

FILOSOFÍA DEL DERECHO

Abel Vázquez Hernández

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

OBJETIVO

CAPÍTULO 1 Antecedentes jurídicos

CAPÍTULO 2 La Filosofía

CAPÍTULO 3 El Positivismo Jurídico

CAPÍTULO 4 El Derecho Natural

CAPÍTULO 5 El Derecho Positivo

CAPÍTULO 6 Consentimiento y Autonomía Individual

CAPÍTULO 7 Axiología Jurídica

7.1 Deber Jurídico, Deber Moral Y Deber Social

7.2 Naturaleza del Deber Jurídico

CAPÍTULO 8 Filosofía de los Valores y los Valores Jurídicos

CAPÍTULO 9 Axiología Electoral

CAPÍTULO 10 Filosofía Moral

10.1 Relación de la Ética con otras ciencias

CAPÍTULO 11 Los Métodos de la Ética

CAPÍTULO 12 Moral y Moralidad

12.1 Postura Innatista y Empírica sobre la moral

CAPÍTULO 13 Código Ético

CAPÍTULO 14 Jerarquización de los Valores

CAPÍTULO 15 ¿Qué es el Derecho Subjetivo?

CAPÍTULO 16 Concepción sobre el Derecho

CAPÍTULO 17 Divergencia entre Derecho y Moral

17.1 Naturaleza de lo Moral y Característica de lo Jurídico

17.2 Equilibrio, Lealtad y Paz Moral y Jurídica

CAPÍTULO 18 Usos Sociales, o Reglas de Trato

CAPÍTULO 19 Arbitrariedad de la Norma Jurídica

CAPÍTULO 20 La Sociedad

20.1 Instituciones sociales

CAPÍTULO 21 El Hombre creador y sujeto de Derecho

Conclusiones

Bibliografía

Cuestionario

INTRODUCCIÓN

La asignatura Metodología Jurídica e Interpretación está concebida como una introducción general a las metodologías analíticas del Derecho contemporáneo. *Metodología jurídica* es la denominación habitual de la vertiente práctica de los denominados *métodos jurídicos* germánicos desarrollados durante el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Por consiguiente, presupone una base normativa sobre la que opera el jurista, el abogado o el juez al tratar de buscar soluciones a problemas jurídicos según el esquema norma / interpretación / aplicación del Derecho.

Ese esquema positivista es lo que permitió la construcción del "Estado del Derecho" liberal y las "teorías del Derecho" o "teorías del ordenamiento jurídico" del siglo XX. Como es sabido, las obras de Hans Kelsen, Alf Ross y Herbert Hart son posiblemente los máximos exponentes de esa manera de concebir el Derecho.

Pero a contar de los años setenta, con el desarrollo de lo que los científicos sociales han denominado *globalización*, las formas jurídicas se han desprendido, en parte, de la estructura jerárquica normativa que sirvió para construir el Estado. Contratos, pactos, mediaciones, conformidades, asesoramiento, resolución de conflictos, sentencias... son algunos de los procedimientos jurídicos que experimentan dicho cambio de perspectiva en los mercados, empresas, organizaciones e instituciones.

El enfoque de la asignatura incorpora esa nueva situación, en que la capacidad argumentativa, la oralidad, el conocimiento de la estructura decisional y un cierto dominio de las relaciones humanas son de nuevo importantes en la práctica profesional de abogados, fiscales y jueces.

Metodología significa aquí "manera de operar", "práctica", "argumentación" y "razonamiento" en el campo profesional del Derecho. Dicha acepción es más extensa que la adoptada tradicionalmente por los juristas de "encontrar la solución jurídicamente correcta".

El material que ostentamos básicamente tiene dos perspectivas: la reelaboración a la luz de la filosofía y la lógica contemporánea de la tradicional "interpretación del Derecho" y la reelaboración a la luz de las ciencias sociales y cognitivas de la tradicional "metodología del Derecho". La primera dirección puede contemplarse como una parte de la teoría del Derecho; la segunda, como una parte de la sociología jurídica.

La argumentación e interpretación del Derecho son una pieza básica de la práctica profesional. La asignatura Metodología Jurídica e Interpretación tiene distintas dimensiones que se relacionan con aquélla por descripción o explicación:

La relación es directa respecto al uso de argumentos, principios, valores sociales, textos legislativos... En cambio, no es inmediata en cuanto al contenido

semántico de las leyes y de las distintas posiciones dogmáticas. Más bien ayuda a entender que el nexo entre una determinada posición dogmática y la solución jurídica que defiende no se infiere directamente del contenido de las leyes, sino que es el resultado de una compleja elaboración interpretativa en que las posiciones de fondo son también políticas y sociales.

La Metodología Jurídica e Interpretación se basa en la convicción de que el Derecho es, sobre todo, una práctica argumentativa. Esta característica central del Derecho puede apreciarse claramente en el proceso judicial. Los diversos actores del proceso desean alcanzar sus objetivos por medio de la producción de ciertos argumentos sujetos a determinadas pautas bastante formalizadas. No obstante, otros ámbitos jurídicos también tienen una importante dimensión argumentativa. Por esa razón, lo que se denomina metodología jurídica es, principalmente, una disciplina que tiene como objeto de estudio las diversas argumentaciones y discursos jurídicos.

La propuesta para debatir sobre el derecho como un instrumento de control social plantea, desde un principio, la necesidad de esclarecer de cuál derecho y de qué control se habla cuando se presume que el primero actúa en la tarea que supondría la segunda expresión, o sea el control social.

OBJETIVO

La materia que presentamos se enmarca en los ámbitos más amplios de la filosofía y las ciencias sociales. No es una materia de dogmática del Derecho en la que se estudie directamente el Derecho positivo; pero se da por supuesto, una cierta familiaridad con el Derecho positivo y su aplicación, que tiene por objeto de que el estudiante pueda afrontar sin problemas el razonamiento explícito e implícito de sentencias y decisiones de tribunales de distintas ramas (constitucional, administrativo, penal, civil...).

A partir de aquí se abren varias posibilidades teóricas. Hay otra asignatura en el último curso de la carrera, Filosofía del Derecho, en la que se propone una reflexión sobre los principios de filosofía política, las formas sociales contemporáneas y la estructura del Estado y del Derecho. Asimismo, más adelante se tendrá la oportunidad de profundizar en problemas concretos de la asignatura con otras asignaturas optativas como por ejemplo Sociología del Derecho o Inteligencia artificial y Derecho.

Inicialmente al conocer las alternativas que la Filosofía del Derecho nos ofrece para aplicar todo el marco teórico que respalda conceptualmente a la legislación vigente y consecuentemente sus procedimientos con seguimientos reales.

Las inquietudes que se presentan versarán sobre los orígenes y evolución del derecho con todas sus vertientes, para comprender el entorno que hoy en día se ejerce y con visión al futuro. Lo que mas interesaba saber es entender el alcance del factor humano para hacer valer la ley, con equidad o bien no respetarla ni en su estructura, ni en su valoración universal dentro de un entorno social cotidiano.

Con este trabajo pretendo aportar algunas bases para que los principiantes en el estudio del derecho consulten las referencias que se aluden, para su actualización o su mejora y difusión en beneficio de nuestra sociedad; toda vez que uno de los objetivos acaso el principal, que tienen los libros de filosofía del Derecho es, señalar el camino de la ciencia para que lo siga el entendimiento, exponer lo que de inmutable, de permanente, tiene el Derecho, para que sirva de norma a la crítica de las instituciones positivas, para que sea luz de los legisladores, guía de los jurisconsultos, objeto práctico de la enseñanza filosófica, base y complemento, principio y fin de los estudios jurídicos.

Por último, con esta exposición he logrado dar un gran paso al quehacer jurídico, continuando con investigaciones jurídicas para complementar mi preparación profesional, y a la vez pueda servir de consulta o antecedente para presentes y futuras generaciones, en el estudio del campo del derecho, el cual es tan vasto, que continuamente los estudiosos del mismo buscan distintas teorías, aplicaciones, consideraciones y/o diversos puntos de vista, y así complementar y actualizar sus estudios e investigaciones jurídicas.

ANTECEDENTES JURÍDICOS

Así las cosas, aunque históricamente la palabra derecho, para la tradición continental-europea, se encuentra vinculada a Roma y a la cultura jurídica romanista, ella ha adoptado connotaciones diferentes en la medida que el concepto de derecho ha sido ampliado, según el desarrollo que una cierta perspectiva del poder político lo fue vinculando en Occidente a una teoría del Estado.

Con la evolución de las formas adoptadas por este Estado moderno, aunque también ya con los procesos revolucionarios de fines del siglo. XIX que le otorgaron a la burguesía la posición de clase dominante, quedó establecida una clara vinculación entre un tipo de derecho y unas formas-Estado a consecuencia de la cual el monopolio de la producción del primero subsistió definitivamente atribuida al segundo.

De ahí en más, la cultura jurídica de Occidente, ya en el campo del derecho civil como en el del *Common Law*, se desarrolló y afianzó como vehículo de una forma específica de organización social, cual fue la surgida del nuevo modo de producción, como de distribución y de acumulación de la riqueza. Es importante destacar aquí que, para que ese afianzamiento fuera posible, las formas de expresión de lo jurídico tuvieron que respetar una rigidez que impidiera cualquier posibilidad de interpretaciones de los enunciados normativos, ajenas a la gnoseología del método jurídico, a la teoría y a la lógica del derecho, nacidas al socaire de una cultura específica elaborada por los especialistas que la impusieron como propia a un conocimiento científico.

Por sus partes, metodología, teoría y lógica del derecho son instrumentos indispensables para traducir las abstracciones y generalizaciones contenidas en las leyes, toda interpretación de éstas quedó, en el ámbito continental-europeo, primero amarrada a unos métodos muy poco elásticos (Engisch 1968) y, después sólo profundizó en torno a los elementos constitutivos de los presupuestos normativos o de las relaciones de estos con otros similares que permiten identificar a un sistema jurídico o a una parte del mismo con el todo. Semejante tipo de labor ha sido la savia constitutiva de una actividad conocida como la dogmática jurídica la cual, junto al valor y la influencia que la jurisprudencia de los tribunales fue adquiriendo, se configuraron como los canales de formación de una ideología propia de los juristas.

Por otra parte, en el ámbito del *Common Law*, los elementos configuradores de otra ideología comparable lo fueron ciertos principios que, a falta de leyes para aplicar y sí en cambio casos precedentes (*case law System*), también comportaron un marco interpretativo del derecho anglo-norteamericano muy rígido, generando unas ideologías particulares en todos los ramos de las profesiones jurídicas (Rebuffa 1993: 121-173). Aludo a principios tales como los de *ratio decidendi* y *obitum dictum*, *stare decisis*, *self restraint*, etc. todos los cuales han dejado un muy restringido campo para la adecuación de decisiones jurisdiccionales (Cross/Harris 1991).

Mientras tanto, la configuración en Occidente de las relaciones sociales se fue llevando a cabo mediante la aplicación de "modelos" elaborados en el marco de la teoría sociológica. Pese a la gran pertinencia de las denominadas "teorías del conflicto" (Bottomore 1977: 187-207) y al arraigo de tal tradición en el ámbito de sucesivas expresiones del llamado "pensamiento crítico", el cual ha permitido poner al descubierto cuantas relaciones son desentrañables entre desarrollo de las distintas fases del capitalismo y tipos de sociedades occidentales, se ha llegado a un período de este proceso -reconocido como el de la *globalización* - en el cual el triunfo de las teorías sociales del consenso parece exaltar los modelos sociales propuestos a lo largo de la consolidación del funcionalismo durkheimiano -y de sus diferentes evoluciones-, desde el último tercio del s. XIX hasta el presente.

De tal manera, la idea que las sociedades occidentales, orientadas por el capitalismo liberal, se asientan sobre un conjunto de valores mayoritariamente aceptados por sus componentes, y que el orden constitucional y el jurídico de él derivado, reúnen e institucionalizan tales valores, ha sido y es una idea que Emile Durkheim consolidó para que el derecho sea tenido como el máximo elemento de cohesión social (Bullasch 1988: 99-118) y para que como "cemento de la sociedad" (Elster 1989)) haya pasado a constituir el sustento de todo orden social.

La concepción que toda sociedad se configura como un sistema de relaciones sociales (Parsons 1959) no excluye y, por el contrario, enfatiza el papel que el derecho cumple en la integración social. Al descartar el poder para mantener el orden como fuente externa, es necesario desarrollar formas específicas para que los individuos estén en condiciones de controlarse a sí mismos.

Esto se alcanzaría mediante la integración de las "pautas comunes de valor" (la cultura) y las "disposiciones de necesidad" (la personalidad) las que, junto al sistema social, planteado en un micronivel de integración entre el *ego* y el *alter*, y al sistema del organismo conductual o comportamental, o fuente de energía para los otros, componen los cuatro sistemas (sub-sistemas) en los que se analiza la acción social.

Las pautas comunes de valor se internacionalizan mediante una adecuada socialización de los actores sociales, de modo que cuando fracasa el sistema en este aspecto y cuando en esos actores, vistos desde la teoría de la acción social, se manifiesta una tendencia motivada a comportarse en contravención con una o más pautas normativas, entonces aparece la *desviación*.

Así, aunque muy breve y sintéticamente dicho -con el consiguiente riesgo de no ser preciso- se ha planteado, desde el estructural-funcionalismo, la idea que el *control social* es idóneo para contemplar, aceptar (en la medida que el sistema social funcione), identificar y controlar la denominada *conducta desviada*. Sobre esta relación se han escrito ríos de tinta, particularmente en el ámbito cultural anglófono, con lo cual se dio nacimiento a una denominada *sociología de la desviación* (Bergalli 1983: 159-179). Por tanto, la relación *conducta desviada-control social* es una que mantuvo su coherencia y pertinencia con un modelo específico de sociedad.

Efectivamente, el concepto de comportamiento desviado se encuentra vinculado, desde su origen, al sueño de Durkheim respecto a un orden social producto del consenso normativo y de la división del trabajo. Mas, a pesar que se afianzó durante el período norteamericano del *New Deal*, como intento práctico y teórico de reemplazar la desorganización social de la década de 1920 y su siguiente, la primera manifestación de dicho concepto, como parte de una teoría sistemática de la sociedad, aparece en el ya citado trabajo de **Talcott Parsons (1959)**.

En ese marco, desviación significaba no conformidad con las expectativas de los otros dentro de un concreto sistema social. Esto quiere decir que tal noción, por sí misma, no describe negativamente el acto de la desviación, ni pone el énfasis en el comportamiento definido como desviado. Más aún, la desviación no requiere ser conceptualizada como un comportamiento. En último término, dicha noción supone que la desviación es el producto de una relación entre personas en conflicto;

No obstante, la posterior historia de la sociología de la desviación tendió a entender el comportamiento desviado como si éste constituyese una categoría de comportamiento coherente, aunque caracterizado negativamente.

Sin embargo, la no conformidad se convirtió velozmente en *fracaso respecto de la conformidad* (Bredemeier/Stephenson 1970:123) y la investigación de esta sociología de la desviación se concentró en las características sociales, las personalidades débiles y el entorno interactivo que supuestamente generaban ese fracaso y las *carreras* desviadas de aquellos que vivían en los *ghettos* culturales y urbanos de las nuevas sociedades del bienestar. Las "expectativas" de la cultura dominante que en la formulación original fueron definidas como constituyentes imprescindibles de la desviación social, luego fueron asumidas como producto del consenso, de la evolución natural y, más tarde, olvidadas.

Posiblemente todavía puede agregarse más, si se dice que tales "expectativas" pudieron también ser descritas como el producto patológico de las características sociales, o como la deficiente conciencia de los líderes políticos, o como efectos del discurso moral de los políticos. Quizá por todo ello la sociología de la desviación pronto se convirtió en la sociología del comportamiento desviado.

Una vez separado del contexto normativo y político que le confirió significado, el comportamiento desviado quedó preparado para ser utilizado en las prácticas de tutela, disciplina y policía, bajo la apariencia de un objeto de conocimiento aparentemente neutral, como parte de los procesos de dominación y regulación social.

De esta forma el desviado pudo ser directamente identificado como un "inadaptado", "carente o falta de socialización" o, finalmente, como un rebelde cultural "inapropiadamente" socializado; algo que usualmente se conoce como un "rebelde sin causa". Así las cosas, tras ser adecuadamente preparado y pasar por un proceso de identificación-exhibición, en el cual sólo la policía y una opinión pública cuidadosamente entrenada están presentes, el desviado y todo el catálogo completo de distintos tipos de desviación, son construidos de modo tal que ello comporta auténticas y duras descalificaciones sociales.

Con el correr del tiempo, el hecho que el concepto de comportamiento desviado o desviación fuera empleado por la primera criminología crítica a comienzos de 1970, prueba el elevado significado que tal concepto tuvo en el período del *Welfare* y de los desarrollados estados de bienestar, o sea dentro del reformismo social-demócrata.

