

321309

UNIVERSIDAD DEL TEPEYAC

28

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS RECONOCIDOS OFICIALMENTE POR
ACUERDO No. 3213-09 CON FECHA 16 - X - 1979
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



EL VINCULO EXISTENTE ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL, EN LOS CAMBIOS SOCIALES DEL MEXICO ACTUAL

291030

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA
MARIA DE LA LUZ MENDOZA SALAS

ASESOR DE LA TESIS:
LIC. LINA ZYTHELLA ORTEGA OJEDA
CED. PROFESIONAL No. 1467474



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.

GRACIAS DIOS MÍO:

Por la oportunidad de haber nacido y darme una familia que me enseñó a creer en ti, a amarte, a respetarte y a defenderte; soy afortunada, pues muchos no tienen esa dicha.

Gracias Señor, por mostrarme cada día tu amor por mí, por permitirme vivir con libertad y así, el día de hoy, poder terminar una etapa muy importante en mi vida, iniciando otra, como profesionista, en la que empiezan nuevas responsabilidades, en la que me enfrentaré a muchos obstáculos y en las que se inician cambios importantes que decidirán mi futuro, en el que deseo estés siempre junto a mí, como lo has hecho a través de mi infancia y de mi juventud.

A MI MADRE

Hoy, que por fin obtendré mi título de licenciatura, algo que ansiabas y que nunca dudaste que fuera posible, quiero agradecer infinitamente tu dedicación y tus esfuerzos por haber hecho posible esto, pues no sólo pagaste toda mi educación escolar, procurando siempre darme lo mejor en eso y en todo lo demás, pues gracias a tus sacrificios nunca me ha hecho falta nada, sino que además, has estado junto a mí en todo momento, enseñándome a vivir, corrigiéndome cuando me equivoco o cuando pretendo tomar un camino que no es el correcto.

Gracias a tus cuidados y a tu educación, puedo decir que soy diferente, que tengo valores y convicciones firmes y que mucho de ello lo aprendí de ti, te debo la vida, y hoy empiezas a ver los resultados de ella. Ojalá no te decepcione y espero que este trabajo que significa el inicio de mi vida profesional, te llene de satisfacción por el significado que entraña.

A MI TÍA YOLANDA SALAS:

Se que tu cariño por mí es muy especial y diferente al de todos tus sobrinos, pues para mí eres como una mamá que me cuidó y me dio su tiempo, sin condición y sin esperar nada a cambio, sólo mi felicidad. No tengo con que agradecerte el que hayas estado conmigo a diario, ayudándome con mis tareas y con mis quehaceres, gracias por consentirme tanto y por confiar en mí.

Muchas gracias por tu tiempo en los desvelos de las tareas y trabajos escolares, tu fuiste mi compañera y mi ayudante fiel en ellos desde la primaria hasta la universidad, créeme que los voy a extrañar, porque a pesar de que era pesado el trabajo y muy grande el cansancio, me hacías pasar ratos muy agradables con tus bromas y tus pláticas. Todo esto se terminó, pero los recuerdos se quedan guardados para siempre en mi corazón.

A MI ABUELITO ANGEL SALAS RAMOS:

En donde quiera que estés, Yo sé que tus ojos se llenan de lágrimas y tu corazón de felicidad, porque siempre deseaste que terminara mis estudios y que me convirtiera en una licenciada, pues desde niña, siempre te decía que eso quería ser cuando fuera grande y a ti, la sola idea te emocionaba. Hoy, tengo la dicha de compartir contigo ese sueño que por fin se convirtió en realidad, me gradúo, y sé que aunque ya tu cuerpo no está presente, siento tu abrazo cálido y amoroso de felicitación, ojalá sigas cuidándome como lo has hecho hasta ahora, y que siempre te sientas orgulloso de mí.

Te extraño y te quiero mucho.

A MI ABUELITA TERESA CERVANTES RAMIREZ:

Sé que aunque tu mente esté un poco lejana, tu corazón sabe y entiende lo que quiero expresarte, que es mi amor y mi agradecimiento por ser parte importantísima en mi cuidado y en mi educación, por preocuparte siempre por mí y darme consejos y jalones de orejas, para que hoy sea una mujer de bien, con muchos defectos y cometiendo muchos errores, pero teniendo siempre presente tus consejos y tus ejemplos. No sabes cuantas gracias le doy a Dios, por dejarte vivir y acompañarme en este momento tan importante para mí, se que faltan muchos más y espero que sigas aquí, porque me haces mucha falta, porque tu sola presencia, sin palabra alguna, me hace sentir segura y protegida. Que Dios te bendiga y te ayude en tu enfermedad y me permita estar hasta el último momento de tu vida junto a ti, cuidándote como lo hiciste conmigo.

A RICARDO:

Quiero dedicarte este trabajo, por ser parte importante de mis vivencias universitarias y por supuesto, personales, porque aunque el futuro sea incierto y nuestros caminos sean distintos, siempre ocuparás un lugar muy especial en mis recuerdos y en mi corazón, pues tengo mucho que agradecerte, tantas enseñanzas, tantas experiencias, tantas alegrías y emociones que no se podrán olvidar, pase lo que pase.

Este trabajo tiene mucho de ti, pues siempre recibí un gran apoyo de tu parte para realizarlo, me impulsabas y me inspirabas cuando veía más difícil el terminarlo; ojalá algún día tengas tiempo de leerlo, pues tiene mucha esencia de lo que pensamos Tú y Yo.

A MI TÍA OLGA SALAS:

Tengo que agradecer la confianza el cariño y el apoyo que siempre me has brindado, espero que hoy puedas compartir la alegría de este momento en el que tú eres parte importante. No olvides que estoy aquí para lo que haga falta, así como tú siempre has estado conmigo

Te quiero.

A MIS TÍOS:

Angel, Manuel, Bruno y Enrique, por la fe, que me han tenido desde niña y por la esperanza que para Ustedes represento, espero poder serles útil como profesionista y como ser humano para quererlos y tenerlos presentes siempre en mis oraciones.

LIC. LINA Z. ORTEGA OJEDA

Mi reconocimiento y agradecimiento, por su dedicación y profesionalismo en su labor de cátedra, de la cual guardo muy gratos recuerdos y en especial, por la asesoría de este trabajo de tesis, pues dirigió mis ideas y creencias divagantes sobre el tema, hacia puntos concretos, objetivos y fundamentados.

Gracias por brindarme su amistad, sus conocimientos y su apoyo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

ii

CAPÍTULO I. LA IDENTIDAD DE LA MORAL PARA EL DERECHO

1.1 La idea de una moral independiente de la religión, que da la pauta al conocimiento de una nueva noción de moral.	2
1.2 Naturaleza, carácter y definición de la moral.	10
1.3 Distinción entre Ética y Moral (moralidad positiva).	19
1.4 La idea del derecho como reflejo de los valores y la moral de la sociedad a la que rige.	26
1.5 La existencia de la moral como un orden interno independiente del derecho.	29
1.6 Derecho vs. Moral.	32
1.7 Teorías a favor de la relación entre el derecho y la moral.	43
1.8 La búsqueda de la moral dentro de los parámetros de la modernidad como un elemento esencial para la existencia de la sociedad.	49

CAPÍTULO II. IMPORTANCIA Y NECESIDAD DE ACEPTAR LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL.

2.1 Supuestos sobre las relaciones y diferencias entre el orden moral y el orden jurídico.	57
2.2 Naturaleza, definición e importancia de la Ley Moral en cuanto a su relación con la Ley jurídica (derecho).	62
2.3 ¿Qué es la obligación moral?.	65

2.3.1 El fundamento de la obligación moral.	67
2.3.2 El problema de la diferencia entre lo bueno y lo malo.	68
2.4 El papel de la legalidad del sistema jurídico, partiendo desde el punto de vista moral.	71
2.5 ¿Puede ser un derecho legal sin ser auténticamente legítimo?.	74
2.5.1 La legitimidad de un sistema jurídico, justificado por la apelación al uso de la fuerza, para lograr la paz y la seguridad social.	81
2.5.2 La legitimidad de un sistema jurídico, justificado por la apelación a la democracia.	85
2.5.3 La legitimidad de un sistema jurídico, justificado por la apelación a ciertos derechos básicos de los individuos concebidos como derechos morales anteriores al sistema de normas.	93
2.6 El reconocimiento de los valores jurídicos que a la vez son valores morales, como elementos esenciales de toda sociedad, cuestiones de axiología o estimativa jurídica.	96
2.7 Las buenas costumbres y la práctica de la moral dentro de la familia, como base fundamental de la sociedad y de su cultura, que son reguladas por el derecho.	103

CAPÍTULO III. FUNCIONAMIENTO DEL MECANISMO MORAL. EN LA CREACIÓN DEL DERECHO Y EN LA APLICACIÓN DE ÉSTE EN LA SOCIEDAD.

3.1 En las funciones que el derecho debe cumplir se ve reflejada la moral.	108
3.1.1 La función de mantenimiento de la paz social.	109
3.1.2 La función de planificación social.	113
3.1.3 La función de control social.	115
3.1.4 La función de legitimación del sistema social.	119

3.2 El incumplimiento de las leyes en México, como consecuencia de la deformalización del derecho.	123
3.3 El procedimiento judicial como base de aspectos jurídicos morales.	131
3.4 Reflexión en torno a la función moral que el juzgador debe cumplir y a la administración de justicia.	141
3.5 La justificación moral del comportamiento de los políticos que ejercen el poder de gobernar y de su relación con el incumplimiento de la Ley.	151
3.6 El compromiso social fundado en la creencia, vivencia y protección de una cultura fundada en los valores morales, para lograr un sistema de derecho pleno y eficaz.	160
CONCLUSIONES	164
BIBLIOGRAFÍA	174

INTRODUCCIÓN

En los tiempos actuales, la situación por la que atraviesa la sociedad mexicana, al igual que muchas otras sociedades a nivel mundial, se caracteriza por la existencia de los valores de autonomía individualista, el hedonismo del consumo de masas y, más recientemente, la competencia económica y las nuevas exigencias de formas de vida que pretenden transmitirse entre culturas totalmente distintas. Todo ello ha actuado conjuntamente para crear una cultura en la que el logro y satisfacción individual está en todas partes y los deberes hacia lo humano y el prójimo en ninguna. Esto, evidentemente ha repercutido en una pérdida de rumbo por una masificación excesiva, dando pauta al surgimiento de una fuerte automatización del individuo, que se manifiesta en una crisis a nivel social, llamada por los estudiosos de la filosofía “crisis de valores”, lo que ha dado pie a una búsqueda ansiosa y continua de un nuevo horizonte que guíe y de sentido a la vida personal y social, retomando los rasgos más auténticos de la personalidad humana como lo son los sentimientos, los valores, las costumbres, la ética, el humanismo y por consiguiente los principios de la moral.

El actual crecimiento acelerado y cada vez mayor de las sociedades (dentro de las cuales figura la mexicana) en torno a una cultura de la globalización, la cual no sólo se pretende dar en el aspecto político y económico, sino en el cultural, propiciando una liquidación, de las maneras más tradicionales de vida; dichas sociedades globalizadas, están adoptando y construyendo dentro de sí mismas, costumbres, formas de comportamiento colectivo de imitación, usos, costumbres, instituciones, normatividades y formas de gobierno, que no son propias, y que requieren la formación de nuevos sistemas de valores, esto último es una necesidad inminente; es un secreto a voces que la cultura de lo natural, de lo humano y lo moral, desea y debe ser retomada.

Es por ello la necesidad y justificación de realizar un trabajo de investigación respecto de los principios morales que deben regir la vida del hombre en sociedad, los cuales se deben hacer valer a través del derecho, pues debido a la actual crisis de valores, lo conducente y necesario sería que los miembros de la sociedad estén de acuerdo en el hecho de que las leyes, su creación, aplicación, como acto de y para los hombres, deben tener un contenido moral; sobretodo por el hecho de que las leyes son el medio más respetado por su característica de impositividad inexorable, característica que jamás será parte de la moral. El problema para fundamentar esto surge en establecer ¿qué tipo de moralidad, qué principios o qué pautas morales deben incorporar dichas leyes?, lo cual es parte fundamental del planteamiento del problema que se tratará de resolver con este trabajo de tesis.

Se debe dejar muy claro que para algunas personas este trabajo pueda parecer falta de sentido y de objetividad, por mostrarse inclinado a ciertas preferencias de ideologías o conductas; pero no es así, pues si bien es cierto que el derecho abarca una gran variedad de ramas y temas, de los cuales algunos, por su naturaleza, pueden parecer completamente alejados o independientes de la moral y que por lo mismo, se le pretenda desligar de su relación con ésta, cabe aclarar, que la finalidad de éste trabajo es demostrar, que el contenido moral que el derecho debe poseer para ser efectivo, justo e imparcial, es buscar la protección de valores que den siempre beneficio a la sociedad y que ayuden a mantener la dignidad, integridad y satisfacción del hombre a nivel social, con pleno respeto al derecho del prójimo en cada acción que ejecuten los ciudadanos y las autoridades, en cada ley que sea creada y en cada aplicación de la misma al caso concreto. Pues así se trate del Derecho fiscal, económico, mercantil, corporativo, etc., existen principios fundamentales ligados con los valores y la moral, que no deben perderse, para ser justos e imparciales en las actividades que estas ramas desempeñan.

Toda la investigación de este trabajo, se refiere a resolver el siguiente cuestionamiento: ¿Es posible la interconexión entre el derecho y la moral?, en caso de ser así, ¿en qué ámbitos se entrelazan?. Este es, el planteamiento de un problema que se ha estudiado desde siglos atrás, aparentemente sin éxito en una respuesta firme o convincente para la mayoría de los estudiosos de la sociología del derecho y de la filosofía jurídica. En este caso, en particular, se iniciará por definir y analizar ¿cuáles son los elementos a partir de los que se da la relación entre el derecho y la moral?

Así entonces, es de mencionarse que el objetivo general de esta tesis, es demostrar la necesidad de relacionar íntimamente al derecho con la moral, mientras que el objetivo particular es, demostrar y lograr que se acepte la preocupante situación referente a que por un lado, la sociedad mexicana, ha perdido credibilidad en las autoridades que la gobiernan y en el sistema jurídico que la rige como consecuencia de la impunidad, de los favoritismos y de la corrupción, pero sobretodo como resultado de la falta de equidad en la impartición de justicia; mientras que, por otro lado, se encuentra la responsabilidad de la sociedad, pues la mayoría de sus miembros se preocupan por estimular exclusiva y permanentemente los valores del bienestar individual, sin atender a los valores fundamentales del hombre, como la dignidad y el respeto propio y ajeno. En resumen, se expondrá un análisis en torno a cómo, la era del consumo y de la posesión del poder han restado masivamente importancia al respeto de la obligación moral; esto se demostrará con el comportamiento actual de las autoridades, los legisladores y de la sociedad misma que en buena medida ha permitido que sus miembros sean parte de la corrupción y de la impunidad, bajo el pretexto de que el gobierno no los ayuda, cuando en realidad, independientemente de las fallas del sistema jurídico y del sistema de gobierno en sí, hacen falta, además, ganas de superación y de obtener una educación profesional y de comportamiento humano.

la sociedad no está evolucionando sino transformándose, pues la evolución es un proceso natural y la transformación es inducida por el hombre.

El enfoque que se le pretende dar al presente trabajo de investigación es muy peculiar y distinto al de la mayoría de las investigaciones realizadas en torno a la problemática de las relaciones entre el Derecho y la Moral, no se basa en las teorías clásicas del Positivismo Jurídico o del Jus Naturalismo; sino que, por el contrario, se basará en una teoría puramente social, pues se maneja a la moral desde el punto de vista colectivo y externo; es decir, toda ordenación de bien y mal y concepción de éstos, partirá para definirse desde el punto en que produzca un perjuicio o beneficio a la mayoría de las personas que forman a la sociedad, en tanto su desarrollo humano, físico y psicológico, independientemente del fin último del hombre según la filosofía, que es la felicidad. Por ello se pretenderá demostrar que con la aplicación de los principios morales en la vida social, se logrará un beneficio paulatino, pero, que requiere de la cooperación de la sociedad misma, de la ley y de las autoridades e instituciones que componen en sí el aparato jurídico y de gobierno.

Así entonces, el desarrollo de esta tesis se conformará de tres capítulos que tratan de abarcar los puntos cruciales para lograr demostrar la existencia de la relación entre el Derecho y la Moral, partiendo de la teoría y finalizando con la práctica o realidad. Dicho desarrollo de los capítulos se efectuará de la siguiente forma:

Por lo que se refiere al primero de los capítulos, en éste se desarrollará, toda la noción de moral, sus alcances, implicaciones y limitaciones en la vida del hombre; partiendo de un análisis de la moderna concepción de moral, diferenciación con la ética y separación de la religión. Esto como parte fundamental del estudio que se efectuará en todo el desarrollo del trabajo de tesis, para demostrar que la relación entre el Derecho y la Moral, sí existe, que es íntima e indispensable, y que hasta el

momento se ha negado por pensar que la moral es lo mismo que la ética, cuando no es así. Por otro lado, se estudiarán las posiciones que están a favor y en contra de relacionar al Derecho y a la Moral; asimismo, se efectuará una comparación entre las características del orden jurídico y del orden moral, pues son considerados totalmente opuestos, al pensarse que el Derecho es objetivo y la moral es “supuestamente” subjetiva.

En lo que respecta al capítulo segundo, continuando con el análisis, pero en donde se iniciará el apoyo en teorías actuales y realistas, para realizar algunas comparaciones relacionadas con el tema de este trabajo, por lo que se analizarán cuestiones referentes a la legalidad del sistema jurídico en relación con la legitimidad y legitimación del mismo, diferenciando entre estos dos conceptos, para elegir que concepto reúne los elementos que conformen un sistema equitativo y distributivo de la justicia social, en términos de requerimientos morales sociales. De igual forma, se relacionará la importancia de la estimativa jurídica (axiología jurídica), en cuanto a la elaboración de una escala de valores fundamentales que son parte de la moral social y que el Derecho deberá de proteger teniendo como escudo su impositividad inexorable; no como una salida fácil, sino para la protección de todos aquellos insurrectos que se nieguen a acatar normas que proporcionan el bien común y no sólo el bienestar individual o de unos cuantos. De igual forma se analizarán algunos puntos en los cuales se verificará la necesidad que tiene la sociedad de un gobierno y derecho justos y equitativos, así como también se aclarará que para que éstos posean dichas características, requieren de apoyo y de ayuda social, explicándose detalladamente en qué consiste dicha ayuda por parte de la sociedad misma, pues este punto es muy importante para dar mayor objetividad al trabajo, ya que no toda la responsabilidad negativa es del derecho y del gobierno o gobernantes en sí.

Y por último, en el tercer capítulo es en donde se demuestra la relación entre el derecho y la moral a partir de analizar las funciones que el Derecho debe cumplir o satisfacer, las cuales son requeridas por la moral, para lograr el bien común que es el fin de la Moral y del Derecho; por otro lado, se expondrá, el papel que desempeñan cada uno de los responsables de la impartición de justicia y de la protección de los valores y principios morales, iniciando por los creadores del Derecho (legisladores), los que aplican el Derecho (autoridades que gobiernan) y de la sociedad misma (que es la que obedece y reclama al mismo tiempo las conductas indicadas por la norma).

Así entonces, es importante mencionar, que más que hacer un simple análisis, estudio o exposición de las partes que integran la problemática para demostrar la relación entre el Derecho y la Moral como órdenes reguladores de la vida del hombre en sociedad, se pretende que el lector de este trabajo tome conciencia, sobre lo importante que es rescatar los valores y principios morales, que evidentemente han ido en decadencia y que finalmente a ello se debe, la situación actual del país. Por ello, al leer este trabajo, se espera que pueda entenderse, que la importancia de los derechos de los individuos es una de las razones mayores que justifican la introducción de una enseñanza ética y moral a todas las personas, sin importar su condición, religión o edad; dando prioridad a la educación en la niñez, para tener mejores resultados en el futuro, dicha educación no sólo en cuanto se refiere a la escolar o profesional, sino en la introyección de valores fundamentales como el respeto, la honestidad y la perseverancia, entre muchos otros que sigan esta misma dirección.

CAPÍTULO I
LA IDENTIDAD DE LA MORAL PARA EL DERECHO

1.1 La idea de una moral independiente de la religión, que da pauta al conocimiento de una nueva noción de moral.

La moral es el indicador de la manera de proceder bien y, tiene que ver con la costumbre; etimológicamente la palabra moral proviene del latín mores, que significa costumbre correcta o costumbre del bien. Al fijar las normas que deben regir la conducta del hombre en todos los momentos y circunstancias, la moral se erige en el fundamento de la vida social. La moral al tener su origen en la costumbre, influye por una parte a través de los hábitos y, por otra, a través de la presión del ambiente; la moral surge mediante la adecuación, se entiende con la coacción y eleva las prescripciones de la costumbre a valor supremo independiente.

Desde el siglo XVIII, el proceso de laicización de la moral ha estado poniendo en alto el ideal de dignidad inalienable del hombre y los deberes respecto de uno mismo que lo acompañan. Kant fue el primero que expuso los deberes hacia uno mismo liberados de cualquier religión. Esto es importante mencionarlo porque, los deberes individuales constituyen obligaciones absolutas tanto hacia el cuerpo como hacia el alma, sin ellos no existiría ningún otro deber, ya que sólo se puede sentir obligado hacia los demás en la medida en que se obliga uno hacia sí mismo.

La autonomía moderna de la ética ha elevado a la persona a categoría de valor central, cada individuo tiene la obligación incondicional de respetar a la humanidad en sí misma, de no actuar contra el fin de su naturaleza, de no despejarse de su dignidad innata, por ello, los valores éticos y morales del bien o lo bueno podrán

materializarse o hacerse posibles con las conductas o costumbres que favorezcan y logren la armonía, la cooperación y la solidaridad en la vida social.

Guilles Lipovetsky quien es un gran estudioso y analista de los códigos sociales y morales de las sociedades hace referencia a la separación entre moral y religión, en el siguiente comentario hecho en su obra "El crepúsculo del deber": "A partir de la Edad Media, la moral era Dios y sus mandatos (se le relacionaba estrechamente e incluso se le confundía con la práctica de la religión), por lo que se dice que la moral en épocas premodernas, era de esencia teológica, no se concibe como una esfera independiente de la religión. Pero los modernos han rechazado esta sujeción de la moral a la religión, el surgimiento de la modernidad no coincide sólo con la edificación de una ciencia liberada de la enseñanza bíblica y un mundo político-jurídico autosuficiente, basado sólo en las voluntades humanas, sino también en la confirmación de una moral separada de la autoridad de la Iglesia y de las creencias religiosas, establecidas sobre una base humano - racional, sin recurrir a las verdades reveladas."¹

No obstante lo anterior, en la sociedad, los distintos criterios y formas de pensar, suelen afirmar que la base de la moralidad se funda en distintos aspectos, como serían, la utilidad pública, la utilidad del pueblo, las leyes y decretos, la libre voluntad de Dios, la sensibilidad, o en el dictamen práctico de la propia conciencia. Aunque muchas de estas afirmaciones contienen una parte de verdad, el único elemento que permite determinar la moralidad de un acto es **la naturaleza racional del hombre**, lo anterior deduce firmemente que la moral si puede ser establecida sobre la base del mismo hombre y no es algo tan subjetivo como parece, porque se puede observar en los comportamientos y razonarlos para que así, en una conclusión se determine no tanto como buenos o malos dichos comportamientos, sino que tan

¹ Guilles Lipovetsky, El crepúsculo del deber, p.22

benéficos o perjudiciales pueden ser los mismos al hombre, pero sobretudo con respecto a los demás, al igual que se razonan los enunciados jurídicos.

El hombre posee ciertas características y cualidades por sí, simplemente porque es un ser humano, además de estas cualidades, también puede enriquecerse con otras cualidades o virtudes que consigue gracias al uso correcto de su libertad, ésta es la esencia del valor moral que ahora se describirá como el resultado de un uso correcto de la libertad axiológica y no como un sometimiento a las leyes religiosas.

El tema de la moralidad se ha tratado con frecuencia en sentido negativo, insistiendo más bien en lo que no hay que hacer, cuando lo valioso aquí, es tratar acerca de lo que es factible, provechoso y adecuado hacer para el ser humano. Si se viera a la moral desde ésta última perspectiva, entonces los resultados de su cumplimiento serían distintos y la aceptación como tal sería mayor; porque se entendería el fondo de los beneficios que produce y no sólo la parte aparentemente religiosa, que entiende la sociedad.

A este respecto, se debe recordar la "Teoría de la bipolaridad de los valores que sostiene Franz Brentano la cual, entre otras cosas hace alusión a que en el fondo sólo existe el valor positivo, mientras que el correspondiente valor negativo es tan sólo una privación del valor positivo, en esta teoría, la palabra privación tiene un significado muy preciso, pues se refiere a lo que debería haber y no hay, algo así como lo que pasa con la pobreza, pues se dice que lo que hay es dinero y riqueza, y allí donde no existe la suficiente riqueza se dice que hay pobreza."²

Respecto de la teoría mencionada, cabe señalar, que en el orden moral sucede lo mismo, lo verdaderamente existente es el orden moral que algunas personas llegan a

² Julián Marías, Historia de la filosofía, p.364

realizar, y en donde no existe tal orden se dice que hay vicio o mal moral, el mal, pues no tiene existencia propia, y es sólo un desorden o privación del orden que debería ser.

La descripción de lo que es el valor moral, pide una distinción que de hecho se da entre la gente; en la realidad se pueden observar varios niveles de moralidad, no deben confundirse con dos aspectos fundamentales que son la moralidad positiva y la moralidad contenida en el derecho, que se explicarán y analizarán posteriormente y con mayor detalle. Por ahora los niveles de moralidad que son: la moralidad instintiva, la moralidad axiológica y la moralidad ontológica, expuestos por Raúl Gutiérrez Sáenz, se refieren un poco más al aspecto individual en el hombre, aunque no deja de perderse el carácter de hombre como parte de una sociedad, que es el aspecto que importa analizar para este trabajo de tesis, el cual se pretende demostrar que es exclusivo de la moral y no el individual, que es perteneciente a la ética; pero ello se explicará en un punto dentro del desarrollo de este capítulo. De dichos niveles de moralidad, no se elegirá a uno como la única exacta y verdadera moral, sólo se analizan como referencia, para posteriormente, poder partir de varias hipótesis y definir concretamente a la moral.

En primer lugar “la **moralidad instintiva** es la que cumple la mayor parte de las personas al no haber cultivado el horizonte de valores; en este caso, las personas suelen dejarse llevar por las presiones externas, por las coerciones, las amenazas, el miedo a la sanción, la exigencia de las autoridades, y también por una presión interna que surge del inconsciente, y que tiene su origen en la introyección efectuada desde la infancia por los padres que mandan imperiosamente y que, a la larga, forman un cúmulo de órdenes y prohibiciones que el niño conserva en su inconsciente y al cual suele adherirse porque, se dice, que es su propia conciencia.”³

³ Raúl Gutiérrez Sáenz, Introducción a la Antropología Filosófica, p. 147

Por lo que se refiere a la **moral axiológica**, “se considera que este nivel es conquistado por las personas que logran captar valores y eligen su conducta en función de ellos, desde su propia interioridad, en forma autónoma, asumiendo la responsabilidad y las consecuencias de dicha opción”.⁵

Este tipo de moralidad corresponde, en gran parte, a una moral de aspiración; lo que resalta en este nivel de moralidad, es la autonomía de la persona, su responsabilidad y su creatividad. Aún cuando pudiera confundirse con una actitud de soberbia y de rechazo absoluto a toda autoridad y toda ley, en realidad, si el sujeto se rige por valores, no tiene por qué despreciar a la autoridad legítima y a la ley que de ella emana; sólo que el cumplimiento de la ley tiene un motivo distinto de la simple amenaza de una sanción; el cumplimiento se debe al convencimiento de los valores que están implicados en la ley que analiza y se dispone a cumplir.

Un adulto analiza también, aquellas normas que se le han introyectado en su niñez, y logra rescatar los valores que capta como tales, y desecha lo que le parece no valioso; en este momento experimenta una liberación con respecto a la susodicha conciencia que le ordenaba, incluso en contra de su voluntad o de su convencimiento. El sujeto está listo para asumir este tipo de moralidad, en función de valores analizados y apreciados como tales.

Por último se encuentra la **moral ontológica**, que “es la moral basada en el ser absoluto; por supuesto, es mucho menos abundante que la moral axiológica; consiste en que el sujeto ha cultivado su conciencia y fácilmente tiene contacto con el horizonte ilimitado del ser, en donde experimenta el Absoluto. Esta persona tiene plena certeza de que su conducta proviene directamente de la influencia de ese Absoluto que él experimenta. Su docilidad es completa, y aún cuando no reconoce

⁵ Raúl Gutiérrez Sáenz, *Op cit.*, p. 148

se afirma que la moral es el medio para lograr esto, el instrumento material para lograrlo, es el Derecho.

1.2 Naturaleza, carácter y definición de la moral.

Después de haber establecido en el primer punto de este capítulo, la diferencia entre la moral y la religión, es necesario delimitar la concepción de la moral, dando una definición lo más exacta posible de lo que ésta implica y los alcances bajo los cuales ejecuta su acción y su fuerza. Se podría expresar que las definiciones son algo sobre lo cual no se puede argumentar. Cada quien puede definir un término como le guste (tal es el caso de la definición de moral), pero esto naturalmente es falso, puesto que, del hecho de que existan conveniencias y mentiras para adecuar las cosas al momento oportuno, no significa que no exista la verdad, por muy dolorosa que sea, y ésa es la verdad de la definición de moral, es la que se tratará de descubrir en las siguientes páginas.

Así entonces, lo que interesa en este segundo punto a desarrollar, como parte fundamental de los objetivos que se persiguen es, proporcionar un concepto formal de moral, suficientemente amplio para incluir todas las ideas o concepciones de moral de sentido común que ha habido en la historia.

La concepción de moral, tiene su origen en las costumbres o reglas (no jurídicas) impuestas por la misma colectividad, con el fin de proteger valores fundamentales que tendrán el carácter de permanentes por el beneficio material y espiritual que proporcionan al hombre y su existencia como tal.

Si a la noción, idea o definición de moral se le arrebatara su naturaleza social (confundiéndola con la ética), no sería moral, tal y como lo sugiere Ernst Tugendhat:

“Tengo que rechazar también la idea de que pueda existir algo como una moral personal en el sentido de que una persona puede creer estar moralmente obligada a actuar de una manera sin creer que los otros también tendrían que sentirse obligados. En tal caso la idea de obligación moral pierde su sentido”.⁷

Ahora bien, respecto de la noción de moral y su definición, en cuanto al orden interno o individual, con el que siempre se le ha confundido (ética), cabe mencionar un concepto expresado por Mackie que parece hasta cierto grado muy apegado a la ética y que por lo tanto no se apega a la idea de moral que se está planteando, pero es necesario exponerlo, para su análisis: “Moral en sentido amplio es una teoría de conducta que incluye todo: la moral a la cual alguien se adhiere sería cualquier conjunto de principios a los que él permite en última instancia guiar o determinar la elección de sus actos”.⁸ Dicho concepto dista mucho de provenir de un estudio formal de la naturaleza social de la que surge la moral, pues su finalidad no es guiar la conducta individual del hombre, para sentirse bien con su propia conciencia, pues esto es cometido de otra ciencia, lo cual se analizará con mayor profundidad en el siguiente punto de éste capítulo, sino analizar la conducta en torno a toda una sociedad, partiendo de los parámetros que indique la conciencia social.

El concepto de moral, ha sido desglosado o dividido en varios conceptos a su vez, como es el caso de entender por moral el significado de norma moral, pero aún y con esta división, el contenido que se le da a dichas reglas o normas morales, se refiere enteramente a la conducta social, tal y como lo manifiesta David Sobrevilla en un comentario realizado en su obra de compilación titulada “El derecho, la política y la ética”, considera que para poder definir a la moral se debe definir al orden

⁷ David Sobrevilla, El derecho, la política y la ética, p. 160

⁸ Idem

Por otro lado, en opinión de Recaséns Siches, “la moral consistirá en la instancia de justificación de la conducta según los valores que deben inspirar el comportamiento, tomando la vida humana en sí misma, centrándola en su auténtica y más radical significación, atendiendo a su propio destino, contemplándola en su propia realidad que es la realidad individual”.¹¹

Lo que hay que tomar en cuenta al analizar esta concepción de moral expuesta por Recaséns Siches es, que dicha realidad individual, siempre se verá reflejada en la realidad colectiva o social y que además es guiada y dictada de alguna forma por la misma sociedad, pues una persona no podría considerarse como benéfico o perjudicial para sí mismo, un comportamiento, sino se lo hubieran indicado los demás desde la infancia, aunque es cierto que al llegar al grado de maduración, una persona es libre de elegir su escala de valores y de ejecutar los comportamientos que desee. Todo parámetro de valor, de ética y de moral, surge por la enseñanza de otros, por lo que debe atenderse a la existencia de una característica fundamental del tipo de moral, que es el hecho de ver la naturaleza como un surgimiento social y en la conciencia social. Por lo que puede decirse que dicha definición apoya la idea de que la moral tiene una naturaleza colectiva, al surgir en las entrañas de la sociedad y de su propia conciencia.

