de los fines de su vida. Kelsen opina al respecto que es común atribuir a la justicia una identidad con la felicidad social, donde todos los hombres pueden alcanzar, al mismo tiempo, la tan anhelada felicidad individual.

"La aspiración de justicia es la eterna aspiración del hombre

a la felicidad; al no poder encontrarla como individuo aislado, busca el hombre esta felicidad en la sociedad."⁶⁸

Pero objeta el jefe de la *Vienner Schule* que la justicia como felicidad individual es utópica, ya que, son muchas las ocasiones en las cuales la felicidad de un individuo implica la desgracia de otro, con lo cual, la justicia social no es realizable de forma absoluta.

"Si la justicia es la felicidad, es imposible que exista un orden social justo si por justicia se entiende la felicidad individual."⁶⁹

Y agrega Kelsen que es frecuente que se argumente que es la razón la que debe resolver aquellos instantes de desajuste entre la libertad individual. Es decir, que para lograr una justicia social es necesario resolver por formulas racionales cual es el interés que debe prevalecer en un determinado conflicto de valores a fin de lograr una justicia salomónica; estos paradigmas, sin embargo, afirma el ilustre jurista vienes, realmente es posible solucionarlos por meros razonamientos abstractos, ya que en la mayoría de las ocasiones, los valores obedecen a factores emocionales derivados de la sociedad misma, la educación, la religión, el status social, etc.

Si confrontamos ambas formas de concebir a la justicia, entre Aristóteles y Kelsen, podemos rescatar valiosas consideraciones sobre el problema que nos ocupa: La búsqueda de la justicia. Particularmente considero que la vida de cada ser humano requiere de múltiples satisfactores, ya sean del orden material o espiritual; los satisfactores materiales provienen de una necesidad de satisfacción sensitiva corporal, que cuando no es resuelta, provoca una alteración racional reducida a instinto básico de sobrevivencia; es decir, que en nosotros, en nuestra persona, coexisten dos naturalezas disímboles, la de un ser vivo y la de una capacidad pensante. Ambas son interdependientes, pero es frecuente que la primera absorba a la segunda y la someta. Reconocemos que una conducta es instintiva cuando lejos de toda reflexión busca ciegamente satisfacer su básica necesidad a cualquier costo. Es evidente que los seres humanos debemos buscar la satisfacción de nuestras necesidades instintivas dentro del marco racional, que no es otra cosa que una forma justa de conducir los apetitos sensitivos; esta primera aproximación hacia la justicia se encuentra apoyada por las aseveraciones aristotélicas expuestas en su *justicia conmutativa*, donde las más elementales formas

68. Kelsen, Hans. ¿Qué es la Justicia? Edit. Fontamara. México, 1992, p. 10

69. Kelsen, Hans. Opus Cit. p. 13

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

de satisfacer una necesidad se encuentran balanceadas por el espíritu de justicia: El precio de una mercancía, la medida o el peso de un producto, la proporción del trabajo, son algunos ejemplos donde la justicia entre dar y recibir no debe quedar al arbitrio del subjetivismo entre lo que las partes consideran justo o conveniente, porque la justicia no es subjetiva a cada ser humano.

La satisfacción de necesidades espirituales pertenece a un aspecto moral, ya que es necesaria la formación de valores en la conciencia de cada individuo que le permitan estimar su vida en armonía con su medio ambiente social. Kelsen sostiene que la justicia como felicidad no existe en forma absoluta, lo cual es cierto, pero también es cierto que el propósito por vivir dentro de un marco de justicia no es comúnmente ejercitado por la mayoría de los seres humanos, luego, tampoco la felicidad es buscada como finalidad objetiva ni subjetiva. La causa de esta *frustración a priori* en cuanto a la conquista de una justicia objetiva y subjetiva radica principalmente en que desconocemos la mayoría de nuestras necesidades espirituales, creyendo erróneamente que solo el aspecto sensitivo corporal es importante.

Considero en mi tesis general, que una de las causas fundamentales que propician el deterioro en las relaciones interhumanas es la exagerada ignorancia de los aspectos más sencillos pero importantes que deben formar la conciencia moral y jurídica de cada uno de nosotros. Las relaciones familiares, laborales, escolares, jurídicas, comerciales, deportivas, etc., comúnmente entran en un proceso de degeneración, equiparable a un desgaste de significado; cuando los hechos pierden significado sobreviene también una crisis de identidad. No es raro entonces que nuestra actual sociedad se encuentre en una etapa de conceptos desgastados que resultan inútiles para la mayoría de los seres humanos.

Por ello, tratar de explicar que es la justicia y cual es su objetivo es una árdua tarea declinada por Kelsen, que la mayoría de las ocasiones ha sido reducida a una disertación abstracta, como si se tratara de un modelo moral y jurídico de la Edad Media, cuya importancia de estudio es clásica pero no pertenece a la praxis contemporánea.

Hoy entendemos de la justicia solo parcialidades que la convierten en una justicia relativista. Nos preguntamos *¿qué es lo justo?* si, como lo afirmaban los jurisconsultos romanos, la justicia consiste en dar a cada cual lo suyo. El individualismo, hijo predilecto del liberalismo del cual ya he hablado, se adecua perfectamente a la definición romana de justicia, ya que basta determinar que es lo suyo y que es lo mío simplemente. Pero queda en el aire la interrogante sobre cual es el título legítimo que nos coloca en la posición de reclamar en justicia un bien. Esto desde luego pertenece a una forma menos elaborada del Derecho

como filosofía, a saber, el Derecho Civil, que intenta dar a cada cual lo suyo, sin embargo, la ignorancia por conocer la justicia crece a cada instante.