Por todo ello, el concepto de desviación social, como comportamiento que infringe las normas sociales, hoy es tan inherentemente problemático, y tan peligroso en sus consecuencias, que debe ser abandonado de una vez por todas, junto con todo el bagaje teórico que comporta (Sumner 1994: 298-309). En efecto, tras el abandono y la reconstrucción del consenso que suponía la forma-Estado del bienestar, gracias a las políticas monetaristas y neo-liberales de la Reaganomics y el Thatcherismo; en la era de las sociedades post-industriales; en la época del "fin de las ideologías", de la "comunidad internacional", de la "globalización", correspondería moverse de acuerdo con los tiempos y, finalmente, suprimir la sociología de la desviación que aquel período engendró.

Lo apropiado es asumir las implicaciones que acarrea el reconocimiento de que la desviación ha constituido, simplemente, un desarrollo moderno de una forma mucho más antigua de *censura* que no es más que eso: un juicio moral y político. Pero, este es el punto de origen de una perspectiva teórica y empírica que se corresponde con otra visión del mundo social y de las relaciones humanas: la *sociología de la censura social* (Sumner 1994 cit.: 309-315).

En aquel ámbito del *Welfare*, pero orientada por una perspectiva de las relaciones sociales que reposan su exclusiva atención en los procesos de interacción que tienen lugar entre los individuos, procesos en los cuales la carga simbólica de sus gestos -en especial el lenguaje oral - adquiere una elevada capacidad significativa (interaccionismo simbólico), aunque modulada por el medio en el cual se dan tales procesos (la ciudad), también el concepto de *control social* ha tenido una particular recepción (Mead).

No obstante, la aplicación de este concepto adquirió su más elevada expresión democrática cuando sirvió para analizar y explicar que aquellos procesos de interacción constituyen la base de una libre comunicación social (Dewey). Los precedentes (Ross y Park) que permitieron el uso originario de esta expresión *control social* aunque empleados en el entonces incipiente marco disciplinario y académico (Escuela de Chicago) en el que se desarrollaron las primeras corrientes del interaccionismo simbólico, no tuvieron empero el mismo sentido.

El llamado *monismo social* atribuido a Ross y el *darwinismo social* reprochado a Park fueron, precisamente, expresiones de una voluntad de integración forzada, sin respeto por sus diferencias culturales, para aquellos masivos flujos migratorios que acudían, en las postrimerías del siglo XIX, a la naciente sociedad industrial. De este modo, pensando en que la sociedad y sus mismos miembros son quienes han de desarrollar los valores y las pautas de comportamiento respecto a los cuales se establece una forma organizada de convivencia, es que la idea del *control social* fue asumida por la primera sociología académica norteamericana.

Sin perjuicio de ello, y con motivo de la exigente necesidad aparecida para paliar las consecuencias producidas por el *big Crash* es que por primera vez los requerimientos de *control social* en la tradición referida comienzan a ser respondidos por el Estado.

Este período se inicia con las políticas y las estrategias las cuales, seguido del *new Deal*, pretendieron ser aplicadas por el gobierno encabezado por Franklin D. Roosevelt mediante una legislación que encontró la firme oposición de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Y, este es el punto en el que se entrecruzan las dos vertientes de empleo de la voz *control social* (Melossi 1990) en la historia de una sociología que tuvo a ese concepto como la mira desde la cual se analizaban los problemas del orden y la organización social.

El Estado ha sido una preocupación constante para la filosofía política europea. Con el Estado y desde el Estado ha debido contarse para cualquier proyecto de dominación política. Por lo tanto, desde Hegel ha sido imposible pensar y discurrir sobre las formas de disciplina y organización social que no hayan sido presupuestadas y proyectadas por el Estado hacia la sociedad civil.

Por otra parte, el Estado moderno europeo ha estado siempre ocupado por clases sociales configuradas sobre la base del desarrollo capitalista. Esto quiere decir que la dominación ejercida por tales clases requirió y elaboró unas formas jurídicas mediante las cuales fuera posible legitimar la acumulación e impedir cualquier conato destinado a subvertir el orden social regulado por ese derecho específico.

Con este sentido, no hace falta insistir mucho en que la organización de la familia, de la transmisión hereditaria, del nombre y el estado de las personas, de la propiedad privada, etc. en el plano del derecho civil; de la producción, del comercio, de la circulación de los bienes, en el del derecho mercantil; del trabajo humano, de sus organizaciones y tratativas con el capital, en el del derecho laboral y social; del movimiento del capital, en general y en todas las expresiones de regulación del llamado ámbito privado, a través de las fronteras, en el del derecho internacional privado.

De las relaciones de los ciudadanos, como tales, con el Estado nacional, en el del derecho administrativo; de los Estados naciones, en el del derecho internacional público; han sido expresiones, todas ellas, pertinentes a una forma específica de organización social todo lo cual, ha constituido una auténtica superestructura ideológica en el sentido marxiano- que legitimó la implantación de un sistema social sobre el cual, desde el Estado, se ha ejercido un control implícito y explícito.

La explicación de semejante control, no hubiera sido eficaz si, asimismo, todas las políticas del Estado moderno europeo no hubieran tenido un apoyo a través de la capacidad de intervención punitiva, como último modo de protección de ciertas situaciones, entidades, cosas, atributos, posesiones y cualidades que le son reconocidos a los individuos como tenedores de ciertos derechos subjetivos. De esta manera, ha quedado justificado el derecho y el sistema penal configurados a partir de principios, categorías, instancias y actores para su aplicación.

Tal derecho y tal sistema penal han recibido una preferente atención en el análisis de las reglas jurídicas que los expresan. Este fue un objetivo claro del Iluminismo penal -la definición jurídica del delito y de la pena- y tuvo que haber sido una característica esencial de lo que se denomina como derecho penal liberal. El ordenamiento jurídico del que nace todo el sistema puede, sin embargo, distinguirse según el objeto de las reglas que establece.

Existe una parte central de tal ordenamiento jurídico desde la cual se definen conductas, las cuales, pudiendo generar un daño social perceptible, acarrear una consecuencia también perjudicial para sus autores.

Este derecho penal es el sustento en el que se asienta la capacidad punitiva del Estado y consiste en una descripción abstracta de comportamientos (sistema penal estático) que requiere ser analizado en sus elementos constitutivos y en los componentes que lo relacionan con otras partes del ordenamiento jurídico.

La disciplina que lleva a cabo esta labor, como se ha dicho arriba -la dogmática-, ha configurado una técnica muy depurada mediante la cual, aplicando unas categorías creadas a tal fin, se ha llegado a elaborar unos espacios interpretativos que han otorgado a la aplicación de ese derecho penal unos márgenes más modulados que los que establece la expresión positiva de la ley.

El despliegue o aplicación de los mandatos o prohibiciones que emergen de las reglas penales a través de las instancias predispuestas para ello -policía, jurisdicción, proceso y cárcel- (sistema penal dinámico), conforma, a su vez, un claro ejercicio de control sobre la franja de individuos que caen en la realización concreta de las conductas definidas como delitos (principio de legalidad).

La cuestión central a determinar en esta parte de la exposición es, en consecuencia, de qué control se habla cuando se analiza el que cumple el derecho y el sistema penal. Si se tiene en cuenta el origen consensual que la cultura jurídica moderna le ha atribuido al Estado y a la sociedad del que éste nace, y el arraigo del concepto de derecho en la filosofía política del contractualismo, podrá llegarse a la conclusión que ese derecho, en particular el derecho penal, por la carga de legítima violencia estatal que encierra, es la expresión más idónea de un control asumido por el Estado pero acordado por la mayoría social.

Sobre esta base es que una teoría de la sociedad, como el funcionalismo, más propiamente la perspectiva estructural-funcionalista, la cual ha podido explicar el modelo de sociedad del bienestar y ha sido capaz de justificar el papel de control social que el derecho cumpliría, sea tan ampliamente aplicada por el penalismo contemporáneo, en especial el español.

En otras sedes y publicaciones (v. Bergalli 1996: 1-6; 1998: 417-423) este aspecto ha sido desarrollado y se volverá luego sobre él. Más, ahora conviene ver si, de verdad, es pacífico aplicar esa perspectiva estructural-funcionalista para justificar el papel atribuido al derecho y al sistema penal en la tradición estatal europea, enfocado este tema desde España.

En ningún otro ámbito de la cultura jurídica española se ha planteado la capacidad de control social de la manera tan enfática como lo hacen los penalistas. La más reciente filosofía jurídica le adjudica al derecho la función de organización social, la de instaurar o contribuir a asentar -junto con otras instancias y mecanismos estabilizadores- un determinado orden en una determinada sociedad ,advirtiendo, asimismo, de la no forzosa e irremediable maldad del derecho entendida como sistema de control social, especialmente en un contexto democrático de organización, aunque previamente se haya afirmado que es ...necesario tomar buena cuenta de algunos de los alegatos de la criminología crítica sobre controles de la marginación, que pueden no ser sino imposición de otra dominación, y de la correlativa sociología política que denuncia diversidad de controles para la opresión...

Desde hace no más de quince años se habla en España de las posibles relaciones entre control social y derecho penal (Bustos 1983: 11-35; Muñoz Conde 1985: 29-47). Un autor lo hacía, tratando de analizar la fundamentación ideológica que reside en el ejercicio por el Estado del control penal; otro, intentando poner al descubierto las bases sociales que explican la función motivadora que cumplirían las normas jurídico-penales.

No obstante, ninguno de esos autores se ponía como cuestión que el control -el *control social*, así lo llamaban- punitivo estatal perteneciera a una naturaleza distinta, por las razones metodológicas, disciplinarias e histórico-culturales antes apuntadas, que la que se le reconoce al sistema penal del Estado moderno. Antes bien, el segundo de los autores citados afirmaba: Parece evidente que la función motivadora de la norma penal sólo puede comprenderse situando el sistema jurídico penal en un contexto mucho más amplio de control social, es decir, de disciplina del comportamiento humano en sociedad.

Y para llegar a esta afirmación, hacía un preciso repaso de las indicaciones funcionalistas y, en especial, sistémicas que justificaban esa inclusión del sistema penal en el contexto de control social ampliado. Es verdad que, para entonces, yo mismo había sugerido algo semejante al coordinar una obra colectiva en cuya Introducción se dejaba planteada esa visión que parecía confirmarse a lo largo de las diferentes contribuciones a la misma.

Desde entonces, la manualística española más conspicua en derecho penal, a través de las reiteradas ediciones de obras para estudiantes y colegas universitarios, repite la opinión que el derecho penal es uno de los medios de control social existentes en las sociedades actuales, sin ponerse como cuestión o formular referencias a la pertinencia de ese concepto para caracterizar, de tal forma, a la capacidad punitiva del Estado y en seguimiento incuestionable de una parte de la doctrina jurídica alemana, de inspiración sociológica, que llegó a España de la mano de juristas con una clara raigambre funcionalista.

Cabe resaltar que otros autores, por el contrario, dan mayor información en España acerca de esa relación entre control social y derecho penal. No obstante, en un caso, cuando se cuestione la pertinencia mencionada y se describa al control social como "vago y ambiguo", se lo hace -sin otras alusiones a la historia del concepto- con

argumentos de tipo garantista por el carácter más bien generalizador que se le atribuye al control social de la desviación, lo que podría llevar a una descalificación del derecho penal de una sociedad democrática.

En otro caso pese a que el análisis de la relación recibe una amplitud desusada para el penalismo español contemporáneo, tal análisis no constituye mucho más de lo que se dijo diez años sobre el tema, hasta el punto que prácticamente se transcribe con textualidad cuanto se escribió en aquella ocasión. Si bien en este análisis, como se dijo antes, se trató de exponer las bases ideológicas desde las cuales el Estado moderno, en sus diversas formas, ha ejercido su capacidad punitiva, al intentar exponer el concepto de control social, se persiste en una vinculación con el Estado.

Como se ha ya visto antes, no se manifestó en la vertiente originaria del concepto se incurre en una confusión con las ideas de autores que conocen y respetan la tradición sociológica del control social (mientras Hess y Scheerer son citados en manuscritos inéditos hasta entonces, sin autorización conocida de los Autores, ahora pueden ser consultados, ampliados y en conjunto, en una publicación posterior, 1997:96-130), incluyéndolos como partidarios de aquella vinculación con el Estado.

La ambigüedad en que ha caído el empleo del control social para destacar en España una caracterización del derecho y el sistema penal se debe, en mi opinión, a una falta de debate en relación a dos aspectos. Primero, de naturaleza socio-jurídica, cual es el de las *funciones* del derecho.

Segundo, el de no afrontar, desde una perspectiva de las teorías del conflicto, la verdadera naturaleza política del derecho, como monopolio del Estado moderno, en un período en el cual el Estado contemporáneo, por una parte está perdiendo la capacidad de crear normas jurídicas, la que se desplaza a otros niveles infra y supra estatales mientras, por la otra, se deterioran los principios sobre los que, desde el Iluminismo, se construyó ese *ius puniendi*.

Si dicho debate se ampliara, uno de los puntos que quedarían en claro es el relativo a la nula pertinencia entre control social y sistema penal. Algo que se ha profundizado en este capítulo.

LA FILOSOFÍA

¿Qué es la filosofía? y ¿Qué es la ciencia? La filosofía es un saber de segundo grado, que presupone por tanto otros saberes previos, «de primer grado» (saberes técnicos, políticos, matemáticos, biológicos...). La filosofía no es así una ciencia, tampoco «la madre de las ciencias», una madre que, una vez crecidas sus hijas, pudiera considerarse jubilada tras agradecerle los servicios prestados. Por el contrario, la filosofía presupone un estado de las ciencias y de las técnicas suficientemente maduras para que pueda comenzar a constituirse como una disciplina definida.

Por ello también las ideas de las que se ocupa la filosofía, ideas que brotan precisamente de la confrontación de los más diversos conceptos técnicos, políticos o científicos, a partir de un cierto nivel de desarrollo, son más abundantes a medida que se produce ese desarrollo. Por esta razón, a medida que la realidad es, cada vez mucho más compleja, los instrumentos para la comprensión sistemática del presente tienen que ser mucho más refinados.

Además un sistema filosófico que lo sea debe ser lo suficientemente potente como para poder reinterpretar desde sus nuevas coordenadas los sistemas previos que quisieron comprender un mundo que, para nosotros, ya es pasado.

Bueno encuentra en el materialismo filosófico los resultados de la crítica filosófica más radical en el presente. Las líneas más importantes del materialismo filosófico pueden trazarse siguiendo los tres ejes que organizan, según Bueno, el espacio antropológico: el eje radial (en torno al cual se inscriben todo tipo de entidades impersonales debidamente conceptualizadas), el eje circular (en el que se disponen principalmente a los sujetos humanos y a los instrumentos mediante los cuales estos sujetos se relacionan) y el eje angular (en el que figuran los sujetos dotados de a petición y de conocimiento, pero que sin embargo no son humanos, aunque forman parte real del mundo del presente).

EL POSITIVISMO JURÍDICO

Una de las manifestaciones más acusadas de decadencia es el positivismo jurídico. Entendiéndose al positivismo jurídico como aquella doctrina que reconoce como única manifestación del derecho, al conjunto de las normas que integran el sistema jurídico estatal, es decir, de aquel complejo de normas cuyo cumplimiento puede ser exigido por medio de la actividad de los órganos establecidos al efecto, en el caso de que no sean cumplidas de manera voluntaria, citando como ejemplo, el pago de impuestos al estado por personas físicas y morales; De acuerdo a esta posición filosófica – jurídica, no existe mas derecho que el derecho del estado; No niega el positivismo jurídico que existan otras normas, ni que ellas sirvan para regular la conducta de los hombres, pero rechazan que sean expresiones del derecho, razón por la cual para nosotros el positivismo jurídico sea barbarie intelectual y moral: barbarie total.

Los Estados positivistas son totalitarios, porque no admiten la existencia de ningún principio que no les quede sometido. El relativismo escéptico y el agnosticismo son la "filosofía" del sistema actual. Pero una democracia sin valores se convierte en un totalitarismo visible o encubierto como demuestra la historia.

EL DERECHO NATURAL

Es mentira que la democracia actual sea un bien absoluto. Se deben enseñar y recordar a los hombres los principios morales a los que se debe acomodar siempre todo el Estado, o las leyes positivas que promulguen los Estados, para que estos puedan ser legítimos.

Por la forma con que sean elegidas las autoridades no se confiere legitimidad al Estado, Esta sólo se da cuando el Estado promulga leyes positivas que estén de acuerdo con la ley natural, es decir, con la verdadera naturaleza del hombre y de los pueblos. Todo Estado positivista o totalitario es contrario a la naturaleza humana y por tanto será antihumano o tiránico, con independencia de que los que manden sean uno o muchos. Los Estados contemporáneos son como Leviatanes que sofocan la dignidad y la verdadera libertad del hombre, degradándole y aniquilando su capacidad creadora.

La comunidad política o pueblo no es tan sólo una suma de individuos, sino el conjunto coordinado de los distintos órganos sociales naturales a través de los cuales el hombre ejerce su libertad. El poder político (que tiene su origen en Dios) actúa a través de esos órganos naturales. El positivismo, en general, se desentiende de los objetivos, las metas y los fines. Sólo se interesa por los hechos, adora los hechos. Es la idolatría de los hechos: unos hechos que, al cabo, terminan por quedarse sin sentido.

Porque cuando los hechos no se relacionan con objetivos, con fines; cuando los medios no se ponen en referencia a aquello para lo que son medios, pierden su propia razón de ser: de manera que, por perfectos que sean técnicamente, dejan absolutamente vacío al espíritu del hombre.