Sin duda alguna las ideas morales han variado con los tiempos, y en una misma época varían con los medios. Pero, entre todos los hombres existen semejanzas fundamentales; existen ciertas ideas y valores comunes a ellos, esto es lo que da vida a la moral, en estricto sentido.

Es necesario que entre los hombres de los distintos medios sociales se establezca un intercambio de ideas morales cada vez más intenso, para lograr así la utilidad de la moral para el derecho, es decir, el aceptar que la moral es un aspecto en

¹¹ Luis Recaséns Siches, Filosofía del Derecho, p. 174

la vida del hombre que lo único que busca es guiar su conducta por el camino del bien, de lo correcto y de lo justo, aunque estas tres últimas características se supone varían según la cultura que se viva en la sociedad de la que se trate, pero no por esto, se podrá hacer a un lado la existencia de la protección a ciertos derechos fundamentales que todo derecho que pretenda ser justo y legítimo debe buscar.

Así entonces, es indispensable resaltar, que existen conceptos, formas de vida y valores que tienen la característica de ser universales, es decir, se protegen o tutelan en el mundo entero, como es el caso de la protección de la vida, la integridad, el patrimonio, la libertad, etc., el cuidado de éstos valores acarrea ineludiblemente una serie de desprendimientos de menor categoría, pero no por eso menos importantes, que se vería reflejado, en este caso en todas las leyes que emanan de las necesidades sociales.

Ahora bien, se pueden llamar verdades morales a las proposiciones que, imponiéndose a la conciencia individual, han sido ya adoptadas por muchos de los miembros de una sociedad, aunque siempre lo ideal para evitar discrepancias, sería que todos los pertenecientes a la sociedad de la que se trate, acepten dichas verdades sin distinción.

Es necesario reconocer el hecho de que la existencia de verdades morales, lleva a la existencia de una conciencia moral. La moral es, obra de la razón (y no por este motivo, se les debe dar el carácter de subjetiva como se pretende encasillar a la moral). Por razón, hay que entender aquí no una facultad de conocer más allá de la experiencia, ni tampoco el conjunto de los principios que dirigen el conocimiento, sino el espíritu humano que busca, con todas sus facultades, verdades válidas para todos.

Aunque se niegue la existencia de verdades morales o la existencia de éstas pueda parecer extremista o radical, existe la posibilidad de aceptarlas bajo una razón, que es adecuar a la moral siempre con base en la cultura, los valores y la educación de una determinada y específica sociedad, no generalizando, pues así será evidente que las verdades morales en todo el mundo no podrían ser universales, ni válidas ni verdaderas, pues las culturas, la educación y los valores varían según la sociedad y sus costumbres de la que se trate, por ello algunas posturas como la que se mencionarán a continuación, están en contra de la existencia de dichas verdades morales, pues quienes están en contra de su existencia, manifiestan precisamente eso, que la cultura, ideas, valores y educación, entre otras cosas, no son iguales en todos los países o sociedades del mundo, pero sí podrían ser iguales dentro de una misma sociedad.

En primer lugar se encuentra el escepticismo moral, que “niega la existencia de verdades morales; según él, las reglas morales son prejuicios que varían con los tiempos y los medios”.¹² Para Montaigne, quien agrupando hechos, ha desarrollado este tema: “Nada hay en el mundo que sea tan diferente como sus costumbres y sus leyes. Aquí es abominable una cosa que en otro sitio merece alabanzas como en algunos lugares la destreza en el robar; los matrimonios entre parientes próximos están terminantemente prohibidos en este país, mientras que en otras partes son muy honrosos; el trato con mujeres para la prostitución, la licencia para toda clase de placeres, etc. En suma, nada hay, por extraordinario que sea, que no esté admitido en las costumbres de alguna nación”.¹³

El problema estriba en saber si la moral llega a proposiciones suficientemente universales para que puedan ser calificadas de verdades, lo cual se puede afirmar como cierto y posible, tomando en cuenta los fines que pretende realizar la moral, que

¹² Félicien Challaye, Filosofía moral, p.26

¹³ Idem

es el provocar siempre un beneficio social, hacer el bien en función de satisfacer las necesidades de cada uno, respetando siempre las necesidades (derechos) de los demás y basándose en rasgos culturales de una misma sociedad, no pretendiendo hacer universal a la moral, por las creencias de cada país o sociedad, que sería ideal, pero suena más lejano que la misma utopía de la paz y el amor eternos, en el mundo.

En cuanto a la concepción de racionalidad, para determinar el grado de ésta en la moral, cabe retomar que lo único que puede determinar la moralidad de un acto es la naturaleza racional del hombre, por lo que el carácter racional no se limita o no es exclusivo de un mero trabajo o investigación científica, aún con la opinión de Max Weber, quien señala que “son racionales, sólo los resultados del trabajo intelectual de expertos, lo racional es la expresión de un pensamiento científico metódico”¹⁴. Pero, si durante el desarrollo del presente trabajo de tesis, se logra demostrar la necesidad de relacionar al derecho con la moral, entonces cabría decir, que aún y con todo lo exagerado o escrupuloso que pueda parecer la mencionada idea de Weber respecto de lo que involucra la racionalidad, se aplicará la idea de Jürgen Habermas, quien indica que “el derecho cumple también con estas propiedades en la medida en que la estructuración sistemática del cuerpo jurídico depende de la racionalidad científica de expertos profesionales”.¹⁵ Por lo tanto la moral en su relación con el derecho, será racional.

Desde que surgieron los sabios o estudiosos de la vida, del mundo, del hombre y sus acciones espirituales o materiales, para conocer la naturaleza de todos éstos, se descubre constantemente, ante todo y a menudo, un sentimiento moral: el deseo de mejorar la situación material o intelectual de la humanidad.

¹⁴ David Sobrevilla, *Op cit*, p. 20

¹⁵ Fernando Castañeda, *El uso y la práctica de la Ley en México*, p. 24

La historia, la sociología y el derecho confirman la idea de que las reglas morales han variado con los tiempos, y de que respecto de una misma época han variado y varían en las diferentes sociedades, pero esto no es pretexto para pensar que no debe existir algo que regule y ordene las conductas. En caso de que la moral y los valores en decadencia de la sociedad lleguen al extremo de permitir que a los miembros de ésta no les importe la destrucción misma del hombre, a costa de los libertinajes, abusos, excesos u omisiones en los deberes y actividades de los integrantes de la sociedad, y ése algo, es el derecho, que fungirá como representante y defensor de los valores y principios morales que sólo tienen como finalidad la paz social, el bien común y la impartición de justicia.

El problema respecto de la variante y cambio en las normas morales, que se menciona al inicio del párrafo anterior, puede tener un fundamento, que posiblemente pueda explicar de forma convincente, la equivocación que ha dado pauta para creer que las normas morales han variado con el tiempo, pues esto no es así, cambian los comportamientos por la imitación y conveniencia a la satisfacción de necesidades (aunque no toda satisfacción, placer o imitación aunque se piense que es evolución, deban ser forzosamente buenos, moralmente aceptables o no perjudiciales para el resto de la sociedad o del prójimo mismo), siguen habiendo fuertes grupos de personas que ejerce gran presión sobre los que apoyan el cambio o la aceptación de determinados comportamientos que se tachan de inmorales.

El cambio, por imitación de conductas es uno de los más grandes problemas con los que se ha topado la moral y por consecuencia la moralización del derecho, pues se debe atender a la cultura, a los valores y a la educación. Es decir, cuando se da la realización, aceptación, legitimación y por último la legalización de determinadas conductas en países europeos o el estadounidense, específicamente, en donde su cultura, valores y educación son muy distintas, en este caso, de la mexicana, existe un

choque o desequilibrio, grande y muy grave, puesto que se pretenden adoptar conductas que van en contra de la ideología que se ha tenido por años y que ha pesado por generaciones. Con esto no se quiere decir que los cambios no sean buenos, por el contrario, muchas veces son excelentes y muy necesarios, pero para poder aceptar un cambio tan radical en la conciencia moral de la sociedad, como por ejemplo la legalización de las drogas, (entre muchos otros ejemplos) sabiendo el gran perjuicio que están causando, sólo porque en otros países creen que es más importante destruir el gran negocio de hombres que se hacen millonarios a costa de la vida o salud de otros, a buscar hasta la última posibilidad para evitar que se siga difundiendo el uso de este veneno sobretodo en la población infantil y juvenil, que son la esperanza de vida en este planeta. Es una cuestión que cabe analizarse profundamente y no dejarse llevar por la iniciativa de países que son completamente distintos a México, que es el que importa en este trabajo.

Asimismo, cabe destacar, que posiblemente se vea como “salomónica” la misión que se encomienda al Derecho, pues por un lado debe atender a los principios morales que rigen a la sociedad (moral social), pero por otro, al mismo tiempo, debe ser el regulador y el establecimiento de orden, cuando en la sociedad se encuentren decadentes valores y principios morales; es decir, el Derecho siempre deberá de intentar a toda costa ser la imposición del justo medio entre estas dos posturas.

Es por todo lo expresado, que se debe tener muy presente que la moral existe por y para el hombre, que su origen es benéfico y positivo para el desarrollo social; pues independientemente de que las costumbres sociales (que es de donde surgen la moral y el derecho) varíen conforme pasa el tiempo, lo que medirá el parámetro de comportamiento moral será siempre que prevalezcan todas aquéllas que por su naturaleza, esencia, carácter y finalidad satisfagan a la mayoría, al implantarse como costumbre a seguir, o en su caso como ley.

Asimismo, es de concluir que, la moral es de naturaleza social, por surgir de las costumbres impuestas por la misma sociedad, su carácter es de permanencia, puesto aunque independientemente de que los comportamientos o conductas varíen con el tiempo por imitación de ideas y comportamientos, debe prevalecer una protección permanente a valores fundamentales que se arraigan en la cultura, ideología, costumbres y educación de una determinada sociedad.

Ya que se ha conceptualizado y definido a la moral, falta diferenciarla de una ciencia con la que aún en la modernidad, suele confundirse o asegurar que son lo mismo, la ética, punto de análisis importantísimo para terminar de delimitar qué es y cuál es la función de la moral respecto del derecho.

1.3 Distinción entre Ética y Moral (moralidad positiva).

“Las palabras ética y moral tienen, etimológicamente, igual significado, Ethos, en griego, y mos, en latín, quieren decir costumbre, hábito. Pero, la ética sería pues, de acuerdo con el sentido etimológico, una teoría de las costumbres individuales”¹⁶. Se debe advertir sin embargo, que la palabra costumbres no posee, en el idioma español, la misma significación que corresponde a los vocablos griego y latino anteriormente citados, pues al hablar de costumbres y de hábitos, no suele atribuirseles la nota de obligatoriedad o normatividad implícita en aquellas expresiones.

Como ya se ha hecho mención de una concepción y definición de moral en puntos anteriores, ahora sólo cabe mencionar lo relativo a las especificaciones que dan vida a la definición de ética, la cual, se enuncia de la siguiente forma: “Es una

¹⁶ Luz García Alonso, Ética Filosófica o Moral, p. 21

ciencia práctica y normativa que estudia racionalmente la bondad y maldad de los actos humanos”.¹⁷

La definición expresada en el párrafo anterior contiene los elementos esenciales para deducir el carácter puramente individual al que se refiere la ética, respecto del individuo, a diferencia de la moral, que es de carácter social, pues en primer lugar se acepta que es una ciencia porque al explicar las cosas por sus causas, emitiendo juicios sobre la bondad o maldad de algo, pero siempre dando la causa o razón de dicho juicio. La ética es práctica, porque no es puramente especulativa, sino que debe aplicarse y realizarse en la vida diaria, para que moralmente pueda el individuo producir un beneficio a sí mismo y a los demás; es normativa por ser rectora de la conciencia humana del individuo, indica lo que debe ser; la ética se capta con la razón, evidentemente porque es una ciencia, y ésta tiene como base a la razón, para encontrar las causas de las cosas; todo esto desemboca en un objeto que es el estudiar la bondad o maldad de los actos humanos.

En el hecho de que la ética estudia la bondad y/o maldad de los actos humanos, se desprende que su estudio sí se enfoca al aspecto individual de la persona, mientras que la moral, no tiene porque ser encasillada exclusivamente al terreno individual de la persona, lo cuál podría ser la respuesta a la controversia sobre la aceptación de la relación entre el derecho y la moral, ya que se alega principalmente, entre otras cosas, que la moral pertenece al mundo interno del individuo, que es algo que se encuentra fuera de toda posibilidad de coerción o reclamos externos, por ser personalísimo mientras que el derecho se subraya su carácter de pertenecer al fuero externo de la persona; pero tal vez sea la ética la que se reduzca exclusivamente al plano individual, no así la moral, pues ésta última es creada por la colectividad, no es sólo la conciencia la que dicta lo que está bien o está mal, sino que la moral se crea con base en

¹⁷ Raúl Gutiérrez Sáenz, Introducción a la Ética, p. 23

parámetros establecidos por las mayorías en las formas de pensar, con el objetivo de lograr un equilibrio y una satisfacción en la forma de vida en sociedad.

B. William, considera que la ética, es la definición dada por Mackie, la cual se dio y explicó en el punto anterior de éste primer capítulo, además, propone sustituir moral por ética, pero en opinión textual de Tugendhart “esto es una tontería, porque esta ética de Williams o lo que Mackie llama moral en sentido amplio es un concepto perfectamente bueno pero no es lo que normalmente uno entiende por moral y no puede tomar su puesto, aún a pesar de la diferencia existente entre las preguntas ¿qué es bueno para mí? y ¿cuáles son mis obligaciones morales?, puede ser una empresa filosófica perfectamente buena tratar de fundamentar la moral en la ética en el sentido de Williams, como lo han hecho Platón y Aristóteles”.¹⁸ Es decir sería muy bueno sentar las bases de la moral, en gran parte de la ética, pero no confundirlas, se apoyaría en un cumplimiento de la ley moral por voluntad propia, es decir no habría coerción alguna de forma social o jurídica, sino que el individuo acataría la ley o respetaría los valores morales por propio convencimiento y voluntad.

Así las cosas, la ética, es la conciencia del individuo, es la que dirige ese actuar personal del individuo, pues existen acciones que ante los ojos de la ética no son correctas, por el contrario, son perjudiciales para la estabilidad emocional del individuo que las ejecuta, que sin embargo se exteriorizan y cabe la posibilidad de que no afecten a nadie. Por ello se considera que son acciones personalísimas que la Etica dentro de los parámetros de bien y del mal, regula. Es el individuo, bajo los dictados de su conciencia (ética) el que sabe si lo que hace es correcto o no, pero nadie interfiere en ello.

¹⁸ David Sobrevilla, El derecho, la política y la ética, p 160

Ahora bien, y por el contrario, la moral, sí es un aspecto que involucra a la colectividad, pues la sociedad misma es la que determina con base en valores, lo que está bien y mal; es la sociedad la que juzga los aspectos morales, cuando son incorrectamente cumplidos por otro u otros miembros de la colectividad, por lo que se habla de la moral social, no sólo se propone llevar a los hombres al cumplimiento de su supremo destino, que es hacerlo radicalmente bueno, sino armonizar el tejido de sus relaciones externas, en vista de la coexistencia y la cooperación.

El derecho, al igual que la moral, tomando en cuenta las necesidades sociales que debe satisfacer, y los parámetros basados en valores que produzcan siempre un beneficio en su realización, o bien, que deban ser fuertemente protegidos por éste, ordena plenamente la conducta que se refieren de modo directo a la convivencia y a la solidaridad.

Por otro lado, están las costumbres que integran lo que se denomina moralidad positiva de un pueblo o una época; no son simple reiteración de determinadas formas de conducta, sino prácticas a las que se halla unida la convicción en quienes la realizan, de que lo normal, lo acostumbrado, es, al mismo tiempo, lo obligatorio o debido.

Para obtener una idea clara acerca de lo que la ética es, habrá que distinguir, en primer término, el objeto a que se refiere y la doctrina relativa a tal objeto, es decir, la ética misma: El objeto que la ética, se propone definir y explicar, no es precisamente "la moralidad positiva, expresión que fue acuñada a principios del siglo XIX, para definir al conjunto de convicciones, pautas y tradiciones morales que vivían de hecho en una comunidad",¹⁹ sino por el contrario, pretende ser más individual, buscar la rectitud de los actos humanos, partiendo siempre desde el individuo. En cambio la

¹⁹ Francisco Laporta, Entre el Derecho y la Moral, p.48

moral, atiende a un conjunto de valores y principios que regirán la vida colectiva por las formas impuestas por la misma sociedad. Es de aclararse que la ética tiene una importancia fundamental al buscar la regulación de la forma de vida individual; puesto que dicho comportamiento personal, posteriormente se verá reflejado en el actuar social, pero no por ello debe ser confundida con la moral, ya que por considerar que son lo mismo, se da pauta a pensar que por pertenecer la moral al fuero interno, no tiene cabida la relación con el Derecho por ser la primera del fuero interno y el segundo del fuero externo, cuando en realidad no es así.

Esas reglas a las que se refiere la moralidad positiva, no han permanecido idénticas, sino que han ido variando a lo largo del tiempo y en diferentes lugares del espacio. A pesar de su diversidad, sus contradicciones e incongruencias, tiene, sin embargo, una aspiración común, un mismo sentido; tratándose en todo caso de formas de vida y reglas de conducta orientadas hacia la realización de aquel valor.

Tal tendencia es lo que permite considerar un variado conjunto de morales históricas como manifestaciones diversas de un solo fenómeno de cultura; es, además, la base objetiva de la exigencia de unidad a que la ética, en su carácter de disciplina filosófica, pretende dar respuesta y cumplida satisfacción. Planteando el problema en estos términos, la vida moral de los individuos y los pueblos aparece, como un hecho, cuya explicación constituye el objeto de aquella disciplina, pero no es así, sino que corresponde a la regulación de la moral, más no de la ética.

En opinión de García Maynez, "la relación entre la ética, como parte de la conducta, y la moralidad positiva, como un hecho cultural, es comparable a la que media entre cualquier doctrina filosófica o científica y el objeto que la misma estudia, es decir, todo depende de la finalidad con que se busque dicha relación, un ejemplo de esto, se encuentra cuando el derecho positivo de los diferentes países puede ser

claramente distinguido de la ciencia y la filosofía jurídicas, aún cuando estas últimas no sean otra cosa que teorías destinadas a entenderlo. Los ordenamientos jurídicos que han tenido vigencia hasta hoy difieren entre sí; pero podrían ser concebidos y explicados unitariamente, ya que representan, a su vez, ensayos del hombre encaminados a la realización de la justicia”.²⁰

Lo que se dice en el párrafo anterior sobre el derecho, vale igualmente para todos los fenómenos culturales; por ello, Recaséns Siches indica que: “se suele definir a la cultura como un esfuerzo humano orientado hacia la realización de lo valioso”.²¹ Es verdad que este esfuerzo no siempre resulta coronado por el éxito, y que las producciones artísticas, lo mismo que los fenómenos jurídicos, religiosos, morales, etc., nunca representan una encarnación perfecta de los valores a que tienden, pero ésta aspiración hacia un ideal común permite concebirlos de manera unitaria.

Ahora bien, por lo que respecta al carácter normativo de la ética, éste no deriva de su método, sino de su objeto; la ética no crea normas, como lo hace el legislador, sino que las descubre y explica, pero es, puramente contemplativa. Al mostrar al hombre los valores y principios que han de guiar su camino por la vida, afina y desarrolla su sentido e influye, de este modo, en su conducta, para que posteriormente el hombre actúe moralmente y exista un equilibrio social. Con base en esto, sí se podría apoyar la teoría de la que se hablaba de basar a la moral en la ética, pero no confundirlas, sino para darle más fuerza a la moral.

La moral se encuentra referida a un complejo de normas, pero éstas, a su vez, encuentran su fundamento en una serie de valores, comúnmente agrupados bajo la denominación genérica de valores de lo bueno. De esta forma, la moral aparece así

²⁰ Eduardo García Maynez, *Ética*, p. 13

²¹ Luis Recaséns Siches, *Sociología*, p. 167

dividida en dos sectores: por una parte se encuentra el problema del deber; por la otra, el problema de lo valioso. Entre ambos existe una conexión ineludible, pero surgen preguntas vitales para el comportamiento humano individual, posteriormente reflejado en la colectividad, que son: ¿qué se debe elegir, el actuar como debe ser o elegir el aseguramiento de lo valioso? Tal vez, no habría gran problema para elegir lo que debe ser, si nuestra concepción y uso del respeto ajeno tuviera parámetros altos, porque así lo valioso sería satisfacer necesidades que no fuesen egoístas y maliciosas que finalmente perjudicaran a los demás, con tal de satisfacer necesidades personales, tal es el caso de la violación a valores fundamentales o principios básicos que el derecho trata de proteger como es la vida, el patrimonio, la integridad personal, etcétera.

Respecto de la disyuntiva en la que se encuentra la realización de la moral, al elegir una de las dos opciones a que hizo mención el párrafo anterior, para realizar una elección adecuada, se hace referencia a la noción del deber, pues tal concepto se funda en todo caso en la idea del valor, ya que no tendría ningún sentido declarar que se debe hacer algo, si lo que postula como debido no fuese valioso, el ejemplo a esto lo explica el maestro García Maynez al decir que “ el hombre debe ser justo, porque la justicia vale, de lo contrario, no se entendería la exigencia concerniente a su realización”.²²

Este indestructible vínculo entre normas y valores revela que la Ética y la Moral, no podrían abarcar su objeto de manera total si se limitara a ser una exposición o sistematización de las normas rectoras de la conducta; pues si toda norma, como regla de acción que postula deberes, se apoya en un valor cuya realización exige del sujeto, la ética y la moral tienen que analizar dichos valores.

²² Eduardo García Maynez, Filosofía del Derecho p. 157

Para finalizar, sólo cabe decir que la ética y la moral (positiva o no) son dos cosas distintas, de su distinción o diferenciación y utilidad, posiblemente dependa parte de la respuesta a la pregunta de si existen o no relación entre el Derecho y la Moral, pues se está encasillando a la moral en un plano muy subjetivo por considerar que sólo puede actuar en el plano individual o personal, sin darle oportunidad a ser exteriorizada en el Derecho, olvidando que la ética sí posee características de ser un poco más individual, aunque también ésta no deja de ser importante en la forma de inspiración de valores benéficos o comportamientos correctos, que después se verá reflejados en el actuar ante los demás.

1.4 La idea del derecho como reflejo de los valores y la moral de la sociedad a la que rige.

Todo orden normativo concreto consiste en la subordinación de la conducta a un sistema de normas cuyo cumplimiento permite la realización de valores. La diferencia entre el orden moral y el jurídico, como reguladores del comportamiento humano depende, de la estructura del sistema regulador y de la índole de los fines de cada uno de esos órdenes.

La moral es el sistema de comportamiento cuyo origen es el respeto ante lo bueno, teniendo a la conciencia social como instancia de juicio. Por su parte el derecho es el sistema de comportamiento que surge de la interdependencia social y que tiene como instancia de juicio a las autoridades designadas para tal efecto por el poder estatal. Suele concebirse a la moral y al derecho como dos círculos que se cortan por las diferencias físicas de sus respectivas instancias de juicio.

Respecto de la afirmación anterior, podría pensarse que aparentemente, el derecho y la moral son como dos círculos que se cortan, cuando en realidad no es así, pues se necesitan mutuamente, para regular la conducta de los individuos dentro de la sociedad, tomando como base los principios y valores morales que buscan dar beneficio a todos por igual. Cabe señalar, que su interacción como tal, se basa en la justificación de un orden concreto, al plantearse y resolverse de una manera satisfactoria cuando se tiene un conocimiento adecuado de los fines a que debe tender, lo mismo que de los medios que permitirán realizarlos. Para entender mejor lo anterior, es de señalarse que los valores van íntimamente relacionados o son dependientes y reflejos de la moral vivida en sociedad.

Según la consideración del maestro García Maynez, “el derecho es un orden concreto, creado para la realización de valores colectivos, cuyas normas - integrantes de un sistema que regula la conducta de manera bilateral, externa y coercible - son normalmente cumplidas por los particulares y, en caso de inobservancia, aplicadas o impuestas por los órganos del poder público”.²³

La definición anterior, enumera los elementos que deben concurrir en un orden para que merezca el nombre de derecho, pero nada dice, sobre el valor intrínseco de sus normas ni, por ende, sobre el grado y medida en que realizan los fines a que se hallan orientados.

Cuando se asegura que el derecho ha sido instituido para el logro de valores, con ello se indica un elemento estructural de todos los órdenes, que es su finalidad, ya que no se podría llamar derecho, a un orden no orientado hacia valores como la justicia, la seguridad y el bien común para no mencionar ahora sino los fundamentales, valores que tiene la característica de ser morales al mismo tiempo.

²³ Ibid p. 135

El Derecho como tal, es una norma constante que regula la conducta del hombre en sociedad; el mismo se origina en la naturaleza propia del hombre (como ser racional y social) y su misión es regular el orden de la conducta dirigida a un fin en el ámbito de las relaciones humanas. El Derecho, surge en el dominio de los fines existenciales del hombre, por tal razón, no hay sociedad alguna de hombres que no haya tenido Derecho ni se concibe ninguna en el futuro que pueda carecer de él.

Durante muchos siglos, como ya se hizo mención, no hubo una frontera definida entre la religión, la moral y el Derecho. En el pensamiento medieval, se confunden de forma ordinaria a la religión como la moral por ser lo correcto, el deber ser, pero impuesto por la divinidad, que se verá aplicado y materializado en el Derecho. Así entonces, el Derecho se consideraba parte del orden moral, de la ley natural y divina de la moral; es decir, religión era igual a moral, y moral era igual a derecho.

Moral y Derecho son dos regulaciones que se dirigen a la conducta humana, por consiguiente, parece obvio que una y otro se inspiren en valores pertinentes a la conducta; esto es, en valores éticos, o lo que es lo mismo, que la Etica, como consideración que abarque los problemas fundamentales del comportamiento práctico, habrá de ocuparse no sólo de la Moral, como hasta ahora se ha creído, sino también del derecho. Lo que da como resultado aceptar que ética y moral no son lo mismo.

Es limitante, para la esencia del derecho, creer que éste valora la conducta sólo desde un punto de vista relativo, en cuanto al alcance que tenga para los demás y para la sociedad, sin tomar en cuenta que el actuar individual forma parte del actuar social, así que es de entenderse, que la moral al valorar la conducta en sí misma a través de supuestos dados por la colectividad, en el significado último e integral que tiene para la vida del sujeto, tiene alcances positivos para el desarrollo social, al existir la moral

social, que es el punto de partida del grupo social, para considerar como buenas o benéficas las conductas.

La norma moral no sólo valora las acciones del individuo en vista a su supremo y último fin, ni el derecho las considera exclusivamente en relación con las condiciones para la ordenación de la vida social; sino por el contrario, Derecho y Moral van entrelazando partes de cada uno. La diferencia y confusión en cuanto a las funciones tanto del derecho como de la moral, radican en la distinción de la moral individual que es específicamente la ética, la cual sí mira exclusivamente a la maldad o bondad de un acto individual o personal en términos absolutos, y la única significación válida que tiene es en la vida personal, no va más allá de él, busca el cumplimiento del supremo destino, en cuanto a la realización de los valores supremos que deben orientar su existencia, pero le concierne sólo a ese individuo, y a nadie más.

La Moral es un aspecto de ordenación de la vida social, pues es la colectividad misma, la que establece y jerarquiza los valores morales que deben de realizar y proteger, y es menester aceptar que el Derecho es la máxima expresión de la moral, que a fin de cuentas es la moral social, aunque esto suene repetitivo, porque la moral es un aspecto que involucra a toda una colectividad o grupos de personas, para poder ser creada y posteriormente vivida, de lo contrario se hablaría de una expresión de la ética, al hablar de exteriorizar en el derecho a la conciencia individual, esto tiene mucho que ver, pero no es lo mismo, como ya se explicó.

1.5 La existencia de la moral como un orden interno independiente del derecho.

La concepción de la moralidad como orden interno aparece, con toda nitidez, en la filosofía antigua, especialmente en Platón y Aristóteles. El filósofo de la Academia

quería asegurar a la teoría de la conducta una base incommovible. La moral sólo podrá fundamentarse si los objetos del conocimiento son incorruptibles e inmutables. Platón trata de probar que lo bueno y lo justo no dependen de las opiniones de los hombres. El bien no sólo existe en sí; es la realidad absoluta, la idea más alta, la divinidad misma.

La idea de la moral como orden interno domina también el pensamiento aristotélico. Es importante percatarse de que para Aristóteles, como para Platón, la moralidad no consiste en un conjunto de normas, sino que está constituida por el sometimiento efectivo de la conducta a dichas normas o, para expresarlo de otro modo, por el orden que tal sujeción engendra y, al mismo tiempo, por las virtudes que origina: trátase de un orden interno, porque lo ordenado son las actividades del alma, y la finalidad de la ordenación el perfeccionamiento del hombre.

Es verdad que se puede hablar de una jerarquía de las pautas ordenadoras, como se habla del orden jerárquico de los aspectos del alma y sus correspondientes funciones; pero una cosa es el orden de las normas, las partes del alma y sus potencias, y otra diversa el que resulta de la obediencia a tales normas y del ejercicio de las virtudes individuales.

Dentro de las doctrinas platónica y aristotélica, se refleja también la diferencia entre aspectos internos y externos de la conducta y obrar humanos, al hacer la distinción entre la ética del individuo y la ética de la comunidad. Respecto de la ética de la comunidad, es en términos modernos, una filosofía del derecho y del Estado, puesto que no alude al orden de las partes, funciones y virtudes del alma, sino al de las clases dentro del cuerpo político. Estas distinciones se proyectan sobre la teoría de la virtud, y conducen al agrupamiento de las actividades virtuosas en individuales y sociales.

Según la concepción platónica, es indudable que conceptos como “sabiduría”, “valor”, “templanza” y “justicia”, entre otros, tienen un significado cuando se refieren al hombre como individuo y otro muy distinto cuando le contemplan como miembro de una sociedad en la que interactúa constantemente; y, por otro lado, la distinción entre deberes del sujeto consigo mismo y deberes del hombre con los demás, es particularmente nítida en el pensamiento aristotélico, y adquiere especial transparencia en el caso de la justicia.

La idea de que la moralidad constituye un orden interno y el derecho una regulación externa del comportamiento, reaparece, después de las concepciones platónica y aristotélica, en diversos autores y épocas, pero es en la filosofía práctica de Kant donde logra mayor hondura y aparente precisión.

Kant asegura que, “la significación moral de un acto no reside en los resultados externos de éste, sino en la pureza de la voluntad y la rectitud de los propósitos, y que para juzgar sobre el valor de un proceder es preciso penetrar en el fuero interno de la persona, en vez de atender solamente a la exterioridad de su actuación. Con base en esto, se deduce que el concepto de buena voluntad es así colocado en el centro de la doctrina ética, pues dicha voluntad, no es buena por lo que efectúe o realice, no es buena por su adecuación para alcanzar algún fin que se haya propuesto; es buena sólo por el querer, es decir, es buena en sí misma”.²⁴

De forma menos teórica y sí más objetiva, se debe tener presente que todo comportamiento humano es a la vez objeto de consideración por parte de la Moral y del Derecho, pero la supuesta diferenciación y falta de relación entre éstos, puede deberse a que son diferentes los valores éticos que inspiran a la norma moral de aquellos que inspiran a la norma jurídica. Se trata simplemente de que la norma moral

²⁴ Raúl Hernández Vega, *Ensayos Jurídico-Filosóficos*, p. 72

y la norma jurídica, aunque ambas se inspiren en valores éticos, tienen un sentido diverso. Pero esto, no significa necesariamente que Moral y Derecho no tengan relación alguna entre sí, porque la moral no es el fuero interno de la persona, sino que como ya se hizo mención, esto corresponde a la Etica, pues a la Moral, la hacen todos.

1.6 Derecho vs. Moral.

Para poder comprender con mayor profundidad la compleja relación entre la moral y el derecho, se procederá al estudio de las diferentes posturas y afirmaciones en las que algunos juristas y demás estudiosos del tema, han negado radicalmente la relación entre estas dos áreas, con ello, se podrán resaltar algunas incongruencias a partir de las cuales se puedan reconocer los puntos de encuentro en dichas áreas.

Según la concepción de Francisco Laporta "... en el pensamiento moderno se afirma la idea de que el derecho que es o ha sido no tiene por qué coincidir con el derecho que debe ser o debería haber sido, es decir, que el derecho que se ha creado y aplicado en la actualidad, no tiene nada que ver con el derecho que realmente necesita la sociedad, que no ha logrado satisfacer las necesidades que la sociedad requiere."²⁵ Aunque puede parecer un poco radical y crítica esta aseveración, no se puede negar la gran verdad que encierra, aunque está un poco inconclusa, pues se debería de especificar los puntos sobre los cuales no es satisfactorio el derecho actual, si son aspectos morales, políticos, sociales, etc., tal vez un poco de cada uno, pero el autor debería de explicarlos y analizarlos para que sea innegable esta realidad que es un secreto a voces. Y buscando la solución a dicho problema, se persigue constantemente el introducir al derecho una dimensión moral muy definitiva, lo que ha lastrado

²⁵ Francisco Laporta, Entre el Derecho y la Moral, p. 32

Si existe algún pensador contemporáneo que puede personificar por sí a lo largo de toda su obra, una tiránica voluntad de dar una respuesta satisfactoria a las cuestiones o dudas que enfrenta la dependencia o relación estrecha del derecho con la moral, ése es, sin duda, Hans Kelsen, jurista austriaco, fundador de lo que llamó “escuela de Viena”, y que amenazado por el huracán del nazismo, tuvo que fijar su residencia en Estados Unidos.