No cabe duda, y así lo considero, que la fuente real de la justicia es el bien común, en donde la preocupación por el reparto de bienes materiales es sólo un restringido aspecto del universo que busca descubrir la justicia legal, llamada así por **Aristóteles**. Esta afirmación, que sirve de corolario, la sustento en que además de la justicia, existe y es necesaria la presencia dentro de la sociedad, de un principio por demás menospreciado como lo es la igualdad, que no surge de forma espontánea, dentro de una justicia simplemente materialista, empírica o positivista. El maestro **Burgoa Orihuela** se pronuncia al respecto de la siguiente manera:

"La justicia social, cuyo logro constituye el objeto primordial de la Revolución mexicana de 1910, no equivale sino al mismo Bien Común... comprendiéndose ambas ideas dentro de un solo concepto esencial, la justicia social no es sino la síntesis deontológica de todo orden jurídico y de la política gubernativa del Estado"⁷⁰

La igualdad fue término empleado por los revolucionarios franceses de 1789 para dar a entender que todos los seres humanos pertenecen a una misma categoría en cuanto tales, y que cualquier diferencia contingente no puede superar en forma alguna este principio. Es decir, que el color de la piel, el grupo racial, la forma de expresión religiosa, la acumulación de riqueza y de poder, la acumulación de títulos, la nacionalidad, el género sexual, etc., son formas accidentales de pertenecer a una sociedad sin que por ello necesariamente deba existir una jerarquía de tipos de seres humanos. Esta concepción burguesa de la igualdad es desde luego aceptable y pertenece al genuino propósito de la justicia del bien común. Ya que podemos reconocer la presencia de justicia social en la medida en que los seres humanos son considerados en forma igualitaria, no obstante sus posibles diferencias accidentales.

"Jurídicamente la igualdad se traduce en que varias personas, en número indeterminado, que se encuentran en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y de

70. Burgoa Orihuela, Ignacio. Opus Cit. p. 51

contraer las mismas obligaciones que emanan de dicho estado."⁷¹

Considero que la mayoría de los seres humanos entendemos fácilmente lo que la igualdad significa, ya que a diario nos encontramos sujetos a la valoración de ésta. Muchas ocasiones llamamos injusticia a un trato desigual, donde sentimos que nuestra presencia como sujetos de derechos y obligaciones esta siendo seriamente dañada, pero lo importante es que comprendemos perfectamente que algo no funciona bien. La justicia del bien común realmente no se encuentra dañada sino la igualdad que es propia de los miembros de la sociedad, ya que efectivamente, la igualdad es la forma individualizada de la justicia, ya que esta primero observa el bienestar en conjunto y después otorga los derechos y confiere las obligaciones que todos los miembros en *igualdad de circunstancias* deben realizar en favor del bien común y en favor de ellos mismos.

**JUSTICIA SOCIAL
ACTUA EN FAVOR DEL BIEN COMUN**

**IGUALDAD
ACTUA EN FAVOR DE LOS INDIVIDUOS**

La igualdad es un principio fundamental que debe regir las relaciones interhumanas en todos los órdenes; no debe quedar al arbitrio de ninguna voluntad que no sea la social, el formular los lineamientos derivados de una auténtica igualdad, concebida como Garantía Individual. El legislador debe observar en todo momento, al igual que el juzgador, que las leyes cumplan con un objetivo claro de igualdad, matizada por conceptos tales como la proporcionalidad y la equidad.

Quisiera explicar brevemente que la proporcionalidad en materia de igualdad es un tema bastante debatido, ya que son múltiples los puntos de vista vertidos al respecto. Sin embargo, considero que el problema que genera este concepto puede ser reducido de la siguiente forma: Todo ser humano pertenece a una sociedad que busca una realización plena de bien común; para lograr tal objetivo, se reconoce que todos los miembros gozan de una cualidad natural que los hace iguales en sentido ontológico y jurídico, y que reconocemos como la garantía de igualdad; pero, es evidente que cuando los legisladores asumen la tarea de hacer leyes que otorgan derechos e imponen deberes a aquellos miembros, se encuentran

71. Bargas Orihuela, Ignacio. IDIBDEM, p. 251

que, si bien es cierto que todos gozan de una igualdad ontológico-jurídica, no menos cierto es que existen factores eventuales que inciden definitivamente en la capacidad de ejercicio de dicha igualdad; pensemos por ejemplo en la diferencia entre un adulto y un niño: es evidente que la ley no puede apreciar a ambos individuos de forma igualitaria por ejemplo en el pago de impuestos o en el castigo por un delito. Los derechos y las obligaciones son establecidos proporcionalmente de acuerdo con la capacidad real del sujeto, es decir, se debe exigir más y dar más a quien puede correlativamente dar más y exigir más, es la vieja receta socialista: a cada cual según su capacidad, a cada cual según su necesidad.