El derecho natural no es tan natural porque se va descubriendo históricamente, al menos en algunas de sus determinaciones, tal y como se observa en la definición proporcionada por RAFAEL DE PINA VARA.- entendiéndose al derecho natural como el conjunto de las normas que los hombres deducen de la intimidad de su propia conciencia y que estiman como expresión de la justicia en un momento histórico determinado; Es verdad que algunas cosas del derecho natural han tardado en conocerse, por ejemplo: la función subsidiaria del Estado. Pero eso no significa que el derecho deba ser negado y sustituido por un historicismo y un positivismo.

En absoluto: lo que acontece es que el descubrimiento de ciertos principios de derecho natural es histórico, se da en un determinado momento de la historia. Pero la validez objetiva, no la aplicación (la aplicación sólo es posible a partir del descubrimiento, claro está), la validez objetiva en sí de ese principio es histórica, es supra-histórica: de la misma manera que la ley de la gravedad no empezó a ser tal cuando la descubrió Newton, sino que mucho antes –siempre hubo cuerpos sometidos a ella. De ahí que, a veces, el historicismo haga causa común con el positivismo jurídico, en su intento de rechazar que existan valores humanos con un sentido absoluto, valores que no se deben discutir.

EL DERECHO POSITIVO

Derecho positivo, en cambio, significa la aplicación a circunstancias concretas, de tiempo y de lugar, de principios morales permanentes, que están por encima de los lugares y de los tiempos, normas jurídicas que regulan efectivamente la vida de un pueblo en un determinado momento histórico; tal y como lo entiende **RUGGIERO.**- como el conjunto de reglas que se realizan en toda comunidad organizada y en los distintos momentos históricos porque esta atraviesa, la idea del derecho según la representación que cada uno se forme de lo justo; o como lo escribe el tratadista mexicano **TRINIDAD GARCIA.**- que el derecho positivo es el conjunto de las normas jurídicas vigentes, que el individuo debe observar por que su fuerza de vigencia las hace obligatorias, **DU PASQUIER**, entiende por derecho positivo al conjunto de reglas jurídicas en vigor en un país determinado, y agrega que al derecho positivo se opone frecuentemente el derecho natural; Los principios de derecho natural son abstractos, y hay que aplicarlos. La manera de aplicarlos varía según las concretas circunstancias de lugar y tiempo. Esta aplicación es necesaria porque el derecho natural no dice en ninguna parte cómo se debe defender el derecho a la vida en tal país, en tal determinada situación, en tal época, cuando se hace referencia al derecho positivo como se ve por lo expuesto, se alude mas o menos directamente al derecho natural, Este es según el pensamiento jurídico tradicional el “derecho que debe ser”, el positivo es, simplemente, el derecho que es, Pero el derecho positivo, para nosotros, en realidad, es el derecho que un momento histórico determinado, no solo es, sino que también es el que debe ser.

Conviene advertir que se trata siempre de la aplicación, a circunstancias de lugar y de tiempo variables, de unos principios que son invariables. Y ¿de dónde les viene la invariabilidad a esos principios? Les viene de que están anclados en la naturaleza humana, a la cual se refiere todo lo jurídico. ¿Cómo podrían tener un valor absoluto, si no estuviesen anclados en algo permanente que es la propia naturaleza humana? Ya no se trata sólo de que cada uno tenga, individualmente, su genio y figura hasta la sepultura, como dice el famoso refrán. Es que en la especie humana, el modo peculiar de ser es algo permanente, y las exigencias jurídicas que anclan en ella son por consiguiente permanentes.

Claro que podría decirse: pero un ser como es el hombre, que tiene una limitación, una relatividad, ¿va a ser fuente de un cierto valor absoluto? Evidentemente, en último término, no. En último término, si eso tiene un valor absoluto, es porque hay un Absoluto infinito, sin restricción: el Absoluto sin condicionamientos, al cual llamamos Dios. Y, por ser voluntad de él la existencia de esa naturaleza humana, las exigencias que de ella resultan y que en ella anclan participan de ese Absoluto.

No cabe defender un auténtico derecho natural si hay vergüenza de apelar a Dios. Una cultura del hombre, como tiene que ser también la jurídica (y eso nos interesa a todos, no sólo a los juristas), no puede ser un puro y simple humanismo. Más aún: no hay auténticos humanismos puros y simples, porque cuando el hombre pretende

encerrarse en sí propio, se traiciona incluso a sí mismo, pues el hombre está abierto a algo que le desborda.

CONSENTIMIENTO Y AUTONOMIA INDIVIDUAL

Ante la consideración de este valor, que constituye quizá la conquista más apreciada de la modernidad, es necesario plantearse con rigor cómo puede prevalecer en situaciones, ciertamente frecuentes en el ejercicio de la medicina, en las que por determinadas condiciones, resulta necesario, e incluso parece imponerse la obligación de invadir la libertad de acción de otro, como cuando, por ejemplo, la pasividad del paciente, derivada de su estado de inconsciencia, exige una determinada intervención para evitar que pierda su vida.

En supuestos como estos, la doctrina del liberalismo justifica tales intervenciones acudiendo a teorías sobre la voluntariedad o el consentimiento del sujeto pasivo, mediante las cuales el valor de su autonomía personal se puede proyectar sobre esas actuaciones ajenas, y salvar de esta forma la presunción inicial de libertad en que se funda. Desde esta perspectiva se han elaborado distintas teorías sobre la existencia de consentimiento (disposicional, tácito, presunto, hipotético, anterior o posterior), para las situaciones en las que la imposibilidad de un ejercicio expreso de la propia libertad de acción demanda la intervención ajena.

John Kleinig resalta la importancia de consentir en el sentido de un acto público por el cual una persona explícitamente facilita la iniciativa de otra, una forma de cooperación por la cual comparte la responsabilidad en ella". Los actos de consentimiento son relevantes en este sentido para exonerar de responsabilidad criminal en algunos supuestos, aunque de hecho no se conozca el estado mental de quien consiente.

Lo que cuenta es la existencia de autorización explícita según esté prevista en la legislación, como ocurre en los supuestos de consentimiento informado. Feinberg señala que en ocasiones, las circunstancias bajo las que se expresa el consentimiento, suscitan dudas sobre su validez, por la existencia de factores reductores de la voluntariedad, como la ignorancia, la coacción, facultades disminuidas. En estos casos sería discutible, dice Feinberg, si el consentimiento expresado en estas circunstancias produce el efecto de transferir la autoría de la acción sobre quién lo emite, pues no respetaría las condiciones ideales que exige su autonomía en relación con las acciones de otros que afectan a sus intereses.

Si lo que ha de prevalecer es la autonomía moral del sujeto, ello exige develar qué se esconde detrás del consentimiento, como mecanismo legitimador de las actuaciones de terceras personas que interfieren o sustituyen las del propio agente, como son mayoritariamente las que se relacionan con el propio estado de salud. Se puede afirmar, en esta línea, que actuar por otro, sin que esta suplantación anule la

autonomía del sujeto por el cual se actúa, exige que éste esté presente en algún sentido en esa acción. Pero llegados a este punto, hay que preguntar si basta su consentimiento, o la determinación de su insuficiente voluntariedad, para que ello se cumpla.

Hay teóricos que, a partir del pensamiento hobbesiano, explican la naturaleza del acto de consentir, en cualquiera de las modalidades en que éste se considere válido, como una autorización en algunos supuestos, o como un permiso en otros, suficiente para garantizar dicha presencia. Sin embargo, si se analiza la cuestión con más detenimiento, se debe aclarar quién lleva el control de la acción cubierta por el consentimiento del sujeto en favor del cual se actúa.

Porque, evidentemente, si a través del acto de consentir, o de la presunción de su existencia, se considera que quien actúa realiza exactamente los deseos de quien lo presta, sería lo mismo que decir que mi mano actúa por mí cuando la muevo.

Lo que se desprende de estos ejemplos es que el consentimiento, considerado como una autorización o un permiso para actuar en nombre del sujeto que lo otorga, resulta una noción <formalista>, inapropiada para dar una cuenta cabal de las ocasiones en que es necesario actuar por otra persona al tiempo que se respeta o promueve su autonomía, porque deja indeterminada la cuestión sobre quién lleva el control sobre esa acción.

Actuar por otro, de forma pretendidamente justificada por la existencia de consentimiento del sujeto suplantado en su acción, exige antes que nada que éste pueda actuar autónomamente, es decir, tenga voluntad y juicio propios, de forma que pueda interesarse en planes y proyectos personales de vida. No puede actuarse en lugar de quien es totalmente incompetente para la acción intencional.

Por otra parte, existe otro sentido de interés, existen muchos estudios sobre lo que la gente encuentra interesante, sobre cómo despertar el interés de los estudiantes en su trabajo, sobre la elaboración de una guía vocacional mediante <inventarios de intereses>, y así sucesivamente. Estos estudios ignoran por lo común el hecho de que existe otro sentido de interés; para ellos la palabra sólo tiene una importancia subjetiva, psicológica.

En lo que se refiere al otro gran sentido de interés, tener algo objetivamente en juego, las interpretaciones que se hacen fluctúan desde lo objetivo a lo subjetivo en varios sentidos. En el extremo más objetivo de la escala se sitúan los intereses desvinculados, allí donde no hay un grupo o personas particulares que se apropien de ese interés, y que podrían, por consiguiente, reclamar el derecho a definirlo.

Evidentemente, valorar la autonomía individual, significa aceptar una medida de subjetividad existente en la noción de interés, que los intereses personales tienen algún grado de vinculación con las propias preferencias. Los problemas surgen entonces, ante las situaciones en las cuales es necesario actuar por otro, al intentar determinar la medida de interés que existe en el interesarse particular del sujeto, y hasta dónde puede éste alcanzar sin dañar al primero.

La solución a este problema la proporciona Pitkin, refiriéndolo a la noción de representación: "la sustancia de la actividad de representar parece consistir en promover el interés del representado, en un contexto en el que este último es concebido como capaz de acción y de juicio, pero de tal modo que no hace objeciones a lo que se hace en su nombre. Lo que hace el representante tiene que hacerlo en interés de su principal; pero la forma en que lo hace no debe ser sensible a los deseos del principal.

No tiene por qué actuar real y literalmente en respuesta a los deseos del principal, sino que los deseos del principal deben estar potencialmente allí y ser potencialmente relevantes. La sensibilidad ante tales deseos parece guardar dentro de sí una especie de criterio negativo: el conflicto debe ser posible y, no obstante, no debe ocurrir, pero quizá estos requisitos, después de todo, no son tan extraordinarios como aparentan.

Descansan sobre un supuesto fundamental que se refiere a los seres humanos y a la acción humana; se trata de un supuesto que no se limita al concepto de representación, sino que aparece inmerso en todo nuestro vocabulario que se refiere a la acción. Toscamente formulado, diría lo siguiente: suponemos que normalmente los deseos de un hombre y aquello que es bueno para él coincidirán.

Los supuestos de intervención médica con la pretendida justificación del consentimiento del intervenido, se caracterizan, precisamente, por la posible existencia del conflicto que destaca Pitkin, o por la indeterminación respecto a los términos del mismo, entre el interesarse del sujeto y su bien, en el sentido de su interés objetivo, y por consiguiente es un conflicto sustantivo y no meramente formal, como pretenden las teorías que conciben el consentimiento como una autorización o un permiso.

Este conflicto se debe resolver, cuando se produce, en términos de razones mejores o peores en relación con los bienes que están en juego. Se puede afirmar que lo relevante no es preguntarse si quien actúa por otro presuponiendo su consentimiento debe actuar en interés suyo tal y como él (quien interviene) lo entiende, o si debe hacerlo como lo vería el sujeto intervenido. Ambas formulaciones son distorsionantes: debe obrar justificadamente sobre la base de las mejores razones en relación con los bienes y valores que están en juego.

En este sentido preservar la autonomía moral no consiste en definir de la manera que se estime más adecuada los límites de la libertad de acción del individuo, y permitir la invasión de dichos límites bajo el cómodo expediente del consentimiento, sino que el valor de la autonomía moral individual se define y configura en el replanteamiento práctico de sus supuestas fronteras, que no está en manos sino de quien en cada caso particular lleva el control de la acción en la intervención de que se trate.

En último término, para determinar cuándo una preferencia subjetiva constituye propiamente un derecho, es necesario, a mi juicio, remitirse a un debate ético que considere con rigor el valor de la libre autodeterminación individual, en contraste con otros valores, en nuestro caso relativos a la manifestación fisio-biológica humana, que

ha de proporcionar los criterios para orientar las decisiones en relación con los sujetos sometidos a tratamiento médico.

AXIOLOGÍA JURÍDICA

En la concepción actual de la filosofía del Derecho, los problemas de la axiología jurídica, entendiéndose a la axiología jurídica como aquella que estudia el orden jurídico desde el punto de vista de los valores (sobre todo los valores morales) que deben servirle de inspiración, ocupan un lugar destacado, y ha sido la teoría moderna de los valores (Wertphilosophie), es decir, la llamada axiología del presente siglo, lo que ha permitido el avance filosófico en materia jurídica. Conviene observar, no obstante, que el debate en torno a los valores jurídicos no es nuevo, porque informó la conocida discusión de siglos con respecto al Derecho Natural. No menos evidente es que la axiología contemporánea le ha dado un impulso característico al planteamiento axiológico dentro de la filosofía del Derecho.

No sería apropiado plantear ahora, ni siquiera sintéticamente, la fuerte controversia relativa a la teoría de los valores (subjetivismo, objetivismo, relativismo, ética formal y material, concepto de valor, etc.) y demás discusiones con relación a la problemática axiológica, porque nuestro interés en este caso se limitara solo a la axiología en el campo del Derecho Electoral, a efecto de explicar de manera precisa, dicha teoría, enfocándonos solo en una de las ramas del derecho, y así, poder explicar y ejemplificar de manera concisa; Sin embargo, no es posible referirse al tema específico sin abordar lo que concierne a la axiología jurídica, en términos generales.

DEBER JURÍDICO, DEBER MORAL Y DEBER SOCIAL

Las reflexiones formuladas por los grandes expositores de la teoría de los valores han sido utilizadas por la filosofía del Derecho para examinar el tema de los valores jurídicos. El Derecho es un universo de normas, pero éstas no son objetos materiales, sino que se refieren a conductas humanas tomadas en consideración por esas normas. El Derecho es así, un deber ser, de ahí la importancia que la axiología tiene para la ciencia jurídica. *Y si bien, el Derecho consideramos es un deber ser, debemos de explicar que tipo de deber* encierra dicha ciencia, es decir, existe un deber social, deber moral y un deber jurídico; El deber ser es lo necesario, lo que uno esta moralmente obligado a hacer en oposición a lo que a uno le gustaría o estaría inclinado hacer, el deber es comúnmente asociado con la conciencia, razón, rectitud, ley moral y virtud; Los estoicos consideraron que el hombre tenía el deber de vivir recta, razonable y dignamente, independientemente de consideraciones de felicidad humana; El deber jurídico o también llamado deber legal es la necesidad para aquellos a quienes va dirigida una norma del derecho positivo, de prestarle voluntario acatamiento, adaptando a ella su conducta, en obediencia a un mandato que, en el caso de incumplimiento, puede ser hecho efectivo mediante la coacción; en un sentido puramente gramatical la palabra deber, significa aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales positivas; Por citar un ejemplo, sujeto **X** le renta su

casa a sujeto **Y**, por una cantidad de dinero, anteriormente estipulada, la cual será la renta que se pagará en el término pactado, entonces **Y**, tiene el deber jurídico de satisfacer su deuda; Pero además tiene también, el deber moral de pagar; y es posible que determinadas normas del trato social le obliguen también a ello. Pero es preciso no confundir, aunque el deber moral de pagar se parezca al deber jurídico, sin embargo, se trata de cosas distintas. El deber jurídico lo tiene solo y exclusivamente por que hay una norma de derecho positivo vigente que así determina, y lo único que esta norma le exige es el hecho objetivo y exterior de pago, sin preocuparle ningún especial estado interno de ánimo respecto a su acreedor (**X**), En cambio, la norma moral le impondrá también pague, pero fundándose en otros valores, por ejemplo, en que debe profesar amor al prójimo, y, por todo eso, no solo le exige el pago externo, sino una disposición de simpatía para su acreedor, Y el uso social del trato, que prescribe también el deber de pago, se funda en tres supuestos, a saber, en ideas de decoro, honor, de mutua consideración, En este ejemplo se dan tres deberes, el jurídico, el moral y el social, y cada uno de ellos es completamente independiente a los demás, El deber jurídico se basa pura y exclusivamente en la norma vigente; y así, por ejemplo, ocurre que, ante un convenio nulo por falta de haberse otorgado con las formalidades de legales, hay que decir que no existe deber jurídico positivo de cumplirlo, y, en cambio, moralmente, es muy probable que hayamos de reconocer que han surgido deberes; Y, es posible también según las reglas sociales del decoro; Un jugador que apuesta y pierde en juegos de azar, no tiene el deber jurídico de pagar, según la mayoría de los códigos civiles, probablemente tampoco tiene el deber moral de hacerlo, y más si debido al enojo que siente por haber perdido, piensa o considera que ha sido engañado, o como vulgarmente se dice, le hicieron trampa, pero en cambio, según las normas del trato, vigentes en el círculo social de los jugadores, tendrá el deber de decoro de pagar su deuda dentro del plazo de veinticuatro horas;

Por otra parte se debe distinguir entre el deber específicamente jurídico, creado por la norma jurídica, y el deber moral de cumplir lo que mandan las normas de derecho vigente, Son deberes distintos, aunque se den superpuestos o coincidentes, El deber jurídico se funda única y exclusivamente en la existencia de una norma de derecho positivo que lo impone, es una identidad perteneciente estrictamente al mundo de lo jurídico, Además de esto, los hombres tiene la obligación moral y también de decoro de cumplir lo que ordenan las normas del derecho positivo, pero este es un deber moral cuyo contenido viene determinado en el derecho, y no es el deber jurídico específico creado por la norma jurídica; El deber moral de cumplir lo ordenado en las normas jurídicas tiene como contenido esas normas, pero no se funda en ellas sino que se basa en valores morales, En cambio, el deber jurídico propiamente tal, es una situación que se apoya en la norma jurídica y dimana de ella, a parte de que, además, por razones morales, exista también el deber moral de ajustar la conducta a lo preceptuado en el derecho. Si toda norma determina deberes, y si hemos reconocido que existen normas jurídicas con su propio perfil y una peculiar esencia, distintas de las normas morales y de las reglas de trato social, es evidente que también habrá deberes jurídicos perfectamente distinguibles de los demás tipos de deberes.