Kelsen, es sin duda y por derecho propio, el punto ineludible de referencia de toda la teoría jurídica del siglo XX, y lo es precisamente porque al construir la respuesta a interrogantes de la relación moral - derecho, pone en pie un esqueleto argumental destinado a presentar al derecho como una estructura formal que se explica como jurídica desde sí misma, sin recurrir a ingredientes sociales empíricos ni a rasgos ideológicos o morales de tipo alguno; una teoría “pura” para dar cuenta del derecho en estado puro.

Kelsen, afirma “que su teoría es un intento de dar respuesta a la pregunta de qué es el derecho y cómo es, pero no en cambio, a la pregunta de cómo el derecho debe ser o debe ser hecho, en donde la función básica de la moral se hace posible, gracias a éste último. Y, para él, el derecho es un universo de normas válidas interrelacionadas que organizan la aplicación de actos coactivos a determinadas conductas humanas.”²⁶

La anterior afirmación supone, que toda su teoría gira en torno a la tentativa de conferir a la noción de validez de las normas un significado estrictamente jurídico, es decir, un significado que no esté impregnado de consideraciones empírico – sociales ni de connotaciones ideológicas morales.

²⁶ Ibid p. 14

Respecto de la desvinculación de las normas jurídicas válidas de cualquier contenido moral, Kelsen indica que “la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, o de su falta de correspondencia, con cierto sistema moral, ya que la validez de las normas jurídicas positivas no depende de su correspondencia con el orden moral.”²⁷

La posición Kelsen a este respecto, se entiende mejor si se piensa que para él los enunciados morales no son susceptibles de justificación racional ni de fundamentación científica; son irremediamente irracionales y puramente subjetivos, considera que frente a ellos las normas jurídicas tienen que estar dotadas de una dimensión objetiva de validez que posibilite su fuerza general en una determinada sociedad.

Para establecer ese significado objetivo estrictamente jurídico de la noción de validez, es para lo que Kelsen elaboró su Teoría pura del Derecho, según la cual una norma jurídica sólo existe si es válida, y es válida cuando ha sido creada de conformidad con un procedimiento previsto por otra u otras normas jurídicas válidas. Estas normas, serían a su vez válidas por la misma razón, que es el que una norma superior les habría conferido su validez y así sucesivamente, ascendiendo por una estructura normativa de forma piramidal, se llegaría así a una primera norma o Constitución que sería el depósito de validez jurídica de toda la pirámide normativa.

Kelsen afirma, “que se ha de suponer la creación de una Norma Hipotética Fundamental que es presupuestamente válida y condición de posibilidad de la validez de todo el sistema jurídico, como una condición lógica – trascendental sin la cual es

²⁷ Idem

imposible el conocimiento del derecho positivo como derecho válido y la validez misma de ese derecho.²⁸

Este autor, considera que cuando un orden jurídico ve a sus normas efectivamente obedecidas y aplicadas, es un orden jurídico eficaz, y por lo tanto es un orden jurídico válido. Pero, respecto de esta idea, puede decirse que Kelsen no define conceptualmente de un modo diferenciado a la moral y al derecho, porque en sentido estricto, tanto un orden jurídico positivo como un conjunto coordinado de principios y reglas morales pueden ser descritos siguiendo su método que es, mediante la presuposición de una norma básica a partir de la cual y con ciertas reglas de transformación podrían obtenerse por derivación de todas las demás.

Si el derecho puede presentarse de un modo axiomático, seguramente también puede hacerlo la moral. Sin embargo Kelsen no acepta esto, pues atribuye siempre un **sentido objetivo** a las conductas jurídicas y un **sentido subjetivo** a las conductas morales. La objetividad de las primeras se obtiene mediante su cualificación por normas jurídicas válidas, mientras que para las segundas no hay objetividad posible porque la moral es, según él, irremediabilmente irracional y subjetiva.

Posiblemente, la falta de claridad en la teoría de Kelsen, respecto de la distinción y relación entre derecho y moral, consiste en el aspecto subjetivo que da a la moral, porque según él no tienen una validez palpable en una efectividad de cumplimiento, pero entonces, ¿acaso la moral debería tener un código o ser ley (legalización de la moral) y ser cumplida, incluso por medio de la coacción para que sea válida?, esto no es del todo aceptable, porque para eso fue creado el derecho, y los contenidos morales (que sólo buscan el bien) deben estar incluidos en él.

²⁸ Hans Kelsen, ¿Qué es la Teoría pura del Derecho?, p. 32

Kelsen ve al derecho y al Estado como órdenes que pretenden el uso de la fuerza en régimen de monopolio; a diferencia de la moral, el derecho es, por definición, un orden de coacción organizada; pero se sabe, desde Kant, que la fuerza motivacional de una exigencia moral no puede residir en la coacción que se aplica a quien la defrauda, sino en la obligación moral misma. Por ello, es evidente que la relación de la moral con el derecho es ineludible, pero desde la perspectiva que indica que la moral debe ser parte del derecho, es decir, se debe moralizar el derecho, pero no se debe legalizar la moral, ya que existe una gran diferencia entre ambas cosas.

Ahora bien, por otro lado, se encuentra el enfoque empirista del derecho, y uno de sus grandes representantes es John Austin, quien se ubica en el centro de las discusiones actuales, respecto de la problemática de las relaciones del derecho y la moral. Austin, es animado a desarrollar una nueva disciplina de la "jurisprudencia"; en su descripción del derecho no incluye ningún ingrediente moral, da cuenta del mundo jurídico en términos puramente descriptivos.

Para éste autor, el derecho es ese conjunto de mandatos de la autoridad y, por tanto, no tiene conexión necesaria con el orden moral, sea dicho orden del tipo que sea, es decir, ni con el orden moral histórico, que es la llamada moralidad positiva, ni con el orden moral ideal, que es la justicia en su máxima utopía.

Simplemente considera que tales mandatos de la autoridad pueden ser perfectamente inmorales e injustos y no por ello dejan de ser normas jurídicas o derecho en sentido estricto, Austin como representante de la corriente llamada "utilitarismo", pensaba que los enunciados morales eran cognoscibles y justificables; hasta aquí la relación derecho – moral era justificada, pero su contradicción se encuentra en creer que los mandatos de la autoridad debían satisfacer las exigencias del principio de la justificación de los enunciados morales, pero, sino lo hacían no

perdían por ello su condición de normas de derecho; esto sería, entonces, como decir que la moral es importantísima en teoría, pero no aplicarla ni justificarla en la práctica.

La idea sostenida por Austin, induce a pensar, que si se comete el error de identificar el derecho con la moral, se corre el riesgo de extender la percepción vulgar de que, cualquier norma jurídica, por el mero hecho de serlo, esta revestida de cierta dignidad ética, de forma que sólo por eso sería acreedora de una obediencia incondicional; pero esta idea es totalmente radical.

Los realistas escandinavos, desarrollaron una teoría amplia y profunda del derecho desde un punto de vista empírico. El fundador de la llamada “Escuela de Uppsala”, Axel Hägerström, es considerado como la primera voz contemporánea que se alza críticamente contra la metafísica jurídica desde la perspectiva de un rígido empirismo.

Para Hägerström, la realidad espacio – temporal sensible es la única base para la creación de los enunciados jurídicos, y todos aquellos enunciados que no puedan ser reformulados en términos de esa realidad carecen de sentido. En sí, toda su ideología se resume en pensar, que los juicios de valor y, en general, las proposiciones morales son pura metafísica, no significan nada que pueda ser cognoscible; este firme punto de vista le otorgó al creador de Uppsala y sus seguidores, la reputación de ser creadores del llamado nihilismo axiológico o nihilismo moral.

Existe una teoría muy significativa e interesante, que muestra el estudio comparativo de la moral y el derecho desde un aspecto psicológico, esta teoría denominada “El derecho como un hecho”, explica la visión del derecho como una máquina de producción de reacciones psicológicas de obediencia en los ciudadanos.

Karl Olivecrona, expositor de esta ideología, quien es partidario y defensor del pensamiento de la escuela de Uppsala, explica que “se trata simplemente de un conjunto de estímulos mentales que canalizan la actitud de acatamiento de los ciudadanos a la ley.”²⁹

Olivecrona, considera que el mero procedimiento ritual de aprobación y promulgación de las normas desencadena la tendencia mental a su obediencia, que es administrada por la máquina del derecho. En este sentido se considera que las normas jurídicas no se diferencian de las normas morales, sino que aquéllas poseen un ceremonial muy específico para hacer su aparición y provocar sus efectos.

En el fondo, ambos tipos de normas disfrutan de la misma naturaleza que es, ser mecanismos de estimulación de la psicología, para obtener la respuesta de acatamiento aprendida por los individuos a lo largo de su proceso de socialización.

Por lo anterior es importante resaltar, que si existe alguna diferencia entre la moral y el derecho, aparte de la meramente ceremonial, es el que las normas jurídicas tienen una misión especial que no atañe a las normas morales, que es la organización de la fuerza física en la comunidad, el uso de la coacción social. De todo esto se entiende que tampoco Olivecrona incorpora necesariamente al derecho ninguna señal de identidad moral.

De la actual frase “el derecho en nuestra sociedad no tiene que ver nada con la moral”, no se formula ninguna exigencia en el sentido de que el derecho deba emanciparse de la moral, sino que hace una verificación empírica en el sentido de que esta emancipación ya ha tenido lugar, indicando que sólo la filosofía del derecho, la jurisprudencia general y, en parte, el comportamiento de los órganos de aplicación del

²⁹ Theodor Geiger, *Moral y Derecho*. p. 55

derecho, mantienen las pretensiones morales del derecho; pero sólo falta el elemento de la realidad, ya que de lo anterior sólo se exige que el pensamiento jurídico infiera la consecuencia de la emancipación efectuada en la realidad.

Ahora bien, por otro lado, en opinión de Luis Recaséns Siches “tanto la Moral como el Derecho se encaminan a la creación de un orden; pero es diferente el orden propio de la Moral del orden propio del Derecho. El orden de la Moral es el que debe producirse dentro de la conciencia, dentro de la intimidad, entre los afanes, las motivaciones, los afectos, etc.; es el orden interior de nuestra vida auténtica; es decir, de la vida que cada cual vive por su propia cuenta, de modo intransferible. En cambio, el orden que el Derecho trata de crear es el orden social, el orden de las relaciones objetivas entre las gentes, el orden del entresijo compuesto por las vinculaciones entre los varios sujetos; en suma, el orden de las estructuras colectivas, el orden tejido en que se enlazan y condicionan mutuamente de un modo objetivo las conductas de los varios sujetos.”³⁰

Asimismo, Recaséns Siches es radical al indicar que en la Moral hay deberes pura y simplemente, mientras que en el Derecho, los deberes jurídicos tienen siempre el carácter esencial de una deuda a otra persona. Y así cabe decir, que su consideración es que el sujeto final de la Moral es el obligado, mientras que por el contrario, el sujeto final del Derecho no es la persona obligada, sino otro sujeto, a saber: la persona autorizada, la que tiene la facultad de poder exigir de la obligada el comportamiento que estatuye la norma. Indica este autor, “que el Derecho es la máxima forma social y la Moral es el máximo destino auténticamente individual.”³¹

³⁰ Luis Recaséns Siches, Filosofía del Derecho, p. 178

³¹ *Ibid* p. 193

La problemática de esta negación con base en dichos argumentos es, que se está limitando el campo de actuación de la moral a la pura voz de la conciencia individual, y no se da opción ni posibilidad de aceptar la existencia de la moral social como regidor de los actos o conductas de los individuos.

Existe una gran empeño en contraponer al derecho y a la moral, por considerarlos conceptualmente opuestos, ya que se otorga al derecho el carácter de poseer un sentido objetivo, en cambio a la moral se le atribuye un sentido puramente subjetivo, lo cual a simple vista es carente de fundamentación convincente, ya que no se requiere de algo puramente físico o materializado para afirmar que existe y que se usa, como es el caso de la moral, ya que del derecho se desprende que se da una validez por dos motivos: primero por la necesidad de regirse por normas para mantener un equilibrio; y segundo porque dichas leyes se conocen físicamente porque se encuentran codificadas por escrito y de este modo se hacen cumplir. Pero la cuestión es que ¿acaso la moral necesita codificarse para ser válida tangible y así dejar de ser inteligible?.

En todo caso, se puede afirmar que el derecho, al tener como finalidad regular la conducta del hombre en sociedad, a través de las normas que buscan la impartición de justicia, el bien común y la paz social, presenta las mismas finalidades que busca la moral, porque a fin de cuentas, ésta, sólo indica lo que está bien y se debe hacer; señalando asimismo, lo que está mal y por consecuencia se debe dejar de hacer, todo con fundamento en los valores del hombre, que serán siempre de carácter positivo o benéfico para evitar la degradación, perjuicio y destrucción del hombre, lo cual, también es perseguido por el derecho.

La supuesta fuerza social que representa el derecho surge y se mantiene gracias a la dimensión objetiva de validez con que cuenta el derecho, aunque,

contradictoriamente, esta validez pueda emanar del mandato de la autoridad sin importar que éste sea inmoral, y sería inmoral cuando no busque el beneficio de los demás, sino el suyo propio, o simplemente no actúe de forma justa e imparcial. Entonces, el derecho debe responder a una realidad temporal (temporal, porque la vida en sociedad evoluciona constantemente), y para que tenga ese ámbito de validez debe garantizar el otorgamiento de un beneficio social.

En síntesis, se afirma que la validez de las normas, en la actualidad, está más allá de su efectiva aplicación o acatamiento, es decir de su efectividad, pues una norma es válida por muchas otras razones (como es el caso de un procedimiento), menos por ser verdaderamente efectiva, útil, provechosa socialmente, o por ser moralmente aceptada por proteger los valores sociales que dignifican y enaltecen al hombre.

Para efectos de lograr el reconocimiento de la relación entre el Derecho y la Moral, es conveniente aceptar que no es el motivo moral el fundamento del derecho o de la conservación del orden jurídico en una determinada sociedad, este fundamento es que prevalezca la impartición de justicia, para lograr la paz social y obtener el bien común, pero el medio para lograrlo, es mantener en alto los principios morales, depositados o revestidos de la codificación y coercitividad del derecho.

1.7 Teoría a favor de la relación entre el derecho y la moral.

Todo sistema jurídico tiene por su propia definición necesidad de ser considerado moralmente legítimo al menos por la mayoría de las personas que viven dentro de la sociedad que rige dicho sistema; de lo contrario, no podría concebirse su mera existencia; respecto de lo anterior, es de aclararse que no es lo mismo hablar de una condición o elemento esencial para que el derecho exista como tal en una realidad

social determinada, a que le falte un ingrediente al concepto derecho, ya que concepciones existen muchas, pero realidades sólo una respecto de cada cosa.

La aclaración expresada en el párrafo anterior, se entenderá mejor, si se analiza la posibilidad de que en la actualidad, el hecho de que todo derecho conocido sea concebido moralmente por sectores relevantes de todas las sociedades no significa que la definición del derecho incluya necesariamente tal hecho. Pero resulta inaceptable, que un rasgo que se da constantemente en la realidad de forma empírica siempre que es creado y aplicado el derecho, sea excluido de la propia definición de derecho.

En las diferentes ideologías, es de saberse que para llegar a una determinada conclusión, se pasa primero por un conjunto de investigaciones, hipótesis, comprobaciones etc., de la situación de la que se trate; en el caso expuesto por la filosofía del derecho, que son las relaciones entre el derecho y la moral, no es la excepción, al contrario, como ya se mencionó, es un tema de gran controversia y disputa.

La confusión respecto de la solución al problema de dar aceptación a la relación entre el derecho y la moral es enorme, tan es así, que entre los mismos juristas y estudiosos del asunto, que tan fehacientemente se han empeñado en negar dicha relación entre el orden jurídico y el moral, existen ineludiblemente, algunos puntos en donde sus afirmaciones dejan abierta una vereda que hasta hoy no ha sido llenada.

De esos puntos débiles, que en ocasiones dichos estudiosos de la cuestión en cita, dejan sin resolver, o lo hacen muy superficialmente, con tal de sostener sus afirmaciones, es de donde se retomarán elementos que ayuden a demostrar la relación

entre el derecho y la moral, y no sólo éstos, sino aceptar que ésta relación es ineludible y sumamente necesaria.

En primer lugar, las afirmaciones del maestro García Maynez respecto de la negación y de la aceptación de las relaciones entre el derecho y la moral son verdaderamente ricas en contenido para ambos sentidos, pues a pesar de tener sus fundamentaciones ya expuestas en el desarrollo de este capítulo sobre la negación de dicha relación, también tiene excelentes argumentos para afirmar que el derecho si depende de su relación con el orden moral.

Dicho autor revela que “por una parte la observancia de las normas del derecho obedece a menudo a razones de orden moral, y por otra, que el legislador suele incorporar al orden jurídico criterios éticos de estimación de la conducta a cuya aplicación enlaza consecuencias normativas, reforzando así la eficacia de los principios morales implícitos en esos criterios.”³²

Ahora bien existe otro enfoque, desde el cual se puede dar pauta a la aceptación entre el derecho y la moral, que es el sentido que, en el momento de la aplicación de los correspondientes preceptos legales, debe atribuirse a los criterios de orden ético incorporados por el legislador al derecho vigente, es, de acuerdo con lo expuesto, el que da a tales criterios la llamada moral social.

El significado de la “moral social”, puede sostenerse, incluso, aún cuando se hable de que los deberes de moralidad son los del individuo consigo mismo, incluso cuando la conducta prescrita beneficie a otros sujetos como ocurre con un deber de socorro; y para mejor entendimiento de lo anterior, se analizará la posición de Heinrich Henkel.

³² Eduardo García Maynez, Filosofía del Derecho, p.104

Henkel declara que “por norma de moral social, debe entenderse el conjunto de exigencias morales de comportamiento que la sociedad dirige a sus coasociados.”³³

El concepto anterior presupone la representación de que, dentro del grupo humano sujeto a un orden general de vida, existe un acervo básico de concepciones comunes acerca del obrar moralmente bueno. Así como el grupo en su carácter de sustento del derecho, constituye una comunidad jurídica, a través de sus concepciones axiológicas aparece como comunidad moral.

Para Henkel “la sensibilidad ética que se forja y acaba por predominar en el contacto y comercio colectivos, se exterioriza en las correspondientes expectativas de comportamiento de cada miembro de grupo frente a los demás. Estas expectativas se limitan como es natural, a la conducta típica de los hombres en sus conexiones sociales; no rozan ni su relación con Dios ni la responsabilidad de cada uno consigo mismo; atañen sólo a la persona social en sus relaciones con los otros y con la totalidad.”³⁴

La idea concebida por Heinrich Henkel, conduce a pensar que se puede hablar de una moral que no sólo atañe a los aspectos personales e íntimos del individuo, sino que se habla de un actuar en el ámbito colectivo (social) que se rige por concepciones morales o por conductas valorativas de dichas concepciones morales o éticas, lo que ineludiblemente desemboca en la aceptación de la moral como parte de la sociedad, y del derecho como regidor de ésta.

Ahora bien, la justicia tiene un gran contenido de moralidad, es decir, para la moral, la impartición de justicia es uno de los valores fundamentales, por toda la serie

³³ Theodor Geiger. Op cit. p.154

³⁴ Eduardo García Maynez. Op cit, p.100

1.8 La búsqueda de la moral dentro de los parámetros de la modernidad como un elemento esencial para la existencia de la sociedad.

En la actualidad las sociedades viven un proceso dramático de enfrentamiento de las relaciones entre el individuo y la sociedad, ya que por un lado hay un esfuerzo de resistencia a la colectivización totalizadora de los miembros de la sociedad, para buscar en su lugar, la identidad personal, y del otro lado, una tenaz persistencia en el afán de lograr, aún en los planos más intransferibles y profundos de la personalidad individual, la estandarización, la automatización del individuo y su socialización, aunque sería mucho más correcto llamarla “materialización”.

En opinión de Fernando Gómez Sandoval, “este fenómeno no se origina sólo en factores ideológicos (como corrientes del capitalismo o del socialismo, por citar algunos), como aparentemente pudiera pensarse, puesto que tanto en las sociedades más representativas de uno y otro régimen de organización ideológica, económica, jurídica y política, se da el mismo fenómeno.”³⁷

Esto se debe esencialmente a la masificación excesiva, cuyo materialismo inherente ha producido, por un lado, una cada vez más creciente automatización, que ha generado a su vez una deshumanización y despersonalización del individuo al extenderse las pautas, vigencias y estándares colectivos a sus grandes máximos, y del otro, como consecuencia de ello, el cada vez más grave índice de despersonalización y de pérdida, por enorme número de individuos, de los datos más auténticos de la personalidad íntima, como son las creatividades del pensamiento, los sentimientos, los valores, la ética, etcétera.

³⁷ Fernando Gómez Sandoval, *Sociología General*, p. 165

Es innegable que esa estandarización abrumadora de la gente, es el propósito de tipo fundamental, de la sociedad de masas y enhorabuena que se logren estandarizaciones económicas y de niveles de oportunidades de vida social y de satisfacción de necesidades, pero que grave está resultando para la cultura humana, la supresión de lo personal, individual, íntimo, auténtico, humano, en cuanto a la creatividad, emotividad y voluntad constructivas y afianzadoras de **los valores superiores del ser humano.**

El actual crecimiento acelerado y enorme de las sociedades de masas, está realizando una liquidación, en algunos aspectos no deseables, de las maneras tradicionales de vida, y está construyendo, dentro de sí misma, estructuras, usos, costumbres, formas de comportamiento colectivo, instituciones y **normatividades**, que no son propias, y que entrañan la formación de nuevos sistemas de valores, tanto en el aspecto cognición (cual es el caso de las verdades), como en los de acción (bien).

Lo desalentador resulta ser que las instituciones que está formando y que se podrían dividir en referentes a la socialización, al dominio de la naturaleza y al control social, enfocan al hombre desde ángulos puramente materiales, casi primarios, estandarizados y, en consecuencia, sus valores son también pragmáticos, utilitarios, materialistas, degradando por ende al hombre, en lo que de autenticidad pensante, sensible y actuante tiene.

Es a consecuencia de la deshumanización actual, que el hombre busca desesperadamente reencontrarse con la moral revestida de valores fundamentales, depositados en el derecho, para que así, se reconozca finalmente que las convicciones morales profundas compartidas por los miembros de una comunidad, no son rasgos accidentales e históricos de esa comunidad, sino que forman parte, o son elementos

derecho ajeno es un valor fundamental para la convivencia pacífica y beneficiosa en la sociedad, resaltando que se apoya fuertemente en las bases que la ética funda en la conciencia individual de la persona; para que, posteriormente, los resultados ayuden a entender y acatar de forma más sencilla lo que la moral pretende lograr, que es la sensatez en los miembros de la sociedad para actuar correctamente; sabiendo que lo correcto es lo que produce un bienestar y un equilibrio general, haciendo posible el concepto más tradicional y certero de justicia que existe, que es dar a cada uno lo que le corresponde.

Así entonces, al descubrir la objetividad de la moral, la diferencia de ésta con otras ciencias con las que se le solía confundir, así como su carácter eminentemente social, se debe analizar cuidadosamente el hecho de aceptar la importancia de relacionar a la moral con el derecho, a fin de demostrar, que éste último es la forma de regular la convivencia del hombre en sociedad, mediante la creación y aplicación de normas por parte de las autoridades del Estado, facultadas para ello, con el fin de lograr impartir justicia en todo caso de conflicto y de mantener la paz, la seguridad y el bienestar social; pero, para lograr lo anterior, es necesario tener siempre presente un conjunto de principios fundamentales (que serían los principios que rige la moral) que toda persona debe tener presente; lo perjudicial, o lo que haría parecer esto como un absurdo o una utopía que es más que imposible de realizar, es el hecho de que dicha moral o dichos principios morales se encuentran en decadencia, tanto en las personas que integran los órganos del Estado (no sólo de los que se encargan de impartir la justicia directamente como es el poder judicial, etc.), como en los miembros de la propia sociedad, y si la sociedad, que es la que reclama o debe pedir cuentas al Estado de su administración, no cuenta con esos principios morales bien firmes, entonces no tendrá que reclamar nada, porque el Estado le da lo que va pidiendo.

Son muchos los factores que influyen en la creación del derecho, pero uno de ellos es el elemental y más importante, que es lograr la estabilidad o equilibrio social, a través de la impartición de justicia. Esto se logrará sobre la base de los principios morales que se deben tener siempre presente para actuar tanto en el aspecto humano - individual, como en el aspecto humano - colectivo. Por lo anterior, es que se dedicará el siguiente capítulo a comprobar la existencia no sólo de una relación entre el Derecho y la Moral, sino que se demostrará la necesidad impetuosa de la Moral para el Derecho, y el que las relaciones que mantienen éstas dos formas de regir la vida, son muy íntimas.

CAPÍTULO II
IMPORTANCIA Y NECESIDAD DE ACEPTAR LA
RELACIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

2.1 Supuestos sobre las relaciones y diferencias entre el orden moral y el orden jurídico.

El establecer una distinción entre el orden moral y el orden jurídico, así como su relación, es uno de los temas centrales de la ética y de la filosofía del derecho. El problema no está en la actualidad más cerca de su solución que lo que estaba hace algunos años, pues se ha considerado que todo intento de determinar sistemáticamente la relación entre el orden jurídico y el orden moral desde el punto de vista de la esencia del derecho y de la moral, está condenado al fracaso.

Aunque se ha afirmado, según las concepciones en contra ya estudiadas en el capítulo primero (lo cual no deja de producir duda en su certeza), la idea de que ni en la esencia del orden jurídico, ni en la del orden moral, hay algo que pueda establecer una firme relación entre ambos, pero ello no excluye ciertos puntos de contacto.

Por mucho tiempo se ha pensado, e incluso en la actualidad se sigue pensando, que la relación entre estos órdenes es una cuestión puramente histórica acerca de la cual no puede decirse nada que formalmente tenga validez universal, pues cada vez que esto se ha intentado, no se ha constatado ninguna relación efectiva, sino tan solo formulado exigencias político-sociales y dichas exigencias tienen su origen en presupuestos metafísicos.

Equivocadamente, han llamado o denominado a la moral como algo exclusivamente subjetivo, algo que evidentemente sólo se puede estudiar y concebir en la parte interna del individuo, sin darle oportunidad de exteriorizarse, lo cual deja

de lado, ciertas consideraciones, tal es el caso de que los pensamientos están sujetos a exteriorizarse, tan es así que el derecho incluso clasifica a los pensamientos dentro de una posible calidad encontrada en sus normas, pues las conductas, o por lo menos la mayoría de éstas, son pensadas antes de realizarse, por lo cual el derecho regula las conductas, pero éstas tienen íntima relación con el aspecto moral, con el aspecto ético y con la escala-de valores, que todo esto en su conjunto, es con lo que finalmente se logrará un equilibrio y paz en la sociedad.

“Jürgen Habermas, critica la idea de que el derecho posea una racionalidad propia independiente de la moral y que para Max Weber la falta de diferenciación entre derecho y moral represente incluso un peligro para la racionalidad del derecho moderno.”³⁹

Se dice que la consecuencia más importante de la “doble naturaleza”, individual y social de la conducta es la inevitable distinción entre aspectos internos y externos de la misma. En la medida en que los aspectos internos pueden, por su propia índole, manifestarse o no interiormente, al arbitrio del sujeto, existe la posibilidad de convertirlos en objeto independiente de regulación normativa y, por tanto, la de contraponer a los órdenes exteriores del obrar otro puramente interno. Pero, la discrepancia existente, respecto de este pensamiento, se fundamenta en el hecho de que toda conducta que se ha exteriorizado, ha sido concebida primeramente en forma interna, es decir, en el pensar y sentir del sujeto, por lo que no forzosamente debe haber una separación del orden normativo interno y externo. La muestra más clara de la evaluación interna en el mundo externo y la efectuada por el Derecho se puede comprobar cuando el Derecho evalúa o toma en cuenta la intencionalidad de la acción en materias como la penal o la civil, entre otras, para verificar la justificación de los actos realizados por el sujeto.

³⁹ Fernando Castañeda Sabido en, *El uso y la práctica de la ley en México*, p. 18

La circunstancia de que la Moral sea considerada como de orden interno y el Derecho como un orden externo, necesariamente se refleja en la estructura de los dos tipos de regulación. La facultad jurídica significa facultad de exigir determinada conducta de otro. La norma ética (mas no moral en sentido estricto), en cambio, es norma sólo para el sujeto, esto es, el precepto moral indica una directriz tanto para aquel que debe obrar como para los que lo rodean, en vista de que su comportamiento afectará a éstos. Y aunque a veces también el comportamiento del sujeto al cual se dirige la norma tenga efectos sobre otros, éstos, sin embargo, no reciben de aquélla ninguna indicación acerca de su propia conducta o modo de obrar. Por el contrario, en el sentido jurídico las determinaciones son siempre bilaterales.

Desde los inicios del estudio de las relaciones entre el Derecho y la Moral se ha considerado que estas disciplinas poseen características muy diferentes, lo que las hace que vayan por caminos muy separados; las características de las cuales se parte para distinguir a la moral del derecho, que son interioridad - exterioridad, unilateralidad - bilateralidad, incoercibilidad - coercibilidad, autonomía-heteronomía, se han pensado que aún cuando revelan las diferencias entre esos grandes órdenes de la conducta humana, no deben interpretarse como prueba que entre ellos no existan diversas, estrechas e importantes relaciones. Lo cual se pretende cambiar basándose en la concepción de moral que se plantea en el primer capítulo, pues la moral no es exclusiva del fuero interno de la persona, por el contrario, la moral surge de la conciencia y el acontecer social, por lo tanto las características mencionadas anteriormente, como parte de la moral y del derecho, son pertenecientes a la **ética y al derecho, más no a la moral y al derecho.**

Para convencerse de que la distinción conceptual (porque evidentemente la hay, en el sentido de que moral y derecho no son lo mismo, pero ello no significa que no se relacionen íntimamente) entre los órdenes de la moral y del derecho, no indica

ausencia de nexos, raíces comunes y finalidades complementarias, basta recordar, que las normas morales y jurídicas sólo existen porque hay hombres, lo que demuestra que unas y otras están siempre referidas a éstos últimos.

La moral y el derecho encuentran su fundamento ontológico en la humanidad o, más precisamente, en la naturaleza personal del hombre. Por ello coinciden a fin de cuentas, en que, como poderes ordenadores del querer y el obrar humanos marcan el ámbito dentro del cual puede realizarse a sí mismo

Aunque es completamente cierto el hecho, de que los deberes impuestos por las normas del derecho quedan acatados cuando el obligado ejecuta la conducta que de él se exige, y que dichas normas no reclaman de sus destinatarios que la obediencia se inspire en el respeto al imperativo legal, también es cierto que la eficacia de los ordenamientos jurídicos sería muy escasa si el único móvil del comportamiento concordante con aquellos deberes fuese el temor a las sanciones que esos ordenamientos enlazan a los actos violatorios, y esto se analizará con mayor profundidad cuando se hable de los distintas formas de justificación de los sistemas jurídicos, así como de lo que dichos sistemas requieren para ser legítimos.

El que la mera realización exterior de la conducta prescrita valga como cumplimiento de los deberes jurídicos, no excluye, de ningún modo, la posibilidad de que los móviles sean completamente diversos, ni, por tanto, la de que el obligado se someta a las prescripciones del legislador por motivos de índole ética, incluso de carácter religioso, aunque esto último es mucho más complicado y usualmente menos válido.

En el caso de existir una adhesión espontánea, el miedo al castigo no juega ningún papel, y la observancia de la norma obedece a menudo a la convicción de que

ésta debe ser cumplida porque, su cumplimiento realiza valores, como los de seguridad y justicia, a los que el obligado atribuye una existencia objetiva.

Es incuestionable que muchos hombres están convencidos (independientemente de que su convicción sea o no correcta) de que ciertas conductas deben ser posibles, sencillamente porque valen. Y como tal creencia es la razón determinante de sus actos, y éstos, se hallan regidos unas veces por normas éticas, normas morales y otras por preceptos de derecho (este último en cuanto a temor al castigo), el móvil de aquéllos es, en ambos casos, de igual naturaleza, ya que el sujeto juzga que esas normas lo obligan en la medida en que exigen la realización de valores. La única diferencia reside en la índole, moral o jurídica, de las respectivas prescripciones, no en la especie de la relación entre la exigencia normativa y el fundamento atribuido a ésta.

Así las cosas, si los preceptos de derecho son frecuentemente cumplidos por razones de orden ético, moral, de carácter religioso o simplemente diversas del temor a las sanciones jurídicas, es evidente que su eficacia obedece en buena parte a esas razones, y que las más importantes, entre las últimas, son precisamente las de índole ética, que tienen íntima relación con la moral.

Lo anterior no debe parecer extraño, porque, pese a las diferencias entre los órdenes moral y jurídico, las conductas reguladas por los preceptos de ambos pueden ser las mismas, si bien la forma y atributos de cada principio regulador resultan completamente distintos. Respetar la vida y la propiedad ajenas, por ejemplo, son, a un tiempo, deberes morales y jurídicos, lo que no impide que los correspondientes preceptos tengan diversa estructura e impliquen distintas exigencias, especialmente en lo que atañe a los móviles condicionantes de los actos de cumplimiento o desacato.