"...la proporcionalidad, que supone siempre la igualdad, implica la fijación de derechos y obligaciones para una persona desde un punto de vista cuantitativo dentro de una misma situación jurídica."⁷²

La conjugación y armonía de la justicia con otras virtudes dan lugar a lo equitativo, que es el objeto de la equidad. La equidad es la justicia matizada por la igualdad y lo equitativo es el resultado de armonizar los deberes de justicia con otros deberes, aunque no pocos juristas identifican a la igualdad con la equidad de forma sinónima. Tal es el caso, *verbi gratia*, del maestro Ignacio Burgoa. Y siento no compartir esta opinión, ya que la equidad es un concepto más profundo dentro de la reflexión del jurista filósofo; considero a la equidad, a fin de cuentas, una virtud a la cual debe aspirar todo jurista que ha comprendido que el Derecho no es ciencia sino filosofía.

En efecto, la equidad atempera o refuerza lo justo, atempera el deber y acomoda el derecho; su función es la de mejorar la justicia y por lo tanto, favorecer el bien común y las relaciones interhumanas. El maestro Javier Hervada nos dice que la atemperación que ejerce la equidad sobre el derecho requiere de virtudes morales tales como la solidaridad, el perdón, el altruismo, etc.

"La atemperación de lo debido puede tener diversas causas. Unas veces procede de la benignidad o de la misericordia... otras veces su causa es la solidaridad humana... otras proce-

72. Burgoa Orihuela, Ignacio. IDEM, p. 253

de de la moderación necesaria para que el rigor de la justicia no dañe otros valores no menos importantes...⁷³

Pero la equidad además cumple la función de acomodar al Derecho, es decir, frente a situaciones difíciles de reparar a su estado natural, la equidad cumple una función compensatoria a fin de lograr en lo posible una restitución de aquel derecho que fue dañado.

Por ello, la labor del legislador y del juzgador requiere de una formación jurídica y filosófica, que les permita encontrar mas allá de la frialdad de los derechos y obligaciones del positivismo jurídico, la justicia y la igualdad, matizadas por la mayor proporcionalidad y equidad posibles.

"Los sujetos de la equidad en la atemperación de lo debido son el gobernante, el juez y el titular del derecho. Pero en los deberes de justicia legal es también sujeto de la equidad el destinatario de la ley, que puede aplicar el principio general de derecho de que las leyes no obligan en los casos en los que estas se tornan nocivas o causan grave incomodo."⁷⁴

Una de las consecuencias del positivismo jurídico ha sido el *legalismo*, con la consiguiente pérdida del sentido de la equidad, de manera que los jueces suelen ser remisos en la aplicación de la equidad y particularmente lo son a reconocer y aplicar el principio citado por el maestro Hervada. Considero que es preciso que esa actitud -derivada también del dogmatismo conceptual- sea reformada, ya que impone una rigidez al Derecho que de ninguna manera le es propia.

3. La seguridad jurídica. Uno de los más importantes derechos del hombre, que este haya alcanzado dentro de la evolución jurídica de todos los pueblos es el que consiste en la eficacia que las leyes creadas por los órganos del Estado realizan en favor de la persona jurídica. La tranquilidad del gobernado consistente en saber que es protegido por las leyes creadas por el gobernante es una garantía de que su desarrollo individual y repercusión colectiva permitirá

73. Hervada, Javier. Introducción Crítica al Derecho Natural, Edit. Minos. Madrid 1988, p. 70

74. Hervada, Javier. Opus Cit. p. 70

un verdadero Bien Común. En este orden de ideas se pronuncia el maestro **Eduardo García Máynez**, agregando, sin embargo que en la configuración de la idea de seguridad jurídica se distinguen dos dimensiones: La certeza del orden (seguridad de orientación) y la confianza en el orden (seguridad de realización).

Esta distinción de la seguridad jurídica introducida por el ilustre académico universitario es sumamente útil para poder determinar cual es el sentido exacto buscado en el principio de seguridad jurídica del hombre y el ciudadano.

La certeza del orden implica un conocimiento adecuado de los contenidos normativos, que permiten orientar la conducta de acuerdo con ellos. Se trata de una función didáctica del Derecho que debe ser conocido por aquellos sujetos involucrados, es decir, toda la humanidad.

La confianza en el orden significa que los contenidos normativos gozan de una eficacia que exige no sólo su cumplimiento por los particulares sino su correcta aplicación por los órganos que representan a la autoridad del Estado.

Además, es conveniente recalcar que la finalidad buscada por la eficacia de los contenidos normativos ha de ser la realización de la justicia, ya que esta manera, se produce una plena confianza de un sistema jurídico. Aquí podemos remitirnos a la parte final del capítulo primero a fin de revisar las ideas expuestas sobre la eficacia de un orden normativo.

La confianza en el orden exige una correcta aplicación de las normas de Derecho por aquellos órganos de la autoridad en los cuales se deposita la tarea de realizar el Derecho:

a. Dentro de la actividad legislativa, la seguridad jurídica se logra en la *claridad, precisión y congruencia* de las prescripciones legales.

b. En la actividad jurisdiccional, la seguridad jurídica se logra en la correcta inteligencia de las prescripciones legales por parte de los encargados de aplicarlas y en la formación de una jurisprudencia bien definida y libre de antinomias.