Esta claro que el mundo de lo jurídico nos muestra, auténticos deberes de esta naturaleza, cuya efectividad puede lograrse, en caso necesario, mediante la actividad

de los tribunales, Los deberes llamados jurídicos no han de ser confundidos ni con los morales, los sociales, ni con los religiosos;

Y, además, es evidente que distinguimos también entre el deber propiamente jurídico y el deber moral de cumplir el derecho positivo, Este último, es decir, el deber moral de acomodar la conducta a los preceptos jurídicos vigentes, suscita la cuestión de cual sea el fundamento ético de esa obligación de someterse al derecho, y en definitiva, este problema implica el de la justificación de que haya derecho, es decir, el rechazo de las doctrinas anarquistas, Pero el tema que se estudia no es el de la justificación del derecho, el de por qué sus normas obligan también moralmente, sino que la cuestión planteada ahora es la relativa a cual sea el concepto formal de deber jurídico, dentro de una sistemática de las nociones jurídicas puras.

NATURALEZA DEL DEBER JURÍDICO

¿Cuál es la esencia del deber jurídico? Necesariamente se tiene que buscar la respuesta dentro del mismo concepto de norma jurídica, dejando a un lado la circunstancia de que los contenidos del deber jurídico puedan concurrir con los contenidos de deberes morales y sociales y ser semejantes a estos, y, de otro lado, prescindiendo, asimismo, de la cuestión de cual sea la razón por la cual el derecho obligue también moralmente, No se trata, de manera alguna, de negar estos dos problemas, ni de restarles importancia; antes bien, se reconoce la sustantividad y el alcance de estos temas, Lo único que se hace es distinguirlos y separarlos del que ahora tenemos planteado, a saber, el del concepto puro del deber jurídico, como hago que se funda en la norma del derecho y existe en virtud de ella; Y para afirmar más todavía la autonomía del deber jurídico, recuérdese que es postulado esencial de todo derecho que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento a nadie, y que, por el contrario, no puede existir un deber moral singular y actual para un sujeto, si este no conoce la norma y está además convencido de su bondad, porque aunque los valores morales tengan objetividad no crean de presente una obligación de conciencia, sino en tanto son conocidos y reconocidos como tales.

En su teoría pura del derecho, KELSEN ha hecho notar que se puede hablar de un deber jurídico concreto como de algo ajeno al precepto jurídico, como diamante de este, en tanto y por qué este es capaz de subjetivación, es decir, es capaz de ser aplicado a un individuo determinado; El precepto objetivo vigente para todos se convierte en deber jurídico subjetivo de una determinada persona, por qué y en tanto que ordena que se imponga una sanción al sujeto que se comporte de aquel modo que esta previsto en la norma como la condición de dicho acto sancionador, esto es, que se imponga una sanción al que se comporte de manera contraria a lo preceptuado en la norma; es decir que alguien tiene el deber jurídico de comportarse de una determinada manera quiere decir que se halla situado en relación con la norma de tal modo, si no se conduce de aquella manera, podrá ser objeto de un acto de coacción impositiva de carácter inexorable, O, lo que es lo mismo, la existencia del deber jurídico se determina por que la infracción de la conducta en aquel señalada constituye el supuesto de una sanción jurídica, esto es, una de las formas de la coercibilidad inexorable.

Donde no sea posible, a tenor de lo que se desprenda de la norma, el imponer una coacción inexorable al sujeto, es evidente que no hay un deber jurídico; Podrá haber un deber moral o un deber social o religioso de comportarse de una determinada manera, pero no hay deber jurídico.

El deber jurídico presupone siempre la existencia de una norma jurídica que se manifiesta según, DE CASTRO en 1).- Deber de cumplir el mandato concreto contenido en la norma, 2).- Deber de no obstaculizar su cumplimiento, 3).- Deber de respetar las situaciones jurídicas por o nacidas al amparo de la norma, y 4).-Deber de cooperar a la realización de la finalidad de la norma jurídica; Las escuelas jurídicas de nuestro tiempo han elaborado las más contradictorias concepciones en torno del llamado deber jurídico, Realmente desde el punto de vista rigurosamente jurídico, no cabe hablar de deber, sino de obligación; Los llamados deberes jurídicos son, mas exactamente - como ya dijimos-, obligaciones jurídicas; Así cabe deducirlo de la posición de STHAL (*Filosofía del Derecho*), el cual concibe el deber jurídico como la obligatoriedad que impone el derecho positivo existente, que se extiende tanto a la obligación del individuo de cumplir el derecho, como a la de realizarlo que corresponde a la autoridad. Aquí se trata solamente del concepto de deber jurídico, en sentido estricto, y no de otra cosa, Entre otras cuestiones, podría plantearse lo siguiente, que propiamente pertenece a la filosofía moral, pero que también interesa a la filosofía del derecho; ¿en que forma se esta moralmente obligado a cumplir el derecho positivo? Esta cuestión implica el tema acerca de cuales sean los valores que fundamenten el deber moral de cumplir el derecho positivo, y además el tema sobre el cual sea el tipo de adhesión, sus limites y sus lícitas excepciones, Y tal vez se llegue al resultado de que el deber ético de cumplir el derecho positivo tiene una estructura diversa de la de otros deberes morales, pues el deber moral de cumplir el derecho no exigiría una intima adhesión del sujeto al contenido de la norma, si no la mera relación de sometimiento al derecho y de cumplimiento formal de sus disposiciones, en tanto que meramente jurídicas, y se exigiría solamente la intima adhesión al valor moral que funda este deber de sumisión al derecho, y a los valores en que la norma jurídica se inspira.

FILOSOFÍA DE LOS VALORES Y LOS VALORES JURÍDICOS

Pero ha sido la filosofía de los valores la que ha suministrado el basamento esencial de la axiología jurídica, como parte de la filosofía del Derecho. A la axiología jurídica ha correspondido precisar los valores a que obedece el Derecho, pero no ha podido hacerlo sino tomando en cuenta las distinciones básicas de la filosofía de los valores (axiología). Una de las nociones más importantes de la axiología jurídica (la de bien) proviene de la filosofía valorativa.

Sin embargo, no todas las escuelas jurídicas aceptan los postulados de la axiología jurídica. El positivismo jurídico, de tanto arraigo en el siglo XIX, hizo a un lado toda preocupación finalista y teleológica en el ámbito del Derecho, concibiendo éste como simple Derecho Positivo, como acción del Estado, como expresión de una voluntad soberana. Y en nuestros días, Hans Kelsen, uno de los grandes filósofos del

Derecho, descarta de su “teoría pura” (normativismo), toda consideración de ética, sociología o política.

Aunque existe una diversidad de criterios con respecto a cuáles son los valores jurídicos que se propone realizar el Derecho, es característico que la axiología jurídica coincide, casi unánimemente, en considerar la seguridad jurídica, la justicia y el bien común, como los valores jurídicos fundamentales, entendiéndose a la **seguridad jurídica** como aquella garantía que representa la organización estatal en orden al mantenimiento del derecho y a la consiguiente protección del individuo; La **justicia**, como la disposición de la voluntad del hombre dirigida al reconocimiento de lo que a cada cual es debido o le corresponde según el criterio inspirador del sistema de normas establecido para asegurar la pacífica convivencia dentro de un grupo social; El sentimiento de la justicia es común a todos los hombres, tradicionalmente la justicia a sido considerado como el valor jurídico por excelencia; y por ultimo, el **bien común** como el beneficio que, desprendiéndose de la convivencia social, debe ser compartido, proporcionalmente, por todos los miembros de la comunidad, sin exclusión alguna, y al que todos deben contribuir con sus medios y con su conducta; Mucho se ha escrito en torno a cada uno de ellos desde la antigüedad, pero la doctrina moderna ha alcanzado, sobre tales conceptos, soluciones de mayor penetración.

AXIOLOGÍA ELECTORAL

Si del campo especulativo de la axiología jurídica pasamos a la órbita concreta del Derecho positivo, para acercarnos al tema de la *axiología electoral*, anotaremos que, entre otras, la Constitución española de 1978 expresa que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el *pluralismo* político”.

El constituyente español señala que los valores eminentes del ordenamiento jurídico estatal son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Al lado de valores de tan vieja prosapia como los tres primeros, añade el pluralismo político, en tributo a las urgencias sociales inmediatas de la realidad española. Lo que nos da idea de que los valores o los fines del Derecho, más que entelequias metafísicas, son objetivos que emanan de la vida social, los cuales el Derecho define y preserva.

Por tanto, una axiología electoral, que debemos concebir, en parte, como una axiología del Derecho Electoral, estará dirigida a destacar los valores electorales, ya estén formulados por ese Derecho, ya estén difundidos en la realidad social. Cuando hemos mencionado el Derecho Electoral nos limitamos al de las democracias occidentales, por ser el más nutrido de valores electorales y por ser éstas los regímenes estatales que mayor oportunidad brindan para una reflexión adecuada sobre una axiología electoral.

En efecto, la democracia contemporánea es la forma de organización estatal en la que el ordenamiento jurídico electoral ha tenido el más amplio y profundo desarrollo.

Existen en la actualidad otras formas de Estado de signo distinto a la democracia, que también poseen un Derecho Electoral. Pero en esta exposición nos vemos obligados a limitar nuestro examen axiológico al Estado democrático, por ser el que ha establecido valores electorales a los que una doctrina muy difundida en gran parte del mundo otorga un reconocimiento prevalente.

El Estado democrático de nuestros días no sólo es una forma de organización *política* históricamente estructurada durante los dos últimos siglos, sino que, al mismo tiempo, sus complejas soluciones de práctica estatal han dado origen a todo un conjunto de teorías políticas de necesaria consideración, lo que en realidad ha venido a constituir un pensamiento vigoroso y múltiple en torno a lo que podemos denominar aquí como la teoría y la práctica de la *democracia*.

El examen que continúa se funda tanto en principios como en prácticas democráticas, a fin de mantenernos apegados al objetivo de esta exposición, y la formulamos, por razones de brevedad, con independencia de las críticas que se han hecho y se hacen a los regímenes democráticos, prescindiendo también de una explicación causal socio-económica de tales principios y prácticas.

El punto de partida de la democracia actual, desde el ángulo de la tipología constitucional escrita, se da en la Constitución norteamericana (1788) y en la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). En ambos textos, sobre todo en el último, se concreta una revalorización de los derechos y atributos del individuo. Al mismo tiempo, surge en los dos países el Estado republicano, antítesis de la monarquía absoluta.

La temática principal de la *democracia* se centra simultáneamente en el individuo y en el Estado, es decir es un sistema de gobierno caracterizado por la participación de la sociedad, totalmente considerada, en la organización del poder público y en su ejercicio la democracia se funda en la consideración elemental, de sentido común, según la cual las cosas que interesan o afectan a todos se deben tratar y de resolver con el concurso de todos, desde el punto de vista jurídico, la democracia significa el gobierno de todos para todos y en beneficio de todos, esta forma de gobierno se manifiesta mediante la voluntad del pueblo, el que tiene la libre oportunidad de emitir su opinión, aunque no es la voluntad de todos la que prevalece, sino la de la mayoría, en virtud de que esta tiene la fuerza y es lógico que el poder radique en la fuerza. La igualdad y la libertad individuales son los pivotes del ideario democrático, en lo que respecta a la persona natural. Los hombres que forman una sociedad determinada son iguales. Unos no valen más que otros (esclavo o amo, patricio o plebeyo, súbdito o monarca, siervo de la gleba o señor feudal, son dualidades periclitadas); todos son ciudadanos de una sola categoría. El principio de igualdad ofrece las perspectivas de permitir al hombre el acceso a los rangos superiores de la vida social, en obsequio de la igualdad de oportunidades.

Además, esos hombres jurídicamente iguales son titulares de especiales derechos de libertad. Son hombres libres, porque tienen el derecho de libertad física, de libertad de expresar sus ideas, de libertad de reunión, de libertad de asociación, de libertad de conciencia (ideológica, religiosa y de culto), de libertad de residencia y

locomoción. De estas libertades básicas se derivan otras formas de libertad que muchos textos constitucionales últimos consagran y garantizan.

Sobre estos pilares jurídicos de igualdad y libertad del individuo, la democracia moldea una forma especial de Estado, referida al origen o designación de los titulares del poder político, al ejercicio de éste, a la participación del ciudadano y de las organizaciones sociales en la vida política, a las funciones estatales. Por otra parte, la democracia propugna por una sociedad pluralista, en lo político-social, y por la existencia de una opinión pública alerta y consciente.

En el Estado democrático, los gobernantes o titulares del *poder* político son designados por medio de *elecciones* libres, en las que intervienen todos los ciudadanos, sin discriminaciones objetables. El mecanismo de esta intervención, que se presenta como un derecho fundamental, es el *voto* universal, libre, igual y secreto. Esos gobernantes están sujetos a un período en el desempeño de sus cargos, lo que garantiza la posibilidad jurídica de la alternancia en el ejercicio del poder.

El Estado se estructura mediante órganos o poderes, que ejercen separadamente sus funciones legislativas, ejecutivas y judiciales, lo que es una garantía contra el poder despótico o autocrático. La vida política del Estado democrático es producto de la participación activa de los ciudadanos y de las organizaciones sociales en la primera. La sociedad de masas en que vivimos ha sido la matriz de una diversidad de asociaciones, en las cuales se encuadra el individuo, por imperativos de la propia dinámica social, y el Estado les abre cauce a las mismas, así como a los individuos particulares, para que las decisiones políticas se adopten por la vía ordenada de una especie de acuerdo permanente y renovado de las distintas fuerzas sociales, que le cierre el paso a la violencia y al autoritarismo.

El estrecho marco de la actividad estatal del siglo pasado se ha ampliado y transformado desmesuradamente, y la democracia política se ha desdoblado en democracia social, en la que el Estado desempeña el multifacético rol de funciones que se sintetizan en la expresión de Estado Social de Derecho, que no corresponde describir ahora. Basta con mencionarlo.

Por una evolución que ha transcurrido en el espacio de los dos últimos siglos, el reconocimiento del derecho de asociación política ha traído la estructuración de partidos políticos muy eficaces, dentro del orden democrático, los cuales encauzan la opinión del electorado y le ofrecen opciones de distinto contenido, para las políticas estatales.

No obstante sus diferencias ideológicas, esos partidos entran en relaciones de diversa índole con las grandes organizaciones de intereses, y a través de aquellas éstas acceden a los parlamentos y a otras instancias estatales, e incluso sus dirigentes se vinculan, de manera formal, a los consejos directivos partidistas.

Nada extraña, por ello, que la Constitución alemana de 1949 haya declarado, en su artículo 21, que los partidos contribuyen al desarrollo de la voluntad del pueblo y que la Constitución española de 1978 haya ido mucho más allá, al proclamar que los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y

manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política.

Una corriente sociológica subraya el pluralismo de la sociedad moderna, porque en ésta se estructuran organizaciones y grupos, tanto económicos como sociales, de gran influencia en las determinaciones del Estado (asociaciones patronales, sindicatos obreros, grupos de la comunidad, congregaciones religiosas). Se considera que estos grupos y organizaciones han contribuido a democratizar la sociedad, y hasta se les tiene como “centros de *poder*” que moderan la concentración del *poder* estatal.

Desde los tratadistas clásicos de la teoría general del Estado, como Jellinek, por ejemplo, la opinión pública es un elemento característico del sistema democrático. Uno de los derechos electorales que se relacionan con el Estado es el de la participación de los ciudadanos en la vida política, y una opinión pública que tenga expresiones oportunas, coherentes y defensoras de los intereses colectivos coadyuva en esa participación.