La mejor prueba de que la eficacia de los ordenamientos jurídicos se encuentra en buena parte reforzada por motivos y concepciones de índole moral, está en la incorporación, a dichos ordenamientos, de criterios éticos de estimación de la conducta, a los que el legislador enlaza consecuencias de derecho.

2.2 Naturaleza, definición e importancia de la Ley moral en cuanto a su relación con la Ley jurídica (Derecho).

Este es un tema fundamental entre las discusiones sobre la relación entre el Derecho y la Moral, ya que es un hecho la existencia de dicha ley moral, actuando positivamente en la vida de los individuos que conviven en sociedad, pero, lo importante es fundamentarla, es decir, reflexionar sobre ella, y hacer notar cuáles son las condiciones de su validez.

Por lo que respecta a la naturaleza de la Ley moral, cabe explicar que, además de las leyes físicas y jurídicas que gobiernan los seres materiales y que se definen como “la expresión de una relación constante entre dos fenómenos”, se encuentran también las leyes morales, que gobiernan al hombre en su conducta libre, respecto de la relación con los demás individuos.

Santo Tomás de Aquino proporciona la siguiente definición de ley moral: “Es una ordenación de la razón, promulgada para el bien común por quien tiene el cuidado de la comunidad.”⁴⁰

La definición que ofrece Santo Tomás, es rica en contenido, por lo cual vale la pena analizar a profundidad cada uno de los elementos que la integran, pero antes que

⁴⁰ Julián Marías, Historia de la Filosofía, p. 268

ninguno otro cabe destacar el carácter social y no individual que le da a dicha ley moral:

En primer lugar por lo que respecta a que es una “ordenación”, cabe mencionar, que en efecto, una ley es una orden o mandato. Nótese que la palabra orden significa, en general, la correcta disposición de las partes en el todo. La ordenación es pues, una indicación para disponer las cosas en su correcto lugar. En otras palabras, actuar conforme a la ley significa asumir el puesto que le corresponde en relación, con los demás hombres y consigo mismo. Quien actúa conforme a la ley que manda respetar a los padres, por ejemplo, está colocándose en el puesto que le corresponde en cuanto hijo de familia. Es decir, cumplir con una orden es lo mismo que colocarse en orden.

Según Gutiérrez Sáenz, “Es digna de notarse la cualidad del orden en la ley. Lo que más llama la atención en ciertos ambientes, al tratar acerca de las leyes, es su carácter imperativo e inclusive impositivo. Sin embargo, la orden (en tono imperativo) sólo se justifica en función del orden (en tono indicativo).”⁴¹

Ahora bien, en segundo lugar, por lo que respecta a la “razón”, se puede decir, que esto significa, que la fuente u origen de la ley es la razón. Solamente así se garantiza una correcta legislación, con carácter universal. Aquella ley que, de hecho, esté originada en otra facultad humana (como la pasión por ejemplo), corre el riesgo de perder su validez, si acaso no está acorde con la razón. El despotismo de las autoridades que mandan sin fundamentar realmente un beneficio a sus atribuciones y decisiones, sin ninguna razón positiva que sustente el mandato, queda, con esto, fuera de toda justificación.

⁴¹ Raúl Gutiérrez Sáenz, *Introducción a la Ética*, p. 198

En tercer lugar, respecto de la “promulgación”, se puede decir, que esta palabra significa: dictaminada o publicada (dar a conocer). Esta promulgación puede ser explícita (como en el caso de las leyes positivas) o simplemente implícita (como en el caso de la ley natural), de tal modo que el hombre tiene que descubrirla tal como está inscrita en la misma naturaleza humana.

Por lo que respecta a decir “para el bien común”, aquí está la finalidad propia de la ley moral. No se trata, pues, de beneficiar exclusivamente a la autoridad o a un sector de los súbditos, sino a la comunidad en general, aún cuando esto implique el sacrificio de ciertos bienes particulares.

Es necesario tomar cabal conciencia de esta cualidad de la ley. Si, de hecho, abunda la gente que experimenta cierta fobia ante la ley, esto se debe (al menos, en la mayor parte de los casos) a la oscuridad en que han vivido respecto a la finalidad de un mandato. Claro está que las circunstancias concretas han dado pie a esa oscuridad, pues más de alguna ley se ha dictado para beneficio de la propia autoridad. Sin embargo, la auténtica ley debe estar siempre apuntando hacia el beneficio de la comunidad. Esto último da la pauta para terminar de concretar la diferencia entre la ética y la moral, ya que la primera es individual y la segunda colectiva, pues es dictada por la sociedad en su conjunto para ser aplicada a la sociedad en su conjunto.

Y, por último se analizará la parte de la definición correspondiente a “por quien tiene el cuidado de la comunidad”, ya que esta última parte de la definición de ley moral, indica quien es la persona que debe dictar leyes. Efectivamente, la autoridad, el jefe de la comunidad, aquél que ha asumido la responsabilidad de preocuparse por el bienestar de la sociedad, ése es el más indicado para dictar las leyes correctas, en función del conocimiento que debe adquirir acerca de las necesidades de los gobernados.

Estas son, pues, las cualidades que ha de tener una ley moral. En la medida que carezca de ellas, pierde su validez como ley moral. Nótese que todas estas características, constituyen diversas facetas de una sola cualidad: el carácter racional de la ley. Cuando falta una de ellas, también las demás quedan truncadas. Si una ley no está encaminada al bien común, es que no está originada en la razón. Y, si no está originada en la razón, difícilmente expresará un orden. Con base en esto, es válido refutar a las posturas que niegan la relación entre el Derecho y la Moral, por considerar que ésta última es subjetiva e irracional, pues las características de ésta última, muestran todo lo contrario: su racionalidad y su finalidad que es el bien común, por tanto si se relaciona a la ley jurídica con la ley moral, se encontrarán grandes similitudes y ayudas mutuas para lograr ambas leyes su objetivo fundamental que es llevar al hombre a un bienestar colectivo.

2.3 La obligación moral.

Es necesario estar de acuerdo acerca de lo que se entiende por obligación moral, para poder saber en qué se fundamenta la ley moral y analizar el grado en que efectivamente obligan algunas leyes. Pues, lejos de ser una presión originada en la autoridad, o en la sociedad, o en el inconsciente, o en el miedo al castigo, la verdadera obligación moral es de tipo racional. Se define así: "Es la presión que ejerce la razón sobre la voluntad de la sociedad, enfrente de un valor."⁴²

Cuando una persona capta un valor con su inteligencia, se ve solicitada por dicho valor, y entonces la inteligencia propone a la voluntad la realización de tal valor, pero, la inteligencia presiona suavemente, sin suprimir el libre albedrío; simplemente, ve una necesidad objetiva, y como tal la propone a la voluntad para su

⁴² Juan Carlos Suárez Villegas, ¿Hay obligación moral de obedecer al derecho?, p. 81

realización. Se trata de una exigencia propia de la razón, con fundamento en un valor objetivo, pero nacida en lo más íntimo y elevado de cada hombre: su propia razón. Es, por lo tanto, autónoma y no incompatible con el libre albedrío.

Esta descripción coincide con las expresiones corrientes: “actuó por propio convencimiento”. Efectivamente, cuando una persona ha captado un valor, es ella misma quien se impone obligaciones, se compromete consigo misma, actúa de modo espontáneo, no tiene necesidad de que otros la empujen en determinada dirección, pero aún sabiendo esto, siempre habrá inconformidades entre las distintas personas, por ello se aplica el derecho, como único medio legítimo de la coacción o coercitividad en uso de la moral; pues si se dejara todo a la voz de la conciencia, esperando se actúe correctamente como lo indican los parámetros de la ética, entonces la moral social no sería respetada, pues cada uno actuaría conforme a sus propios intereses, olvidando respetar a los demás, o bien el derecho que éstos también poseen.

Lo ideal en el actuar social para vivir conforme a los parámetros de una moral que sólo busque el beneficio a nivel general para obtener paz, tendría importantes aplicaciones en la práctica, por lo menos en el plano de la educación que tanta falta hace (pues ésta no sólo es la preparación profesional, sino la educación del comportamiento consigo mismo y con los demás en el plano humano, que en síntesis sería educar con principios morales sólidos que obviamente buscan, un beneficio), pues con ésta se intentaría lograr que una persona haga lo que debe hacer por sí misma, aunque en la actualidad esto suena cada vez más utópico, pues hoy en día se necesita más de la fuerza o imposición de penas, para evitar que se sigan haciendo daño los unos a los otros.

La cuestión de la educación, para la vivencia de una moral y de un equilibrio y paz social, en gran medida debe ser implantada en la educación del niño y del

adolescente. La razón es que el hombre no sólo es razón, sino que también es pasión, cuenta con un temperamento que es necesario domar. La razón debe tratarse con razones, y mientras el resto de las facultades no se someta a la razón, se deben utilizar procedimientos auxiliares que ayuden al cumplimiento del deber, como el derecho.

2.3.1 El fundamento de la obligación moral.

La base de la obligación, tal como se ha expresado, es la razón frente a un valor. En opinión de Raúl Gutiérrez Sáenz: “el fundamento próximo de la obligación moral es el valor, no sólo en el plano subjetivo, sino que también en el plano objetivo.”⁴³

La idea expresada por Gutiérrez Sáenz, apoya el dicho sostenido en el primer capítulo, al hacer mención que la moral no sólo se compone de aspectos subjetivos, sino que es más objetiva de lo que se piensa. Ya que sucede que la ley es la expresión de un valor (un bien a la comunidad), originado en la razón. Luego, la ley tiene en sí misma, de un modo intrínseco, la cualidad que produce en el sujeto de recta razón el sentimiento de obligación, esto es lo que se llama la obligatoriedad de la ley, propiedad típica y que se deduce a partir del valor por ella expresado.

En otras palabras: el hombre, con su razón, trasciende el plano de los hechos y percibe el valor de las leyes; con esto se impone a sí mismo una obligación o exigencia de tipo racional, sin menoscabo de su libre albedrío y de su autonomía (pues la ética indicaría según el dictado de su conciencia lo que se debe hacer en sentido positivo, que será para su bienestar, que es lo que a nivel general busca la moral). He aquí la fundamentación de la obligación moral.

⁴³ Raúl Gutiérrez Sáenz, Op. cit, p. 201

Si por obligación se entiende la coacción externa, no hay mérito ético, pero sí moral, porque esta última busca lo mejor para sí, pero al mismo tiempo también busca lo mejor para los demás, o por lo menos respetar la vida, las necesidades y el derecho de los que lo rodean.

De lo dicho se concluye que el valor moral es obligatorio, bajo el primer principio de la razón práctica que reza: “hay que hacer el bien y evitar el mal”. Es decir, el bien obliga, y como imperativo categórico, incondicional, no como un simple consejo. Sin embargo, puede darse el caso de que existan varios caminos a elegir, y todos ellos permanezcan dentro del valor moral. En tal caso, la voluntad no está obligada a elegir el de mayor valor; sólo está obligada a elegir entre esos caminos y desechar el que no esté investido de valor moral.

Pero, cuando se da el caso de que sólo un camino esté investido de valor moral, de tal manera que los demás lo excluyen definitivamente, entonces la voluntad debe escoger ése único camino y desechar los demás. Este es el caso que comúnmente se trata al referirse al tema de la obligación, en cuanto a elegir el bien y desechar el mal, y aunque esto parezca una cuestión de enfoques, se tienen especificaciones concretas que se explicarán en el siguiente punto.

2.3.2 El problema de la diferencia entre lo bueno y lo malo.

Existen muchas interrogantes respecto del tema de la diferenciación entre lo bueno y lo malo, como por ejemplo, ¿Cómo se puede distinguir objetivamente lo bueno y lo malo?. Es decir, ¿Qué diferencia objetiva existe entre un acto bueno y otro que se dice malo?. O, acaso, ¿No hay diferencia objetiva, y todo depende de las personas que juzgan conforme a costumbres, educación, conveniencias o imposiciones?. La

solución de estos problemas es capital en la vida de cada uno, y por supuesto para el problema de la relación entre el derecho y la moral.

Quien de verdad está convencido de que todo es lo mismo y que no hay diferencia entre lo bueno y lo malo, seguramente llevará a cabo una conducta muy diferente a la de aquella persona que esté convencida de lo contrario. Y por supuesto, aún dentro de esta última posición todavía hay muchas variantes, pues algunos juzgan lo bueno y lo malo con un criterio que para otros resulta equivocado, o al menos insuficiente. De lo cual puede inferirse un nuevo problema que sería el problema de la norma de moralidad, en donde podría estar la solución para saber ¿Cuál es el criterio correcto para juzgar el bien y el mal?.

Se podrían señalar desde luego, algunos de esos criterios, que de hecho se utilizan en la vida diaria, para hacer notar enseguida la utilidad que presten y la insuficiencia de que adolecen ante ciertos casos prácticos. Por ejemplo en opinión de, N. Mac Cormick, dichos criterios podrían ser: "el actuar conforme a la conciencia, o bien de acuerdo con la propia utilidad, o la intuición del momento, etc."⁴⁴

Para algunos basta actuar conforme a las leyes. Actuar de acuerdo con la ley es actuar bien, y por lo tanto ya no insisten más sobre este asunto. Desde luego que en la mayoría de los casos este criterio es suficiente, pero se les puede plantear la siguiente pregunta: ¿con qué criterio se hacen buenas leyes?, o ¿acaso todas las leyes son buenas?.

El criterio definitivo para juzgar lo bueno y lo malo debe ser mucho más amplio que la adecuación con la ley (aunque se deba suponer que el bien común justifique la imposición de leyes). Hasta se podría objetar contra dicho criterio (como lo hizo

⁴⁴ Juan Carlos Suárez Villegas, Op cit, p. 74

Kant), que hay personas que cumplen la ley de tal manera que su valor ético deja mucho que desear (se dijo valor ético, más no moral, porque el moral se ve cumplido en la coercitividad del derecho para buscar el bienestar de forma colectiva, no sólo individualmente); cumplen materialmente, pero su intención es torcida, interesada, caen en un puro legalismo; en fin, carecen de valor ético, aunque de algún modo el legal es el valor moral porque se está viendo que se cumpla aún en contra de la mala voluntad de no cumplir con lo que se debe hacer.

Como se puede ver, el criterio de moralidad, el criterio verdaderamente apto para juzgar lo bueno y lo malo, tiene que estar basado en la validez universal de las normas morales, al analizar si las normas morales son fijas o cambian con el tiempo; pues, es éste, uno de los mayores problemas de la ética y de la moral en sí.

El tema de la fijación o cambio de las normas morales provoca una constante discusión entre filósofos, sociólogos, juristas y personas en general; pero no faltan algunos, aunque sea por esnobismo o por darse aires de saberlo todo, que inmediatamente lo resuelven en el sentido del "relativismo moral", es decir, afirmar que todas las normas morales son cuestión de costumbres o de necesidades que van cambiando con el tiempo, con el lugar y con las personas. Cada uno debe hacerse sus propias normas. No hay formas efectivamente universales; cada caso es distinto al otro y, por lo tanto, no admite la misma regla de solución".

El relativismo moral ha sido muy socorrido en estos tiempos. Algunos llegan hasta el amoralismo, que en la práctica se realiza como una completa indiferencia hacia toda norma moral. El existencialismo es la bandera que han adoptado éstos para apoyarse en su vida amoral. Pero en el desarrollo de este trabajo, se estudiará a fondo el asunto para analizar si tienen razón los que pretenden desligarse de la moral y de sus normas **invariables**. Y se le da este carácter en virtud de que la moral busca que

se respeten las costumbres, valores, cultura y educación de una sociedad determinada, para prevenir que por la imitación de conductas de otras sociedades completamente distinta a la que imita, sobre ideas a las cuales no se está arraigado o en las cuales no se cree, permitan (legitimando o legalizando) dichas posturas que en lugar de propiciar beneficios, degradan al hombre.

2.4 El papel de la legalidad del sistema jurídico partiendo desde el punto de vista moral.

Toda legislación, ya prescriba acciones interiores o exteriores, involucra siempre elementos como son la existencia de una ley, que presenta como objetivamente necesaria (desde el punto de vista moral) la conducta cuya realización se exige del sujeto y; un móvil, que subjetivamente une a la idea de la ley un principio capaz de determinar a la voluntad en sentido de lo establecido.

En opinión del maestro García Maynez “cuando el motivo que impulsa a cometer o ejecutar la acción es el mero respeto al deber, la conducta es valiosa, y puede atribuírsele la nota de **moralidad**. Si la conducta concuerda con la norma, y el móvil del sujeto no es el respeto a la exigencia ética o moral, sólo cabe hablar de **legalidad**”.⁴⁵ Así entonces, la legalidad de un proceder consiste en la mera realización externa del acto a la norma; su moralidad, en la concordancia interna; esto último no significa que la moral no sea, ni deba ser exteriorizada, porque si una norma no proporciona la satisfacción de necesidades o va en contra de respetar los valores fundamentales como la paz social y el bien común, entonces esa norma además de ser inmoral, no debería ser catalogada como legal, porque la legalidad busca siempre la

⁴⁵ Eduardo García Maynez, Ética, p. 165

justicia, y una norma que no respete dichos valores no puede ser justa, por lo tanto no debe ser considerada como legal.

Los principios establecidos entre legalidad y moralidad han sido utilizados para distinguir a las normas jurídicas de los imperativos éticos, aunque esta distinción ha sido radical, lo que en consecuencia ha entorpecido la aceptación de una relación íntima y necesaria, entre el derecho y la moral, pues según la concepción del filósofo Raúl Gutiérrez Sáenz “la **norma ética** es aquella que hace de una acción un deber y del deber un móvil; **norma jurídica**, en cambio, es la que admite móviles distintos del mero respeto a la exigencia normativa, con tal de que ése móvil se cumpla”⁴⁶. Pero, debería de hacerse la aclaración, acerca de que si la norma jurídica admite móviles distintos del mero respeto a la conducta normativa, sería en casos específicos y no en la generalidad de las normas jurídicas.

Para que el deber moral quede acatado no basta la simple ejecución de lo que el precepto ordena, se requiere además, que el móvil de la persona sea la observancia del deber por el deber mismo. Las normas jurídicas quedan cumplidas cuando el obligado hace lo que éstas prescriben o bien en su caso dejar de hacer lo que éstas prescriben que debe evitarse, sea cual fuere el motivo determinante, ejemplo tan utilizado de ello es, cuando el deudor que devuelve a regañadientes lo que le había sido prestado, cumple con la ley, a pesar de que el móvil de su conducta no es la observancia del deber por respeto a la norma de derecho; no sucede lo mismo con el otro ámbito, porque la moral no se conforma con la simple exterioridad, sino que exige la rectitud de la intención. Aquí, surge una controversia, al decir que se debe esperar que todas las personas o miembros de una sociedad cumplan la ley con rectitud interna, y eso se considera imposible, pues precisamente existe el derecho para regir las conductas y dar a cada uno lo que le corresponda, que es el fin de la justicia, ya que en toda

⁴⁶ Raúl Gutiérrez Sáenz, *Antropología Filosófica*, p. 148

sociedad, siempre existirán las personas que infrinjan o violen el derecho ajeno, y para ellas el derecho se ejecuta de forma negativa, es decir se le aplican sanciones y no de forma positiva otorgándole del todo derechos (exceptuando el respeto a sus garantías procesales).

Los deberes jurídicos pueden ser acatados por simple respeto a la exigencia normativa, pero, en estos casos, la persona no sólo cumple con el derecho, sino que acata la ley moral o, en otros términos, observa aquéllos deberes por razones éticas. Desde este punto de vista, las obligaciones jurídicas aparecen ante nosotros como deberes jurídico – morales, por lo tanto desde este punto se da el inicio de una relación entre el derecho y la moral, pero surge una cuestión qué resolver, y consiste en saber si la sociedad ha perdido sus valores y sus pautas morales, se encuentran en decadencia, o bien si es el derecho, el que a causa de la desmoralización social, se encuentra él en el mismo estado; lo anterior, es de aclararse, que no significa que no exista la relación directa entre el derecho y la moral, que tanto se empeñan los juristas en negar.

Partiendo de las bases entre interioridad y exterioridad que diferencian a las normas jurídicas de las morales, deriva un segundo criterio distintivo: mientras las normas morales son incoercibles, las jurídicas pueden ser coactivamente impuestas. Muchos han asegurado que la Moral exige espontaneidad en su observancia, y si el obligado no obra en forma libre, en realidad no cabe hablar de cumplimiento; las normas jurídicas, por lo contrario, pueden quedar cumplidas con la voluntad, sin la voluntad, o en contra de la voluntad del obligado. Se requiere ser muy específico en las limitaciones que se deben de poner a las normas jurídicas al momento de hacerlas cumplir sin la voluntad o en contra de la voluntad del obligado, pues el legislador debe pensar sobretodo, en la seguridad y el bienestar de la colectividad, y analizar de fondo y a conciencia, cuáles serían los casos (independientemente de las sanciones)

en los que es indispensable imponer normas que vayan en contra de la voluntad de los obligados, porque de ello se desprenden graves conflictos.

El que lo expresado en el párrafo anterior sea posible, es consecuencia inmediata de la exterioridad que al derecho se atribuye; la interioridad característica de la legislación ética (más no moral) excluye, en cambio, toda posibilidad de observancia no espontánea, para no hablar de imposición coercitiva en un sentido desviado, porque, también cabe la posibilidad de que, el derecho como defensor de los principios morales fundamentales, sea el mecanismo que preste su fuerza de coerción, o bien de ejercer la monopolización de la fuerza, con tal de hacer que se cumplan los fines para los que fue creado el derecho, que son los mismos que persigue la ley moral.

Podría decirse que la legalidad de un sistema jurídico, no depende exclusivamente de crear a sus leyes bajo procedimientos legales, sino que dependen también de la validez de dichos preceptos ante los gobernados que acatan dichos ordenamientos, asimismo y si restar importancia, también de su vigencia.

2.5 ¿Puede ser un derecho legal sin ser auténticamente legítimo?

La pregunta sobre las relaciones entre moral y derecho acaba por desembocar en el problema de la justificación del poder de ejercer el Derecho dentro de un sistema jurídico que regule a una sociedad determinada, porque ese aparato de normas que organizan el uso de la fuerza que es el derecho no es sino un instrumento, el más explícito y directo, para el ejercicio del poder. La “justicia” del derecho se hace así coextensiva con la “legitimidad” del poder y, para no establecer los perfiles del problema de las relaciones entre el derecho y la moral en términos excesivamente

abstractos o particularmente orientados hacia puntos de vista tradicionales, parece preferible enfrentar la cuestión bajo el rótulo general de “legitimidad del sistema jurídico-político”.

“Norberto Bobbio cuestionó la ausencia de una distinción entre legalidad y legitimidad, por ello expresó que la **legalidad** tiene que ver con el ejercicio del poder, la **legitimidad** con el problema de quién tiene el derecho a ejercer ese poder”.⁴⁷

Sobre la noción de legitimidad se ha escrito abundantemente, incluso aparece hoy, como uno de los temas obligados tanto de la ética como de la teoría social, la filosofía política o la teoría del derecho. Por eso convendrá empezar por explicar una importante distinción que hace el jurista Juan Carlos Suárez Villegas quien usando la conocida división entre hecho/valor, “llama a las cuestiones de **hecho** relativas al problema, cuestiones de **legitimación**, y a las cuestiones de **valor** las llama cuestiones de **legitimidad**”.⁴⁸

“Legitimación”, es un término cuya referencia son hechos y tiene su máximo teorizador en Max Weber; manteniendo la tradición weberiana puede decirse de un sistema jurídico o de una institución que disfruta de legitimación cuando sus normas y principios son generalmente cumplidos y aceptados por los destinatarios en función del mundo de creencias compartido por ellos.

La adecuación o conveniencia de ese sistema o institución es asumida por los sometidos a sus pautas por su sintonía con los valores compartidos porque satisface razonablemente bien los intereses o necesidades de los mismos.

⁴⁷ Fernando Castañeda Sabido, *El uso y la práctica de la Ley en México*, p. 17

⁴⁸ Juan Carlos Suárez Villegas, *¿Hay obligación moral de obedecer al derecho?*, p. 74

Pero, como es evidente, la mera existencia de una institución “legitimada” no puede hacer obligatorias sus normas, por la razón de que la mera existencia de una moralidad positiva no puede pretender que sus imperativos estén justificados. La cuestión que ocupa este momento, no es una cuestión de hecho, sino una cuestión de valor, es decir de legitimidad.

“Legitimidad” es un término que hace referencia a un conjunto de valores, procedimientos, exigencias y principios que tratan de operar como criterios de justificación de normas, instituciones, acciones, etc.; si éstas normas o instituciones satisfacen esos criterios ante los que deban de cumplir los preceptos legales, entonces se dice que son legítimas. Por esto se usa legitimidad como un equivalente amplio de la idea de justicia o justificación ética, y sistema jurídico - político (o gobierno) legítimo como equivalente igualmente amplio de sistema jurídico - político justo o gobierno justo.

“Jürgen Habermas, ha cuestionado la idea de que la legitimidad del derecho dependa únicamente de sus cualidades formales y de que se presuponga que éstas puedan ser racionales sin que se pueda hacer referencia a una razón práctica”⁴⁹; es decir, Habermas critica la idea de que el derecho posea una racionalidad propia independiente de la moral.

En la actualidad se afirma la idea de que la legitimidad del derecho, de un sistema jurídico se basa en la creencia en la legalidad del ejercicio de la dominación política. La dominación política adquiere su carácter por la creencia de que la legalidad de los órdenes establecidos y la de la competencia de las personas llamadas a ejercer la dominación, posee otra cualidad que la creencia en la tradición o el carisma. Esa otra cualidad consiste en una racionalidad intrínseca a la forma jurídica

⁴⁹ Fernando Castañeda Sabido, *Op cit*, p. 18

misma que garantiza la legitimidad de la dominación que se ejerce en las formas legales.

La idea expresada en el párrafo anterior, era también afirmada por Max Weber que concedía su respaldo a un concepto positivista del derecho, diciendo que: “derecho es aquello que el legislador político --ya sea que esté democráticamente legitimado o no- establece como derecho, conforme a un procedimiento jurídicamente legitimado”.⁵⁰ Bajo esta premisa, la forma jurídica no puede obtener su fuerza legitimante de una relación de parentesco entre el derecho y la moral.

Radicalmente se ha considerado que, el derecho moderno tiene que ser capaz de legitimar la dominación ejercida de una manera jurídica únicamente sobre la base de sus propiedades formales; se debe probar que éstas son “racionales”, sin que se pueda hacer referencia a una razón práctica en la moral, reconociéndole una racionalidad a la moral, porque muchos se la niegan.

Referente a lo anterior, Max Weber “aseguraba que el derecho posee una racionalidad propia independiente de la moral, incluso se atreve a afirmar que la falta de diferenciación entre derecho y moral representa un peligro para la racionalidad del derecho y, con ello, para el fundamento de la legitimidad de la dominación legal, dicho autor diagnosticó en algunos desarrollos que le eran contemporáneos, una moralización del derecho semejante, que es fatal, describiéndola como un proceso de deformación del derecho”.⁵¹

Pero, por otro lado, se afirma que un sistema jurídico – político tiene legitimidad o es legítimo cuando sus normas están dotadas de una cierta justificación

⁵⁰ David Sobrevilla, El derecho, la política y la ética, p. 14

⁵¹ Idem

ética aceptable. Tradicionalmente se ha buscado esa justificación en uno o muy pocos postulados o principios singulares que se creían capaces de ofrecer una base coherente para todo el sistema, pero la realidad es que esa pretensión se obstaculiza inmediatamente con el hecho de que los sistemas jurídicos contemporáneos son muy extensos y complejismos, es decir, están integrados por una inmensa cantidad de normas relacionadas entre sí por hilos muy tortuosos y complejos, y con una disparidad tal de contenidos y alcance que hacen ilusoria la pretensión de hallar para todas ellas una justificación unitaria.

Respecto de lo anterior, no es por tanto imposible, que se den en los derechos modernos, normas o grupos de normas cuyas respectivas justificaciones traten de satisfacerse apelando a principios incompatibles y que la tarea de proporcionar esa justificación constituya un delicadísimo y difícil trabajo de razonamiento práctico, una de cuyas manifestaciones exteriores (inmediata y poco elaborada) puede ser el debate político ordinario o la discusión moral.

Desafortunadamente, la legalidad moderna ya es un sistema que se autonomiza en el sistema de derecho, por ser tal y que no responde a ninguna lógica externa sea de justicia, de equidad o algún otro criterio ético o moral de racionalidad, sino a una lógica demasiado sistematizada, que lejos de generar integración, justicia e igualdad, produce marginación, desigualdad y tensión.

El interés que surge de la diferenciación entre legalidad y legitimidad nace básicamente del problema de la juridificación, que para muchos es el centro de la crisis por la que atraviesa el Estado Social. Asimismo, el problema del fundamento moral de la legitimidad de la legalidad moderna, el problema de la juridificación y el aumento de la discrecionalidad de la autoridad pública, permite hacer algunas

consideraciones del caso mexicano, que se analizarán con gran cuidado en el tercer capítulo.

Ahora bien, Habermas, realiza una consideración muy importante respecto de la conexión entre moral y legitimidad señalando lo siguiente: "la legitimidad de la ley moderna se funda en un formalismo ético, que tiene como principio moral la igualdad ante la ley. La dominación política que se ejerce bajo la forma de un derecho positivo obligado a fundamentarse, debe su legitimidad al contenido implícitamente moral de las propiedades formales del derecho".⁵²

Con base en lo expuesto por Habermas, cabe hacer mención de un comentario muy pertinente realizado por Fernando Castañeda Sabido y que puede ser uno de los fundamentos para aceptar la relación entre el derecho y la moral: "No es lo mismo que la racionalidad formal del derecho tenga un contenido moral a que se le dote de un fundamento moral".⁵³ Gracias a la anterior diferenciación, existe la posibilidad de que el sistema de derecho no procure exclusivamente la justicia, ni de presuponer un consenso moral, en opinión de Luhmann, pues existe la grave posibilidad de que las razones de la existencia del sistema de derecho no se encuentren en ninguna voluntad de justicia o de injusticia, pero sí se debe reconocer, por lo menos que, parte constitutiva de la legalidad y legitimidad modernas, en cuanto a su enunciación y aplicación, deben atender a la igualdad ante la ley, el cual es un asunto que puede y debe ser analizado, sin duda, desde un punto de vista ético y moral, a lo que Fernando Castañeda dice que "la pregunta es si la igualdad ante la ley adquiere su relevancia de su fuerza moral o de su eficacia para estructurar la política".⁵⁴ A lo que cabe responder que, evidentemente es de gran relevancia política, puesto que para poseer el poder, legítima y legalmente (esta legalidad, bajo los alcances de la legitimidad como

⁵² Fernando Castañeda Sabido, El uso y la práctica de la ley en México, p. 25

⁵³ *Ibid.*, p. 26

⁵⁴ *Idem*

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

aceptación natural o de convencimiento) se debe ser imparcial y tratar a todo por igual para evitar caer en luchas sociales, para obtener reconocimiento pleno a sus derechos ciudadanos; pero, indiscutiblemente su fuerza es eminentemente moral, pues si sólo fuera político, sería muy interesado y superficial.

Así entonces, se deduce que legitimidad y legalidad se implican mutuamente, sin que uno sea reducido al otro, y en caso de ser así, la legalidad tendrá que reducirse a la legitimidad, por el principio de mayorías, sino de lo contrario se cae en el supuesto de implantar legítimamente un poder, aunque no sea benéfico y sea impuesto a la fuerza cayendo en la dictadura perjudicial para todos los ciudadanos o por lo menos para los más desprotegidos económicamente hablando.

Ahora bien, se tiene que dejar muy en claro que, en cuanto a legitimidad del sistema jurídico, existen varias formas que aparentemente quieren dar justificación a la existencia y legitimación de un sistema jurídico para que posteriormente pueda ser legal, para lo cual se van a estudiar tres tipos de justificaciones, por considerarse las más relevantes, de las cuales, alguna tendrá que ser clasificada como la más adecuada por sus características o bien crear un compuesto de los tres tipos, en primer lugar se estudiará la justificación que se hace al monopolizar el derecho, el uso de la fuerza organizada, en segundo término se encuentra la justificación en la democracia, que aparenta ser la más justa, pero tiene sus huecos, que posiblemente puedan ser llenados al estudiar una tercera y última justificación basada en principios morales.

2.5.1 La legitimidad de un sistema jurídico justificado por la apelación al uso de la fuerza para lograr la paz y la seguridad social.

Dentro de estrategias teóricas propuestas que son frecuentemente utilizadas para justificar y legitimar las normas del sistema jurídico: en primer lugar se da la

apelación a la “seguridad”, la “paz”, la “certeza” en las relaciones sociales en una técnica sancionadora de control como es el derecho, que se cumple por el mero hecho de estar vigente, sin la posibilidad de prever mínimamente cómo va a ser el comportamiento interactivo de los demás sería imposible la vida en una sociedad compleja. Para ejemplo de lo anterior, basta recordar las explícitas palabras de Hobbes respecto de que “la vida del hombre sin normas jurídicas sería solitaria, pobre, sórdida, bestial y breve”.⁵⁵

La violencia es un fenómeno frecuente en la sociedad, Oscar Correas, estudioso de la ciencia jurídica define a la violencia “ como el uso de la fuerza física sobre el cuerpo de un individuo”.⁵⁶ Aunque cabe hacer la aclaración de que dicha violencia no es sólo física, sino de carácter denominado moral (aunque éste término no es muy adecuado puesto que este tipo de violencia se efectúa a nivel mental o de conciencia, lo que dista un poco de los alcances de la moral).