El Estado tiene por esencia una actividad de imperio que le permite asumir en determinados momentos una actitud autoritaria, imperativa y coercitiva, que necesariamente afecta la esfera jurídica que se atribuye a cada miembro de la colectividad, ya sea de forma individual (persona física) o de forma colectiva (persona moral). En efecto, todo acto de autoridad

necesariamente emana del Estado y es ejecutado por los diversos órganos de autoridad creados por virtud de la ley misma, y cuya finalidad es afectar a las personas jurídicas en alguno o algunos de sus múltiples derechos: la vida, la propiedad, la libertad, las relaciones jurídicas, etc. Sin embargo, dentro de un régimen de Derecho, la afectación a cualquier esfera jurídica debe obedecer a determinados principios previos, satisfacer ciertos requisitos sin los cuales tal afectación no sería válida desde el punto de vista del Derecho.

Todo aquel conjunto de principios apriori de afectación jurídica es lo que comúnmente denominamos *garantías de seguridad jurídica*.

"...conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *súmmum* de sus derechos subjetivos."⁷⁵

Una consecuencia inmediata de este enunciado de seguridad jurídica es el hecho que hace resaltar que la autoridad no es un poder ilimitado ejercido por las autoridades, sino una capacidad de imposición que se encuentre *fundada y motivada*, es decir, que sea la ley misma la que prevea una actuación inmediata de la autoridad cuando los hechos provistos por la misma se materialicen en la esfera jurídica del gobernado.

Desde luego, podemos afirmar que los pueblos más avanzados en materia económica, social y política son aquellos que han establecido un estricto sistema de Derecho, donde los órganos de autoridad del Estado actúan siempre conforme al dictado de las leyes, emanadas de una Ley Fundamental, como lo es la Constitución, documento en el cual, un pueblo inscribe su ideario político y social, que sintetiza toda su historia y los altísimos precios que en ocasiones ha sido menester pagar, para alcanzar tan elevados principios jurídicos.

El sistema jurídico mexicano es encabezado por un documento constitucional insuperable en cuanto a los Derechos del hombre que su parte dogmática prevee a lo largo de sus 29 primeros artículos, no obstante la desafortunada colocación de las normas constitucionales en materia económica previstas en los artículos 25, 26 y 28, que rompen el equilibrio expositivo que el legislador hizo de las Garantías Individuales.

75. Burgos Orihuela, Ignacio. IDEM. p. 498

Con la obra legislativa de 1917, quedan sentadas las bases de un sistema de leyes caracterizado por ofrecer al gobernado la certeza de que su persona jurídica es inviolable contra Derecho por cualquier órgano de autoridad del Estado. Las leyes y reglamentos que derivan del articulado constitucional necesariamente reúnen el requisito de ofrecer seguridad jurídica al gobernado, como requisito previo de ejercicio de autoridad. Esta idea de seguridad jurídica debe, por lo tanto, estar presente en la persona que físicamente representa una autoridad a fin de no cometer excesos o deficiencias en su actuación como órgano de la autoridad.

No es redundante decir que los juristas, en su labor cotidiana como autoridad o como representante del ciudadano, deben actuar invariablemente bajo el principio de seguridad jurídica para este último, ya que de esta forma, el Derecho adquiere un sentido más pleno dentro del ámbito social. El ciudadano se siente protegido de cualquier atropello a su esfera de derechos y obligaciones porque cuenta con un efectivo sistema jurídico que le representa en cierta forma. Así mismo, los colaboradores y auxiliares de la autoridad (fuerza pública, burocracia federal, estatal y municipal) deben conocer y comprender el alcance e importancia que su actuación tiene en un sistema de Derecho y las repercusiones negativas que lo contrario propicia.

Un fenómeno sumamente extendido en nuestro esquema social que perturba gravemente la garantía de seguridad social es el de la *corrupción*, (del latín *corruptio* = *alteración*), que en términos generales es el acto por el cual el legítimo representante del órgano de autoridad altera el procedimiento que, conforme a las leyes del Estado, debe seguirse en un caso concreto, otorgando ciertas ventajas a un gobernado y cambio de un beneficio económico, con el consecuente daño al interés público y al Bien Común.

La corrupción es generada en la mayoría de las ocasiones por ciudadanos que ansían evadir la acción de la autoridad en los términos legalmente establecidos; se complementa con la conducta antijurídica y antiética de aquellos representantes de la autoridad estatal que obtienen un lucro indebido, mal empleado y vulnerando la confianza pública depositada en ellos.

La consecuencia más grave del acto de corrupción es aquella en donde son afectadas las esferas jurídicas de otros ciudadanos, que, en la mayoría de las ocasiones, actúan conforme al sistema de leyes establecido pero que se ven agredidos por la mala fe de un ciudadano encubierto por un acto de autoridad alterado en su esencia jurídica. No son pocos los casos contenidos en los anales del foro jurídico mexicano en los cuales, las garantías de seguri-

dad de muchos ciudadanos han sido atropelladas en forma indubitable, y en los cuales se demuestra que la ley por si misma no es el Derecho, ya que esta puede ser alterada de mala fe por la infidelidad de quien es su depositario, sin embargo, el Derecho es una esencia trascendente imposible de corromper, y cuyo valor deontológico y teleológico nos ha sido otorgado por todos aquellos juristas que son, o que alguna vez fueron, firmes representantes de no tan sólo de la autoridad que representaban, sino del espíritu del Derecho que se encuentra contenido en nuestra Constitución Política.