Por otro lado, la gran penetración de los medios de comunicación masiva debe ser mencionada a propósito de la opinión pública, así como el papel que juegan en su formación los partidos políticos. Democracia y opinión pública consciente son términos de fuerte vinculación. El último de los valores democráticos, pero no el de menor importancia, a que debemos referirnos, es el de la justicia. No es tarea fácil la de concretar jurídicamente este valor y por ello no tiene formulaciones generales expresadas en los ordenamientos del Derecho, solo podemos definirla como aquella disposición de la voluntad del hombre dirigida al reconocimiento de lo que a cada cual es debido o le corresponde según el criterio inspirador del sistema de normas establecido para asegurar la pacífica convivencia dentro de una sociedad, El sentimiento de la justicia es común a todos los hombres, incluso muchos tratadistas consideran a la justicia como el valor jurídico por excelencia.

Existen instituciones del *Derecho Electoral* democrático en las que palpita esa antiquísima aspiración de proporción, de tratamiento equitativo, de respeto y admisión del derecho propio. La eliminación de las discriminaciones electorales en cuanto al *voto* encontró base firme en un principio de justicia para personas naturales que estaban marginadas de ese derecho.

La representación proporcional de las minorías en el parlamento obedece igualmente al dictado de hacerle justicia electoral a partidos y grupos ciudadanos a quienes el sistema mayoritario trunca un legítimo derecho de representación. Los deberes de imparcialidad y honestidad de las autoridades es otro requisito de la justicia electoral.

Este breve recorrido con respecto a los valores democráticos hace posible enfatizar que el sistema de la *democracia* contemporánea puede ser concebido como un universo axiológico fundamental y complejo, que exige un mínimo de concurrencias jurídicas y sociales. Esos valores se concretan con modalidades diferentes en los países democráticos, por razones de la idiosincrasia política y el desarrollo histórico de

cada uno de ellos, pero hay un conjunto básico de principios esenciales que legitima las estructuras democráticas vigentes.

FILOSOFÍA MORAL

Procede afirmar, entonces, que en la esfera jurídica, la democracia supone un extenso Derecho Electoral, penetrado por los valores que hemos descrito sucintamente. Es importante distinguir entre el comportamiento moral del hombre y la sociedad que es la moral, y la reflexión filosófica de este comportamiento, que es la filosofía moral o Ética; De acuerdo con el diccionario de filosofía de DAGOBET D. RUNES, la ética, también conocida como filosofía moral, es aquel estudio o disciplina que se interesa por los juicios de aprobación o de desaprobación, los juicios de sobre lo correcto o lo incorrecto. La bondad o maldad, la virtud o el vicio, lo apetecible o lo sensato de las acciones, disposiciones, fines, objetos o estado de cosas.

Ningún hombre escapa a la moralidad, todos sus actos libres tienen una calificación moral positiva o negativa, Por que en efecto, no habría moralidad si no hubiera libertad; La libertad es una condición necesaria para que se de el valor moral; La moral se da, pues, en el acto libre, o, mejor dicho, se da en la persona que ejecuta ciertos actos libres. Pero además existe un criterio verdaderamente científico capaz de determinar la conducta moral por medio de principios universales y necesarios aplicables a todos los hombres en cualquier época y latitud, así pues la historia nos muestra una sucesión de morales que corresponden a las diferentes sociedades que se suceden en el tiempo. Cambian los principios y normas morales, la concepción de lo bueno y lo malo, así como de lo obligatorio y no obligatorio.

Es evidente que si comparamos a una sociedad con otra anterior podemos establecer objetivamente una relación entre sus males respectivas y considerar que una moral es mas avanzada, mas elevada o mas rica que la de la otra sociedad, Así, por ejemplo, la sociedad esclavista antigua muestra su superioridad moral sobre las sociedades primitivas al suprimir el canibalismo, respetar la vida de los ancianos conservar la vida de los prisioneros, etc. Pero a su vez, la sociedad esclavista antigua entraña prácticas morales que son abandonadas o superadas en las sociedades posteriores.

De este modo, lo moral deja de ser un tópico o una cuestión de apreciación subjetiva para constituirse en un orden científico que procede por demostraciones rigurosas.

RELACIÓN DE LA ÉTICA CON OTRAS CIENCIAS

Por su carácter normativo y reflexivo, la ética ocupa un lugar especial dentro de las ciencias y es posiblemente la que tiene mas estrecha relación con los otros ámbitos

del saber, que en una u otra forma tengan que ver con el actuar del hombre en relación con sus semejantes. La ética valora este actuar e impone normas de conducta en todo campo científico particular; Toda vez que los agentes morales son, en primer lugar, individuos concretos que forman parte de una comunidad; Sus actos morales solo son tales en sus relaciones con los demás; sin embargo, presentan siempre un aspecto subjetivo, interno, psíquico, constituido por motivos, impulsos, actividad de la conciencia que se traza fines, selecciona medios, decide entre diversas alternativas, formula juicios de aprobación o desaprobación, etc; de este aspecto psíquico, subjetivo forma parte también la actividad subconsciente. Aunque el comportamiento moral responda, como veremos, a la necesidad social de regular las relaciones de los individuos en cierta dirección, la actividad moral es siempre vivida interna o íntimamente por el sujeto en un proceso subjetivo a cuyo esclarecimiento contribuye poderosamente la psicología; Como ciencia de lo psíquico, la psicología viene en ayuda de la ética al poner de relieve las leyes que rigen las motivaciones internas de la conducta del individuo, así como al mostrarnos la estructura del carácter y de la personalidad; Le aporta asimismo su ayuda al examinar los actos voluntarios, la formación de hábitos, la génesis de la conciencia moral y de los juicios morales, En pocas palabras la psicología presta una importante contribución a la ética al esclarecer las condiciones internas, subjetivas, del acto moral, Así, pues, en cuanto que los actos morales son actos de individuos concretos que los viven, interiorizan de acuerdo con cierta constitución psíquica, la ética no puede prescindir de la ayuda de la psicología, entendida o solo en el sentido tradicional de ciencia de lo psíquico conciente, sino también como psicología profunda, o de los factores subconscientes que escapan al control de la conciencia, y que no dejan de influir en el comportamiento de los individuos.

La explicación psicológica de la conducta humana permite comprender las condiciones subjetivas de los actos de los individuos, y, de este modo, contribuye a entender su dimensión moral. Problemas morales como el de la responsabilidad y el de la culpabilidad no pueden abordarse al margen de los factores psíquicos que han intervenido en el acto con respecto al cual el sujeto se considera responsable y culpable. La psicología, así mismo, con su análisis de las motivaciones o impulsos irresistibles, nos hace ver cuándo un acto humano escapa a una valoración o enjuiciamiento moral. Por todas estas razones, al estudiar el comportamiento moral, la ética no puede prescindir de los datos que brinda la psicología y las conclusiones a que llega. Ahora bien, cuando se sobreestima este aspecto subjetivo de la conducta humana, es decir, el papel de los factores psíquicos y se relega al olvido el aspecto objetivo y social del comportamiento humano, hasta el punto de hacer de él la clave de la explicación de la conducta moral, se cae entonces en la tendencia de reducir lo moral o lo psíquico, y a considerar la ética como un simple capítulo de la psicología. Sin embargo, aunque los actos morales tienen su correspondiente lado psíquico la ética no se reduce a la psicología.

Así también Ética y Religión marchan unidas estrechamente ya que ambas son formas de comportamiento humano, y se puede decir que una ha sido fuente de la otra. La Metafísica es otra ciencia que guarda estrecha relación con la ética, toda vez que la metafísica nos va a proporcionar material para fundamentar el núcleo de nuestras investigaciones de tipo moral. Ello es por ejemplo, el tema del bien en general, el bien

que es trascendental (o sea, una cualidad propia del propio ser), Esto esta ligado con el tema del valor, de tal manera que una sólida y científica valoración moral no puede prescindir de un enrizamiento en la bondad de tipo metafísico, En síntesis la metafísica es una ciencia auxiliar para la ética por que nos proporciona conocimientos acerca del bien, del valor y de Dios, que son indispensables para la sólida estructuración de los valores morales.

Por lo que respecta a las ciencias sociales, la ética tiene relación directa con todas y cada una de ellas, debido al carácter eminentemente social de la misma, figurando entre estas la antropología social y la sociología, En ellas se estudia el comportamiento del hombre como ser social en el marco de unas relaciones dadas, se estudian asimismo las estructuras en que se integran esas relaciones, así como las formas de organización y de relación de los individuos concretos en el seno de ellas, Esas relaciones, así como las instituciones y organizaciones sociales, no se dan al margen de los individuos, pero a las ciencias sociales les interesa, sobre todo, no el aspecto psíquico o subjetivo de la conducta humana, que es como hemos señalado, una tarea de la psicología, sino las formas sociales en el marco de las cuales actúan los individuos.

El sujeto del comportamiento moral es el individuo concreto, pero en cuanto que este es un ser social y forma parte, independientemente del grado de conciencia que tenga de ello, de determinada estructura social y se inserta en un tejido de relaciones sociales, su modo de comportarse moralmente no puede tener un carácter meramente individual, sino social; Los individuos nacen en una sociedad dada, en la que rige una moral afectiva que no es la invención de cada individuo en particular, y que cada uno encuentra como un hecho objetivo, social; Esa moral responde, a necesidades y exigencias de la vida social, En virtud de esta relación entre moral y sociedad, la ética no puede prescindir del conocimiento objetivo de las estructuras sociales, de sus relaciones e instituciones, que le proporcionan las ciencias sociales y, particularmente, la sociología como ciencia de la sociedad.

Pero por importante que sea, y lo es en alto grado el conocimiento de los factores sociales del comportamiento moral, este no se reduce a una mera expresión de ellos; por otro lado, aunque los actos morales individuales se hallen condicionados socialmente, no se reducen a su forma social, colectiva e impersonal. Para que pueda hablarse propiamente del comportamiento moral de un individuo, es preciso que los factores sociales que influyen en él y lo condicionan sean vividos personalmente pasen por su conciencia, o sean interiorizados, pues solo así, podremos hacerle responsable de su decisión y de su acción. Se requiere, en efecto, que el individuo, sin dejar de estar condicionado socialmente, disponga del necesario margen individual para poder decidir y actuar, solo así podremos decir que se comporta moralmente; Por todas estas razones, llegamos a la conclusión de que el estudio de la conducta moral no puede agotarse en su aspecto social, y de que la ética no es reducible a la sociología. Mientras que la sociología pretende estudiar la sociedad humana en general, sobre la base del análisis de las sociedades concretas, a la vez que investiga los factores y condiciones del cambio social, es decir, del paso de una formación social a otra, la antropología social estudia, sobre todo, las sociedades primitivas o desaparecidas, sin

preocuparse de su inserción en un proceso histórico de cambio y sucesión. Dentro del estudio de la conducta de esas comunidades, entra también el análisis de su conducta moral, Sus datos y conclusiones revisten gran importancia en el examen de los orígenes, fuente y naturaleza de la moral. Los antropólogos han logrado establecer correlaciones entre la estructura social de una comunidad, y el código moral que las rige, demostrando con ello que las normas que hoy, conforme a nuestro código moral actual, parecen en algunos casos inmorales, responden a cierto modo de vida social, Las conclusiones de los antropólogos constituyen una seria advertencia contra los intentos de los teóricos de la moral, que desconociendo la relación entre esta y las condiciones concretas sociales, tratan de elevar al plano de lo absoluto determinados principios y normas que corresponden a una forma concreta de vida social; Y esta advertencia se legitima así mismo con el estudio desdeñado casi siempre por la ética tradicional - de la historia de la moral como proceso de sucesión de unas morales afectivas por otras.

Si existe una diversidad de morales no solo en el tiempo, sino en el espacio, y no solo en las sociedades que se insertan en un proceso histórico definido, sino incluso en aquellas sociedades, hoy desaparecidas que precedieron a las sociedades históricas, la ética como teoría de la moral ha de tener presente un comportamiento humano que varía y se diversifica en el tiempo.

El antropólogo social por un lado, y el historiador por otro, ponen ante nosotros la relatividad de las morales, su carácter cambiante, su cambio y su sucesión al cambiar y sucederse sociedades concretas, Pero esto no significa que el pasado moral de la humanidad sea solo un montón de ruinas, y que todo lo que en otros tiempos tuvo una vitalidad moral se extinga por completo, al desaparecer la vida social a la que respondía determinada moral, Los datos y conclusiones de la antropología y la historia contribuyen a que la ética se aleje de una concepción absolutista o suprahistorica de la moral, pero a la vez le plantea la necesidad de abordar el problema de si, a través de esta diversidad y sucesión de morales efectivas, existen también, junto a sus aspectos históricos y relativos, otros que perduran, sobreviven o se enriquecen, elevándose a un plano moral superior.

En suma, la antropología y la historia a la vez que contribuyen a establecer la correlación entre moral y vida social, plantean a la ética un problema fundamental, el de determinar si existe un progreso moral.

Así también la Ciencia Política se refiere al actuar humano en el gobierno de la sociedad, y todo ser que pertenece a un Estado tiene que ver con ella; No hay seres apolíticos, todas las acciones gubernamentales deberán cumplir con los principios morales que se han sustentado y no tendrá por que haber contra posición entre la legislación y la moral. Las éticas también tiene una relación directa con otras ciencias resultantes de otras actividades humanas como la economía política y el derecho.

La ética se vincula con la economía política como ciencia de las relaciones económicas que los hombres contraen en el proceso de producción; Esa vinculación tiene por base la relación afectiva, en la vida social, de los fenómenos económicos con el mundo moral; Se trata de una relación en un doble plano: a).- En cuanto que las

relaciones económicas influyen en la moral dominante en una sociedad dada, Así, por ejemplo, el sistema económico en el que la fuerza de trabajo se vende como mercancía y en el que rige la ley de la obtención del máximo beneficio posible, general una moral egoísta e individualista que responde al afán de lucro; El conocimiento de esa moral tiene que basarse en los datos y conclusiones de la economía política acerca de ese modo de producción, o sistema económico, y b).- En cuanto que los actos económicos – producción de bienes mediante el trabajo y apropiación y distribución de ellos, no puede dejar de tener cierta coloración moral; La actividad del trabajador, la división social de los productos del trabajo humano plantean problemas morales. La ética como ciencia de la moral no puede dejar en la sombra los problemas morales que plantea, particularmente en nuestra época, la vida económica, y a cuyo esclarecimiento contribuye la economía política, como ciencia de las relaciones económicas o de los modos de producción.

La teoría del derecho puede aportar semejante contribución en virtud de su estrecha relación con la ética ya que una y otra disciplina estudian la conducta del hombre como conducta normativa, En efecto, ambas ciencias abordan el comportamiento humano sujeto a normas, aunque en el terreno del derecho se trata de normas que se imponen con una obligatoriedad externa e incluso coercitiva, mientras que en la esfera de la moral las normas, siendo obligatorias, no se imponen coercitivamente, siendo esta similitud y diferencia entre el derecho y la ética, tal y como lo explicamos anteriormente con la teoría de los valores y los valores jurídicos, entre el deber ser y el deber jurídico.

Veamos, pues, que la ética se relaciona estrechamente con las ciencias del hombre, o ciencias sociales, ya que el comportamiento moral no es si no una forma específica del comportamiento del hombre, que se pone de manifiesto en diversos planos: psicológico, social, práctico, jurídico, religioso, etc. Pero la relación de la ética con otras ciencias humanas o sociales, que tiene por base la estrecha relación de diversas formas de conducta humana, no puede hacernos olvidar su objeto específico, propio, como ciencia del comportamiento moral.

LOS MÉTODOS DE LA ÉTICA

Los métodos fundamentales que se utilizan para las investigaciones éticas son: la deducción, la inducción, la fenomenología y el método histórico.

El método deductivo Es el proceso lógico que parte de la ley general al caso particular o singular. Las normas morales surgen, por tanto, de ciertos principios universales, verdaderos y eternos. La ética o moral teológica. Es deductiva, pues, de ciertos dogmas religiosos sobre la existencia de Dios se obtienen conclusiones de carácter moral.

El método inductivo Es el proceso lógico que va de lo particular o singular a lo general. Los pasos que se siguen en este método son los siguientes: primero se procede a la observación de un gran numero de hechos morales viene luego la comparación entre esos hechos para descubrir los caracteres comunes y, por ultimo, llegar a las conclusiones éticas que vienen a constituirse en los principios éticos generales.

El método fenomenológico parte de los datos que nos proporcionan la experiencia subjetiva sobre los fenómenos de la conciencia moral; luego, la esencia de los fenómenos de la conciencia moral es aprehendida por la intuición o sea, las características esenciales de los hechos morales son captadas en forma inmediata y a priori. En este sentido, la fenomenología afirma que el hombre adquiere el conocimiento de las verdades morales por medio de la intuición, para lo cual, bastara con la observación de los hechos morales individuales.

El método histórico este método se fundamenta en el determinismo, el mismo que se caracteriza por considerar que los actos del hombre están determinados, esto es, condicionados o producidas por causas definidas que, en el caso de la moral lo constituye las condiciones sociales.

MORAL Y MORALIDAD

En la investigación científica del fenómeno moral se utilizan tanto la deducción como la inducción. En la vida práctica, sabemos que el comportamiento moral del hombre es una forma de conciencia social y, por tanto, no se puede derivar las verdades morales, partiendo inicualmente de principios especulativos.