Este tipo de justificación (violencia organizada legítimamente), es la que se encuentra cercana a la idea de la capacidad monopolizadora de la violencia, de la fuerza física, que tienen el derecho; si el derecho, como se ha manifestado, es un sistema de regulación del uso de la fuerza, su virtud inmediata radica precisamente en el hecho de que succiona la violencia privada de la sociedad civil e institucionaliza los criterios de uso de la fuerza en la convivencia, pues sin violencia privada, la convivencia es posible; con ella es imposible.

En opinión de Henri Bergson, “esta vía de justificación presenta evidentes puntos débiles, aunque al mismo tiempo plantea graves cuestiones éticas y sobretodo morales, ya que no hay que olvidar que son cosas distintas; su debilidad fundamental

⁵⁵ Fernando Torre L., Introducción a la filosofía del hombre y de la sociedad, p.97

⁵⁶ Fernando Castañeda Sabido, El uso y la práctica de la ley en México, p. 42

proviene de que el “orden”, en el puro sentido de no – violencia, es un valor puramente formal o, en todo caso, un valor instrumental, es decir, un valor que tiende a garantizar la pervivencia de un cierto estado de cosas, pero que no se pronuncia sobre su posible bondad”.⁵⁷

El hecho de que en una comunidad humana las relaciones interindividuales se desarrollen en términos de paz exterior no quiere decir, que esas relaciones sean adecuadas en términos morales o inspiradas en criterios de justicia. Una sociedad esclavista, “ordenada” por normas jurídicas, o una sociedad con graves desigualdades, pueden ser sociedades externamente pacíficas, pero eso no autoriza a calificar a las normas jurídicas que las ordenan, de normas legítimas. Pueden ser, y de hecho son con relativa frecuencia, normas injustas, por la utilización de la fuerza que monopolizan, porque el núcleo de la cuestión no es que la violencia esté organizada, sino cómo está organizada para servir a exigencias de moral y ética política y social, que están más allá del puro hecho de la organización.

Sin embargo, cabría preguntarse si, como se pretende a veces, la exclusión de la violencia es un prerequisite necesario para la realización ulterior de otros valores sean los que sean. Quienes tratan de negar la legitimidad al derecho de rebelión afirmarían que, en efecto, en un contexto en que cada cual pudiera imponer violentamente lo que considera su propio derecho, sería imposible dar el paso hacia una convivencia articulada con criterios morales básicos. Por el contrario, aquellos que desean mantener la idea de que en una situación de flagrante injusticia general los miembros de una comunidad tienen el derecho de levantarse en armas contra el tirano, no podrían afirmar que la violencia es siempre ilegítima. En este caso, el sistema jurídico – político no se legitima por el puro hecho de imponer la paz, antes al

⁵⁷ Henri Louis Bergson, Las dos fuentes de la Moral y de la Religión, p. 34

contrario, sería precisamente el recurso a la violencia lo que estaría dotado de una legitimidad inicial.

Existe un argumento de Hobbes, respecto del tema que ocupa este punto de la justificación de la legitimación de los sistemas jurídicos, que sin hacer expresa apelación a la violencia y a la paz, relaciona la legitimidad del sistema jurídico con problemas sociales de organización y con problemas relativos a lo que se denominan “bienes públicos”; dicho argumento, explica a grandes rasgos, que hay acciones colectivas, como la circulación de automóviles o el tráfico mercantil, que sólo son posibles si todos los participantes se comportan de la misma manera, es decir, si desarrollan una conducta uniforme sea ésta cual sea.

Circular en automóvil por la parte derecha o circular por la parte izquierda es, seguramente, indiferente, pero lo que es necesario para hacer posible la circulación es que todos circulen de la misma manera, y para ello un sistema que, como el derecho, sancione a aquellos que rompen la uniformidad, se justifica por sí solo, se legitima en la medida en que hace posibles conductas colectivas cuya organización es necesaria para la convivencia o la supervivencia misma.

Algo parecido a lo expresado, sucede con los llamados “bienes públicos”. Se denominan bienes públicos aquellos que cualquier miembro de la colectividad disfruta aunque no haya contribuido personalmente a su producción satisfaciendo costo alguno; son bienes necesarios, como la defensa o el cuidado del medio ambiente, pero el típico egoísta sufre la tentación permanente de no contribuir a su costo, dado que si los demás aportan su contribución, él va a disfrutar del bien gratuitamente. Las ventajas son tantas que se llega a afirmar que la conducta del gorrón, parece más racional e inteligente que la del resto que sí contribuyó. Pero el problema es que, si se generaliza esa inclinación, el bien público puede desaparecer; y

una técnica sancionadora de disuasión como es el sistema jurídico se justificaría o legitimaría precisamente en la medida en que, el desalentar al que no contribuye a lo que los demás que benéficamente sí contribuyen, asegura la existencia del bien público.

Estos argumentos son relevantes, pero seguramente tampoco son definitivos, ya que funcionan solamente si la conducta social que se organiza mediante normas o el beneficio público que se estimula, están dotados, efectivamente, de una justificación ulterior, y no sólo porque se trate de una pura coordinación de conductas. La organización, la coordinación de conductas o la dimensión pública de un cierto estado de cosas no constituyen por sí mismas, situaciones éticamente valiosas, y por lo tanto valen para ellas los mismos argumentos que se han mencionado para conceptos como el de "seguridad" o "certidumbre".

Así las cosas, se deduce, una vez más, que el sistema jurídico no se legitima necesariamente por su capacidad organizadora o coordinadora, sino que, en todo caso, se legitima como algo dotado de valor instrumental respecto de otro u otros valores o bienes ulteriores a los que se pudiera llegar por medio de la organización, es decir, que el sistema jurídico en cuanto que jurídico no sería en sí legítimo, aunque lo podría ser como un medio para la consecución de un estado de cosas moralmente justificado. Y la violencia por muy organizada y legalizada que sea (para ser ejecutada por el Estado, no es el camino ideal para considerar legítimo el sistema jurídico que rige a la sociedad, pues se necesita más para convencer a los ciudadanos de acatar la ley, se requiere que sientan un beneficio en su cumplimiento y sólo quedan dos opciones, las cuales se analizarán a continuación.

2.5.2 La legitimidad de un sistema jurídico justificado por la apelación a la democracia.

Una segunda estrategia teórica utilizada para dar cuenta de la legitimidad de los sistemas jurídicos ha sido la apelación a la democracia y, más en particular, la apelación al principio de decisión por mayorías. Si, como ya se ha visto, es preciso salir de la pura legalidad para buscar un conjunto de valores y principios que justifiquen esa legalidad, es decir que legitimen el sistema jurídico – político, la estrategia que ahora se va a examinar, apela para ello a un cierto procedimiento de toma de decisiones, el proceso mayoritario, para llevar a cabo esa tarea.

En términos generales la posición a que se hace referencia en el párrafo anterior, viene a exponer que el sistema jurídico está legitimado cuando sus normas son el producto de una decisión mayoritaria. Esas normas pueden ser un producto directo de la mayoría, por ejemplo, un referéndum sobre el divorcio; o un producto indirecto de la mayoría, por ejemplo la elección por mayoría de un legislador. En ambos casos, un sistema jurídico compuesto de normas que pudieran mostrar ese origen, sería un sistema legítimo. En esta posición, como es notorio, es la aplicación al problema del viejo concepto político de la “legitimidad de origen” del poder político a diferencia de la llamada legitimidad de ejercicio; pero el problema que tiene es que, si se somete a un escrutinio un poco detenido, no parece resistir demasiado.

Una decisión individual es correcta o está justificada, no en cuanto que es una decisión, sino en cuanto que está fundada en razones de un cierto tipo (que pueden ser morales, éticas, prudenciales, técnicas, etc.). Una decisión colectiva no es más que un agregado de decisiones individuales o, si eso resulta más claro, una decisión tomada simultáneamente por un agregado de individuos; pero si una decisión individual no incorpora, en cuanto que tal, justificación alguna, parece difícil ver de qué modo

pueda incorporarla un agregado de decisiones individuales. Agregar arbitrariedades o errores no puede tener como resultado sino una arbitrariedad o un error colectivo.

Dejando a un lado algunos problemas lógicos, la agrupación de decisiones o, bien la mayoría de las decisiones, no otorga justificación alguna. Esto es lo que suele aludirse cuando se dice que las mayorías también se equivocan; si se equivocan, entonces no se ve muy claro por qué hay que considerar sus decisiones como legítimas. Una decisión equivocada, es decir, injustificada o incorrecta, no puede simultáneamente ser considerada legítima, es decir, justificada o correcta. Si se estuviera atenido exclusivamente a afirmar que sólo las decisiones mayoritarias correctas o certeras eran legítimas, entonces el criterio de las mayorías sería superfluo porque la legitimidad les vendría a esas decisiones de su corrección o verdad y no de su carácter mayoritario.

Ante estas dificultades se han desarrollado ciertas argumentaciones adicionales que tienden a atenuar la contundencia de la afirmación anterior. Una de esas argumentaciones, por ejemplo, alega que la decisión por mayorías no lo puede hacer todo; hay cosas que las mayorías no pueden decidir sin traicionar su propia base de sustentación, en particular no pueden eliminar o callar a las minorías porque si llegan a hacerlo, entonces se carecería de un criterio fidedigno para saber quiénes son en realidad mayoría.

Por lo tanto una "regla constitutiva" del principio democrático es la confrontación pública de las decisiones para saber cuáles son realmente mayoritarias, y otra regla constitutiva de ese principio, que no es sino una afirmación seguida de la anterior, es que todos los participantes, y por tanto, también las minorías, tienen que disfrutar del máximo de libertad de discusión y expresión, porque de lo contrario difícilmente podría hablarse ni siquiera de decisión individual, mayoritaria o

La segunda objeción es de otra naturaleza, y consiste en la simple y llana percepción de que cabe dentro de lo posible y no ha sido muy infrecuente a lo largo de la historia que sectores de normas de un sistema jurídico producidas de acuerdo con ese procedimiento resulten manifiestamente injustas y, llevando las cosas a sus extremos, cabría así pensar en un sistema jurídico legítimo e injusto al mismo tiempo.

Cualquiera que sea el alcance que se quiera dar a la noción de legitimidad, es de parecer, que en todo caso tiene que ser incompatible con el de justicia; es cierto, que se podría establecer una definición que estipule la "legitimidad" como lo resultante de un principio mayoritario, pero si ello fuerza a reconocer como legítimos sistemas jurídicos discriminatorios, machistas, racistas, etc., simplemente porque sus normas hayan sido emanadas de un cierto procedimiento, entonces se tendrá que concluir que, al menos por lo que respecta a los asuntos que se están tratando de aclarar, tal criterio de legitimidad sirve para muy poco.

Sin embargo, pueden desarrollarse otras vías para defender el procedimiento de decisión por mayorías, porque aunque como tal procedimiento no garantice que el sistema jurídico de él emanado sea un sistema legítimo, la utilización del mismo para crear las normas del sistema jurídico parece en principio más adecuada que la de cualquier otro. La primera de esas vías, histórica y tradicional, es la apelación a la soberanía popular, cuyo vehículo más idóneo sería la decisión mayoritaria; el argumento es sencillo, si son los ciudadanos los que deciden qué normas jurídicas quieren, entonces son ellos los que las autoimponen, los que se obligan a sí mismos respecto de ellas, con lo que el procedimiento de elección soberana salva uno de los rasgos básicos del discurso moral, que es la autonomía individual, para lograr así la estabilidad social en forma democrática.

En este sentido la decisión por mayorías es, como un procedimiento, una salvaguarda de un principio moral fundamental; este argumento, sin embargo, tiene muchas dificultades; la principal de ellas es que tiende a exigir la unanimidad en las decisiones, porque una característica de las normas jurídicas (o de los poderes políticos) es que se aplican a todos los ciudadanos, tanto a aquellos que han votado por su realización como a aquellos que se han opuesto a ellas. Si la justificación de la decisión mayoritaria es la protección de la autonomía personal, entonces se debe concluir que los que no participen en el proceso o los que hayan votado en contra no se ven concernidos por él, simplemente porque no se han “autoobligado”; sin embargo, las normas les son aplicables igualmente a ellos.

Hay una segunda vía de argumentación que parece más sólida para justificar la prioridad del procedimiento de decisión por mayoría como sistema de producción de las normas jurídicas. Todo el universo de la ética parece descansar en el reconocimiento originario de la esencial igualdad moral de los seres humanos. Como seres morales, como individuos dotados de una determinada dimensión moral, todos los seres humanos son considerados iguales.

“La regla de oro que reza: ‘No hagas a los demás lo que no quieras que te hagan’, el imperativo categórico, el principio de universalización de los juicios morales, etc., son versiones de esa idea básica que rige la vida moral. Pues bien, cualquier norma o institución que, en el ámbito de su especialidad, opere reconociendo esa igualdad originaria, estaría inicialmente dotada de una dimensión ética”.⁵⁹

Así entonces, cuando se trata de una institución cuya función es articular una decisión colectiva sobre qué normas jurídicas o qué poder político – jurídico son

⁵⁹ Francisco Laporta, Entre el derecho y la moral, p 80

implantados en una comunidad, la única institución que considera a todos los miembros como iguales es el procedimiento de decisión colectiva por mayoría, y ello porque se trata de un procedimiento que atribuye igual valor a la decisión de cada uno de ellos.

Sólo en el procedimiento de decisión por mayoría simple cada uno de los votos tiende a poseer el mismo valor, y los votantes tienden a ser tratados como iguales. Es por tanto un procedimiento que traduce a su ámbito de aplicación aquel principio ético de la igualdad moral de todos los seres humanos como personas; y en la medida que una institución está justificada cuando se fundamenta en un principio moral de esas características, entonces el procedimiento de decisión por mayoría está justificado y, podría decirse, que las decisiones que surgen de él encuentran una inicial legitimidad en esa justificación.

Como se ve, poco a poco parece ir imponiéndose la idea de que un sistema democrático es un sistema jurídico **legítimo**. El proceso jurídico – político articulado en torno al principio de decisión colectiva por mayorías supone la incorporación al derecho de algunos componentes morales básicos. En particular, el reconocimiento de cada uno como agente moral igual a los demás en materia de decisión jurídico-política y la exigencia ética de la autonomía individual reflejada en un conjunto de libertades (que pueden ser de expresión, de elección, de propuesta, etc.), como requisitos simultáneos al proceso de toma de decisiones; no está de más, recordar a este respecto que la idea de un conjunto de individuos libres y racionales que se reconocen entre sí como agentes morales iguales que existen hoy con fuerza en las teorías que tratan de suministrar un fundamento a los enunciados morales.

Según Juan Carlos Suárez Villegas “la posición original de Rawls, la comunidad ideal de diálogo de Habermas, la ética de procedimiento de Alexy, pueden

ser importantes ejemplos de un punto de vista que sugiere con fuerza la idea de la justificación procedimental de la ética. Y en este sentido el procedimiento democrático ha sido a veces considerado como un sucesor de la argumentación moral, o como una secuencia que tiende a producir normas jurídicas moralmente justificadas, es decir, como un procedimiento que trata de organizarse a sí mismo en función de la calidad moral de las normas que emana”.⁶⁰ No obstante lo anterior, parece apresurado considerar esos rasgos procedimentales como suficientes por sí mismos para reputar un sistema democrático como sistema jurídico legítimo.

Como se recordará, se llamaba la atención sobre la extremada complejidad de los ordenamientos jurídicos modernos, y se alertaba sobre la pretensión de suponer que un principio unitario pudiera suministrar razones morales suficientes para legitimar todas las normas de un sistema jurídico; esto es algo que viene al caso aquí, porque, como ya se ha dicho, se puede encontrar con el hecho de que un sistema jurídico “legítimo de acuerdo con este criterio contenga, sin embargo, un contingente de normas injustas, y ello porque la justicia del procedimiento democrático no garantiza necesariamente la justicia de las normas que emanan de él, porque cabe la posibilidad de que no haya otras alternativas a elegir, y forzosamente se tendrán que decidir por una de ellas, evidentemente ganará la que tenga el número superior de mayoría, pero, efectivamente, no por ello es la más justa, o la más adecuada esto suele darse con mucha frecuencia en los sistemas positivistas, donde la justicia no siempre está en las normas vigentes, pero por no existir otras que sí se adecuen al caso o que si sean justas, entonces se aplican, sirvan o no.

Para hacer más obvio este problema, se recurre a la distinción entre “legitimidad” de las normas y “justicia” de las normas, pero no parece una distinción convincente. Una norma jurídica justa no pierde un ápice de su fuerza moral por haber

⁶⁰ Raúl Hernández Vega, *Op cit.*, p. 93

sido dictada mediante un procedimiento no democrático; igualmente, una norma jurídica injusta no gana un ápice de fuerza moral por haber sido emanada de un órgano perfectamente representativo.

Lo anterior obliga a concluir que se tienen que buscar criterios éticos de justicia o justificación externos al proceso democrático mismo si se quiere resolver de una vez por todas las incógnitas. Y esto es, lo que alarma a quienes hacen un especial hincapié en la justificación democrática de los sistemas jurídicos; pero es una alarma que carece de fundamento porque, como se ha visto, el propio proceso democrático tiene que apelar, para justificarse, a principios éticos y morales externos a él, como lo son el de igualdad y el de libertad o autonomía individual. Es decir, el que los individuos (mayorías) puedan elegir libremente a sus gobernantes, por considerarlos honestos y competentes para desempeñar satisfactoriamente el cargo para el que se postulan y que les otorguen el ansiado bien común mediante la satisfacción de sus necesidades, es un gran avance, como lo que sucede actualmente en México, pues en las elecciones presidenciales del año dos mil, se dio un cambio radical, ya que el partido dominante (PRI), perdió las elecciones, “supuestamente gracias a la democracia”, el Partido Acción Nacional salió triunfante.

Hay esperanza en que se de un verdadero cambio y se mejore el nivel de vida con el nuevo gobierno gracias a la elección democrática en el grupo de personas que han de gobernar de ahora en adelante, sí, las esperanzas son muchas y las metas y promesas por cumplir no son menores que las primeras, pero nada ni nadie puede garantizar que la alternativa de cambio elegida mediante el voto libre de los ciudadanos, vaya a ser cierta y que cumpla sus promesas de mejorar las condiciones del país. Lo que indica que la democracia no es la forma única y precisa de legitimar el sistema jurídico, pues mientras no se acabe con la corrupción y se enaltezcan y

protejan los valores primordiales que dan entereza y dignidad al hombre, ningún partido político, o gobernante electo podrá cambiar la situación.

2.5.3 La legitimidad de un sistema jurídico justificado por la apelación a ciertos derechos básicos de los individuos concebidos como derechos morales anteriores al sistema de normas.

La información expuesta anteriormente, conduce a una tercera estrategia teórica diseñada para establecer la legitimidad de los sistemas jurídicos: Consiste en la apelación a ciertos derechos básicos de los individuos concebidos como derechos que son anteriores al sistema de normas jurídicas; si el sistema jurídico reconoce, protege y realiza efectivamente esos derechos morales, entonces, según este punto de vista, sería un sistema legítimo.

Según la Teoría jurídica dominante creada por Ronal Dworkin “los derechos morales, no sólo son concebidos como algo anterior al sistema jurídico, sino que, en relación con el criterio anterior, son concebidos también como algo que no está sujeto al juego de las mayorías, es decir, si un individuo tiene un derecho moral básico, ese derecho debe ser respetado incluso aunque la mayoría absoluta de la comunidad pretenda tomar una decisión que lo viole”.⁶¹ (esta es una causa más de lo negativo que sería legalizar la moral, hacer válidas las pautas de moralidad positiva vigentes en una colectividad).

Las mayorías tienen así, según ese criterio, un límite importante en la existencia de derechos morales individuales; o, si se prefiere expresar de otro modo, los derechos morales básicos suponen para el individuo un veto automático respecto de las decisiones mayoritarias que traten de ignorar esos derechos básicos.

⁶¹ Francisco Laporta, *Op cit*, p. 84

c) Valores jurídicos instrumentales.- esta designación, es aplicada a los valores que corresponden a cualquier medio de realización de los de carácter fundamental y de los consecutivos. Se trata para expresarlo en una sola palabra, de los que los juristas germánicos incluyen en el término *Zweckmässigkeit*, traducido a, adecuación final o teleológica. Las llamadas garantías constitucionales y, en general, todas las de procedimiento, valen instrumentalmente en la medida en que fungen como medios de realización de valores de cualquiera de las otras dos especies".⁶³

Nuestra sociedad es, sin duda, una sociedad individualista, esto es, en la que el valor básico de la convivencia viene representado por el desarrollo de la libertad individual, de ahí que tal sociedad sea moralmente heterogénea. A pesar de eso, como decimos, mantiene determinados valores comunes, tales como son todos aquellos que garantizan el desarrollo del valor básico que es la libertad personal: tolerancia, pluralismo, igualdad, etc.

Los valores sociales se expresan por medio de las pautas y las normas sociales; así como también en las normas jurídicas. La regularidad de la conducta expresa una determinada manera de actuar que generalmente se considera conveniente por el resultado beneficioso que produce; cuando la regularidad se transforma en norma, es que el grupo da mayor importancia aún a la pauta de conducta adoptada. El valor va inmerso, pues, en la misma norma social, la cual no es sino una expresión concreta de aquél.

La generación de la norma social responde a la idea de concretar un determinado valor; ahora bien, de esto no puede desprenderse que las normas sociales sean expresión de valores que todos dan por buenos. El valor socialmente dominante puede ser detestado por varios o muchos miembros de la sociedad, por ejemplo, las

⁶³ Eduardo García Maynez, Filosofía del Derecho, p. 439

pautas de conducta racistas expresan el “valor” del racismo, según el cual es bueno para la sociedad mantener la segregación racial en atención a la superioridad de unas razas sobre otras; tal idea puede ser contemplada por muchos (y de hecho así sucede) como un auténtico “disvalor”, esto es, como lo contrario de lo que debe perseguirse en una sociedad justa. Pero aún así, las consideraciones sociológica y jurídica no entran a valorar el contenido de los valores socialmente imperantes, sino que se limita a constatar su existencia y a explicarlos.

Cuando una sociedad está regida por “valores racistas”, será todo lo nefasta que se quiera, para algunas ideologías, sociedades o culturas pero habría que decir que sus valores son precisamente esos y no otros, entonces, lo que cabe aclarar en este sentido, es que no se pueden juzgar dichos valores, porque hay que comprender la cultura y la concepción de valores positivos o negativos que tenga esa sociedad específica, pues no es, que para los que practican dicho tipo de valores todo esté bien o todo esté mal, sino que su concepción de bien o de mal no es la misma para todas las culturas.

Los valores sociales, sean cuales sean, se concretan en las normas sociales y jurídicas, como medio de protección y que a la vez no son sino su expresión. De la investigación de las pautas de conducta predominantes en una sociedad puede desprenderse cuáles son sus valores reales. Las proclamas verbales y los documentos solemnes ante la comprobación sencilla de aplicar el principio que reza: “por sus obras los conocerás”, cuando por ejemplo, llama la atención el contraste entre la autoproclamación de una sociedad como defensora de la democracia o democrática y la realidad de las pautas de conducta injustas sean permanentemente perceptibles.

Los valores jurídicos son los valores de la moral social que el derecho hace suyos proclamativamente, esto es, activándolos por medio de las normas jurídicas. Su

fuerza propagandística es extraordinaria, pues el derecho dispone de mecanismos de propaganda únicos tal como su registro en la constitución o en otros documentos de gran alcance. Sin embargo, nuevamente aquí hay que decir que en la actualidad, el hecho de que la Carta Magna proclame determinados valores no quiere decir que dichos valores sean efectivamente reales en la sociedad, ni que los proclamantes los practiquen plenamente. Esto se entiende claramente, al plantear el hecho de que una sociedad, por ejemplo, es democrática no cuando lo dice su constitución, sino cuando lo es; y lo es, cuando las pautas de comportamiento político se ajustan al tipo de convivencia que se llama “democracia”. Y esto mismo es aplicable a los partidos; un partido no es democrático cuando lo dicen sus líderes (ya que ellos siempre lo dirán), sino cuando sus conductas políticas demuestren efectivamente que son dignas de aquel calificativo.

Entonces, el hecho de decir y pensar en que el derecho al prestar su mecanismo de imposición y propaganda a la moral para establecer las pautas morales a seguir por parte de los miembros de la sociedad, no significa que dicha sociedad y su respectivo sistema jurídico tengan correspondencia directa con la moral, sólo por dichos o suposiciones, sino que debe existir siempre una coherencia entre lo que se dice y lo que se hace, es decir, un sistema jurídico no es moral sólo porque así se piense, sino que es moral por todo el conjunto de necesidades que deben ser satisfechas y que dan vida al derecho como regulador de la conducta, y que tal regulación la efectuará con base en concepciones de bien y mal, es decir, con base en parámetros de moral característicos y acordes con la cultura y costumbres de la sociedad de la que se trate.

La tarea es, en este punto, de la máxima trascendencia para develar la verdadera realidad social y política, escondida tras el velo sacrosanto de las palabras de la ley; el texto de ésta, sirve como punto de partida y de referencia constante a la hora de

analizar el sentido de las acciones realizadas, que son parte fundamental de éste objeto de investigación.

Hay dos tipos básicos de valores jurídicos: primero están los que se proponen la estabilidad del sistema social, éstos se concretan, a su vez, en valores tales como el orden y la seguridad jurídica, y por otro lado están los que miran por su justicia, éstos se concretan en otros como la libertad, la igualdad, la tolerancia, el respeto a la palabra dada, la buena fe, la proporcionalidad entre el delito y la sanción, el respeto a los derechos humanos y a los derechos adquiridos, etc., siempre dentro de la aceptación en la conciencia individual de la persona. De esto se desprende claramente que los primeros son morales y los segundos son éticos, reafirmando la idea, de que éstas dos no significan lo mismo.

Cabe hacer mención de la aclaración dada por Recaséns Siches, quien indica que “los valores a los que aspira el Derecho, son valores pertenecientes a la región ética, pero distintos de los llamados estrictamente morales”.⁶⁴ Dicha afirmación podría producir confusión si no se tiene presente que la moral y la ética son distintas, la primera abarca a la segunda, pues la moral abarca todos los aspectos de la vida del hombre, y la ética sólo abarca los aspectos más individuales o personales de la conciencia del individuo, pero a final de cuentas van unidas, tienen mucho en común, porque buscan guiar la conducta del hombre por el sendero del bien, tanto en el aspecto individual (personal) como en el colectivo (sociedad).

Así las cosas, es de aceptarse que el Derecho se halla orientado hacia unos valores que son de carácter moral (más no del todo ético), sólo que esos valores morales que deben inspirar al Derecho y en los cuales éste debe buscar su justificación, no son los mismos valores que se refieren a la Etica propiamente dicha,

⁶⁴ Luis Recaséns Siches, *Filosofía del Derecho*, p. 195

en el sentido estricto de la palabra, como criterio absoluto para la orientación de la conducta hacia su último fin o misión. Entonces, es de entenderse que mientras que la Ética da la norma plenaria que abarca todos los ingredientes del comportamiento y gira hacia la raíz de éste, proponiéndose exclusivamente conducir al hombre a la realización de su supremo destino, la Moral en conjunción con el Derecho se propone la realización de un orden cierto, seguro, pacífico y justo de la convivencia y cooperación humanas; satisfacer sus propias necesidades, sin hacerlo a costa de los demás, lo cual sería moralmente reprochable, al igual que debe serlo jurídicamente reprochable.

El derecho normalmente concreta sus grandes ideas axiológicas a través de normas de contenido general llamadas principios jurídicos o principios generales del derecho (que, cuando son recogidos en la constitución se llaman principios constitucionales). La investigación de éste capítulo en relación con los valores jurídicos, se identifica, por tanto, con la investigación de la realidad social y política de dichos principios jurídicos.

También suele afirmarse, que los valores jurídicos se concretan en torno a las instituciones jurídicas, tales como el Estado, la propiedad, la familia, la herencia, la sociedad mercantil, etc. En este sentido, el análisis y estudio de los valores jurídicos tendrán como meta la investigación de cómo son efectivamente vividos dichos valores en el seno de las diversas instituciones.

Por último, como los valores son objeto, la mayor parte de las veces, de posiciones encontradas representadas por colectivos humanos con intereses diferentes, para lograr la comprobación de la necesaria relación entre el derecho y la moral, se planteará también la investigación de esos posicionamientos así como el conflicto

social, potencial, o real, existente como consecuencia de la pluralidad de puntos de vista, esto se determinará en el desarrollo del tercer capítulo de este trabajo de tesis.

2.7 Las buenas costumbres y la moral dentro de la familia, como base fundamental de la sociedad y de la cultura de la misma sociedad que son reguladas por el derecho.

La costumbre se entiende como el hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie, pudiendo la costumbre hacer referencia a la persona o a la comunidad; en este trabajo de investigación interesa la costumbre que se refiere a la comunidad. Es innegable que al calificarse de buena la conducta, se hace referencia a la religión y a la moral que en nuestra civilización occidental tiene íntima relación con los valores cristianos fundamentales, pero, para el ámbito jurídico se trata de conductas sociales que de transgredirse tendrán una sanción jurídica que consistirá en la ilicitud en el objeto, fin o motivo del acto jurídico. La moral comprende y requiere de las buenas costumbres en los campos sexual, económico, profesional, de gobierno, en los negocios jurídicos, etcétera.

Como organismo social que es fundado en la naturaleza y en las necesidades naturales, tales como la unión sexual, la procreación, el amor, la asistencia y la cooperación entre otras, la familia no se halla regulada exclusivamente por el Derecho; en ningún otro campo influyen como en éste la religión, la costumbre y la moral.

Antes que jurídico la familia es un organismo moral; de la moral, en efecto, proceden los preceptos más esenciales que la ley presupone y a los cuales hace constante referencia apropiándose los a veces y transformándolos de este modo en

preceptos jurídicos; por ello se explica el fenómeno, que es muy peculiar en el derecho de familia, de haber preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el derecho es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción, la observación de dichos preceptos o cree más conveniente confiar en su observancia al sentimiento ético, a la costumbre o a otras fuerzas que actúan en el ambiente social.

El Estado interviene para fortalecer los vínculos, para garantizar la seguridad de las relaciones, para disciplinar el organismo familiar y dirigirle rectamente para la consecución de sus finalidades; sin que la ley constituya, como en otras relaciones de Derecho privado, la única norma reguladora.

Sobre las buenas costumbres como reflejo de la moral en su relación con el derecho y la familia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho que las buenas costumbres “no son las que se apegan a las normas científicas y técnicas necesariamente, sino las normas que forman la moral general y social de una colectividad humana en unos lugares o tiempos determinados”.⁶⁵

Así las cosas, de la declaración de la Corte expresada en el párrafo anterior, se desprende así, que el juzgador deberá valorar necesariamente el conjunto de principios morales que integran la vida de una sociedad al momento de declarar la nulidad de un acto por contravenir las buenas costumbres.

Por otro lado, el segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, define las buenas costumbres como “los directivos y los conceptos morales en que se inspira el derecho positivo mexicano y que coinciden con el sentir del común de las personas equilibradas, intelectuales y emocionalmente maduras y de

⁶⁵ Amparo directo 1982/970 Ingenio Sapoapita. Sala Auxiliar, volumen 83, 7º parte, p. 78

criterio sereno”, o bien como “la concepción ética que predomina en este medio cultural y que informa la legislación”.⁶⁶

Los deberes jurídicos reconocen como origen deberes morales, sociales y religiosos que, por considerarse de fundamental importancia para la convivencia social, el Derecho los asume, los integra en la norma jurídica pasando a ser deberes jurídicos, independientemente de continuar siendo deberes morales, sociales o religiosos (lo que quiere decir que no por ello es lo mismo la moral que la religión).

Como ejemplo de lo anterior, están los deberes de no matar, no robar, etc., que forman parte del Decálogo de muchas religiones, y dichos deberes, se encuentran presentes al incorporarse al ámbito del Derecho, encontrando así la posibilidad de sancionar al homicida y al ladrón. Esto significa que si bien el deber jurídico se satisface por estar en el Derecho positivo vigente, también se cumple por fundarse en otros valores (morales, religiosos o sociales) que concuerdan frecuentemente en la relación jurídica familiar.

Así pues, por ejemplo, se encuentra en el Derecho familiar, un concepto ético que sirve de base para la celebración del matrimonio; ya que no sólo es un contrato como señala la Constitución y el Código Civil, sino que es una forma de vida moral y permanente entre los consortes, de la que se desprenderán una serie de actos y consecuencias que afectarán a la sociedad y que por lo tanto el derecho deberá regular.