Afirmaba Sócrates que uno de los grandes males de la comunidad de hombres es la interminable cadena de injusticias, que nace y vive en el egoísmo, que es al mismo tiempo, resultado de la ignorancia del bien. Cada hombre es victimado por un acto de injusticia, pero que al mismo tiempo se convierte en victimario y causante de otra injusticia. La mayéutica socrática propone que para terminar con tales cadenas de injusticia es necesario que hombres formados en la virtud de la justicia se resistan a cometer nuevas injusticias. Esta forma de razonamiento pudiera parecer utópica ya que la venganza o la revancha es una de las pasiones humanas más introyectada en el individuo y la colectividad. Pero ya hemos visto a lo largo de los capítulos precedentes que el Derecho al igual que la Filosofía tienen como actividad fundamental el proporcionar respuestas satisfactorias a las preguntas más angustiantes de la existencia humana y a las complejas relaciones resultantes. Por ello, considero que los juristas y los filósofos tienen sobre sí un arduo trabajo consistente en cimentar las condiciones necesarias para una buena convivencia social. Parafraseando a Sócrates, es indudable que los juristas filósofos son los encargados de romper la cadena de injusticias a través de la práctica constante del Derecho y de sus principios fundamentales, es decir, la idea del bien común, la justicia y la seguridad jurídica. Recordemos que los estudiantes de la carrera de Derecho son los convocados a ocupar los cargos públicos como representantes de la autoridad del Estado, con la difícil misión, algunas ocasiones, de ocupar el puesto de legislador o de juzgador. Incluso, los abogados litigantes, aún en la modestia del despacho, son corresponsables del ejercicio pulcro y decidido de la actividad jurídica, ya que no son pocas las ocasiones en las cuales, su buen juicio y la prudencia de su actuación permiten que el Derecho se convierta en una realidad, devolviendo la seguridad jurídica a quien deposita su confianza en la integridad de su labor.

El Doctor García Máynez insiste en que la seguridad jurídica implica un conocimiento de los contenidos normativos; y precisamente es allí donde la labor del profesional del derecho adquiere mayor relevancia, ya que por obvias razones, los ciudadanos desconocen en la mayoría de las ocasiones, los derechos y las obligaciones que la ley estipula en su penna jurídica, y por lo cual, son víctimas de intereses turbulentos, que buscan sacar buen partido a tan indeseable ignorancia.

La dimensión didáctica de la seguridad jurídica propuesta por el Doctor **García Máynez** exige de todos los estudiosos y los estudiantes del derecho el compromiso indeclinable de dar a conocer cual es el conjunto de derechos y deberes a que todo hombre se encuentra inmerso, brindarle la asistencia profesional necesaria para que comprenda por que debe cumplir con determinadas normas y por que puede demandar determinados derechos, no solo de los demás miembros de la comunidad sino incluso de la propia autoridad del Estado.

Desde luego, la propuesta de un ideario jurídico tiene como premisa la necesaria concurrencia de los juristas por llevar a la realización todo cuanto el Derecho es en sí mismo, lo cual, también implica cierta mística de sacrificio personal, ya que no son pocos los obstáculos que impiden que los más altos ideales del Derecho, como lo son, el Bien Común, la Justicia y la Seguridad Jurídica se lleven a su cabal cumplimiento. La cadena de injusticias es sólida porque se ha fortalecido de la mala fe con que las leyes han sido aplicadas en reiteradas ocasiones; porque el Estado mismo ha pretendido en no pocas ocasiones, colocarse por encima de los principios del Derecho; sin embargo, la mejor forma que tiene un jurista de enfrentar la injusticia es sostener con su conocimiento, su prudencia, sus palabras y sus hechos la irrenunciable adhesión a los aludidos principios del Derecho.

El maestro y filósofo **Gustavo Escobar** escribe que la Deontología es la teoría de los deberes particulares propios de una profesión o situación. **Jeremías Bentham** también sostenía que la deontología es una forma de saber que enseña al hombre la manera de dirigir sus emociones para que estas queden subordinadas a su propio bienestar. Pues bien, la deontología del jurista adquiere dimensiones muy especiales:

"Su finalidad es interpretar y defender el derecho y la justicia en las relaciones humanas, sancionar a los violadores de la ley y con ello dar garantías de tranquilidad y seguridad a los ciudadanos."⁷⁶

Para el logro de la Deontología del profesional del Derecho es necesario un marco referencial de deberes y valores, que conjugados sean capaces de dar veracidad al ejercicio profesional de quien se ostenta como conocedor del Derecho. Tales deberes y valores son:

76. **Escobar Valenzuela, Gustavo**. *Ética*, Edit. Mc Graw Hill, México 1992, p. 154

1. Preparación y dominio de la ciencia jurídica.
2. Aplicación de la ley con imparcialidad verdadera.
3. Honorabilidad y decoro que enaltezcan la profesión de un jurista.
4. Rechazo al soborno y a la corrupción.

Evidentemente que los compromisos derivados de estos cuatro enunciados exigen una verdadera vocación por el Derecho, y marcan claras diferencias entre el jurista auténtico, el técnico de la legalidad vacía y el simple simulador.

El técnico de la legalidad vacía conoce cada artículo de las leyes, con frecuencia, las leyes civiles y penales; ofrece sus múltiples contactos sociales para llevar adelante un juicio, utiliza el pomposo lenguaje de los leguleyos y considera que su profesión se encuentra íntimamente ligada con el éxito económico, no obstante los medios con que cuente para tal fin. Los resultados que se aprecian por su labor desempeñada carecen en absoluto de valores jurídicos auténticos, por lo que su actuación es marginal al Derecho, a su deontología y axiología.