Esto quiere decir que solo se da en la sociedad, respondiendo a sus necesidades y cumpliendo una determinada función social, por consiguiente, la forma moral de la conciencia es patrimonio específicamente humano, ausente en los animales. De modo que la moral no es un fenómeno biológico sino social, de carácter histórico y que surgió en el hombre en determinadas condiciones.

Cada individuo se subordina a determinados hábitos, tradiciones, costumbres, valores y normas morales. Esto sucede porque los individuos forman parte de una época dada y de determinada organización social (tribu, clase, nación), la misma que determina los principios y normas validos en forma general y abstracta, pero que responden al tipo de relación dominante. El individuo se encuentra con normas ya establecidas, sin que tenga la posibilidad de modificarlas de acuerdo con una exigencia propiamente personal.

La fuente de la moralidad es la necesidad práctica de hacer concordar la actividad y los intereses del individuo con la actividad y los intereses de grupos sociales humanos Incluso cuando se trata de la conducta de un individuo, no estamos ante una conducta completamente individual que solo afecte o interese exclusivamente a alguien.

Se trata de una conducta que tiene trascendencia de una u otra forma hacia los demás, y que, por esta razón, es objeto de aprobación o reprobación. .

Todas las normas y relaciones morales surgen y se desarrollan respondiendo a una necesidad social. La función social de la moral se explica históricamente, porque, ninguna de las sociedades humanas conocidas, desde las más primitivas hasta las modernas han podido prescindir de esta forma de la conciencia moral.

La función social de la moral radica en la regulación de las relaciones entre los hombres para asegurar el mantenimiento de determinado orden social. Aunque el orden social también se mantiene mediante el derecho y las regulaciones del estado, pero, mediante las normas morales se persigue una integración de los individuos en forma más profunda e íntima, por convicción personal, consciente y libre.

Independientemente del cambio histórico de la moral, su función social es siempre la misma: regular las acciones de los individuos, en sus relaciones mutuas, o las del individuo con la comunidad, con el fin de preservar a la sociedad en su conjunto o a la integridad de un grupo social.

Para proceder al análisis del acto moral, partimos primero que la palabra moral proviene del latín *mos, moris* y significa costumbre, y la definimos de la siguiente manera: "la moral, y es un conjunto de normas, aceptadas libre y conscientemente, que regulan la conducta individual y social de los hombres. En esta definición se habla de un lado de normas y por todo lado de conducta. En primer término nos ocuparemos de la conducta, para luego referirnos a las normas. La conducta se refiere al acto o hecho mismo de la moral. Analizaremos los siguientes aspectos de este singular hecho de conducta

El carácter social de la moral determina una peculiar relación entre el individuo y la colectividad, porque, tanto lo individual como lo colectivo se presuponen necesariamente. En efecto, el individuo recibe todas las enseñanzas morales del medio social que le rodea. Estas enseñanzas influyen decididamente en la formación de las costumbres, hábitos y normas de conducta de los individuos. Recíprocamente, las actuaciones personales de los individuos influyen también en la realización de los actos morales. Sin embargo, no podemos olvidar que, en última instancia, el individuo no deja de causar la influencia del mundo social que le rodea, pues, es un producto social.

El acto moral se efectiviza cuando ha conseguido su objetivo que viene a ser el producto del mandato intrínseco de la norma moral la singularidad del acto moral. La norma que es de carácter general se singulariza en el acto moral. El acto moral es único porque está determinado por la diversidad de medios que se emplean para cada caso, por el distinto ordenamiento que puedan darse a los distintos casos. Moral, amoral y moralidad.

La moral comprende el conjunto de principios, normas, categorías e imperativos morales de una época o una sociedad dadas; mientras tanto, la moralidad comprende el conjunto de relaciones efectivas o actos concretos que se relacionan con una moral determinada. Por tanto, la moral se expresa idealmente; la moralidad, realmente. La moralidad, por consiguiente, se manifiesta efectivamente en las

relaciones humanas concretas y se constituye en un tipo específico de comportamiento individual y social que se realiza entre los hombres

Los usos sociales son normas convencionales que tratan de alcanzar algún grado dentro de las relaciones sociales y humanas, por ejemplo, las reglas de cortesía, de corrección, las modas, etc. Estas costumbres o usos sociales pueden complementar las normas morales, pero hay algunas diferencias entre ellas como lo trataremos de explicar mas adelante, mientras citaremos un ejemplo; Así, mientras la sanción para el incumplimiento de las normas morales es interna. Algunas veces, las costumbres o usos sociales pueden ser ajenos a la moral y aun pueden ser contrarios a ella, como sucede, por ejemplo, con la costumbre de batirse a duelo por el honor.

La ley natural, o de la naturaleza, constituyen las reglas de conducta fundadas en la misma naturaleza del hombre y de la sociedad. La naturaleza del hombre es el producto de las relaciones socioeconómicas de donde surge la conciencia social y, por tanto, la conciencia moral. La ley positiva es la promulgada expresamente por el legislador, la misma que responde a la estructura de cada sociedad históricamente considerada y a los intereses enfrenados de los diversos grupos y clases en conflicto.

Filosóficos surgen sobre la base de los valores generalmente aceptados: justicia, solidaridad, verdad, bondad, dignidad, etc.; en este sentido, pueden exponerse los siguientes principios filosóficos inherentes a esta profesión: a) confianza en los valores esenciales del individuo; b) respeto a los derechos individuales; c) comprensión amplia de la sociedad y de sus potenciales; d) concepción positiva de la unidad y el progreso sociales; e) reconocimientos de deberes y responsabilidad hacia la comunidad.

POSTURA INATISTA Y EMPÍRICA SOBRE LA MORAL

La moral o ética profesional puede ser definida como la ordenación sistemática de principios, normas y reglas establecidos por un grupo profesional, para su propia realización, con el fin de regular y dirigir la conducta moral de sus miembros o sus relaciones mutuas.

Los aspectos éticos que encierra el ejercicio de la actividad profesional del servicio social tienen una seria proyección sobre la sociedad en que actúa. Las repercusiones directas en la vida social son, en el caso de esta profesión, mayores y más profundas en las que pueden tener otras ocupaciones. Se trata de una actuación directa sobre la vida social, y el filosófico de la ética profesional del servicio social Fundamentalmente, los principios respeto propio.

La posición innatista afirma que la conciencia moral nace con el individuo, es una capacidad propia de la naturaleza humana. Se afirma, por ejemplo, que la capacidad para juzgar lo bueno y lo malo de una conducta es un don divino, o, es un

producto propio de la razón humana, la misma que descubre a priori el sentido del bien y del mal.

La posición empírica sostiene que la conciencia moral es resultado de la experiencia, es decir, de las exigencias o mandatos de la familia de la educación o del medio sociocultural en general, por lo que, las ideas morales son de naturaleza social, están determinadas por las condiciones materiales de existencias.

CÓDIGO ÉTICO

No es bien sabido que la conciencia moral no se hereda al nacer, si no que se va formando por las influencias morales del ambiente, entre las cuales el código podría ser una de ellas. Por cierto que para actuar éticamente no es necesario haber leído un código, pero la lectura del código es probable que ayude (y no que sobre), para actuar éticamente. En fin si alguien por carecer de la "actitud interna" o por ser indigno o vil transgrede el código no será por cierto culpa de este si no de factores personales que escapa de su alcance.

¿Sobran, acaso, las leyes porque muchos no las cumplen? ¿Hay que eliminar los semáforos porque algunos no respetan la luz roja? ¿Hay que suprimir las recetas porque el enfermo no toma el remedio, o porque alguna cocinera escatima los condimentos?

¿Y en último caso en el extremo de las concesiones, no es preferible que el conductor respete la luz roja, aunque despotriqué de ella? El código profesional no crea por si la regla profesional, lo mismo que la escritura no crea el pensamiento, pero es su expresión. Nuestras reglas profesionales no han nacido del código, y si ellas deben ser respetadas.

El código traduce y subraya los principios de acción que escritos o no escritos se imponen a los profesionales en cualquier lugar y circunstancia. El código de ética hace públicas y expresas las normas y principios a que debe ajustarse la conducta moral de los miembros o agentes de la profesión. Los funcionarios, administradores, poderes públicos etc., podrán saber a que atenerse y cuales son sus derechos y obligaciones en cuanto al comportamiento moral de los miembros de la profesión.

El código de ética es un factor de identificación y de autonomía del servicio social como profesión, ya sea en el conjunto de las actividades humanas, ya sea frente a las demás profesiones.

La implantación de códigos de ética de lineamientos respecto al personal y el desarrollo de los derechos civiles, ofrecen pruebas importantes del fortalecimiento de las ideas profesionales en el servicio social. A su vez, el código constituye un importante punto de apoyo y documento institucional para la defensa de los principios y de la acción de los profesionales.

El cliente y el profesional se imponen a la necesidad de reglas escritas, no solamente para encuadrar la acción de profesional y defenderlo de sí mismo, sino también para defenderlo de las pretensiones de terceros que quieren inmiscuirse en sus reglas técnicas. Esta intromisión constituye un peligro de orden público dado que la profesión que es objeto de ella toca a la intimidad de las personas.

Los valores están por encima de los postulados del derecho positivo o sea las normas prescritas por una ley determinada, para regular la convivencia entre los hombres; superan al derecho de gentes, limitado a una cultura regional o continental. Los valores se equiparan únicamente a los derechos humanos, de vigencia universal.

En toda humana convivencia bien organizada y fecunda, hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es persona, es decir una naturaleza dotada de inteligencia y libertad, y que por lo tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo, derechos y deberes que, al ser universales é inviolables, son también absolutamente inalienables.

Las diferencias no están en el color, en el sexo, en la posición social ni en ninguna otra circunstancia. La diferencia sustantiva radica en los valores integrantes de cada uno de ellos, en el grado de desarrollo humano que hayan conseguido y en la capacidad de servicio a los intereses de la sociedad. Además el índice de madurez o de evolución a que haya llegado el individuo, determinará la calidad de sus relaciones con su medio. Sin los valores, las relaciones entre los hombres, entre los grupos y entre las naciones se tornarían difíciles y eminentemente peligrosas. La paz debe establecerse transformando al hombre desde su interior y no erigiendo estructuras externas.

La fuente de todo mal se encuentra en nosotros. Ninguna protección externa será eficaz si el enemigo tiene autorización de vivir a cubierto en el fondo de nuestro corazón. "Debemos empeñarnos en establecer en el culto de la dignidad humana individual y en mejorar al hombre ahogando sus instintos arcaicos".

JERARQUIZACIÓN DE LOS VALORES

Los valores se dividen en dos clases: superiores e inferiores. El respeto a la vida humana, a la integridad personal, a la propiedad individual y a la libertad. Los denominados inferiores, no porque sean de mala calidad, sino porque son el fundamento de toda sociedad y la razón de ser del derecho, la religión y la filosofía. De violarse estos primeros derechos fundamentales, se haría imposible toda convivencia y se resquebrajaría la estructura misma de la sociedad.

El respeto irrestricto a esos cuatro valores es una obligación inexcusable y su practica no constituye ningún mérito, porque estos valores son inherentes a la esencia misma de la naturaleza humana.

No podemos enorgullecernos de no haber matado, ni robado ni haber atentado contra la libertad de nadie. En cambio, constituye delito en cualquier legislación atentar contra los derechos fundamentales. De aquí que tenga validez el acierto de que los valores inferiores se equiparen a los derechos humanos por la universalidad de su vigencia. Lógicamente, todo ordenamiento social presupone el respeto a la vida, a la propiedad y a la libertad.

Los valores superiores, no son obligatorios pero su práctica y vivencia, cuando se involucra en una vida cotidiana, no sólo facilitan las relaciones sino que embellecen y dan contenido a las existencias. No estamos obligados a conceder nuestra amistad, nuestro amor y nuestra comprensión, pero cuando lo hacemos libremente, adquirimos mucho mérito ante nuestra conciencia y ante los ojos de los demás. Dar amor, comprensión y respeto a otras personas constituye una prueba fehaciente de nuestra superación.

Este es el primer valor de la axiología, porque sin él no puede haber derecho, religión y convivencia entre los hombres. Un hecho biológico nos hace pensar sobre este milagro de naturaleza.

¿QUÉ ES EL DERECHO SUBJETIVO?

En él múltiples ocasiones hemos hablado de derecho objetivo, y derecho subjetivo, y esto se debe, a que la palabra derecho se emplea tanto en el uso como en la doctrina; En primer lugar trataremos al derecho subjetivo, y este se refiere a la facultad que un sujeto tiene de determinar normativa e impositivamente la conducta de otro, que es el sentido en donde se presenta la frase *tener derecho a...*, tratándose dicha frase, siempre a exigir de otro una determinada conducta, pues aunque muchas veces decimos por citar un ejemplo “yo tengo derecho a caminar en la calle”, con lo cual parece que nos referimos a la facultad de un comportamiento propio, y lo que se expresa en tal proposición es que tengo derecho a exigir de otro u otros que no me impida o perturbe determinada actividad mía, o que el realice determinada conducta.

Pero eso que se llama tener derecho a, o, lo que es lo mismo, la palabra derecho en sentido subjetivo, como atribución de facultades a un sujeto, y presenta 3 diversas significaciones: **1).**- Conducta propia, jurídicamente autorizada y protegida, que viene determinada por el deber que los demás tienen de no realizar ningún acto que pueda perturbarla o hacerla imposible, aquí pertenecen los llamados derechos de la libertad, derecho a la vida, derecho al goce y disfrute de la cosa propia, etc; *por ejemplo, Yo tengo derecho a caminar por la calle*, **2).**- Facultad de exigir una conducta de otro, *ejemplo, yo tengo derecho a cobrar un dinero por mi trabajo (sueldo)* y **3).**- Poder jurídico de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas; *por ejemplo, yo tengo derecho a casarme, tengo derecho de renunciar a mi trabajo,*

Pero hay que tener en cuenta que hay que evitar un desacierto, ya que la terminología tiende a sugerir, Como quiera que se habla de derecho subjetivo, puede parecer, que el extremo puesto y correlativo de esto seria el derecho en sentido objetivo, pero no es así; El derecho subjetivo se refiere correlativamente a obligaciones o deberes; El derecho en sentido objetivo, es decir, como norma, al proyectarse sobre situaciones concretas, determina derechos subjetivos y deberes jurídicos, en correlación; Entonces resulta claro que el derecho subjetivo es siempre una consecuencia de lo establecido en la norma jurídica llamada derecho en sentido objetivo.

CONCEPCIÓN SOBRE EL DERECHO

Dentro de la filosofía cabe dudar, afirmar, negar, cabe discutir; dentro de la ciencia no hay duda posible. Si pues, el Derecho es dudable, es discutible en su esencia, origen y propiedades, correspóndele figurar en el orden problemático y no en el orden científico.

Planteada de este modo la cuestión es difícil resolverla, pero sea dable creer que ha ganado el Derecho entre las ciencias morales tanto como la geología, por ejemplo, entre las naturales, y sin embargo, cuántas teorías, cuántas escuelas, cuántos sistemas hay dentro de ésta y otras a las que no podemos negar la categoría de ciencias.

Hay razones para volver un sistema, para exponer una teoría o para formar un verdadero orden de conocimientos con una *Filosofía del Derecho*, siquiera, como hace el autor de esta obra y han hecho todos los autores de obras de esta especie, se eleve la filosofía a cierto rango que le haga equivalente a la ciencia.

Ciencia o filosofía, como quiera que se considere este concepto que da régimen al Derecho, ofrece al entendimiento uno de los más vastos y de los más profundos ejercicios.

El hombre concibe el Derecho, porque concibe la Justicia, y concibe la Justicia porque es un atributo de Dios, y Dios con todos sus atributos es la idea prototípica, la idea necesaria que precede a toda idea a todo concepto, a toda noción, incluso la de la propia existencia. Así la filosofía del Derecho es la investigación de la Justicia en el Derecho o la investigación de la verdad en el Derecho.

Como antes de investigar la verdad es preciso tener idea de ella y que esta idea sea típica, permanente, invariable, antes de exponer cosa alguna de la filosofía del Derecho, es menester tener idea de la verdad del Derecho, de la Justicia como si dijéramos. De la idea nace el concepto, del concepto la noción, de la noción el conocimiento, y conocida la Justicia está conocido el Derecho.

El procedimiento que nos lleva de la idea al conocimiento de la Justicia, se llama Filosofía del Derecho. Como el Derecho se realiza en el hombre, en la sociedad, en el tiempo, como el Derecho vive bajo leyes naturales y se manifiesta en leyes sociales, su filosofía es compleja, toca en lo más fundamental de la Metafísica, exige la más acabada Lógica, tiene por base la Psicología, forma una segunda Ética, produce una Política en el alto sentido de esta palabra.

Derecho. Poco importa que él mismo dejase de seguirla; lo cierto es que los autores de filosofía del Derecho han creído que *Derecho natural* era igual a filosofía del Derecho, y lo natural y lo metafísico no tienen punto analógico de ninguna clase, como las mismas palabras lo indican.