Otro ejemplo se da en las relaciones de filiación, en las que también se encuentran datos morales que regula el Código Civil, tanto en la descendencia matrimonial como en la extramatrimonial. El principio en que descansa la filiación

⁶⁶ Citado por Ramón Sánchez Meda, De los Contratos Civiles, p. 43

matrimonial de considerar como hijos del marido a todos los de su esposa, está en la fidelidad de ésta y contra esta presunción, previene el artículo 325 del Código Civil, que señala "... no se admite otra prueba que la de haber sido físicamente imposible al marido tener acceso carnal con su mujer en los primeros ciento veinte días de los trescientos que han precedido al nacimiento".⁶⁷

Existen diversos artículos en materia civil, penal, familiar, administrativa, etcétera, que toman en cuenta principios éticos, pero la base de todos ellos se encuentra principalmente en el artículo 1830 del Código Civil que, lo que se interpreta de él, es que para que todo acto jurídico sea lícito, debe estar acorde a las buenas costumbres.

De todo lo expresado en este punto, se puede concluir, que el derecho y quienes lo aplican, deberán estudiar normalmente el cambio de lo ético y lo relativo a las normas de la moralidad, para lograr la justicia, el equilibrio y la paz social.

⁶⁷ Código Civil para el Distrito Federal, p. 105

CAPÍTULO III
FUNCIONAMIENTO DEL MECANISMO MORAL EN LA
CREACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO

3.1 En las funciones sociales que el derecho debe cumplir se ve reflejada la moral.

El sistema jurídico no puede confundirse o igualarse con el sistema social en su totalidad, ya que el derecho no es la sociedad, ni la sociedad se reduce a él, el derecho, es pues, un subsistema dentro del sistema social, pero es una subsistema de características muy especiales y una de ellas es que el derecho está presente en toda realidad social relevante, por ser el medio de organización general de la sociedad en su conjunto; de ahí se desprende que sus funciones penetren en aspectos muy diferentes de la vida social.

Los principios morales, siempre están presentes en toda sociedad, en cada aspecto que conforma la vida social, y si el derecho está presente en toda realidad social relevante, entonces debe tomar muy en cuenta lo que dicten la moral y las buenas costumbres, recordando que la moral siempre busca un fin benéfico para cada miembro de la sociedad, logrando así el bien común, pues el derecho pretende evitar, dejar fuera de su regulación, cualquier tipo de conducta o hecho realizado por cualquier miembro de la sociedad que ordena y regula.

Así entonces, es de saberse que son muchas y variadas las funciones sociales que el derecho debe cumplir, pero entre esas, existen algunas de características específicas que se encuentran revestidas de mayor importancia por proporcionar un beneficio trascendente a la sociedad en sí, que es lo que el derecho como regulador de la conducta del hombre en sociedad a través del acuerdo o pacto social pretende ordenar, lo que debe hacer con base en los valores y principios de carácter moral, para

lograr siempre que la conducta desplegada por el individuo sea siempre la correcta para respetar y ser respetado dentro del grupo social; dichas funciones son las que se analizarán con mayor detenimiento a continuación.

3.1.1 La función de mantenimiento de la paz social.

La paz social es el resultado de la satisfacción de las necesidades de los miembros de la sociedad por parte del Estado, a través de la normatividad del derecho; dicha paz social, consiste en la ausencia de la violencia desorganizada, esto es, no controlada por el Estado con aprobación social y jurídica.

Gregorio Robles considera que “en las sociedades de estructura primitiva la fuerza de la sociedad suele delegar en los particulares (o en las familias) la ejecución de los actos necesarios para implantar la paz social; pero esta forma descentralizada de poder puede engendrar, a la larga, más violencia que la producida en un principio”.⁶⁸

El Estado, en el papel de poseedor de la organización política de la sociedad es el dueño legítimo de la fuerza social, de la violencia social, haciendo así posible la paz. Aunque extrañamente, el Estado, que es la institucionalización de la violencia social organizada, se convierte en una garantía de la paz, al impedir a los individuos particulares el uso de la violencia privada, con sus respectivas excepciones, obviamente, reguladas por el derecho. Así entonces, la paz social es consecuencia de la institucionalización de la violencia por medio del derecho; pero, aún con esto, no acaban los conflictos, ya que el conflicto es un fenómeno casi obligatorio en toda sociedad, y cuanto más compleja es ésta más complejos son dichos conflictos.

⁶⁸ Gregorio Robles, Sociología del Derecho, p. 155

Oscar Correas, eminente jurista, hace importantes especificaciones acerca de la violencia: "La violencia es un fenómeno frecuente en la sociedad. Podemos definirlo como el uso de la fuerza física sobre el cuerpo de un individuo".⁶⁹

El derecho cumple en ocasiones una mera función represiva de conflictos, como es el caso de las dictaduras; pero en las sociedades democráticas (como es el caso de la mexicana), el derecho tiene la función de canalizar los conflictos. No sólo permite su existencia sino que se enfrenta a ellos para resolverlos, o al menos para dar salida a las expresiones que no están conformes con lo establecido.

Gregorio Robles indica que "la democracia, es una forma de resolver los conflictos sociales y políticos a través de un acuerdo y un procedimiento para resolverlos".⁷⁰ Esta es una concepción procedimentalista de la democracia, aunque no se puede aceptar que la democracia sea sólo el procedimiento para decidir, sino también el contenido de un conjunto de valores ético - políticos indudables e incuestionables y, por tanto, que no son susceptibles de revisión, tales como son el respeto a la dignidad de la persona, a su seguridad jurídica, etcétera.

No obstante lo anterior, el derecho no siempre actúa como elemento estabilizador u ordenador respecto de los conflictos sociales, ya que el mismo sistema jurídico puede ser el causante de conflictos, tal hecho sucede cuando las normas jurídicas chocan con el cambio en la conciencia colectiva generalizada, es decir, se quedan rezagadas las normas, con respecto a los nuevos matices de los valores y principios morales que vive la sociedad, ya que estos cambios en la forma de actuar y de pensar en la sociedad se realizan rápidamente, o cuando se oponen a prácticas habituales muy arraigadas, o cuando se proponen cambios sociales, económicos o

⁶⁹ Oscar Correas en, El uso y la práctica de la ley en México. p. 42

⁷⁰ Gregorio Robles Op cit. p.156

políticos para los que no está preparada la sociedad. Cabe aclarar que el hecho de que se den nuevos matices a los valores y principios morales, no significa que cambien rotundamente las pautas morales, pues como se ha hecho mención, deben existir una escala de principios y valores que deben ser inmutables e intransferibles, pues el cambio o desprotección a dichos principios, es lo que pone en peligro o propicia la pérdida de los valores morales y provoca el descontrol social

En opinión de Oscar Correas “Los juristas distinguen, muy útilmente, entre normas jurídicas y normas morales, usando como criterio la amenaza de la violencia legítima. Sostienen que la moral es un conjunto de prescripciones que amenaza con sanciones, pero éstas no incluyen la violencia. El derecho, en cambio, sí amenaza con la violencia, organizada y legítima”.⁷¹ De la afirmación anterior, puede desprenderse que la combinación o relación entre el derecho y la moral es necesaria y muy benéfica para el desarrollo de la sociedad, en vista de que lo ideal es la prevención y no la represión o castigo después de haber hecho el daño.

Es importante aclarar que todo cambio vivido en la sociedad para que sea benéfico y aceptado, se debe regir por la conciencia moral, así entonces es simple deducir que el Derecho al tener como objetivo el bien común, ya tiene implícito un acto ético y evidentemente un acto moral, pero se debe tomar en cuenta que todo cambio se da de forma paulatina, y que el Derecho no cambia al mismo tiempo que la sociedad, por lo que es cuando choca con las nuevas formas de conciencia colectiva, pero esto no significa que el Derecho se olvide de tomar en cuenta a la conciencia moral y que no proteja la dignidad e igualdad de los seres humanos.

Con base en lo anterior se deduce, que el derecho debe adecuarse siempre a los cambios sociales, pero tratando de imponer orden con sus normas, buscando siempre

⁷¹ Oscar Correas en, Op cit. p. 43

un equilibrio entre las fuerzas que se contraponen (conflicto social), a fin de lograr la estabilidad de la vida social, y esto sólo se logrará si ve y se acepta al derecho como depositario de los valores; para tener presente, que deben permanecer siempre vigentes pautas de conducta de carácter moral, que son indispensables para lograr la paz social y el bien común; como es el caso del respeto a la vida, a la dignidad de la persona y a la integridad de ésta, a su patrimonio, etc. Es decir, el Derecho se adecuará al cambio en la conciencia colectiva generalizada, pero buscando que los cambios sociales no sean tan radicales, al grado de que puedan afectar la estabilidad de la sociedad en su conjunto o a instituciones fundamentales de ésta, como la familia por ejemplo.

El derecho no sólo cumple la función social de resolver los conflictos y establecer la paz social, sino que, por el contrario, en ocasiones, es el propio derecho la causa del conflicto; cuando la resistencia de la sociedad a la nueva regulación jurídica es de tales dimensiones que pretenda sobrepasar los límites y finalidades que busca en sí el derecho; aunque no se ha tomado en cuenta que el sistema jurídico tiene que apegarse a la fuerza social dominante, entendido y aceptado este punto con el pensamiento de que el logro del bien común justifica la imposición de leyes, porque dicha fuerza social expondrá aspectos que evidentemente muestran el grave desequilibrio y perjuicio que la imposición de normas con cambios tan bruscos e insostenibles, que pretenden someter a la sociedad. Este sería pues, un caso en donde se debería legalizar la moral, es decir, anteponer a cualquier medida jurídica, los principios y pautas morales vividas en una comunidad, ya que esto expresa sus necesidades y jerarquía de los valores que la sociedad en su conjunto defiende, siendo dichos valores además de los inteligibles, algunos de carácter material. Es decir, llegar a los extremos de permitir que conductas inmorales como el cobro excesivo de impuestos cuando México es un país en donde la mayoría de sus habitantes cuenta con muy pocos recursos económicos y cada día la posibilidad de encontrar empleo se

modo muy especial, característico de las normas jurídicas, es decir, mediante un procedimiento que tiene el carácter de legal.

Organizar el futuro es planificar, conformar las condiciones bajo las cuales se ha de llevar la vida social, es hacer posible el lado de la concordia que muestra el derecho, al ser considerado como un acuerdo social que tiene como fin el bienestar de la sociedad, mediante la búsqueda del bien, que se logra con la aplicación de criterios morales, que son igual a beneficio. Es decir, retomando la idea de Moral expresada en el capítulo primero, se entiende que ésta, es un sistema de reglas que existe en virtud de la presión social que aquellos que la ejercen consideran justificada, por medio de un valor fundamental con el cual ellos se identifican. Es el sistema de comportamiento cuyo origen es el respeto ante lo bueno, teniendo a la conciencia social como instancia de juicio, la moral no sólo cumple o pretende cumplir con uno de los objetivos de la ética que es hacer al hombre radicalmente bueno, sino que también se proponer como objetivo fundamental, el armonizar el tejido de sus relaciones externas, en vista del respeto, la coexistencia y la cooperación, por ello es que se manifiesta que, el bienestar social sólo se logrará con la aplicación de criterios morales.

La idea de la planificación o planeación de las formas de vida, por medio del derecho, es el reflejo de una gran confianza en la capacidad para organizar que posee todo individuo dotado de razón humana, todo individuo en sus adentros, posee una conciencia, que es lo que le da vida a sus valores y su ética, la cual repercutirá en su relación con la moral, que es la ética social, por así llamarla.

Opina Gregorio Robles que "si bien el derecho es un importante instrumento de planificación social, su potencialidad planificadora es limitada"⁷².

⁷² Gregorio Robles, Sociología del Derecho, p. 161

Lo anterior es tema de discusión, ya que el derecho tiene la capacidad y la fuerza suficientes para configurar la vida futura de la sociedad dentro de los límites que las propias estructuras sociales, la mentalidad y los valores de la sociedad le permitan; ya que con legislar leyes, sólo por ganar preferencias política o justificar un salario abundante, no se arregla todo, al contrario se sumerge al Estado de Derecho en la duda de la falta de credibilidad en la aplicación de la ley para el logro de la justicia.

Los procesos sociales tienen la característica de poseer una consistencia, que se volverá mucho más firme, cuanto más arraigados se encuentren en la tradición y en los hábitos o costumbres que tenga la sociedad. Asimismo, existen numerosos ejemplos de fracaso en la planificación social de diversos sistemas jurídicos, pero esto, no debe limitar la capacidad de ayuda y beneficio que puede proporcionar dicha planeación, pues si siempre se mantiene como prioridad la impartición de justicia y el bien común, se elaborarán proyectos honestos que realmente beneficien a los ciudadanos, para evitar futuros problemas o lograr en un futuro también, la solución a conflictos y problemas sociales viejos y difíciles de resolver, como es la acelerada pérdida de valores que dan estabilidad a las familias y al individuo como tal, pues si una persona no da frutos para sí misma, difícilmente aportará un beneficio a los demás; por el contrario, los perjudicará. Aunque esto último sólo se está analizando desde el punto de vista filosófico, pero para dar mayor énfasis a la importancia de la planificación del derecho, sobran ejemplos de la vida diaria, de problemas sociales vividos, los cuales se podrían haber evitado si se hubieran previsto las consecuencias de la acción que perjudicó.

3.1.3 La función de control social.

Para iniciar, se debe atender al concepto de control social, el cual es dado de forma clara por Gregorio Robles: "Por control social se entiende la capacidad del grupo

social para lograr que sus miembros sigan determinados comportamientos y para sancionar los comportamientos prohibidos; el control social es la expresión más directa del poder del grupo sobre sus miembros”⁷³. Poder social y control social son términos que se complementan, pues quien tiene el poder ejerce el control y, viceversa, quien ejerce el control es el que tiene el poder.

Según la concepción de Augusto Sánchez, jurista distinguido, “El control social tradicionalmente ha sido diferenciado: en formal aquel que deriva del mandato de la ley promulgada, y en informal, el que proviene de instancias ideológicas persuasivas.”⁷⁴

Así entonces, existen otros tipos de controles que Augusto Sánchez a los que llama “formales espurios que implican la sujeción a un orden jurídico y que se expresa como acciones que están respaldadas por leyes o reglamentos injustos o amorales; e informales espurios, que implican la sujeción coactiva a un orden difuso y que se manifiestan por acciones que son legítimas o corruptas, como las detenciones arbitrarias, la desaparición forzada de personas, las muertes extrajudiciales, la tortura, el cumplimiento de órdenes ilegales por obediencia del subordinado al superior jerárquico y muchas otras circunstancias que obligan a los sujetos, a ajustarse a un orden que rige dentro de la formalidad o de la informalidad perversas, a otro orden margina.”⁷⁵

Además de los tipos de controles mencionados, existen los controles sociales no coactivos, que ejercen la religiones, los medios de comunicación, las manipulaciones financieras y de mercado, que invitan a la inversión o al consumo, las asociaciones civiles, los grupos alternativos de carácter racional o sexual, los campamentos o

⁷³ Ibid p. 153

⁷⁴ Augusto Sánchez en, El uso y la práctica de la ley en México. p 69

⁷⁵ Ibid p. 70

retiros cristianos, o cualesquiera otras organizaciones en las que los individuos aceptan ser sujetos a esos discursos. Teniendo en cuenta la existencia de estos controles, cabe resaltar la importancia de la moral y su vida en sociedad, pues ante el surgimiento de tales situaciones a la que se someten grandes grupos de personas, vale la pena dejar en claro y bien establecidos valores específicos y reglas morales que deben estar protegidos por el derecho, con la única finalidad de procurar en todo momento la dignidad y el normal desarrollo físico, intelectual y espiritual del hombre, aunque este último aspecto no tiene única relación con las creencias religiosas, sino con los valores de cada uno y su ética.

Se han citado como medios de control social a la educación tanto en la familia como en la escuela, a la religión, la opinión pública, la ideología común del grupo, a la economía y por supuesto como uno de los principales medios de control social, se encuentra el derecho como depositario de los valores morales a realizar y tutelar mediante el préstamo de la coercitividad inexorable que posee el Derecho; todos estos medios se caracterizan por ejercer una presión social sobre el individuo, formando el sentimiento del deber.

Aunque los diversos medios de control social no pueden reducirse a la fuerza, ésta juega un papel muy importante en muchos de ellos, de tal modo que difícilmente se comprendería la acción de los individuos sin tener en cuenta la ejecución de la fuerza que desde el exterior se aplican sobre el infractor. Así entonces, la presión social se concreta en regularidades y pautas de conducta, así que cuando aparecen las sanciones, establecidas en normas jurídico - sociales, son las que canalizan la fuerza social.

El derecho se caracteriza por ser un mecanismo de control social que se basa en la exigencia de la realización de determinada conducta y en la imposición de

sanciones por órganos institucionales previamente preparados para ello con una justificación a veces legítima, pero siempre legal. Aunque se considera que esto último sobre la imposición de sanciones, es el factor decisivo del control social en las sociedades amplias (como es el caso de la sociedad mexicana), porque en ellas es muy difícil que los controles pasivos (aunque sean normativos) operen eficazmente sobre los transgresores, pero, no todo derecho debe girar en torno a la sanción, sino que mucho del éxito de un orden jurídico se funda en la prevención.

El fin del derecho debe ser la impartición de justicia para lograr el bien común y la paz social, y las normas de derecho que imperan en la sociedad deben estar creadas conforme a las necesidades y conflictos que existan, para satisfacer dichas necesidades, así entonces, el ciudadano miembro de la sociedad, debería estar consciente y tener presente el deber moral y jurídico de acatar las leyes que se le imponen, teniendo en cuenta, que éstas, han sido creadas pensando en provocarle un beneficio, independientemente de que existe la posibilidad de que dichas leyes no sean perfectas y tengan muchas deficiencias al ser creadas y aplicadas, pero ello se analizará con mayor ahínco, durante el desarrollo de este capítulo.

La función del control social del derecho, concediendo al castigo el carácter de único medio efectivo de control, sólo puede justificarse moralmente si produce en la sociedad ciertos resultados o consecuencias valiosas, ya que si se prescinde de resaltar esos resultados no se podrá justificar. Así se puede afirmar, que el castigo o sanción sirve para reformar o reinsertar al castigado, lo que dará como resultado disuadir a los demás o para dar ejemplo público, que sirve para enseñar y mantener las pautas morales, la seguridad y la coherencia de la sociedad.

La sanción o castigo como medio de control social, es un problema de larga tradición, las incógnitas morales que sugiere éste, no han sido aún satisfactoriamente

Legitimación significa justificación, aceptación de lo existente como valioso, como digno de ser manteniendo, en este caso hablando del sistema jurídico, las personas lo aceptan en su conjunto porque lo consideran beneficioso. Desde un punto de vista social según la concepción de Carlos Pereda: “la legitimidad consiste en el hecho de la aceptación del sistema social vigente por parte de la generalidad de los miembros de la sociedad. Dicha aceptación puede estar basada en motivos muy dispares, pero el resultado es siempre el mismo: el hecho del acatamiento generalizado, producto de la creencia colectiva en los valores que el sistema encarna”.⁷⁷

La legitimación posee la característica de estar en constante cambio, de ser dinámica, como cualquier realidad social; pero, no obstante esto, la legitimación no se logra de forma instantánea. Todo proceso de legitimación sufre sus momentos críticos, cabiendo siempre la posibilidad de darse una deslegitimación del sistema, que se produce cuando las creencias de la colectividad se manifiestan como contrarias a seguir manteniendo o mantener el sistema social, siendo dichas creencias colectivas, partidarias de sustituirlo por otro, o al menos de alterarlo de forma sustancial.

El derecho cumple con un papel fundamental en los procesos de legitimación y deslegitimación, ya que la expresión de los valores del sistema social se hace presente en el derecho. El derecho en su carácter de sistema universal de toda la organización social, afecta a todos los subsistemas como la vida privada, la política, la economía, etc., porque regula cada uno de los acontecimientos que se lleve a cabo en éstos, así que es innegable que el derecho como depositario de los principios morales que buscan siempre el bien común, el equilibrio y la paz social, debe poseer la legitimación social para poder afectar a todas las esferas y subsistemas sociales.

⁷⁷ David Sobrevilla, El derecho, la política y la ética, p. 178

Así entonces, el derecho vigente es la expresión de los valores de la sociedad y que el derecho reproduce diariamente. Cuando la reproducción real de dichos valores, operada por el derecho concuerda en su totalidad, con las creencias colectivas, se produce la aceptación del derecho vigente (sea positivo o no) por parte de la sociedad, es decir existe gran entendimiento y aceptación entre el sistema jurídico y la ideología imperante en la sociedad. Así, el derecho cumple con la función de legitimación del sistema jurídico por parte de la sociedad, lo que es igual a la existencia de una conformidad social.

Si realmente existiera una conciencia firme de la aceptación de apearse a la defensa de los principios y valores morales tanto por parte de la sociedad, como por el derecho, habría un gran entendimiento, un alto índice de integración entre la resolución de conflictos y satisfacción de necesidades, haciendo posible el concepto tradicional de justicia que es dar a cada uno lo que le corresponde, fundándose la creación y la aplicación del derecho en la equidad e imparcialidad.

Ahora bien, como en la integración entre la sociedad y el derecho se ha abierto una brecha que se hace cada vez más grande, se ha provocado, que la aceptación del sistema jurídico se fragmente, y sólo se acepte y se cumpla en partes, creciendo cada día con mayor rapidez la idea de que las leyes o el derecho en sí no es efectivo, no tiene la fuerza que debería, por ser un instrumento de gran deformalización, porque los primeros que deberían de cumplirlo (autoridades), son los primeros en no acatarlo o modificarlo a sus intereses, así pues, en la actualidad la vivencia auténtica y plena del Estado de Derecho es dudosa, tal y como lo sustentan con ejemplos verídicos José Luis Cisneros y Yazmín Hernández eminentes sociólogos mexicanos, quienes indican que "... un escenario como el de nuestra ciudad, donde las estadísticas marcan cada 12 minutos la denuncia de un robo y muchos otros más quedan sin denunciar; en donde cada 90 minutos se presenta un homicidio; donde diariamente desaparecen entre 50 y

70 automóviles; entre 20 y 30 personas mueren en accidentes de tránsito, o a consecuencia de lesiones producidas por armas de fuego o punzocortantes; donde cada 24 horas son detenidas alrededor de 150 personas armadas, así como en este lapso se denuncian 30 o 40 querrelas por fraudes y abusos de confianza. En fin un escenario donde las instituciones y sus corporaciones policiacas son incapaces de evitar en una proporción razonable los hechos delictivos.⁷⁸ Por lo que, no es de extrañarse que las noticias se hayan vuelto recurrentes en cuanto a los índices de violencia y criminalidad, que se han salido de todo control.

Las personas tienden a conectar o relacionar muy estrechamente al derecho con el poder, y en mucho de esto no faltan razones para pensar que es así, aunque cabe hacer la aclaración de que no todo derecho es o tiene que ver con la política, pues en la actualidad el derecho es víctima de la política, al hacer mal uso de las facultades que se le otorgan a los funcionarios o servidores públicos (autoridades) para crear y aplicar el derecho a como sus intereses muy personales, convengan; esto, al igual que muchos otros ejemplos, solo destruyen las creencias colectivas en el derecho y en la existencia de un poder auténticamente legítimo. Lo anterior podría parecer una simple aseveración por apreciación, pero no es así, ya que la realidad muestra el descontento de legislar y crear leyes, que pueden parecer carentes de sentido, por ejemplo, las leyes en las que se obligue a pagar mayores impuestos, bajo el pretexto de ser usados para beneficio social, pero en la realidad no se vean los resultados, pues el nivel de vida es cada día más limitado y la pobreza crece a niveles acelerados.

En este país, en esta sociedad o en esta cultura, como prefiera entendersele, por principio se deberían de establecerse reglas de juego claras, iguales para todos y con cierta fundamentación ética y moral; sin embargo, el derecho actual, pretende imponer reglas al juego del poder. Pero en la lucha por el poder, la verdad, la ética, la

⁷⁸ José Luis Cisneros y otro en, *El uso y la práctica de la ley en México*. p 130

justicia y la moral sólo pueden llegar a ser armas ocasionales, nunca el objetivo del juego, por eso es muy difícil que la lucha por aquellas lleguen a ser valores reclamados y defendidos desde el poder (que ejercen políticos sin ética ni preocupación por la moral).

El derecho debe ser un factor benéfico, decisivo en todos los procesos de cambio, pues tales cambios se llevan a cabo mediante la implantación de nuevas instituciones jurídicas que tendrán como finalidad, cumplimentar y aplicar el derecho para lograr el bien común, la paz y el equilibrio social. Pero en lugar de ser así, con la falta de interés por parte de quienes detentan el poder, autoridades o servidores públicos (que es ahí en donde radica el problema, no tanto en el Derecho como tal, sino quienes lo crean y aplican equivocadamente, pues el Derecho es o debería de ser la expresión del bien), sólo consiguen que los ciudadanos renuncien de forma generalizada a interesarse o participar en temas relacionados con la política y con el sistema jurídico, creando sólo apatía y desconfianza en el sistema de gobierno y por ende en el sistema jurídico.

3.2 El incumplimiento de las leyes en México como consecuencia de la deformalización del derecho.

El Estado crea el derecho y lo aplica para regular la convivencia de los hombres dentro de la paz y la libertad y, con ello, procurar a éstos su desarrollo cultural y económico capaz de darles dignidad y bienestar. El Estado crea el acto legislativo, para determinar situaciones generales y abstractas (ley objetiva), y como una consecuencia lógica de lo anterior, ejecuta la ley, creando en el mismo acto, las leyes que regirán el procedimiento de aplicación (ley subjetiva) de la ley, cumple con la voluntad general.

Por medio de la acción de los gobernantes, que son quienes ejercerán el poder que la sociedad les ha otorgado para la regulación de la conducta y satisfacción de las necesidades de los miembros de ésta, se aplica el derecho, que no sólo es la sanción, sino la indicación de cómo vivir en los actos que afecten o se relacionen con los demás; es decir, el sistema jurídico no sólo se compone de palabras escritas en un Código o Ley, sino que detrás de ello, para su creación deben existir un conjunto de análisis, observaciones, estudios, etc., del comportamiento, problemas y necesidades del conglomerado social, para posteriormente ser aplicadas en forma preventiva de las conductas negativas, o bien de forma sancionadora, para cuando se ha cometido el daño y de un modo u otro se busque hacer conciencia de la línea de comportamiento que se debe seguir, al conocer lo que le puede suceder al que transgreda la ley. En suma el derecho es la creación y la aplicación de la ley.

Para Héctor González Uribe “todo gobierno ejecutor del derecho, como parte fundamental del Estado debe tener dos funciones principales o debe realizar dos actos fundamentales: el primero es el acto legislativo, lo que significa dirección, planeación y ejecución de programas regidos por criterios ideológicos considerados como los más adecuados para obtener los fines enunciados de dignidad y bienestar del pueblo; en otras palabras, que esos actos dan el rumbo hacia donde debe dirigirse una nación. El segundo sería el acto jurisdiccional, el cual sólo aplica o ejecuta la ley para resolver contiendas con un propósito permanente de justicia como valor supremo humano, mas no dedicarse al análisis de lo que requiere la sociedad, pues ésa es tarea del legislativo”.⁷⁹ Por esas razones, la facultad de iniciar leyes ante el Poder legislativo corresponde al titular del Poder Ejecutivo y a los miembros de los órganos legislativos (tarea de gran cuidado, pues esto es base fundamental de una buena aplicación), mas no a los del poder judicial, ya que éste tiene una misión extremadamente difícil, que es aplicar esa ley.

⁷⁹ Héctor González Uribe, Teoría Política, p. 219

En México, existe un tema que ha dado pie a una gran controversia y que involucra ineludiblemente a los procedimientos de creación y de aplicación de la ley, es el tema de la juridificación. Dicho problema, en opinión de Fernando Castañeda, distinguido sociólogo mexicano, “no es únicamente el problema de un exceso de leyes y decretos, es un problema fundamentalmente de desestructuración y deformalización del derecho como resultado del carácter intervencionista del Estado social y de la politización de las esferas de gobierno (incluidos los tribunales) como producto de las demandas sociales que demandan una intervención estatal”.⁸⁰ Así entonces, puede decirse que las consecuencias del proceso de juridificación ha derivado en lo que se ha llamado “deformalización del derecho”.

Existen varios aspectos en los cuales se puede deducir la deformalización del derecho (juridificación), que involucran tanto a la creación como a la aplicación de éste. Ya que como lo menciona Fernando Castañeda en su obra *El uso y la práctica de la ley en México*: “El sistema de derecho se vuelve una máquina autónoma de producción de leyes, que lejos de impartir justicia, promueve el orden y la integración, el sistema de derecho provoca una mayor contingencia, desestructuración y marginalización”⁸¹.

El derecho moderno se debe fundamentar en una lógica procedimental con presupuestos morales, pues en opinión de Jürgen Habermas “la legitimación de la ley es posible mediante la legalidad en tanto los procedimientos para la producción de las normas jurídicas son practicados racionalmente también en el sentido de una racionalidad moral-práctica”.⁸²

⁸⁰ Fernando Castañeda Sabido, Op cit p. 28

⁸¹ Ibid p.29

⁸² David Sobrevilla, *El derecho, la política y la ética*, p. 25

Retomando la idea analizada y estudiada en el capítulo primero, acerca de que la moral sí involucra una racionalidad práctica, cabe hablar sobre el hecho de que la imparcialidad constituye el núcleo de la razón práctica de la moral distribuida en el proceso de juridificación. Es decir, Se puede encontrar el núcleo racional, en el sentido moral práctico, de los procedimientos jurídicos de creación y aplicación de ley, analizando cómo la idea de imparcialidad, tanto en la fundamentación de las normas como en la aplicación de las regulaciones obligatorias, establece una conexión constructiva entre el derecho vigente, el procedimiento legislativo y el jurisprudencial.

Así pues, cabe analizar dos posibles causas de la juridificación y su problema (deformalización del derecho): por un lado cabe la idea de que la juridificación sea un problema de incremento del núcleo de leyes, sin dar un fundamento verdaderamente necesario, utilidad constante y específica a cada una de ellas. Y por otro lado existe la posibilidad de que la juridificación sea un problema de la desestructuración del sistema jurídico y de su politización. Pero en sí, existe una tercera posibilidad que conjunta a las dos anteriores y es, el que la deformalización del derecho moderno sea el producto de la dinámica interna del propio sistema jurídico, así como de las demandas materiales externas.

Si realmente se quieren encontrar soluciones a la deformalización del derecho, para lograr su cabal, eficaz y efectivo cumplimiento, no se debe caer en extremismos o radicalismos infundados e ignorantes, pues según Fernando Castañeda "No hay evidencia de que el problema de la juridificación sea exclusivamente, el resultado de la evolución del sistema jurídico y en cambio es abundante la evidencia de que los problemas de la juridificación nacen de las presiones y demandas sociales que no pueden ser reguladas bajo las formas abstractas y universales de la ley"⁸³.

⁸³ Fernando Castañeda Sabido, Op cit, p. 30

Según Fernando Castañeda “la deformatización del derecho nace de la incapacidad de la ley para regular las demandas sociales, lo que incrementa la discrecionalidad de la autoridad pública. La forma abstracta y general de la ley es incapaz de racionalizar y resolver conflictos y demandas sociales como las de una huelga por incremento salarial, la decisión de otorgar incrementos salariales se convierte en un problema de política pública que no pasa por principios de “equidad”, sino por objetivos estratégicos y presiones políticas”.⁸⁴

El problema de la juridificación plantea desafíos teóricos que tienen algunos paralelismos con la situación mexicana. En México ha sido un tema de gran discusión y controversia, la forma en que el sistema político mexicano hace uso de la ley. Por una parte, las normas constitucionales constituyen a las autoridades públicas, pero por la otra las autoridades públicas hacen un uso discrecional de la ley de tal manera que cuesta trabajo pensar que en México se viva en un régimen de derecho pleno.

Fernando Castañeda específicamente señala respecto del procedimiento de juridificación que: “En el caso Mexicano se encuentran desafíos parecidos a los que enfrentan los Estados modernos con el problema de la juridificación. Las demandas de justicia social desbordan los límites del Estado de Derecho. Se vive así una tensión en la situación actual de México, difícil de resolver, en la que simultáneamente se pide apego al derecho y satisfacción a urgentes demandas sociales. Ambos reclamos no son fácilmente compatibles.”⁸⁵

Así las cosas, el incumplimiento de las leyes es, en consecuencia, tarea colectiva de los poderes de gobierno y resulta una responsabilidad compartida dentro del principio de división de poderes y del sistema federal. Ninguna autoridad debe

⁸⁴ Ibid p. 31

⁸⁵ Idem

escapar, a su responsabilidad en la no aplicación de las leyes. No sólo es tarea de la esfera judicial, sino también de las autoridades administrativas, el cuidar la aplicación de las leyes en México.

Respecto del incumplimiento de la ley, Manuel González Oropeza, indica lo siguiente: “no se cumple la ley por deficiencia de la autoridad, bien al concebir la ley y legislar negligente y descuidadamente, bien al no aplicarla correctamente y a su arbitrio o bien al resolver las controversias sin ninguna conciencia, evadiendo las lagunas y no fijando criterios interpretativos que subsanen los vacíos y contradicciones. Los gobernados son en este aspecto, meras variables que sólo seguimos la actividad principal de las autoridades; si éstas no aplican la ley, la tendencia del gobernado es también a no respetarla.”⁸⁶

Ya en el desarrollo de este trabajo se ha mencionado el hecho de que, la brecha entre el derecho y la sociedad, se abre cada vez más, pero esto encuentra un sustento en que, ante las carencias del sistema jurídico y político, el gobernado no tiene otra opción más que poner en juego mecanismos de autodefensa y hacerse “justicia” de propia mano. Ante la falta de legitimidad y el formalismo, opera el uso de reglas primitivas como la sumisión, la ley del talión, etc., que son aplicadas por los interesados. A pesar de lo anterior, en la actualidad, es de llamar la atención, la carencia de estudios formales sobre las instituciones jurídicas y sus fallas, pues con ello se trataría de dar solución a resaltar el objeto del derecho en una buena y justificada creación de leyes (derecho), así como una correcta aplicación de las mismas, para dar respuesta y satisfacción o solución a los problemas sociales que generan el incumplimiento de las leyes en éste país.