El simple simulador frecuentemente no tiene una formación universitaria, o esta es escasa. Ofrece resolver asuntos de tipo legal ya que para ello se ostenta como un abogado postulante, cuya sagacidad y erudición lo convierten en panacea de cualquier problema. Frecuentemente ejerce su labor a la sombra de una firma y cédula rentada, recibe todo tipo de asuntos, los enreda aún más, solicita el pago de honorarios y de múltiples gastos de operación; el tiempo de su encargo dura lo mismo que la paciencia de ciudadanos incautos que, víctimas de la desesperación, olvidan investigar si su flamante abogado patrono es efectivamente lo que dice ser. Finalmente, los desengaños son dolorosos y costosos. Y no hay que olvidar que muchos simuladores también se encuentran incrustados en algunas dependencias oficiales, detrás de los grises estrados o en la oficialía de partes. Los resultados de su labor son similares a los obtenidos por el técnico de la legalidad vacía, ya que desvirtúan la confianza que los ciudadanos depositan en el conjunto de los órganos de autoridad, y crean desconfianza sobre la garantía de seguridad jurídica consagrada por nuestra Constitución Política.

Sin embargo, el auténtico jurista es reconocido por su entrega a la labor cotidiana de

realizar el Derecho, mas allá de los contenidos normativos; su labor es reconocida por los aciertos que permiten un desarrollo del Derecho como reflexión sobre el hombre y su vida. El jurista es siempre un maestro, porque siempre tiene algo nuevo que enseñar, y no oculta su sed de aprender.

Por ello, ser jurista auténtico es un privilegio del cual sólo un reducido número de personas son merecedoras de portarlo. Afortunadamente para los estudiantes de la Facultad de Derecho de nuestra *Alma Mater*, tenemos el inmenso privilegio de contar entre todos nuestros maestros a grandes y destacados juristas que con su buen ejemplo y su obra académica nutren la vida académica de la Universidad Nacional Autónoma de México y de su Laudable Facultad de Derecho, de la cual muchos estudiantes indignamente tenemos el orgullo de pertenecer, pero que de alguna forma, aspiramos a seguir sus pasos y a más adelante, a abrir la brecha de aquello que espera a ser conquistado por la tenacidad racional del hombre.

CONCLUSIONES

Los beneficios derivados a lo largo de la investigación de la presente Tesis son numerosos. El primero de tales beneficios es presentar el corolario de cinco años de estudios en nuestra Facultad, que resume una formación científica y humana intentada y lograda por nuestros maestros y por todas aquellas personas que desde su modesta actividad logran a diario dar vida a la enseñanza - del Derecho en nuestra Universidad Nacional.

I

Comence la investigación del presente trabajo de Tesis abordando el tema de la conducta del hombre como el objeto de estudio sobre el cual el Derecho realiza su análisis y reflexión, haciendo énfasis en que el Derecho, más que una ciencia, aspira a ser una filosofía de la justicia y del bien común, pero sin descuidar el aspecto humano que lo ubica primeramente como un ser natural, pero que, sin embargo, ha creado una infraestructura social que le impide regirse por el mero instinto y por el contrario, debe crear sistemas de derechos y deberes que le permitan vivir y desarrollarse en las direcciones propias a su naturaleza de ser pensante. Como lo afirma Joseph De Finance, el ser humano debe superar un estadio natural infrahumano, no debe conformarse con un estadio humano inframoral y debe esforzarse por acceder a un estadio jurídico moral.

La conducta del hombre es producto de diversos factores tanto sociales como naturales, los cuales deben estar presentes en los trabajos legislativos a fin de crear leyes convenientes a las necesidades de convivencia social. La normatividad no debe ser un obstáculo para el desarrollo del individuo ni del logro de sus metas

personales; por ello, es necesario revisar continuamente todos aquellos preceptos normativos del Derecho llamados leyes, a fin de no considerarlos vacios y carentes de reconocimiento. Este es un aspecto importantisimo del Derecho que no se debe perder de vista; el hombre debe reconocer siempre en las leyes no una barrera sino un modo practico para resolver sus problemas y dirimir sus controversias, pero sobre todo, debe descubrir en el Derecho un metodo idoneo para poder alcanzar sus propias aspiraciones; el Derecho debe imprimir en la conciencia del hombre un sentido de justicia y rectitud que lo lleven a obrar mas por adhesion al deber que por el temor al castigo. Es evidente que estos propósitos se encuentran inmersos en un marco de moralidad, que los convierte en aspiraciones autenticas en la conciencia individual, y que desde luego, se refleja en la conciencia social.

La Constitucion Politica de nuestro pais consagra principios trascendentales, mismos que son el producto de la historia de un pueblo que ha pagado precios altisimos en vidas humanas para hacerlos realidad. Las leyes derivadas de nuestra Ley Maxima guardan tambien un espiritu de justicia para todos los hombres que se acojan bajo su tutela. Pero el trabajo del jurista no queda en la sola tarea de conocer el Derecho, sino en el importante compromiso de darlo a conocer a todos aquellos hombres y mujeres que buscan respuesta pronta y justa a sus inquietudes. Por ello juzgo necesario esbozar todos aquellos principios normativos que circundan al ser humano, para destacar con mayor claridad y sistematizacion la trascendencia de la norma juridica a la cual damos el nombre de ley. Ya que finalmente, el hombre va descubriendo su propia realidad a partir del conocimiento que tiene de su entorno fisico y social; por ello, para descubrir perfectamente la idea del Derecho, se hace necesario hacerla resaltar entre todos aquellos ordenes normativos que comporten ciertos rasgos similares o complementarios.