Ha habido ciertamente una revelación para que el hombre conozca el Derecho, porque el Derecho es la determinación de la Justicia, y la Justicia un atributo de Dios. O en otros términos. Dios se hace conocer por la Justicia, y la Justicia por el Derecho y el Derecho por la razón. Luego Dios se ha revelado a la razón, al hombre. Luego lo que el hombre conoce del Derecho lo conoce por Dios; luego el Derecho metafísica o filosóficamente considerado es «el principio de superior actividad que mueve al hombre a ser justo.

Este principio es común a la sociedad, luego la sociedad por el Derecho es movida a ser justa; este principio es común a todas las instituciones humanas, luego todas ellas mediante el Derecho han de realizar la Justicia. Como ésta es un atributo de la Realidad Suprema, de la Deidad, la Justicia es absolutamente necesaria, existe por sí misma, y todo lo que existe capaz de la Justicia es una determinación de ella.

El hombre concibe la Justicia como equivalente al Derecho, y muchos filósofos han aceptado esta equivalencia sin expresar la razón, sin dar una fórmula que la equivalencia abone. El Derecho considerado en sí mismo y en relación con el sujeto, es Derecho propiamente tal, considerado en los demás es Justicia. Para el hombre, pues, el derecho objetivo es la justicia, el derecho subjetivo es la ley personal, la persona misma, lo que es, lo que puede, lo que le es lícito en la sociedad. Así lo indica la misma palabra *Derecho; directum, dirigere, disregere* (regir o régimen aparte). Porque cada ser como entidad individual tiene su propio y personal régimen.

DIVERGENCIA ENTRE DERECHO Y MORAL

Moral y Derecho son dos regulaciones que se dirigen a la conducta humana; Parece obvio que ambas se inspiran en valores pertinentes a la conducta, estos es, en valores éticos; O, lo que es lo mismo, que la ética, como consideración que abraza los problemas fundamentales del comportamiento práctico, habrá de ocuparse no solo de la moral, sino también del derecho, Pero aun siendo éticos los valores a los que apunta el derecho y en los cuales este debe inspirarse, tales valores orientados de lo jurídico son diversos de los valores pura y estrictamente morales, Y la diferente índole de los

valores moral en la acepción rigurosa y restringida de esta palabra, comparada con la índole con los valores que se refieren al derecho, trae consigo que necesariamente hayan de ser también esencialmente diversos el sentido de la moral y el sentido de la norma jurídica.

Lo que aquí trataremos es enterarnos que se entiende, en términos generales, por regulación moral, y que se entiende en términos generales, por regulación jurídica.

Así la noción de lo jurídico que obtengamos será aplicable a todos los derechos que en el mundo han sido, a todos los que son y a todos cuantos pueden ser en el futuro; Y, de igual forma, el concepto que logremos de lo moral podrá referirse a todas las morales que se hayan producido, o se pueden producir; Se trata por ende, de una labor que consista tan solo en definir los respectivos sentidos generales y esenciales de dos funciones de la vida humana, lo moral y lo jurídico.

Entre los muchos derechos que en el mundo han sido y son, se hallan normas justas, otras menos justas y también otras radicalmente injustas, llegando a ser definidas como monstruosas; Por ejemplo la esclavitud, la ley de los alemanes nazis hacia con los judíos, etc, Pero no cabe duda de que esas normas injustas, por llamarlas así, ya que así han sido consideradas la mayoría de la humanidad, se trata de algo que se ha producido bajo la forma jurídica, aunque resulte detestable: es algo que es Derecho vigente en determinado momento y lugar, aunque este injustificado, aunque no debía ser derecho, Pero es algo que solo podemos entender como algo jurídico, que adoptó forma y sentido jurídico. De igual forma encontraremos en la historia doctrinas y convicciones morales, que consideramos como tremendas desviaciones de los auténticos valores morales, pero que aun, cuando erróneas, pertenecen a una intención moral, tienen el sentido de querer constituir moral, y no arte, ciencia o derecho.

Ahora bien, además, lo moral y lo jurídico pueden y deben ser estudiados, no desde el punto de vista de su definición, sino desde el punto de vista de su valoración, a saber, preguntarnos cual es la autentica moral, e interrogarnos por los criterios que deben orientar el derecho, para que se halle satisfactoriamente justificado. Pero, dicho estudio constituye un punto de vista y un propósito diferente del de una mera definición, constituye un estudio de estimativa, En cambio, lo que en este momento interesa es el criterio que nos permita acotar formalmente el campo de lo jurídico, delimitándolo del campo de lo moral.

Los resultados jurídicos históricos, tanto el derecho que rige o rige, como las doctrinas del derecho que deben ser, lo mismo que las convicciones y las teorías morales, constituyen formas de vida humana, y entrañan, por consiguiente, intencionalidades de valor, de valores jurídicos los primeros, de valores morales los segundos, Mas que para que los incluyamos, respectivamente, en la denominación de derecho o en la de la moral, no precisa que encarnen de un modo positivo los valores ideales correspondientes: basta con que los postulen intencionalmente y ofrezcan las características formales propias de la especie jurídica los unos, y de la especie moral los otros.

Ahora, bien, es cabalmente por estas características por las que nos interrogamos. Hay que preguntarse por cual sea el concepto universal común a todo fenómeno, a todo pensamiento jurídico; asimismo por la noción universal y común a toda concepción y a todo hecho moral, lo cual es cosa muy distinta de inquirir los ideales correspondientes a estos dos grupos de la conducta.

Adviértase que las expresiones Derecho y Moral, son empleadas en dos acepciones distintas, que, respectivamente, coinciden con el sentido de estos dos problemas; De un lado moral puede significar el campo propio de un tipo de normas de conducta.

Por otro lado la palabra moral puede significar un juicio afirmativo de valor una estimación positiva; Semejante ocurre con el derecho, cuando decimos que la esclavitud es una institución del derecho romano, entendemos la palabra derecho como un mero concepto universal definitorio, que nos permite circunscribir, en las realidades históricas o en nuestra representaciones, aquellas que tienen carácter jurídico, lo que se entiende entonces con esta palabra, no es el concepto de lo jurídico pura y simplemente, sino la idea de la justicia, un valor jurídico; estos es, lo que quiere afirmarse es que la esclavitud, a pesar de haber sido derecho en ciertos pueblos y épocas, es injusta, antivaliosa, es decir que no debió ser nunca derecho.

NATURALEZA DE LO MORAL Y CARACTERÍSTICA DE LO JURÍDICO

Todo acto humano constituye un problema y requiere justificarse, toda decisión precisa una justificación; Así, pues parece que la justificación es un proceso al que se someten todos los actos de la vida, No puede el hombre tomar una decisión que no justifique ante si mismo, lo cual implica un conjunto de juicios de valor, así pues el hombre vicioso. el pecador, cuando trata de justificarse ante sí mismo las faltas que comente, cuando trata de huir de su propio destino, cuando trata de engañarse así mismo; Entonces, la moral consistirá en la instancia de justificación de la conducta según los valores que deben inspirar el comportamiento, tomando la vida humana en si misma, centrándola en su autentica y mas radical significación, atendiendo a su destino, contemplándola en su propia realidad, que es la realidad individual, Decíamos que todo acto de la vida necesita justificarse ante el sujeto mismo, lo cual puede suceder que se haga correctamente, según los auténticos valores del destino humano, o bien falazmente, con error, pero en ambos casos, la justificación correcta o incorrecta se produce con respecto al alcance y a la significación que una conducta tiene para la vida del sujeto, a la luz de lo que estime como su destino.

Pero hay aspectos del comportamiento que por afectar no solo al sujeto, sino también directa o inmediatamente a otros sujetos; a la convivencia con los demás, necesitan, además de una justificación ante el mismo individuo y para el, también otra clase de justificación, a saber; una justificación objetiva respecto de los demás, una

justificación que ya no solo satisfaga a mi vida, sino también al otro u otros a quienes afecta mi conducta; Ese punto de vista según el cual mi comportamiento, en lo directa e inmediatamente afecta al campo de acción del comportamiento de otros sujetos, requiere una justificación respecto de los demás, constituye el punto de vista de objetiva externidad en que se coloca la norma jurídica.

Lo fundamental para comprender bien la diferencia entre la norma moral y la norma jurídica es que nos percatemos de los diversos sentidos que, respectivamente, animan a una y otra; La moral valora la conducta en si misma, plenariamente, de un modo absoluto, radical, en la significación integral y última que tiene para la vida del sujeto, sin ninguna reserva ni limitación; En cambio, el derecho valora la conducta desde un punto de vista relativo, en cuanto al alcance que tenga para los demás y para la sociedad; El campo de la moral es el de la conciencia, el de la intimidad del sujeto; El terreno sobre el cual se proyecta y quiere actuar el derecho es el de la coexistencia y cooperación sociales.

La norma moral valora las acciones del individuo en vista a su último fin, en cambio, el derecho la pondera exclusivamente en relación con las condiciones para la ordenación de la vida social; La moral mira a la bondad o maldad de un acto en términos absolutos, en la plenaria significación que el mismo tiene para la vida del individuo, en cuanto a su cumplimiento de su destino, en cuanto a la realización de los valores que deben orientar su existencia; En cambio, el Derecho no mira a la bondad de un acto para el sujeto que lo realiza, ni mira al alcance del mismo para su propia vida, sino al valor relativo que tenga para otro u otros sujetos, o para la sociedad, en cuanto pueda constituir una condición positiva o negativa para la vida de estos otros sujetos; Además, la moral considera enteramente la vida toda del individuo, sin prescindir de ninguno de sus factores y aspectos, sin excluir nada, y enfocándola en términos absolutos, radicalmente; En cambio, el derecho trata tan solo de hacer posible una armonización mínima de las conductas de las gentes para la convivencia y la cooperación colectivas y, por tanto, es el único aspecto del comportamiento que toma en cuenta; El derecho no se propone llevar a los hombres al cumplimiento de su supremo destino, no se propone hacerlos radicalmente buenos, sino tan solo armonizar el tejido de su relaciones externas, en vista a la coexistencia y a la cooperación, Y, por tanto el derecho no ordena plenariamente la conducta, sino solo las vertientes de la misma que se refieren de modo directo a la convivencia y a la solidaridad.

Todo comportamiento humano es a la vez objeto de consideración por la Moral y por el Derecho, si bien desde diverso punto de vista y, además atendándose a diferentes aspectos del mismo, Así, por ejemplo en algunos sectores del comportamiento, la moral impone alguna conducta positiva, y, en cambio, el derecho garantiza todas las posibilidades como esfera de libertad, como zona exenta de la intervención de todos los demás, Así también por ejemplo, en algunas situaciones, la moral prescribe una conducta determinada, en tanto que el derecho se limita a prohibir determinados actos, y garantiza como jurídicamente lícitos todos los demás, entre los cuales pueden figurar algunos que sean moralmente abominables; Y lo que pasa es que no todo lo que es jurídicamente lícito es moralmente bueno; La moral que pretende realizar un valor absoluto, determina cual es la conducta buena, mientras que el

derecho, que no pretende ser nada mas que un medio para la sociedad, se limita en algunos casos a establecer una zona dentro de la cual el sujeto puede moverse sin trabas, por que su comportamiento dentro de la misma, bueno o malo, no afecte directa o inmediatamente a los demás. No hay contradicción entre Moral y el Derecho que pertenezca a un mismo sistema ético. La habría si el derecho ordenase hacer algo prohibido por la moral, Pero no la hay si el derecho, simplemente, delimita como libre una cierta esfera de comportamiento con varias posibilidades, dentro de las cuales cabe realizar lo mandado por la moral.

Moral y Derecho prescriben comportamientos similares, pero que, sin embargo, esos dos preceptos, a primera vista parecidos, tiene sentido y alcance distintos, como cuando ambos imponen una prestación a favor del prójimo, solo que reclamando la moral una actitud de caridad, y exigiendo el derecho meramente una realización objetiva, Este sentido dispar de la regulación jurídica, en comparación con la moral, no implica, en manera alguna, contradicción entre ambas, ni oposición, dentro de un mismo sistema, Se trata simplemente de que la norma moral o la norma jurídica, aunque ambas se inspiren en valores éticos, tienen un diverso sentido, Y este diverso sentido dimana precisamente de que son diferentes los valores éticos que inspiran la norma moral de aquellos otros que inspiran la norma jurídica.

La moral considera los actos humanos en relación con el sujeto mismo que los cumple, determinando entre los actos posibles de este cuál es la conducta debida: selecciona entre las posibilidades del comportamiento aquellas que son debidas o son lícitas, y las opone a aquellos otros comportamientos posibles, pero indebidos, ilícitos, prohibidos, El derecho, en cambio, pone en referencia los actos de una persona con los de otra u otras, estableciendo una coordinación objetiva bilateral o plurilateral entre el obrar de uno y el obrar de los otros, de modo que la posibilidad debida o lícita de un acto en un sujeto supone la facultad de este de impedir todas aquellas conductas de los demás que resulten incompatibles con el acto que el puede o debe lícitamente realizar, Y, viceversa, la prohibición a un sujeto de cierto comportamiento se funda en que este resulta incompatible con la conducta debida o lícita de otros sujetos.

EQUILIBRIO, LEALTAD Y PAZ MORAL Y JURÍDICA

Tanto la moral como el derecho se encaminan hacia 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 autentica, 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 de las estructuras colectivas, el orden del tejido en que se enlazan y condicionan mutuamente de un modo objetivo las conductas de los varios sujetos; Además la moral nos pide que seamos fieles a nosotros mismos, En cambio, el derecho nos pide solo una fidelidad externa,

una adecuación exterior a un orden establecido; Y, la moral aspira a crear una situación de paz, pero su paz es la paz interna. También el orden jurídico pretende establecer una situación de paz, pero su paz es una paz externa de las conexiones colectivas, es la paz exterior de la sociedad, es la paz que deriva de una regulación segura y justa.

También la diferencia entre moral y derecho, se da en el sujeto que, respectivamente, encarna en una y otro la finalidad de la norma; o dicho en otras palabras, cual es el sujeto por razón del cual se establece el precepto jurídico; En la moral, el deber se impone por razón del sujeto a cumplirlo, por que se estima que tal conducta constituye condición para el cumplimiento del fin del hombre, En cambio el precepto jurídico se dicta no en consideración de la persona que debe cumplirlo, sino de aquella otra persona autorizada para exigir el cumplimiento de una conducta ajena, en su propio beneficio o en el de la sociedad; Es decir, la moral se orienta directa o indirectamente hacia el sujeto obligado; se propone pura y simplemente que este cumpla la norma, por que este cumplimiento constituye la realización de un valor en la vida del sujeto y para la vida de este. En cambio, el derecho no se establece para que el obligado realice, mediante su cumplimiento, un valor moral, sino únicamente para asegurar a otra persona o a la sociedad un determinado beneficio.

Así sucede que en la moral no existe propiamente un sujeto titular de una pretensión frente a la conducta del obligado, pues cuando para caracterizar la función de Dios en la moralidad se habla de los derechos de Dios, esto constituye una expresión metafórica para expresar una idea metafísica de dependencia radical, que es por completo diversa a la de la relación jurídica, ya que el vínculo entre el hombre y Dios jamás sería una relación jurídica, sino una relación de absoluta dependencia, en la moral hay deberes pura y simplemente, en el derecho, en cambio, los deberes jurídicos tienen siempre el carácter esencial de una deuda a otra persona; Se establece un deber jurídico para un sujeto, por que y en tanto que se quiera autorizar o conceder a otro la facultad de exigir ciertos actos u omisiones del primero; El deber jurídico de un sujeto es el medio para atribuir determinadas posibilidades o facultades a otros sujetos; Cuando se impone un deber jurídico a un sujeto, no se piensa en este, no se hace para un fin de este sino para servir a otro sujeto, que es el que ha de resultar autorizado a pretender el cumplimiento de la obligación del primero; Y, así, cabe decir 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.

Hay veces que parece a primera vista que hay normas morales y normas jurídicas que imponen los mismos deberes. La verdad es que media una diferencia entre el sentido de las unas y el de las otras, Así, por ejemplo, volvemos al ejemplo del deudor (**Y**) y acreedor (**X**), para explicar de mejor manera dicho planteamiento, la moral ordena al deudor **Y** que satisfaga al acreedor **X** lo que le debe, de acuerdo a lo estipulado en un contrato lícito, y el derecho preceptúa también el pago de la deuda, sin embargo no coincide el sentido o alcance de lo mandado por la moral con el de lo prescrito por el derecho; La norma moral, al ordenar el pago, lo hace para conseguir la bondad y pureza de intención del sujeto, para que este no se deje arrebatar por una pasión de codicia, o por una pasión de hostilidad, para que no se agravie un principio

cuyo cumplimiento es necesario a la honestidad de la persona íntima; De aquí que si el sujeto paga, pero al hacerlo maldice íntimamente a su acreedor la norma moral no ha sido cumplida, antes bien, transgredida, por que está reclama ante todo una pureza de intención, Y si quiere de buena fe pagar, pero no puede hacerlo, no se ha violado la moral; En cambio, el derecho ordena el pago sencillamente para que el acreedor cobre, para garantizar a este algo que se estima en justicia como suyo; Así, en derecho no basta con tener la mejor de las intenciones respeto del acreedor, sino que es necesario pagar.