⁸⁶ Manuel González Oropeza en, El uso y la práctica de la ley en México. p. 53

Lo expresado en el párrafo anterior no debe parecer una crítica radical y negativa, pues es de aclararse que el no cumplimiento de las leyes en México es selectivo y relativo, puesto que ningún país o sistema sobreviviría sino se observara extensivamente la ley, por lo que son sectores, puntos o actividades específicas las que deben de analizarse por favorecer o propiciar el no cumplimiento de la ley.

Para localizar los puntos fallidos del sistema de derecho, primeramente se debe atender a entender que las normas jurídicas se generan por motivaciones sociales específicamente, aunque también políticas, que pretenden cumplir los objetivos fijados por sus creadores. El derecho debe reconocer maldad o bondad, puesto que su creador deberá infundirle un contenido ético o moral. Esto con base en que, para el gobernado, el derecho es justo o injusto, moral o inmoral según se adecue a sus intereses y a su **patrón cultural**. En caso contrario el gobernado no acatará, ni respetará dicho derecho, por lo que la gravedad del conflicto entre la norma general y los intereses particulares se hace presente, cuando la legitimidad de la autoridad que la crea o que la aplica está en duda.

Así las cosas, respecto de las posibles causas que propician el incumplimiento de la ley en México independientemente de las consistentes en la aceptación entre la norma general y los intereses particulares, la deficiencia de la autoridad al legislar y al aplicar la ley, y la falta de interés para subsanar las lagunas de la ley en dicha creación y procedimiento de aplicación, tanto por autoridades judiciales, como administrativas, cabe mencionar las sustentadas por Manuel González Oropeza, las cuales son de gran relevancia y actualidad, por lo que se describirán brevemente, a continuación:

- “a) La ignorancia de la ley;
- b) La corrupción propiciada por la ley; y

3.3 El procedimiento judicial como base de aspectos jurídico - morales.

El derecho, previene para los casos de dudas sobre el alcance de sus normas, de conflictos entre ellas y de violaciones abiertas un procedimiento que medie u otorgue solución. El modelo a seguir de ese procedimiento es el proceso judicial, y el poder judicial, la imagen misma del juez, ha sido desde siempre un símbolo suficiente para representar al derecho; sin duda en el origen de todos los sistemas jurídicos modernos se dan muchos y muy complejos procedimientos de adjudicación, es decir de interpretación y aplicación de normas que no son estrictamente judiciales, pero como modelo de todos ellos puede muy bien y debe utilizarse el procedimiento judicial.

Pues bien, el procedimiento judicial plantea varias cuestiones de tipo moral, ya que en tanto que jurídicos los procedimientos no tienen necesariamente que satisfacer condición moral alguna, de carácter ético posiblemente sí, al asegurarse de ser imparciales y de cumplir las formalidades de dicho procedimiento a favor de la justicia, y cosas por el estilo, pero de otro tipo de condiciones morales, no se aseguran los ejecutores de la ley, la prueba de ello es que, como jurídicos, han existido a lo largo de la historia procedimientos de todo tipo, aunque pudieran parecer totalmente absurdos, sin embargo, como procedimientos de adjudicación pueden ser tan jurídicos como los más sofisticados o complicados de los imaginables y usuales. Lo que sucede es que de la misma forma en que se incorporan bases morales por ejemplo en el derecho penal, al utilizar la idea de responsabilidad, culpa, etc., en sentido ético, también en materia de procedimientos se ha producido una evolución semejante de búsqueda de la ética y la moral, que ha determinado que muchos procedimientos considerados primitivos queden arrumbados, olvidados por completo.

El procedimiento jurídico de adjudicación se ha ido convirtiendo en un mecanismo que reclama y busca los rasgos y pasos que con base en la moral se exigen para lograr la justicia en los procedimientos o bien la justicia procedimental.

Analizar lo que es un procedimiento, para lo que aquí interesa, según lo establece el Diccionario Jurídico Mexicano puede decirse que: “en sentido general es un conjunto o secuencia de actos gobernados por ciertos criterios que finalizan en una decisión. Pueden pues, distinguirse en él los pasos de esa secuencia y el resultado final”⁸⁹. Así entonces, la llamada justicia procedimental es precisamente un conjunto de criterios morales que deben cumplir los pasos de la secuencia de actos de todo proceso para desembocar en un resultado considerado correcto desde el punto de vista moral.

En opinión del estudioso del derecho Francisco Laporta en su obra titulada “Entre el derecho y la moral”, la justicia procedimental se clasifica de dos formas, él indica: “es justicia procedimental perfecta, cuando conocemos cuál debería ser el resultado justo y sabemos también cuáles son los pasos que llevan indefectiblemente a ese resultado; y, es justicia procedimental imperfecta cuando sabemos cuál debe ser el resultado pero no sabemos, sin embargo, mediante qué pasos puede llegarse a él con mayor seguridad”⁹⁰. En el caso de la justicia imperfecta se tratan de diseñar criterios de acción, requisitos, estrategias, etc., que conduzcan a asegurar el máximo de acercamiento a la solución correcta.

El procedimiento judicial puede ser una gran secuencia de actos irracionales que terminen desembocando en un castigo arbitrario, pero si se quiere revestirle de cierta dignidad moral, es preciso que se empiece a formar como un mecanismo de

⁸⁹ Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Diccionario Jurídico Mexicano, tomo IV, p.

⁹⁰ Francisco Laporta, Entre el derecho y la moral, p.68

justicia procedimental que, en este caso, sería imperfecta. La decisión o resultado justo de ese procedimiento habría entonces de tener al menos tres rasgos fundamentales, primero tendría que aplicar normas justas, en segundo lugar, no debería imponer castigo alguno al inocente, y, por último, tendría que ser una decisión equitativa. El problema entonces es cómo montar la estrategia del procedimiento judicial para que la decisión o fallo se acerque al máximo a dicho tipo de justicia procedimental, aunque es evidente que para hacerlo deben incorporarse profundamente instrucciones u orientaciones morales.

Las tres características o rasgos que debe tener el resultado del procedimiento judicial, mencionadas en el párrafo anterior, se entenderán mejor si se analizan detenidamente uno a uno: el primero de los rasgos (las normas jurídicas aplicables han de ser justas), hace referencia ineludible a la idea, ya mencionada en este capítulo sobre el hecho de que en general las normas jurídicas deben estar provistas de una justificación moral, que es el centro de todo este trabajo de tesis.

El segundo de los rasgos que habla del fallo justo (no se debe imponer castigo alguno al inocente) se conocen como un conjunto complejo de exigencias que los ordenamientos modernos han incorporado bajo el nombre de “garantías procesales”; se trata de cosas tales como la prohibición de la tortura judicial, los derechos a ser informados de las razones de la detención y acusación, a la asistencia técnica en el juicio, a un juicio público y sin dilaciones, a la propia defensa con máximos medios de prueba y a la presunción de inocencia; es decir, se trata de un conjunto de mecanismos cuya razón de ser es establecer un marco más complejo posible de condiciones que aseguren que nadie es condenado o lesionado si no es culpable conforme a pautas jurídicas establecidas. A través de ellos se delimita, en torno al individuo una forma de protección frente a la función punitiva del derecho basado en exigencias de carácter ético – moral.

Antes de analizar el tercer rasgo, es conveniente señalar que la máquina del poder jurídico no deja la creación y aplicación de sus normas en manos y bajo responsabilidad de seres inanimados o seres supremos, sino que recae directamente en simples personas, con la diferencia de que se les reviste de poder, a través de la aceptación y obediencia de los demás ciudadanos para que organicen a las mayorías, el problema aquí nace, cuando la calidad moral de dichas personas es dudosa o simplemente no existe, es por ello que puede haber procedimientos creados como justos, para obtener un resultado de la misma especie, es decir, justo, pero, existe la posibilidad de que dicho procedimiento sea justo en esencia o en teoría para lograr un resultado justo y satisfactorio, pero si dicho procedimiento no se respeta y cumple como debería de ser, entonces el resultado ni estará apegado a derecho ni logrará su fin que es la impartición de justicia.

El que las finalidades para las que fue creado el procedimiento judicial se malogren, no son ocasionadas siempre por deficiencias en la forma del proceso establecido en ley, sino por deficiencias en la ética de las personas responsables de ejecutar dicho procedimiento, quienes se corrompen al pago del mejor postor, o bien se inclinan a favor de la parte que más le convenga que gane el juicio, también suele suceder que por falta de atención y desinterés en el desempeño de sus funciones se cometan graves errores que pretendan pasar por alto; dejando casi a la suerte el resultado de algo que se debería de manejar con toda cautela, respetando el procedimiento cuidadosamente elaborado y establecido que sólo busca el bien común y la impartición de justicia pronta y expedita, pues la sociedad reclama el aseguramiento de su derecho y de su verdad ante las autoridades, pues si ellas no le garantizan esto, nadie lo podrá hacer, pues la solución no es volver a épocas en donde la Ley del Tali6n era la soluci6n.

iguales, sino sólo parecidos, lo cual puede perjudicar severamente en la decisión que se tome, al particular que en ese momento acudió a dicha autoridad.

Desde siempre las normas jurídicas han unido su validez a una clara pretensión de obligatoriedad, y los ciudadanos viven bajo la convicción de que están obligados a obedecerlas. Pero, si se quiere mantener que existe una obligación de obedecer el derecho al parecer sólo cabe una respuesta: es obligatorio porque así lo dispone la norma jurídica vigente; es el hecho de que la norma jurídica exija la conducta lo que la hace obligatoria. Pero esto es poco convincente, ya que se ha visto que las normas jurídicas están vigentes simplemente porque en su creación se sigue un procedimiento formal aceptado generalmente por la sociedad, lo más que se puede decir de una norma así emanada es que “se cree” que es obligatoria, pero no que lo sea en absoluto.

Lo que se está tratando de hacer es justificar la obligatoriedad de una norma y no solamente explicar la creencia en esa obligatoriedad. Sólo si se encuentra esa justificación se podrá decir que el derecho debe ser obedecido. Ahora bien, para poder llevar a cabo tal búsqueda se tendrá necesariamente que salir del mundo de las normas jurídicas, ya que la justificación de la obligatoriedad de normas pertenecientes a un sistema no puede estar, por definición, en una de las normas de ese sistema (ya que esa norma justificaría su propia obligatoriedad, con lo que sería tanto como decir que es obligatoria porque ella dice que es obligatoria).

En todo caso, lo que parece asentarse decididamente en el pensamiento jurídico es que no hay obligación de obedecer al derecho “injusto”, lo que supone que el problema, si tiene solución, la tiene sólo en relación con el derecho “justo” y eso significa seguramente que ese derecho, si es obligatorio, no lo es porque sea derecho, sino porque es justo. Naturalmente esto hace desembocar toda la indagación en cuestiones relativas a la justicia de los sistemas jurídicos.

Más allá del derecho está la justicia; más allá de la legalidad está la legitimidad. Al salir de la esfera de la legalidad a la búsqueda de una justificación, se penetra necesariamente en el territorio de la legitimidad en sentimientos puros de protección a la sociedad y al hombre mismo, que es lo que se busca al actuar con moral.

3.4 Reflexión en torno a la función moral que el juzgador debe cumplir, y de la administración de justicia.

Al hacer algunas reflexiones sobre la administración de justicia como un acto moralmente básico para la estabilidad de la sociedad, es necesario referirse específicamente al juzgador, como principal encargado de dicha administración de la justicia, lo que implica también hablar sobre la responsabilidad que tienen todas las personas para su buena marcha y, fundamentalmente, el deber de los abogados de contribuir en la defensa de los intereses de la sociedad. Nunca se debe torcer, posponer o evitar la impartición de justicia, porque esto jamás podrá justificarse en cualquier sociedad civilizada y democrática que, como es el caso de la sociedad mexicana, cuenta con la ley para obtener el derecho de quienes lo demandan.

El derecho es la esencia, la fuerza vital, el cause que dirige a la nación mexicana, que se sustenta en el más importante de los códigos, la Constitución Política; de ella emana, como expresión de la soberanía popular, uno de los objetivos supremos del Estado de Derecho: dar seguridad y justicia para procurar la convivencia armónica de los mexicanos y preservar la paz social.

“La justicia es el último fin del derecho, podrá darse su evolución histórica, por todas las formas o modalidades que se quiera, pero en su esencia, ha sido y será la base de toda evolución jurídica; la justicia es la concreción de la voluntad de dar a cada quien lo suyo, función excelsa de la equidad; para ello se requiere, además, de

cualidades como vocación, apostolado, pasión de jurista y dedicación de tiempo completo".⁹⁴

En el derecho no sólo hay que ver un conjunto de órdenes, prohibiciones y mandatos, sino también un deseo de conseguir justicia, por ello es necesario distinguir con claridad entre derecho y poder. Los juristas deben sentirse no sólo servidores del derecho, sino también servidores de la justicia.

Un factor básico, fundamental, en una democracia como la mexicana es, el imperio de la ley y, a través de ella, de la justicia. No es posible hablar de justicia sin hablar de libertad, tampoco se puede hablar de libertad omitiendo el respeto a los derechos humanos.

Sólo cuando se trata de un Estado democrático, es decir, de derecho, se puede ser libre, porque únicamente en la libertad y dentro de ella, el ser humano puede alcanzar el progreso y su plena realización. No puede concebirse la existencia de un Estado democrático sin que exista en él, en forma permanente y estricta, la recta y ordenada administración de justicia.

El derecho es la ordenación justa de las relaciones humanas, existe y se justifica en función de la persona individual, cuyos derechos tutela y de quien su integridad protege. Todos los ordenamientos que constituyen el sistema jurídico se dan por razón de los hombres a los que se refieren.

Es de manifestarse, que la mejor defensa y mayor protección de los derechos humanos se da fundamentalmente en una sana, justa y transparente administración de justicia, pues solamente en el derecho y por el derecho es permisible un Estado libre y

⁹⁴ Miguel de la Madrid Hurtado (compilador), El papel del abogado, p. 1

democrático, el verdadero uso y disfrute de las garantías consagradas en la Constitución Mexicana.

Hablar de justicia es hablar de derecho y a su vez es hablar de moral. Hablar de derecho, en sentido objetivo, es hablar de leyes, porque el conjunto de éstas, entendidas en un sentido amplio, **que no se debe reducir y limitar a las escritas**, constituye lo que se conoce como orden jurídico.

La justicia y los demás valores inherentes a ésta deben suministrar la orientación del derecho, y lo que el derecho debe proporcionar es, precisamente, una seguridad en lo justo. Esa orientación del derecho debe hacer hincapié en que la flexibilidad interpretativa es riesgosa y en ocasiones injusta, lo que va en contra del derecho. Por eso, la crisis de la justicia puede ser no solo funcional, sino también de resultados.

La administración de justicia requiere de la integridad de quienes la aplican. Para Aristóteles “la justicia conmutativa es la tarea y oficio del juez para dar a cada uno lo que más pueda aproximarse a lo que le pertenece, la justicia distributiva es la función del legislador para dar a cada uno con arreglo a sus méritos o merecimientos. Y habría una tercera justicia, la social que es dar a cada uno según sus necesidades, que correspondería decidir a los poderes Legislativo, Judicial y al Ejecutivo”⁹⁵. La justicia debe ser el cimiento del Estado Moderno. La justicia debe ser la más fiel realización del derecho.

De ahí que la tarea que ha sido encomendada a los juzgadores de aplicar el derecho, sea trascendente. Aplicar la norma jurídica al caso concreto como acción del juzgador, requiere de muy diversas cualidades: del conocimiento adquirido en las

⁹⁵ Julian Marias, Historia de la filosofía, p. 22

aulas, actualizado constantemente con el estudio y la práctica profesional; la serenidad, producto del equilibrio de las pasiones, asimilando las positivas y desechando las negativas; la probidad, cuestión de principio, implícita en la personalidad del ser y que debe manifestarse de continuo, en todos los actos del hombre, en la vida pública y privada, en las sentencias; la imparcialidad, que sólo puede ser producto de juicios críticos racionales reflejados en las decisiones que dicten los jueces, y la sensibilidad, que no se debe de olvidar, puesto que en la frialdad de la aplicación de la norma no se debe desatender que se está juzgando a seres humanos.

Cuando los individuos están de acuerdo y no hay oposición, ni pugna entre ellos, basta su juicio particular acerca de lo que es justo; es decir, acerca de lo que es conveniente para igualarlos y ordenarlos entre sí, pero cuando ese acuerdo no se logra, se hace necesario el juicio público, que es de la competencia del órgano jurisdiccional.

Cualquiera que sea el proceso de que se trate, presupone la coexistencia de varias personas, independientemente del objeto o contenido; entre estas personas, el juez o tribunal ocupan un plano relevante respecto de las partes. Son principales y necesarios el juez y las partes y hay otros que son accesorios o secundarios. El juez es el órgano que encarna la jurisdicción, ya que ha sido puesto por el Estado para administrar justicia.

Un poder judicial dinámico, intelectualmente despierto, profesionalmente activo y necesariamente honesto, garantiza el régimen del Estado de Derecho, en que la ley es rectora y que mediante la intervención de la autoridad jurisdiccional, en su acto de aplicación con motivo de una controversia, la transforma en derecho cierto y concreto.

La facultad de juzgar, considerada en abstracto, es lícita, y se deduce del hecho de que el juicio es el principal acto de una virtud tan excelsa como la justicia misma, si se realiza de forma honesta e imparcial.

Para Saturnino Agüero Aguirre: “la misión del juez es en extremo ardua, no siempre se aprecia hasta qué punto llega a serlo en determinados casos, y contra cuántas dificultades tiene que luchar para cumplir su misión. Por ello, para que un juez cumpla con las funciones que le son encomendadas debe poseer las condiciones físicas y morales para llevar a cabo su misión, no solamente el vigor físico, la salud, el empeño, sino también los conocimientos jurídicos amplios y en constante renovación. El juez necesita hallarse dotado de habilidad y perspicacia, pues no son pocos los interesados en engañarlo durante el procedimiento”.⁹⁶

Se habla de la cultura del juez, porque ésta debe ser muy amplia, abarcando conocimientos en distintas áreas del saber así como de innumerables ciencias auxiliares del derecho. Sánchez Azcona comenta que: “un célebre maestro de la universidad de Graz aconsejaba que sólo se designase para juzgador a aquellos jurisperitos que acreditasen previamente poseer conocimientos jurídicos y que tuvieran una cultura completa, además de que tendrían que consagrar su actividad al ejercicio y perfeccionamiento de la función que se le encomienda y aumentar el caudal de su experiencia en todos los momentos de su vida”.⁹⁷

Para realizar la función de juzgador, la persona seleccionada tiene que estar dotada de una suma de buenas condiciones exigibles a los seres humanos; este tipo ideal debe contar con una inteligencia clarísima, abnegación completa, celo incansable, perseverancia a toda prueba y conocimiento de los hombres, de sus

⁹⁶ Miguel de la Madrid Hurtado, *Op cit*, 3

⁹⁷ Jorge Sánchez Azcona, *Ética y Poder*, p. 85

pasiones, con una cultura completa en los diferentes ramos del saber humano. Esas cualidades deben alcanzarse por lo menos en un grado medio indispensable para el buen cumplimiento de la misión que se le encomienda.

Una cualidad indispensable, es la de que el juez debe hallarse dotado de gran energía y firmeza de ánimo, pues nada denigra más a la administración de justicia que un funcionario débil o indolente. Existe un principio que dice: “si te sientes débil, no seas juez; más si lo eres, sé enérgico y firme”⁹⁸.

Según la concepción del jurista Saturnino Agüero Aguirre “para desempeñar la función de juzgador, el juez debe reunir además de los requisitos formales que establecen las leyes, el saber jurídico, la vocación para el ejercicio del cargo y la probidad moral”.⁹⁹ La afirmación anterior, hace mención a una calidad moral indispensable para que el juzgador lleve a cabo con éxito su función, entonces, ésta es una prueba más de que el derecho no sólo tiene relación con la moral, sino que de la moral, surgiría la naturaleza para crear y aplicar el derecho conforme al bien y los valores, tan indispensables y olvidados en la actualidad.

Calamandrei afirmaba en su Elogio de los jueces lo siguiente: “el Estado siente como esencial el problema de la elección de los jueces, porque sabe que les confía un poder mortífero que, mal empleado, puede convertir en justa la injusticia, obligar a la majestad de la ley a hacerse paladín de la sinrazón e imprimir indeleblemente, sobre la inocencia, que la confundirá para siempre con el delito”.¹⁰⁰

⁹⁸ Henry Bergson, *Las dos fuentes de la moral y de la religión*, p. 41

⁹⁹ Citado por Miguel de la Madrid Hurtado, *El papel del abogado*, p. 5

¹⁰⁰ Hartmut Kliemt, *Las instituciones morales*, p. 67

Otra cualidad que se le exige al juzgador es la exactitud y escrupulosidad de sus actos, pues el funcionario judicial debe probar y verificar por sí mismo la certeza de los datos que le suministren.

Kant hablaba de tres virtudes que deben coexistir para garantizar la paz social: “sabiduría, valor y templanza, de las cuales ha menester el juzgador a fin de cumplir con eficacia su labor, puesto que al interpretar la ley e impartir justicia con pureza, requiere poseer los mayores valores éticos”.¹⁰¹

Sin embargo, para la licitud y rectitud del procedimiento realizado por un juzgador, se requiere que el juez tenga jurisdicción, que actúe con la virtud de la justicia y por la virtud de la prudencia, pues debe optar por lo que es justo basándose en la ley y en los hechos, ya que la ley es el único medio para el conocimiento y la realización de la justicia.

Como ya se dijo en otro momento, no basta entender o interpretar bien la ley, o abrigar siempre sentimientos favorables a la justicia, es necesario que los juzgadores nunca lleguen a olvidar que son personas públicas, sujetas a las normas y a la conciencia; quienes se han equivocado, están saldando las consecuencias de su falta (contra los principios morales).

En el perfeccionamiento de la administración de justicia deberían de tomar en cuenta los derechos humanos, haciendo más accesible la justicia a las clases sociales más desprotegidas garantizando a los necesitados de justicia, el acceso igualitario a los tribunales, modernizando las formas de asistencia jurídica y de orientación a la ciudadanía, previniendo conductas ilegales.

¹⁰¹ Javier Esquivel, *Racionalidad Jurídica, Moral y Política*, p. 96

Día con día, la democracia y la justicia social son directrices en el marco del derecho en México, por lo que no sólo, los funcionarios o servidores públicos deben hacer alarde de proposiciones o promesas sin cumplir sobre lo anterior, sino que deberían de ocuparse seriamente y con profundidad en ello, ya que la burocracia y la corrupción sólo hacen fuerte a la propaganda de las frases “se están haciendo mejoras”, o “la calidad en el servicio de determinada necesidad, ha mejorado considerablemente”, etc. Pero en la realidad no se ven tales cambios hechos a conciencia.

El Poder Judicial se encuentra comprometido en que la impartición de justicia sea clara, honesta y transparente, para lo cual todos los que integren el mismo, deben hacer su mejor esfuerzo, poniendo su mayor capacidad para lograrlo, pero también requieren de la colaboración y corresponsabilidad de todos los foros profesionales y académicos como el de la abogacía, que juega un papel fundamental en la impartición de justicia, pues solamente con su apoyo y participación, se puede llevar a cabo una digna administración de justicia para beneficio de la ciudadanía.

Lo que el juez decide o puede decidir, está escrito en la ley, no es una posibilidad sino un poder, una obligación, por ello, se busca solamente que reanude en beneficio de la impartición de justicia.

Se debe modernizar la administración de justicia, llevar a cabo un proceso formalizado, participativo y en permanente evolución; proporcionar a la ciudadanía, una mayor y mejor administración de justicia, adaptando el marco legal a los cambios que exige la práctica, asumiendo cada uno sus responsabilidades, valiéndose de una legislación en adecuación permanente, para que responda a la realidad socioeconómica de México y lograr la paz y equilibrio social, que en gran parte se ha visto afectado por problemas en la economía, haciendo extremadamente difícil el

mantener una vida estable económicamente hablando, lo que trae como consecuencia el desequilibrio individual de las personas, haciendo a un lado su dignidad, sus valores y sus principios morales, pasando por encima del prójimo si es necesario, con tal de conseguir sobrevivir.

La administración de justicia es fiel reflejo de la sociedad, de sus problemas y formas de solucionar las controversias; todos los ciudadanos están comprometidos en su buena marcha y hacer cumplir la ley, cuando ésta es moral, ética y benéfica para la sociedad.

Se deben adecuar los procedimientos para hacerlos más expeditos, ésa es una responsabilidad que tienen todas las autoridades, y en especial los abogados, deben de hacer de su profesión una institución respetable y al servicio de la comunidad, ya que por la ignorancia de la ley no se elude la responsabilidad de cumplirla, y es deber de los abogados, así como de las propias autoridades, hacer del conocimiento de los ciudadanos, la ley, para cumplirla al pie e incluso omitir conductas que señala ésta (delitos), ya que se supone que la ley está elaborada conforme a principios morales cuyo seguimiento, respeto y cumplimiento sólo traerán beneficios.

Para el nombramiento de los jueces se debe tomar en cuenta la capacidad, pero de verdad, los méritos, la honestidad y la rectitud, apoyados fundamentalmente en la carrera judicial, y no utilizar el conocido "dedazo" o el otorgar el puesto por amistad o promesas a cambio de favores, como se ve en la actualidad. Pero de ninguna manera se debe confundir la carrera judicial con una simple carrera burocrática de antigüedad y por escalafón; en la carrera judicial deben participar todos los estudiosos del derecho, los académicos y los funcionarios judiciales, pues la integración de los más altos cuerpos colegiados de la administración de justicia, debe ser fundamentalmente

de juristas con gran vocación de servicio a la sociedad y amor a la impartición de justicia.

Estas características de honradez y eficacia en el mecanismo judicial, permitirán a los reclamantes de justicia tener fe en el derecho y evitará que la corrupción y degradación social se institucionalicen y se vea como algo normal.

La labor del juzgador preocupa a toda la sociedad, al gobernante y al gobernado por igual, al que le sobra y al carente de recursos, ilustrado o iletrado. Pues nadie puede afirmar con certeza que nunca habrá de necesitar de la protección o ayuda de los tribunales.

Las decisiones justas también encuentran su más firme apoyo en las leyes y éstas, a su vez, en la administración recta de justicia pues a su protección confía el cuidado y la seguridad de la propiedad, la familia, el honor y la vida, entre otras.

Es en el respeto a la ley en donde se encuentra el verdadero ejercicio de las libertades, y el orden jurídico mexicano debe establecer el justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones, entre la autoridad y el individuo, entre el orden y la libertad.

Es provechoso llamar la atención de la sociedad sobre lo que representan las ocupaciones de la justicia y las actividades de los órganos que la imparten a través de servidores públicos o autoridades, como las actividades de los que la demandan, ello para obtener una mayor conciencia de la aplicación de la ley y en su caso de colaborar con el poder público en el proceso legislativo para la creación de leyes moralmente justas, que de nada servirían si su aplicación no tuviere la misma característica.

Debe haber más juzgadores, juristas, y ciudadanos en general, que dediquen su mejor esfuerzo profesional dentro de la judicatura para impartir con entereza esa justicia tan reclamada por la sociedad, a pesar de ataques, calumnias y presiones de algunos litigantes inescrupulosos que en ocasiones llegan a valerse de los medios de comunicación como instrumento de su ilícita conducta; a esos se les debe exigir respeto, que no se escondan bajo el anonimato para atacar a todos aquellos que en verdad tienen como meta principal de su vida el lograr que con la aplicación de la ley se realice el ideal de la sociedad y de quienes crean con valores y principios morales la ley, que es la paz y la impartición de justicia.

3.5 La justificación moral del comportamiento de los políticos que ejercen el poder de gobernar y su relación con el incumplimiento de la ley.

Las normas jurídicas deben ser morales, y las decisiones que ponen en vigor esas normas deben tratar de respetar ciertas exigencias de moralidad, y los responsables de tomar esas decisiones son los políticos que ocupan cargos públicos. De la constante actualidad de este tema, se resaltan algunas notorias equivocaciones sobre la idea de moralidad, lo que conduce a tratar de reducir dichas confusiones que suelen producirse cuando se busca recurrir a la moral o a la ética para enjuiciar a la política y a los políticos que ejercen el poder.

Existen diversos argumentos sobre las bases éticas y morales que, quienes ejercen la política, deberían aplicar en sus funciones como gobernantes. Dichas concepciones son de todo tipo: radicales, neutras, etc., pero a final de cuentas ninguna de ellas omite del todo que exista una relación necesaria entre el derecho y la moral, ya que el derecho es la forma de ejercer el poder que se les otorga a los gobernantes.

El primer problema o argumento para el enjuiciamiento de la política desde el punto de vista moral, es muy típico y radical, que en la actualidad se presta incluso a sarcasmos para disimular una posible aceptación de la vida política vivida en la sociedad. Dicho argumento tiene su base en el pensamiento de Nicolás Maquiavelo.

El problema que tiene como base a Maquiavelo surge cuando se plantea la cuestión de si el político ha de guiar sus acciones públicas con base en criterios y pautas morales o, por el contrario, su acción como político ha de ser un mero instrumento para lograr un conjunto de objetivos específicos que la tradición del maquiavelismo identifica con la estabilidad del sistema político en uso, el acceso al poder y la permanencia en éste.

La cuestión consiste en que tales objetivos se alcancen mediante acciones y decisiones puramente instrumentales con una lógica muy ajena a la moral, ya que dichos objetivos no indican nada sobre el contenido ético de un sistema político. Esto, de ser así, significaría entonces, que un político puede ser considerado un **buen político** aún cuando sus acciones sean ética y moralmente reprochables, siempre que tales acciones sean instrumentalmente eficaces para obtener permanencia, estabilidad o seguridad del y en el poder, lo cual no conviene a los intereses sociales.

A Maquiavelo se atribuye, la idea de que “la conducta del político en su posición de político no era susceptible de enjuiciamiento moral porque la política tiene sus propias reglas separadas de la moral. Es más, según ésta posición, el político ‘moralmente bueno’ lo que estaba haciendo era buscar su propia perdición como político; entre tanto hombre astuto, perverso y calculador, el político éticamente ‘bueno’ tenía todas las de perder”.¹⁰²

¹⁰² Julián Marías, Historia de la filosofía, p. 176

Esta posición conduce a muchas contradicciones por razones de fondo. Incluso si se acepta que la política es el reino de la astucia y del cálculo, lo que no cabe dudar es que la política se expresa a través de acciones y decisiones humanas, no habiendo por que renunciar a distinguir entre acciones astutas buenas y acciones astutas malas o entre decisiones calculadoras buenas y decisiones calculadoras malas, o lo que es lo mismo, que tales acciones y decisiones humanas caen, como cualquier otra, bajo el juicio moral. Dicho juicio debe sobresalir para defender o proteger los intereses sociales, sobre los intereses particulares que versan en relación con la sociedad.

El pensamiento político escuda sus acciones reprochables en el entendido de que lo bueno y lo malo está en función del criterio moral a partir de cual se enjuicia, pero si cada persona o grupo social, tiene su propia apreciación de lo bueno, lo malo, o lo moral, entonces no cabría el respeto, por ello deben existir parámetros fijos en la concepción de bien y del mal, con base en los beneficios que se produzcan a la mayoría, y no sólo a unos cuantos.

Respecto del comportamiento inmoral de los políticos que detentan el poder de gobernar "conforme a derecho" y los resultados decepcionantes que se han visto desde hace ya varios sexenios por parte de todos los miembros que componen dicho poder de la política gubernamental, cabe resaltar la impotencia de las leyes, procedimientos de aplicación de éstas y carácter decisivo y valiente para solicitar se rindan cuentas claras de los malos manejos del poder que se ha venido dando en México, esto ineludiblemente lastima la estabilidad del ser humano en su calidad de ser social; por ello deben ser rechazadas dichas conductas de plano, con energía, empezando por desechar el hecho de que el sistema jurídico existente admita la irrevisibilidad de ciertos actos del Poder ejecutivo o legislativo (inmunidad jurisdiccional), pues ello vulnera uno de los derechos más preciados del hombre como es la garantía de defensa y audiencia.

Nada identifica más al Estado de derecho que la libertad de crítica a la actividad gubernamental, con tal de que ésta sea respetuosa hacia el gobierno, el cual debe observar una política franca de diálogo con sus oponentes. En opinión de Roberto Ríos Elizondo “la negación de esta libertad significa, por el contrario, la dictadura y el temor de los gobernantes —que siempre van acompañados— y, por lo mismo, el reconocimiento de su precaria situación popular”¹⁰³

De lo que se trata es que todo acto del Poder ejecutivo esté sujeto al control jurisdiccional, así como cualquier autoridad que por su rango o importancia de las actividades que desempeña, de modo que puedan ser impugnados ante los tribunales o autoridades administrativas competentes, cuando causen agravio a los derechos de los individuos o de los grupos, en su caso. En la actualidad se supone que “existe” la posibilidad de llevar a cabo el llamado **juicio político** a los gobernantes que no hayan satisfecho con su administración y gobierno, a las necesidades reclamadas por sus gobernados o que se vea que en lugar de otorgar beneficios con su administración, se ve como resultado todo lo contrario; pero en la realidad, esto no se lleva a cabo.