II

Al respecto, siempre me ha inquietado la relacion que puede existir entre la Moral y el Derecho. Incluso, me encontraba pleno de dudas sobre la naturaleza de uno y otro orden normativo, pero fue la fuerza de la constancia de la investigacion la que me permitio discernir ideas muy claras y comprensibles sobre la relacion que la Moral y el Derecho guardan entre si. Concretamente fueron las ideas del doctor Eduardo Garcia Maynez, del doctor Luis Recasens Siches y del maestro Javier Hervada, de las cuales logre extraer verdaderos descubrimientos sobre la filosofia, desconocidos por mi hasta esos momentos.

Hoy aprecio mucho mas la obra de Rodolfo Laun, sobre la identidad del Derecho con la Moral, porque si bien, en un principio - comparti tal opinion, en la actualidad pienso que el esfuerzo del Doctor Laun es sumamente importante, si tomamos en cuenta que su estudio es analitico-reflexivo sobre una preocupacion por un Derecho ausente de valores tales como la justicia y el bien comun; pero es la moral, ese precioso tesoro de la cultura del hombre, el que le permite establecer un Derecho que implica los mencionados valores, asi como una moral apegada al Derecho. Por ello, si mas justo de los hombres, fue a la vez el fundador de una nueva moral basada en el respeto, el amor, la razon y la paz. No obstante, la moral dirige su esfuerzo hacia el interior de la conciencia para que las obras del hombre no sean escenograficas, sino verdaderos actos morales dotados de la fuerza de la conviccion y la adhesion al conjunto de valores en los cuales la conciencia deposita su confianza. El Doctor Laun supo descubrir que un Derecho marginado de la moral es simplemente un poder de imposicion, donde la palabra - Derecho puede perfectamente suprimirse; el rsto que este jurista lanza a la posteridad es el de devolver al Derecho su naturaleza original, la cual esta basada en el reconocimiento que cada ser humano hace de los derechos y deberes de sus congeneres y sin pretender lesionarlos.

Tambien considero que la obra monumental de **Manuel Kant** es punto y aparte del pensamiento moral del hombre. No es posible - concebir cualquier intento por fundamentar el deber ser sin recurrir a la "Metafisica de las Costumbres" y darnos cuenta que mas alla de la perfeccion de los modelos politicos, cientificos y economicos se encuentra la aspiracion de cada hombre por realizar su moralidad en torno a su vida. Kant es el filosofo moral, para quien puede resultar mas importante la intencion que los resultados mismos; no en balde, alguna vez afirmo que "...de buenas intenciones se encuentra empedrado el camino que conduce al infierno...", ya que fiel a su modelo sintetico-apriori, coloca a la deontologia sobre la teleologia, es decir, mas vale el deber en mi que el resultado que yo pueda querer que ocurra.

III

Conocer y comprender el deber derivado del uso y la costumbre tambien resulta particularmente interesante; son los habitos y las costumbres humanas aquellos elementos que finalmente van delineando una estructura juridica; por ello, la sociedad reconoce o rechaza las practicas que aparecen en su acontecer. El deber se forma entonces de un sincretismo moral, social y juridico, que finalmente es considerado por el legislador para crear una ley o para derogarla; y precisamente, las leyes son el cuantificador mas objetivo del estado politico, etico y juridico que guarda un pueblo. El reconocimiento de los derechos y deberes del hombre por parte de una sociedad politica se traduce en bienestar para la sociedad civil, ya que entre las muchas aspiraciones de las naciones se encuentra aquella que tiende a la preservacion de sus tradiciones y rasgos culturales, expresados como un conjunto de costumbres. No es la ley la que reconoce al hombre y lo coloca como producto supremo del Derecho, sino que es el hombre el que reconoce en el Derecho el producto supremo de sus aspiraciones y le otorga la fuerza necesaria para imponerlo en todas aquellas situaciones algidas que pretenden corromper la actitud progresiva del hombre.

IV

Preguntarnos sobre los fines que persigue el Derecho es esencialmente preguntarnos que es el Derecho. El Doctor Garcia Maynez propone que para definir al Derecho, primero es conveniente estudiarlo y conocerlo, lo cual es desconcertante para el neofito; pero la verdad encerrada en tal propuesta es evidente. Podemos esbozar cualquier tipo de definicion sobre cual es la idea del Derecho, pero, si no existe un examen previo sobre su introduccion y su filosofia, tales definiciones seran deficientes y relativistas.

Y precisamente, su filosofia nos introduce en el campo de los fines, que no son otra cosa que los objetivos propios de una disciplina que ha abandonado su frialdad cientifica y se ha convertido en una calida Filosofia del Derecho.

Los fines que persigue la Teleologia del Derecho son tres:

- * El bien comun (bonum comune)
- * La justicia y la igualdad
- * La seguridad juridica

No se trata de reformular una axiologia del Derecho, ya que los fines a los cuales me refiero son en si mismos una verdadera axiologia, que ha estado presente en la mente de los juristas de todos los tiempos, incluso para definirlos a su especial conveniencia. Lo que importa destacar de la Teleologia del Derecho es saber si sus fines se han cumplido o si por el contrario, se encuentran en un estado de preparacion o fase terminal de formulacion, y si el hombre actual recibe cabalmente los beneficios derivados de tales fines.

Particularmente pienso que los conceptos de cada uno de los

fines del Derecho ya han sido de alguna manera expresados; lo que hace falta es una verdadera disposición de las sociedades políticas y civiles por llevarlos o cabo. El hombre reconoce sus cualidades y defectos, sus carencias pero también sus habilidades y por ello sabe que su bienestar se encuentra en el bienestar de sus congéneres, dado que, si esto ocurre de otra forma, se provoca un estado permanente de guerra de todos contra todos, tal como lo afirmó el filósofo político Thomas Hobbes, es decir, "un Estado de barbarie". El Pacto Social consiste en comprender los beneficios que pueden resultar de un desarrollo equitativo de la sociedad en común. Por ello, el jurista, debe fomentar la unidad social en la familia, en el municipio, en el Estado y en la propia república, - alentando la participación de todos los sujetos involucrados. Esto desde luego es un trabajo titánico pero necesario y urgente.

La justicia y la igualdad derivan de la armonía de la comunidad. Son conceptos complementarios que involucran necesariamente a una comunidad participante (sociedad civil) y a sus legítimos representantes (sociedad política). Esto nos lleva a considerar como necesario un esquema político de Social Democracia, ya que considero que las finalidades esbozadas anteriormente son incompatibles con un sistema económico-político neoliberal: La exaltación del individuo es la negación sistemática del ser social que simplemente es reducido a un papel secundario dentro de la maquinaria gigantesca de la producción. Esta personal preocupación tiene su fundamento en la lamentable realidad que enfrentan millones de seres, cuya existencia se encuentra despojada de todo valor tanto material como ontológico.

No es necesario destruir para comenzar, pero sí es altamente necesario revisar para corregir, y ello significa que debe darse - un cambio político que presente y promueva soluciones reales y viables a las demandas nacionales e internacionales de bienestar común, así como una verdadera y natural justicia e igualdad.

Quiero concluir el presente trabajo tesinal sosteniendo que el Derecho no pertenece a la ciencia sino a la filosofía, por lo cual, el jurista no puede adoptar un comportamiento ajeno al análisis y la reflexión de los grandes retos de la comunidad.

El abogado, el profesional del Derecho es al mismo tiempo, el filósofo de los presentes tiempos, cuya misión consiste en mantener viva la flama de la justicia. Nos es posible romper este compromiso sin traicionar al mismo tiempo los mas trascendentales Principios General del Derecho.

BIBLIOGRAFIA

1. Aristoteles. Etica a Eudemo, Edit. Porrúa, Mexico, 1982
2. Aquino, Tomas De. Summa Teologica, Edit. SARPE, Madrid, 1983
3. Biblia Catolica latinoamericana
4. Burgoa, Orihuela Ignacio. Las Garantias Individuales. Edit. Porrúa, Mexico 1989
5. Codigo Civil para el Distrito Federal
6. Codigo Penal para el Distrito Federal
7. Constitucion Politica de los Estados Unidos Mexicanos
8. Declaracion Universal de Derechos Humanos, O.N.U.
9. Dorantes, Tamayo Luis. Que es el Derecho? Edit. UTHEA, Mexico 1977
10. Equipo de Redaccion PAL. Historia de las religiones. Edit. Mensajero, España, 1980
11. Escobar, Valenzuela Gustavo. Etica. Edit. Mc Graw-Hill, Mexico 1992
12. Garcia, Maynez Eduardo. Introduccion al estudio del Derecho. Edit. Porrúa, Mexico 1988
13. Garcia, Maynez Eduardo. Filosofia del Derecho. Edit. Porrúa, Mexico, 1989

14. Garcia, Morente Manuel. Lecciones preliminares de filosofia. Edit. Porrúa, Mexico 1985
15. Gomezjara, Francisco. Sociologia. Edit. Porrúa, Mexico 1988
16. Hervada, Javier. Introduccion Critica al Derecho Natural. Edit. E U N S A, Mexico, 1988
17. Kant, Manuel. Metafisica de las costumbres. Edit. Porrúa, Mexico 1986
18. Kelsen, Hans. La teoria pura del Derecho. Edit. Nacional, Mexico, 1989.
19. Kelsen, Hans. Que es la justicia? Edit. Fontamara, Mexico 1992
20. Margadant, Guillermo F. Derecho Romano. Edit. U.N.A.M. 1973
21. Mayer, J. P. Trayectoria del pensamiento politico Fondo de Cultura Economica, Mexico 1976
22. Ponce De Leon, Armenta Luis. Derecho Procesal Agrario. Edit. Trillas, Mexico 1991.
23. Ramos, Samuel. El perfil del hombre y la cultura en Mexico. Edit. Espasa-Calpe, Mexico 1988
24. Recasens, Siches Luis. Antologia 1922-1974. Edit. Fondo de Cultura Economica, Mexico 1976
25. Rojas, Amadi Victor Manuel. Filosofia del Derecho. Edit. Harla, Mexico 1991
26. Soto, Perez Ricardo. Nociones de derecho positivo mexicano. Edit. Esfinge, Mexico 1993, 21a. edicion.