Ahora bien, por otro lado, no hay ninguna razón para establecer con respecto a las decisiones y acciones de los políticos una especie de excepción de juicio ético que implique que haya que abstenerse de valorarlas desde el punto de vista de la moral. Ello se refuerza aún más cuando se observa que tales acciones y decisiones no son triviales o irrelevantes, sino que versan sobre cosas tales como el uso de la violencia sobre seres humanos, la distribución de recursos básicos y el alcance de la libertad de los ciudadanos; es decir, se trata de decisiones que inciden directamente sobre la vida individual y social y, por tanto, sobre la base misma de la moralidad.

¹⁰³ Roberto Ríos Elizondo, El acto de gobierno, p.420

La política en opinión de Jorge Sánchez Ascona “no es, por consiguiente, una técnica de acceso al poder o una construcción social orientada a hacer estable y permanente un sistema, sino que es una actividad humana que afecta decisivamente al desarrollo de la personalidad individual y colectiva de sus destinatarios, y por ello no sólo debe estar, como cualquier otra, bajo la vigilancia estricta de la moral, sino que ha de ser contrastada y evaluada con patrones éticos, constantemente”.¹⁰⁴

Los políticos, en el curso de su actividad, deben actuar sometidos a pautas morales. Pero esta afirmación se presta a muchas discusiones y conflictos, porque la afirmación de que los políticos deben actuar moralmente ha sufrido con frecuencia de equivocaciones o errores importantes. Ya que una larga tradición religiosa ha determinado que la conciencia común asocie a la idea de “moral”, fuertes rasgos o sentidos de “pecado” o bien de “virtud” en el ámbito íntimo y que, aún más, esa conciencia común se atribuya a sí misma el privilegio de intervenir y controlar las vidas privadas de los seres humanos para proteger su ética, no la moral puesto que es reflejo del actuar colectivo. Esto es considerado como inaceptable.

El primero en negar dicha situación fue John Stuart Mill quien afirmó tajantemente que: “La única parte de la conducta de cada uno por la que es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu el individuo es soberano”.¹⁰⁵

Este tipo de pensamientos lo que expresan es un radicalismo ideológico que no beneficia a determinar parámetros morales o benéficos para la sociedad, ya que se inclinan, extremosamente a creer, que la sociedad no puede interferir en las acciones

¹⁰⁴ Jorge Sánchez Ascona, *Ética y Poder*, p. 64

¹⁰⁵ Francisco Laporta, *Entre el Derecho y la Moral*, p. 125

privadas de los seres humanos que no causan daño a otros. Se piensa que el pedir cuentas a los demás por este tipo de acciones por muy repugnantes que parezcan desde un punto de vista moral muy personal de quien juzgue en ese momento, carece de fundamento.

Estas ideas extremistas, deducen en afirmar que el reproche moral externo, la presión de la opinión, y el control o la sanción de tales conductas privadas carecen de justificación. Pues, el único tribunal competente para pronunciarse sobre la moralidad o la responsabilidad de esas acciones, es el propio agente moral que las realiza. Haciendo a un lado la opinión de los demás, pues nada tiene que decir.

Gilles Lipovetsky hace mención de que “algunos grupos a favor del liberalismo, (en todos los aspectos de la vida del hombre), son los defensores de ideas como la expresada en el párrafo anterior, extendiendo esto a algunas acciones, que por ejemplo, son acciones privadas entre adultos que consienten y aceptan realizarlas, pues se considera que en la medida en que tales acciones no dañan ni afectan a otros, en la medida en que no alteran en absoluto los planes de la vida de los demás, pues los demás carecen de justificación para imponer sobre ellas caución moral alguna, pues se dice que “Las acciones privadas de los hombres sólo les atañen moralmente a ellos”.¹⁰⁶

A lo anterior, existe una objeción o una posibilidad que tal vez no haya sido tomada en cuenta hasta ahora, la cual radica en el hecho de que algunas acciones de características muy personales, tal vez no afecten directamente a la vida social, pero indirectamente podrían estar causando un perjuicio irreparable, ya que por medio del ejemplo y de empezar a permitir o pasar por alto determinadas conductas, aunque no se aprueben, provoca con el paso del tiempo una indiferencia a querer eliminar dicho

¹⁰⁶ Gilles Lipovetsky, *El crepúsculo del deber*, p. 83

brindarle a la moral la oportunidad de mostrar lo benéfico que sería aplicar pautas o valores estrictos de carácter moral a las conductas reguladas por el derecho.

El extremismo ahora, se observa en afirmar que se le da un valor ético prioritario por encima de cualquier otra cosa a una moral social que puede ser muy dudosa en la modernidad, esto por la evidente falta de valores en las personas; lo cual es absurdo, pues sino se empieza por establecer en la ley la protección y los medios para lograrla, a valores fundamentales como son la vida y la integridad de las personas, la paz social y la impartición de la justicia para la satisfacción plena y sin problema de las necesidades de cada uno de los que integran a la sociedad.

Es decir, la moral social es dudosa en la actualidad, porque no se ha aceptado que el derecho sea en sí el representante y depositario de los valores y principios morales (totalmente separados de la religión, como ya se explicó), es decir, esto sería como aceptar la legalización de la moral que mejor dicho, sería la legalización de pautas, principios y costumbres (que en la actualidad se encuentran en constante cambio) que no son tan adecuados como debieran ser, por lo que el derecho no debe apoyarlos, sino ser elemento de estabilidad en el tiempo y de resistencia en el cambio, para que el pretexto de la evolución y el cambio del hombre, no sea motivo para aceptar que los conceptos de lo bueno y lo malo cambien tan radicalmente, permitiendo así que cualquier comportamiento o actividad o descubrimiento, etc., sea visto como permitido o que sea indiferente aunque provoque daños irreversibles.

Lo anterior, no debe ser tomado como base, para nuevos puntos radicales que puedan confundirse con tratar de oponerse al proceso de laicización o bien con el hecho de desechar algunas costumbres que lejos de ser morales, son moralistas en perjuicio, ya que en ocasiones, las ideas que tengan las personas sobre lo que es moral o inmoral, no tienen por qué ser la medida de todas las cosas, pues es posible que esas

ideas sean caducas, conservadoras, basadas en prejuicios o supersticiosas. En tal caso, desarrollar una vida privada distinta de ellas, no es deseducador; por el contrario, puede ser una forma sana contra la rutina de costumbres heredadas, es buscar alternativas que se adecuen a los cambios, sin perder las metas ni el rumbo.

Asimismo, forzar a las personas públicas a la simulación moral, sólo acarrea hipocresía y falta de credibilidad, ya que de nada sirve que para evitar el enjuiciamiento moral de la sociedad, los políticos simulen una vida y oculten la verdadera, en muchas ocasiones se hace para evitar la imagen negativa en el comportamiento electoral en una sociedad democrática como es el caso de la sociedad mexicana; esto no es sólo para los políticos que buscan el poder y se encuentran en contiendas electorales y propaganda política, sino que son conductas desplegadas por políticos que ostentan el poder ocupando algún cargo público y que lo hacen bien para que cuando termine su función en dicho cargo, les sea fácil acceder a otro, o bien por mantener la buena imagen del partido político al que representan y sea de igual forma, fácil acceder o seguir manteniendo el poder de gobernar.

Para finalizar, es de mencionarse que la sociedad, los gobernantes y el derecho, tienen la obligación de respetar y hacer cumplir los dictados de la moral, pues sólo respetando ciertos parámetros indispensables, se podrá vivir en armonía; no en un mundo perfecto, porque tan sólo el pensarlo es una utopía, mucho menos, cabe decirlo y por supuesto, es imposible llevarlo a cabo, gracias a la diversidad de ideologías de las que se componen la sociedad, pues siempre existirán aquellos que busquen un beneficio propio, sin importar pasar por encima de quien sea, perjudicando a unos cuantos o al conjunto que conforma la colectividad. Pero para ello, el derecho debe de imponerse coercitivamente, como representante del orden, haciéndose posible por medio de las autoridades designadas para ello, por medio de la elección y poder otorgado por la misma sociedad; a través de un sistema democrático que siente sus

bases en la concientización y moralidad de las personas a elegir para ocupar dichos puestos, y así hacer posible que se respeten valores fundamentales como la vida, la paz, el bienestar colectivo, entre muchos otros, pero principalmente, mantener protegidos y siempre presentes, parámetros de moral que deben respetarse para la sobrevivencia armónica y benéfica del hombre y su evolución sin su detrimento.

3.6 El compromiso social fundado en la creencia, vivencia y protección de una cultura fundada en los valores morales, para lograr un sistema de derecho pleno y eficaz.

La lucha para equilibrar y dignificar el poder que la sociedad confiere a los gobernantes, según el derecho, se debe realizar primeramente en el desarrollo de una cultura democrática, que debe apoyarse en la educación, en primera instancia en la familia y en la escuela, y la incorporación de un marco ético y moral en el orden jurídico, que reconozca como fundamento de la sociedad a la que rigen dichas normas, principalmente, los valores de justicia, libertad e igualdad.

En el transcurso del tiempo, el ser humano ha creado referencias de vida en los valores, que demuestran la tendencia innata y permanente del hombre a establecer y darse una conducta ética que le dé seguridad y certeza a su marco de vida, y preserve su vida comunitaria. Los valores morales no sólo son la expresión del actuar individual, sino una manifestación colectiva, una forma del comportamiento social de los miembros de una comunidad. Cuando la mayoría de las personas repite una acción por creer en el valor que tiene dicha acción, ésta adquiere una dimensión diferente, con características y objetivos que trascienden el actuar particular; así entonces, la conducta colectiva se constituye y se consolida por la repetición de acciones individuales, que se reflejaran en la manifestación interna.

Los valores forman parte esencial de este comportamiento social, al estar condicionados por el ambiente social, muestran su contenido en diferentes expresiones pero, a pesar de que son muy relativos, se pueden encontrar conductas sociales que trascienden su momento histórico y que se consolidan con el transcurso del tiempo.

Para entender mejor este punto de la importancia de ejercer y defender los valores morales, cabe hacer referencia a una de las aportaciones más significativas que otorgó Sigmund Freud, que son sus estudios sobre los dos aspectos radicalmente diferentes del ser humano, que son la capacidad de amar y de odiar que tienen todos los individuos.

Específicamente Freud indicaba que “la ambivalencia en la sociedad se puede analizar cuando, por un lado, si una sociedad fortalece los aspectos benéficos o positivos del comportamiento de sus miembros, es decir, las acciones a favor de la vida, del crecimiento y desarrollo integral de las personas, tal sociedad crece y se consolida basada en las posibilidades de quienes la conforman; pero, si por el contrario, las estructuras sociales fortalecen conductas negativas o destructivas, esto es, acciones que limitan las potencialidades innatas del ser humano, dicha necrofilia pone en riesgo tanto la sobrevivencia particular de quienes participan en dicha sociedad, como la de la propia estructura social”¹⁰⁷.

En muchos sucesos que han ocurrido en la humanidad a lo largo de la historia, se encuentra la presencia de esa ambivalencia, dichos sucesos hablan de la tendencia del hombre a la capacidad de odiar y destruir con la misma pasión e intensidad con la que puede construir u otorgar un beneficio; por tanto, es importante que las sociedades conserven, fortalezcan y desarrollen tendencias éticas y morales entre sus

¹⁰⁷ Citado por Jorge Sánchez Azcona, *Ética y Poder*, p. 78

miembros, que trasciendan estas tendencias de forma rápida y profunda para permitir una continuidad histórica de la sociedad, y así, que se disminuyan y controlen las manifestaciones de conductas destructivas.

Si realmente los miembros de la sociedad se quieren consolidar como seres humanos, positivos, amantes de la vida, es necesario que agentes socializantes como la familia, la escuela y el derecho, así como otras instituciones sociales que participan en este empeño, particularmente el Estado, realicen su mejor esfuerzo para reforzar y desarrollar valores éticos y morales para que la sociedad en su constante transformación, no se autodestruya, y que aproveche para bien todos los cambios materiales y espirituales que día con día se descubre capaz de llevar a cabo.

CONCLUSIONES

Al iniciar la investigación del tema sobre las relaciones entre el derecho y la moral, se pensó que serían muy concretos los objetivos a alcanzar y muy sencillas de comprobarse las hipótesis, bajo el pretexto de tan sólo mirar alrededor y darse cuenta de la situación en la que se vive, en la que tanto la sociedad como los sistemas jurídicos y de gobierno, están pasando por una grave crisis que no parece tener solución y de la cual, se hace culpable sólo al sistema de gobierno, con ejemplos específicos como el hecho de que por el tipo de economía tan inestable que se está viviendo en México, se dice que hay tanta delincuencia (por la falta de empleos), pero no sólo es ese factor el que influye en la crisis de confusión y desesperación que vive la sociedad por su propio comportamiento y por su mal sistema de gobierno, que involucra directamente al derecho (ley creada y ley aplicada).

La principal problemática que se tuvo para poder demostrar la interconexión entre el derecho y la moral, así como los ámbitos en los que se daba ésta, radicó en definir y delimitar el significado de la moral, pues el de derecho era aparentemente más conocido y delimitado su campo de actuación. Así entonces en primer lugar se partió de dos objetivos a demostrar respecto de la idea de moral, lo cual se hizo en los siguientes términos:

Primeramente al definir a la moral se diferenció de dos conceptos con los cuales se usaba como sinónimo, la ética y la religión, lo cual después de leer este trabajo, puede parecer falto de sentido, pues no es cuestión de creencias, de fe o de dogmas, como se pretende hacer ver el comportamiento moral en determinada religión, ya que ni los principios rectores de todas las religiones existentes son iguales y ni la moral se basa en eso, sino en aquello que produce un beneficio en la evolución del hombre y

cuidando que la transformación, que es de tipo material, no interfiera con dicha evolución, el cual es un proceso natural. Y, por otro lado, la moral no es la conciencia individual de la persona, ni se limita a ser un conjunto de creencias que diferencian lo justo de lo injusto o lo bueno de lo malo, pues ello es trabajo de la ética, aunque se puede afirmar que la moral viene designada por la costumbre, y la ética por un sistema de principios personales, que servirán de base a la moral, pero no por ello son lo mismo. Así entonces es de dejar muy en claro que la moral no apoya a una determinada religión o que es la conciencia del individuo enfocada a dictarle que camino seguir, según lo indique la bondad o maldad de los actos humanos, como lo manda la ética, por lo que se puede afirmar que la moral va más allá de esto y que sí puede ser objetiva y racional; por lo tanto, se puede relacionar con el derecho, aún más apoyándose en la definición de ley moral y lo que involucra la obligación moral o el fundamento de ésta, analizando para ello detenidamente el problema de la diferencia entre lo bueno y lo malo.

En lo que se refiere al alcance del segundo objetivo de definir y delimitar el significado de la moral, éste se basa en descubrir la naturaleza de la moral, pues fue un gran obstáculo para el desarrollo de la investigación el descubrir si la moral hacía referencia al individuo, a la sociedad o a ambos a la vez, a lo cual se llegó a la siguiente conclusión: la moral vive del conflicto que existe entre el individuo y la sociedad. Si las exigencias del individuo se adecuaban a las de la sociedad, el hombre podría comportarse según sus propias exigencias y desaparecería el conflicto. Pero, siendo el hombre un animal social, necesariamente todo lo que haga referencia a sus actos, sean buenos o malos, se refieren también, directa o indirectamente, a la sociedad, provocando una reacción, por lo tanto la moral sí es de naturaleza social, más no personal, por lo que éste es un elemento más que da la posibilidad de relacionarla con el derecho.

A partir de concebir a la moral con una naturaleza meramente social (nunca individual, pues ello es terreno de la ética), entendiéndola como el sistema de reglas que existe en virtud de la presión social que aquellos que la ejercen consideran justificada, por medio de un valor fundamental con el cual ellos se identifican por producirles beneficios humanos, se puede establecer la coincidencia de ésta con el derecho, pues este último es de un contenido muy rico y complejo para ser reducido a una mera manifestación de voluntad del poder público, sino que está involucrado en la trama entera de la vida social conformada por el pueblo y el gobierno a la vez, ya que el Estado mismo, en cuanto autoridad y poder coactivo, está sometido a las normas jurídicas. Por ello, no se debe olvidar que el Derecho no es un fin, sino que está siempre al servicio de fines superiores, para poder alcanzar el bienestar humano, al igual que la moral, no es sólo para ser cumplida o respetada, sino que al cumplirla se respeta a los demás.

El afirmar que el derecho y la moral se relacionan, se concluye a partir de una hipótesis comprobada en el desarrollo de este trabajo, al demostrar que una sociedad democrática no es viable si la mayoría de los ciudadanos, los que configuran el consenso que sostiene al poder, y a su norma fundamental, la Constitución, no están de acuerdo en la existencia de una serie de obligaciones y exigencias morales en la convivencia y en las relaciones sociales, ya que naturalmente, si existe ese acuerdo se reflejará, por una parte, en el ordenamiento jurídico y, por otra, en la conducta práctica de los ciudadanos.

Se concluye, que dicho acuerdo social, jurídico y moral, según las necesidades existentes y expuestas en el desarrollo de esta tesis, debe contener, soluciones reales, posibles y comprobables al ejecutarse, pero sobretodo tener muy en cuenta, que todas las soluciones a las que se llegaron y que se proponen, al detectar los problemas existentes actualmente en México, involucren una responsabilidad compartida entre la

sociedad, el gobierno y la ley, por lo que se demuestra la objetividad de este trabajo. Al no dejar como responsable de la situación al sistema de gobierno, al estado de derecho o a la sociedad, sino al conjunto de éstos y la falta de educación, esfuerzo, responsabilidad y de moral en el actuar de este conjunto. Así pues los puntos de conclusión y de solución son los siguientes:

En primer lugar el factor de credibilidad es fundamental para el desarrollo integral de la sociedad, pues independientemente de que se viva un periodo de crisis de identidad y de valores a nivel individual y social, existe mucha incredulidad en la obligación por parte de las autoridades de cumplir sus promesas y compromisos, aunque éstas no sean las únicas obligadas a cumplir ni las únicas incumplidas, pues como se mencionó en el desarrollo del trabajo, se demostró que en la sociedad hay una gran crisis pues también los ciudadanos esperan que el gobierno y las leyes que se crean y aplican, hagan todo el trabajo, cuando los ciudadanos se deben comprometer a educarse, a ser honestos, responsables y a no perderse en la mediocridad, la ignorancia o el conformismo; es decir, en la sociedad democrática pueden y deben reivindicar su derecho (que también en cierta medida supone su obligación) a intervenir, a colaborar a vigilar, a auxiliar cuando parezca necesario; así entonces, la estabilidad es responsabilidad de la ley (en cuanto se refiere a la creación de leyes útiles, necesarias, justas y equitativas), de las autoridades (en cuanto se refiere a la forma de gobernar en general y a la aplicación correcta de la ley) y de la sociedad misma (en cuanto se refiere a su esfuerzo, educación, responsabilidad, cultura, etc. , para lograr la superación en aras de proteger la dignidad humana).

En segundo lugar, está el aceptar y asumir la obligación de no dañar y perjudicar a los demás, pues en una sociedad que se dice democrática, una de las derivaciones más directas de la dignidad del hombre, es la de no producir daños físicos y el rechazo de la violencia, y como ya se hizo mención, cuyo monopolio

legítimo es asumido por el Estado. Pues, el rechazo del perjuicio moral y físico, son exigencias fundamentales en una sociedad en la que se intenta por muchos, la propia afirmación sobre la humillación de los demás. Pero cabe aclarar que, el obligarse a no dañar o perjudicar a los demás, no significa perder el derecho de luchar por las propias convicciones (moralidad crítica), convirtiéndose esto en una obligación, ya que la dignidad y la autonomía moral de los hombres son la base de esto. Pues el ciudadano debe tomar una actitud que no sólo se limite a asumir la moralidad social, no se debe de comportar sólo como se comporta la sociedad, pues en los momentos de decadencia de ésta, no habría quien o qué motive el cambio o el retorno a lo bueno, sino que debe generar en su propia reflexión, con el apoyo de su conciencia, una moralidad crítica que analice la realidad y lo conduzca a instancias superiores de conciencia moral colectiva. Esta obligación es un motor de la historia y de su progreso, en la actualidad es minoritaria, pero indispensable. Con esto se propone atender con mayor detenimiento y obligatoriedad legal, la opinión de los estudiosos de la filosofía, la sociología, la política, la antropología, etc., para rescatar a la sociedad en momentos de crisis como el que se vive en este nuevo siglo, tomar en cuenta dichas opiniones con una carácter más serio, casi obligatorio, pues necesitamos rescatar muchos valores que aunque se diga, solo se han transformado, en realidad se han perdido casi en forma definitiva.

Ahora bien, por otro lado, al haber analizado en el tercer capítulo de esta tesis, el uso que se hace y el uso que debería hacerse de los principios morales en el actuar o comportamiento de la creación y aplicación del derecho, la forma en la que las autoridades usan el poder conferido a ellos de forma legítima y legal, se llegó a una conclusión que no había sido contemplada en los objetivos o en las hipótesis que plantearon al iniciar este trabajo de investigación, y es el hecho de que los encargados de la impartición de justicia en sentido estricto (tribunales), no son órganos de justicia, sino de legalidad, es decir, los jueces, magistrados, ministros y demás

encargados de aplicar la ley, sólo se apegan al cumplimiento exacto de ésta en cuanto a las formalidades esenciales de un procedimiento impuesto por la propia ley en un Código Procesal, el cual indica el modo en que se ha de aplicar ésta, dejando a un lado la posibilidad de hacer verdadera justicia, pues si no se cumplió con lo ordenado, o con lo que debería de hacerse en un procedimiento para obtener una sentencia favorable, se sabe que dicho término es fatal, puesto que al correr éste, ya no podrá ofrecerse la prueba o la explicación que se pretendía demostrar, aunque a final de cuentas, se dicte una sentencia desfavorable para quien tenía la razón y el juzgador o dictador de dicha sentencia, sepa que las cosas no debieron suceder así, él ya no estará facultado para hacer algo que proporcione ayuda al afectado, pues se estaría excediendo en sus facultades, cometiendo incluso un delito, sólo debe limitarse a cumplir con el procedimiento, aunque sea injusto o que cuyos resultados no lo sean, y ello de nada sirve, para una justicia pronta y expedita.

Asimismo, y por lo que respecta a la responsabilidad y obligación de los poderes públicos, cabe señalar que éstos, deben imponer la realización del Derecho, empezando por la creación de buenas leyes, que no conlleven a un error en su aplicación, por una mala creación. No sería lícito que se mostraran remisas las autoridades, en la defensa y afirmación de unos bienes cuya custodia se les ha confiado, es por ello que se demostró que tanto el procedimiento judicial, que es mediante el cual se imparte la justicia, como las autoridades, dentro de las cuales se destacan la actividades de los representantes de los Poderes de la Unión, como del Juzgador (específicamente), deben estar basadas sus actividades y razones de ser en motivos apegados a las normas de la ética, de la justicia y de la moral, atendiendo a la idea, en la que se expresa que el carácter de la moral, no son las exageraciones religiosas y violentas, para hacer respetar el bien común, por medio de la protección y realización de los valores morales; sino buscar una armonía en la convivencia, siendo equitativos en la distribución de la riqueza, teniendo pleno conocimiento de las leyes

que emanan de su poder, para que posteriormente sean aplicadas con procedimientos justos que den a cada uno lo que le corresponde.

Es por lo expuesto en los últimos párrafos, que el conjunto de elementos analizados en el desarrollo del presente trabajo de tesis, se proponen como base para nuevos estudios e investigaciones, que ayuden a modificar el criterio de legalidad en el sistema jurídico mexicano, pues se debe de buscar la justicia, no sólo la legalidad, pues de nada sirve acatar al pie de la letra un procedimiento impuesto por la propia ley, para hacer cumplir ésta, sin que a fin de cuentas, se lleve a cabo la finalidad de dicha ley, que es la impartición de justicia para otorgar a la convivencia en sociedad las garantías de paz, igualdad y satisfacción de necesidades.

En síntesis, sólo cabe concluir de forma general que la relación entre el derecho y la moral sí es posible y que además es necesaria por las siguientes consideraciones, que fueron comprobadas durante el desarrollo del tema: La moral existe por y para el hombre, su origen es benéfico y positivo para el desarrollo social, pues independientemente de que las costumbres sociales (que es de donde surgen la moral y el derecho) varíen conforme pasa el tiempo, lo que dará el parámetro de comportamiento moral, será siempre, que prevalezcan todas aquéllas conductas que por su naturaleza, esencia, carácter y finalidad satisfagan a la mayoría, al implantarse como costumbre a seguir, o en su caso como ley. Por ello el derecho debe ser la condición para la posibilidad de la moralidad.

La importancia de apoyar el comportamiento individual con bases éticas, tiene su razón de ser en las consecuencias morales del actuar colectivo, pues los beneficios morales se verán reflejados en la protección de intereses. Es mediante la educación moral, como se podrán enderezar los comportamientos contradictorios y perjudiciales, pues la moral es la disciplina del deber ser, que ha de servir como instrumento para

cambiar y mejorar a esta sociedad profana de los valores del bien, pues en la actualidad, se vive en la sociedad una masificación excesiva, cuyo materialismo inherente ha producido, por un lado, una cada vez más creciente automatización, que ha generado a su vez una deshumanización y despersonalización del individuo al extenderse las pautas, vigencias y estándares colectivos a sus grandes máximos, y del otro, como consecuencia de ello, el cada vez más grave índice de despersonalización y de pérdida, por enorme número de individuos, de los datos más auténticos de la personalidad íntima, como son las creatividades del pensamiento, los sentimientos, los valores, la ética y por consiguiente de la moral.

Que el Derecho no pueda ni deba convertirse en un agente ético no impide, sin embargo, que cree situaciones sociales favorables para que los hombres se hallen en mejores condiciones para cumplir ellos mismos por sí sus deberes morales. El Derecho no puede ciertamente imponer el cumplimiento de una virtud puramente ética, ni prohibir un acto vicioso que no dañe directa e inmediatamente a la convivencia y a la solidaridad, es decir, que no implique una injusticia inferida a otra persona o a la sociedad; pero puede, e incluso debe, mediante normas adecuadas, suprimir, en la medida de lo factible, las tentaciones que constituyan un incentivo habitual y poderoso para conductas inmorales, he aquí el motivo por el cual se debe planear y prevenir en lugar de reprimir o reprender una vez causado el daño, lo cual es cuestión de educación.

Probablemente falten otros rasgos que puedan configurar para la conciencia colectiva de este tiempo, las exigencias morales del ciudadano, del gobernante y de la ley, en una sociedad democrática. Pero si cada uno se aplicara en estas reducidas obligaciones morales, y su deliberación moral se centrara en ellas, con toda seguridad se estaría contribuyendo a hacer más viable el progreso y más sólido el consenso en la

libertad y en la igualdad como valores superiores del sistema constitucional mexicano.

BIBLIOGRAFIA

Código Civil para el Distrito Federal, 65° Edición, México, Editorial Porrúa, 1998.

AZUARA PÉREZ, Leandro, Sociología. 12° Edición, México, Editorial Porrúa, 1992, 354 páginas.

BERGSON, Henri Louis, Las dos fuentes de la Moral y de la Religión. 3° Edición, México, Editorial Porrúa, 1996, 356 páginas

CAMPILLO SÁINZ, José, Dignidad del abogado. 5° Edición, México, Editorial Porrúa, 1995, 64 páginas.

CASTAÑEDA SABIDO, Fernando y CUELLAR VÁZQUEZ, Angélica (compiladores), El uso y la práctica de la ley en México. México, Editorial Porrúa, 1997, 237 páginas.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel, Convenios Conyugales y Familiares. 2° Edición, México, Editorial Porrúa, 1995, 657 páginas.

DE LA MADRID HURTADO, Miguel (compilador). El papel del abogado. 3° Edición, México, Editorial Porrúa, 1993, 72 páginas.

ESQUIVEL, Javier. Racionalidad Jurídica, Moral y Política. México, Editorial Fontamara, 1996, 237 páginas.

FELICIEN, Challaye. Filosofía Moral. 5° Edición, Barcelona España, Editorial Labor, 1989, 435 páginas.

GARCÍA ALONSO, Luz. Ética o Filosofía Moral. 3° Edición, México, Editorial Diana Tecno, 1996, 184 páginas.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Ética (Ética Empírica, Ética de Bienes, Ética Formal y Ética Valorativa). 27° Edición, México, Editorial Porrúa, 1990, 394 páginas.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, Filosofía del Derecho. 11° Edición, México, Editorial Porrúa, 1999, 542 páginas.

GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 48° Edición, México, Editorial Porrúa, 1996, 444 páginas.

GARZÓN VALDÉZ, Ernesto. Derecho y Filosofía. 3° Edición, México, Editorial Fontamara, 1994, 298 páginas.

GEIGER, Theodor. Moral y Derecho. Traducción: Ernesto Garzón Valdés, 2° Edición, México, Editorial Fontamara, 1996, 201 páginas

GÓMEZ SANDOVAL, Fernando, Sociología General México, Editorial Diana y Universidad Anáhuac, 1993, 397 páginas.

GONZÁLEZ URIBE, Héctor, Teoría Política. 17° Edición, México, Editorial Porrúa, 1996, 475 páginas.

GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, Antropología Filosófica. 8° Edición, Naucalpan Estado de México, Editorial Esfinge, 1995, 216 páginas.

GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl, Introducción a la Ética. 20ª Edición, Naucalpan Estado de México, Editorial Esfinge, 1993, 253 páginas.

HERNÁNDEZ VEGA, Raúl, Ensayos Jurídico-Filosóficos (Reflexiones Metodológicas), 3ª Edición, Xalapa, Veracruz, Universidad Veracruzana, 379 páginas.

Instituto de Investigaciones Legislativas de la Cámara de Diputados, Quórum (Grupos vulnerables y cambio social en México). México, Impresiones integradas del sur, 2000, 251 páginas.

KELSEN, Hans, ¿Qué es la Justicia?. Traducción: Ernesto Garzón Valdés, 7ª Edición, México, Editorial Fontamara, 1997, 83 páginas.

KLIEMT, Hartmut, Las Instituciones Morales. Traducción de Jorge M. Seña México, Editorial Fontamara, 1992, 233 páginas.

LAPORTA, Francisco, Entre el Derecho y la Mora!. 2ª Edición, México, Editorial Fontamara, 1995, 134 páginas.

LIPOVETSKY, Gilles, El crepúsculo del deber. 4ª Edición, Barcelona, España, Editorial Anagrama, 1998, 283 páginas.

LÓPEZ ROSADO, Felipe, Introducción a la Sociología. 39ª Edición, México, Editorial Porrúa, 1995, 314 páginas.

MARIAS, Julián, Historia de la Filosofía. 3ª Edición, Madrid, España, Editorial Alianza, 1997, 515 páginas.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, Teoría del Delito (Sistemas causalita y finalista). 8° Edición, México, Editorial Porrúa, 1999, 179 páginas.

RECASÉNS SICHES, Luis, Filosofía del Derecho. 15° Edición, México, Editorial Porrúa, 1996, 508 páginas.

RECASÉNS SICHES, Luis, Sociología. 26° Edición, México, Editorial Porrúa, 1998, 670 páginas.

RIOS ELIZONDO, Roberto, El Acto de Gobierno: El Poder y el Derecho Administrativo. 20° Edición, México, Editorial Porrúa, 1995, 387 páginas.

ROBLES, Gregorio, Sociología del Derecho. México, Editorial Civitas, 1993, 247 páginas.

RODRÍGUEZ ZEPEDA, Jesús, Estado de Derecho y Democracia. , México, Edición e impresión del Instituto Federal Electoral, 1996, 69 páginas.

RUIZ DE SANTIAGO, Jaime, y otros, Introducción a la filosofía del hombre y de la sociedad. 11° Edición, México, Editorial Esfinge, 1995, 258 páginas.

SANCHEZ AZCONA, Jorge, Ética y Poder. México, Editorial Porrúa, 1998, 263 páginas.

SAVATER, Fernando, Política para Amador. Barcelona, España, Editorial Ariel, 1992, 233 páginas.

SERRA ROJAS, Andrés, Ciencia Política. 17º Edición, México, Editorial Porrúa, 1996, 542 páginas.

SHIVELY, Phillips W. Introducción a las Ciencias Políticas. Traducción: Jorge Alberto Velázquez Arellano, 5º Edición, México, Editorial McGraw Hill, 1997, 409 páginas.

SOBREVILLA, David (compilador), El derecho, la política y la ética. 3º Edición, México, Editorial Siglo XXI, 1995, 291 páginas.

SUAREZ VILLEGAS, Juan Carlos, ¿Hay obligación moral de obedecer al derecho?. México, Editorial Tecnos, 1996, 274 páginas.

WITKER, Jorge, La investigación Jurídica. México, Editorial McGraw Hill, 1995, 94 páginas.