A veces puede haber discrepancia, aunque no contradicción, entre lo ordenado por la moral y lo dispuesto por el derecho, aunque estén inspirados moral y derecho en un mismo sistema de valores, pero el derecho no se opone a que se cumpla la moral.

Por ultimo el Derecho no puede ni debe convertirse en un agente de la moralidad no impide, sin embargo, que cree situaciones sociales favorables para que los hombres se hallen en mejores condiciones para cumplir ellos mismos por si sus deberes morales, El derecho no puede ciertamente imponer el cumplimiento de una virtud puramente moral, ni prohibir un acto vicioso que no dañe directa o 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; se pueden crear situaciones sociales que influyan sobre la configuración psíquica de las gentes y sobre sus reacciones en un sentido favorable a la moralidad, y no solo a la moralidad publica, sino incluso a la privada.

USOS SOCIALES, O REGLAS DE TRATO

A lo largo de nuestra vida y en los diversos sectores de la sociedad, nos encontramos con diversas normas reguladoras de la conducta, que ni son Derecho ni tampoco son Moral, se trata de una serie de reglas a las cuales la misma sociedad las ha denominado reglas de trato social, o convencionalismos sociales, citando como ejemplos: el decoro, la forma de hablar, exigencias en el buen vestir, la caballerosidad, la atención, etc, Y son reglas que tenemos que lidiar con ellas durante nuestra vida, como el dar una propina, ir de traje, o vestido de noche a una boda, el pararse de su asiento para ofrecérselo a una dama; y dichas reglas las tenemos que seguir si queremos pertenecer a un determinado circulo social, Y a pesar de su aspecto social dichas reglas no pertenecen a la naturaleza moral, o a la esencia jurídica; además las reglas de trato social no son de manera universal, ni siquiera generalizada, sino mas bien se dan versiones de manera particular y diversas para cada circulo social, por ejemplo, si en Inglaterra se está acostumbrado por ciertos grupos sociales el tomar el Te, por la tarde, en los demás países, no se acostumbra, y si algún grupo social lo hace, es mínimo.

Las reglas de trato social tienen de común con la moral el carácter de una organización coercitiva para vencer la resistencia de sujeto y provocar forzosamente el cumplimiento, Por mucho vigor que los motivos morales adquieran en la intimidad del sujeto, nunca constituyen una fuerza fatal e irresistible, no constituyen una imposición inexorable de la conducta debida;

Asimismo con las reglas de trato, si el individuo quiere faltar a la regla, el círculo social en que esta impera carece de poder para imponerle el cumplimiento. Pero esta semejanza entre ambas, no implica de manera alguna que estos dos tipos de normas tengan una esencia idéntica, por el contrario, vamos a ver que son por esencia diferentes; Si nos fijamos en el sentido que tienen las normas de trato social como la decencia, cortesía, decoro, etc.; advertimos que se refieren predominantemente al aspecto externo de la conducta en relación con otros sujetos. Son reglas que afectan a la modalidad exterior del comportamiento, referido a las demás personas, y en consideración a estas; Tomándose en cuenta que las virtudes propiamente morales como la veracidad, la templanza, la fortaleza, la honradez, etc., no las calificamos de decorosas, sino de moralmente buenas en si mismas, intrínsecamente, de modo absoluto; La profundidad por la vida, la intimidad, la esfera de las intenciones originarias, en suma, la autentica individualidad, es lo afectado por la moral y es lo no alcanzado por las reglas de trato social; y dichas diferencias pueden ser resumidas de la siguiente manera: 1.- Las normas de trato no toman en cuenta al sujeto como individuo en su vida plenaria y propia, sino que lo consideran como sujeto funcionario de una colectividad, como miembro fungible de un círculo; 2.- Las normas del trato se refieren a la dimensión externa de los actos de un sujeto en consideración a los demás sujetos de un círculo social amplio o reducido; 3.- las reglas positivas del trato rigen solamente en tanto en cuanto tienen una vigencia social efectiva, en tanto en cuanto constituyen una costumbre que se cumple por los más; o una convicción que está viva en los miembros del círculo colectivo; 4.- Las reglas del trato social proceden de una instancia externa y su pretensión de obligatoriedad no está condicionada a la íntima adhesión sincera del sujeto, es decir, son heterónomas.

Ahora bien las reglas de trato son muy peculiares con las del derecho, ya que las normas de trato constituyen una forma de vida colectiva, lo cual es esencial en el derecho, además como hemos visto en las diferencias que tratamos con las normas morales, las normas de trato social sus características son las siguientes: exterioridad, la positividad y la heteronomia; pero entre las normas de trato y las normas del derecho su gran diferencia radica en que mientras que el derecho cuenta con órganos para imponerse, las normas de trato no los tienen, es decir estas ultimas carecen de un aparato organizado de coacción que actué sobre los sujetos imponiéndose y exigiendo responsabilidades; Resulta, pues que aquí, al considerar la diferencia entre normas del trato social y normas jurídicas, hemos encontrado de nuevo la dimensión de imposición inexorable, como característica esencial de derecho, resulta pues que caracteriza a la jurídico en forma especial de imperio, el imperio inexorable, la pretensión formal de imponerse a todo.

ARBITRARIEDAD DE LA NORMA JURÍDICA

Como se ha repetido ininidad de veces, el derecho es esencialmente una forma de vida humana, de carácter social, con pretensión normativa, referente a la exterioridad de la convivencia y de la cooperación colectiva, y con mando de imposición inexorable, pero nos ha faltado establecer una diferencia de lo jurídico frente a otra forma de mando, lo arbitrario, Veamos entonces que es lo arbitrario, Muchas veces nos encontramos con mandatos que van compuestos por una fuerza de imposición irresistibles, y a los cuales se les niega el carácter jurídico.

Siempre que se hable de arbitrariedad frente al derecho, se entiende que es algo negativo de este, algo que se le contrapone completamente; Toda vez que los actos que dispone del supremo poder social y que se entienden como antijurídicos, es decir, los actos antijurídicos dictados por los poderes públicos con carácter inapelable, sin confundir, ya que los actos arbitrarios, por llamarlos así, de particulares y también de los órganos sub-alternos del poder publico y también todos aquellos susceptibles de apelación son calificados, según los casos, de ilegalidad civil, falta de delito, contravención administrativa, o de sentencia o resolución incorrecta, pero de ninguna manera arbitrariedad, y estos son sancionables y rectificables por instancias superiores;

Además no se debe confundir la arbitrariedad con la injusticia; La calificación de justicia o injusticia se predica de los contenidos de un precepto, constituye un juicio estimativo sobre lo que el precepto dispone; En cambio lo antijurídico no se refiere al acierto o desacierto, a la justicia o injusticia, de un precepto, sino a la característica de que un mandato sea formalmente negador de lo jurídico; Un mandato arbitrario es algo que no solo no constituye derecho, sino que, además, representa su radical negación, la negación de la esencia de lo jurídico pura y simplemente.

Dentro de la noción esencial del derecho, dentro de su concepto universal, formal, caben lo mismo las normas justas, las menos justas y las injustas, si en ellas concurren todas las notas formales de la juridicidad; Así también es posible que haya normas jurídicas que no consiguieron plasmar los valores que aspiraban; Y, así cabe que haya derecho logrado, esto es derecho justo, y derecho malogrado, esto es derecho injusto, pero derecho al fin y al cabo; Lo arbitrario no es una calificación estimativa respecto del contenido de lo jurídico, sino algo que denota un poder ajeno y contrario al derecho, algo que formalmente esta extramuros del derecho que lo niega rotundamente, es la negación de la esencia formal de lo jurídico.

La arbitrariedad consiste, pues, en que el poder publico, con un mero acto de fuerza, salte por encima de lo que es norma o criterio vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna regla de carácter general, y sin crear una nueva regla de carácter general, que anule la anterior y la substituya.

El mandato arbitrario es aquel que no se funda en un principio general, aplicable a todos los casos análogos, sino que responde a un simple porque, *porque me da la gana*. . . , es un capricho o antojo que no dimana de un criterio general; Pero

tampoco hay que confundir la arbitrariedad, ya que hubo quien a definido al derecho como lo legitimo y a la arbitrariedad como lo ilegitimo, es decir como lo dimanante de un poder ilegitimo, del usurpador que se apodera del mando por un golpe de estado o una revolución, pero debemos tomar este criterio como un dato innegable, que un golpe de estado o una revolución triunfantes pueden determinar la caducidad del derecho anterior y la creación de un nuevo orden jurídico, No podría llamarse arbitrariedad a este criterio, toda vez que habría que concluir que en la actualidad no habría, en todo el mundo, ordenamiento jurídico alguno, pues en la historia de ninguna nación faltan revoluciones, conquistas, golpes de estado, que hayan roto el estado de derecho.

Si bien en algún caso concreto es posible que el contenido de un mandato arbitrario parezca justo y acertado, y aún más justo que el que se derivaría del derecho vigente, no obstante hay que reconocer que la arbitrariedad, tan solo por ser tal, resulta la plaga mayor que pueda sufrir la sociedad, Porque aún en el caso de que el mandato arbitrario se guiase por una buena intención, destruiría el elemento esencial de la vida jurídica, de la seguridad, del estado de derecho; No hay que equivocar el mandato arbitrario con la resolución discrecional.

En lo arbitrario se da por un puro capricho, que no responde a ninguna regla, ni principio general; Por el contrario, el poder discrecional de muchos órganos del derecho, jueces, gobernadores, etc; está sometido a normas tan inviolables como las reglas taxativamente determinadas; Lo que ocurre es que a veces algunas normas jurídicas formuladas como la Ley, un reglamento, la costumbre, etc, en atención a la compleja variedad de factores, que intervienen en determinadas relaciones, en lugar de prever minuciosamente la solución que se debe dar a cada tipo de casos, confían a una autoridad la misión de que ante cada situación conjugue con los elementos de esta algunos principios generales, y de esta manera obtenga la solución adecuada; Así, en los casos de facultades discrecionales, el poder no tiene prefijada su decisión por un mero precepto detallado, sino que ante cada una de las situaciones sometidas a su jurisdicción debe determinar el precepto mas justo y adecuado, pero debe hacerlo, de ninguna manera por capricho, antes bien ateniéndose a criterios objetivos, que son los mismos que deben ser aplicados a todos los demás casos análogos que se presente; Obrar discrecionalmente no quiere decir obrar arbitrariamente, sino regirse en principios generales, aplicarlos a los casos particulares de cada caso concreto, Y esto es así, ya que en algunos sistemas jurídicos se ha introducido el recurso contencioso – administrativo por desviación de poder, es decir, el recurso contra la administración pública por un acto de la misma, en la cual, aún cuando no se haya infringido ninguna ley o reglamento y haya obrado la administración en ejercicio de sus facultades discrecionales, lo ha hecho de modo que contradijo la finalidad por la cual se le otorgaron tales facultades discrecionales

Se advierte de igual forma que la palabra arbitrariedad referida a estos casos de mandatos públicos tiene el mismo sentido que cuando se aplica habitualmente ese vocablo, en el lenguaje cotidiano a otras situaciones se dice que alguien es arbitrario cuando no sigue en su obrar ninguna regla, ni acertada, ni errónea, cuando no sabemos a que atenernos respecto de el; Se llama arbitrario a un pensamiento, cuando no solo

es erróneo, sino que no tiene fundamento ninguno, etc; siempre late lo arbitrario al señalar la ausencia de regla, la carencia de criterio fijo, lo caprichoso, lo antojadizo.

La diferencia entre la arbitrariedad y el derecho consiste, en suma, en la diferencia entre dos tipos de mando esencialmente diversos, 1.- El mando que se funda exclusivamente en la voluntad del superior y concibe la relación entre éste y su súbdito librada exclusivamente al antojo del primero, como basada tan solo en la supremacía de un hombre sobre otro hombre, 2.- El mando fundado sobre una norma y regulado impersonalmente por ésta, con validez objetiva; En la historia el progreso se señala por una serie de procedimientos y de instituciones con las que se trata de evitar la arbitrariedad, y de asegurar la legalidad de los mandatos de los titulares del poder publico. Las declaraciones de derechos y las garantías constitucionales de estos, la norma de que el gobierno es responsable de sus actos, la institución de un poder judicial independiente, las reglas de procedimientos a la que deben acomodar sus actuaciones los cuerpos legislativos, los funcionarios administrativos y los tribunales, todo esto, constituyen medios ideales para terminar con la arbitrariedad en el estado.

LA SOCIEDAD

¿Qué es la sociedad, empero, o cuál es para el hombre este ser superior que contiene su ley personal, su derecho mismo? La sociedad, de acuerdo al sociólogo BRUCE J. COHEN, es el estado de los hombres que viven sometidos a leyes comunes; La sociedad es la naturaleza de Derecho del hombre. Si el hombre es un organismo viviente; si las partes de este organismo, sus propiedades, sus caracteres, sus notas, son comunes a las de otros seres; si como ellos nace, como ellos tiene necesidades, como ellos las satisface, como ellos sufre, como ellos llora, como ellos perecerá, porque una es la condición de todos sujeta a la ley inexorable de las transformaciones físicas todo lo que el hombre tiene de común con la naturaleza, le hará propio de la naturaleza y sujeto a todas las leyes naturales.

Pero la sociedad es una nueva naturaleza, y el hombre es un ser sociable, goza de aquellas propiedades, caracteres y notas que la sociedad posee, vive en relación con sus semejantes, formando grupos o comunidades mas o menos amplios, en cuyo seno desarrolla sus actividades económicas, culturales profesionales, etc, en una palabra su vida toda; No es extraño, pues, que en todo momento los cultivadores de diversas ramas del saber se hayan ocupado de la vida social del hombre desde los distintos puntos de vista; desde la República de Platón y la Política de Aristóteles, a el Espíritu de las Leyes de Montesquieu, podemos citar multitud de autores que han tratado temas sociales en sus escritos, tales como Santo Tomas de Aquino, Campanella, Hobbes, etc.; Todos ellos se ocupan de la sociedad para decirnos, preferentemente, como debería de ser, o, como se debería organizar para hacerla mas perfecta.

Si el hombre natural respira el aire, digiere los alimentos, es sensible al calor, al frío, pesa, está enfermo o sano, muere, etc., el hombre social respira la comunicación con sus semejantes, digiere la enseñanza y el ejemplo, es sensible a la riqueza, es capaz de jerarquía, tiene plenitud de derechos, o está privado de algunos, tiene nombre que se trasmite, se transforma en la sucesión a que da origen, etc.

Así el hombre es en la sociedad lo que el organismo en la materia orgánica, y una planta que necesita tierra donde nacer, aire, luz, espacio, savia, etc., da la idea de un hombre que necesita familia, educación, comunidad, pueblo o persona superior con temple, enseñanza, instituciones titulares.

Estos tan conocidos y vulgares símiles con los que se explica la naturaleza del ser sociable, sirven al objeto de demostrar que la sociedad es la verdadera y única naturaleza y que al hablar de derecho natural, de condiciones naturales, de leyes naturales, etc., debe entenderse por derecho social, condición social, ley social, etc., al menos aceptado el supuesto de que nada de común tiene el derecho con la naturaleza, significarse con el nombre de derecho natural no el derecho en la naturaleza, o según la naturaleza, sino la naturaleza del Derecho, lo sensible, apreciable, razonable del Derecho, que es por sí un concepto suprasensible o metafísico.

La sociedad como concepto total permite ser considerada hasta en los elementos o partes que la constituyen, advirtiendo que cada parte es a su vez un todo dentro de la totalidad común. Sociedad religiosa, civil, administrativa, política, son sociedades constitutivas de la sociedad, y el Derecho propiedad de la sociedad común, es de cada una de ellas, se compenetra en todas.

INSTITUCIONES SOCIALES

Como un sistema de pautas sociales relativamente permanente y organizado, que formula ciertas conductas sancionadas y unificadas, con el propósito de satisfacer y responder a las necesidades básicas de una sociedad, es a los que llamamos institución.

En toda sociedad están presentes cinco instituciones básicas: la educación, la Religión, la Económica, el Estado y la Familia esa última como elemento fundamental de la sociedad. Cada institución tiene como objetivo principal la satisfacción de necesidades sociales específicas, así mismo formulan los valores fundamentales que comparten sus miembros, las instituciones son relativamente invariables, en el sentido en que los patrones de conducta establecidos dentro de una cultura dada se convierte en parte de su tradición, de igual forma las raíces sociales son tan amplias que sus actividades ocupan un lugar central dentro de la sociedad; un cambio drástico en una institución puede producir cambios importantes en las demás, como sucede por ejemplo por las severas fluctuaciones del ciclo económico. Los períodos de inflación, recesión y depresión, no sólo afectan el trabajo de una persona, si no que también influyen

profundamente en la estabilidad familiar, la calidad educativa y la capacidad del estado para proveer los servicios necesarios a la sociedad.

Si bien todas las instituciones son interdependientes dentro de una sociedad, cada una está altamente estructurada y organizada alrededor de un conjunto esperado de normas, valores y pautas de comportamiento. Los ideales de una institución son generalmente aceptados por la gran mayoría de los miembros de la sociedad, participen éstos o no en dichas actividades. Así también se observará que existen evidentemente funciones básicas comunes a todas ellas, y que hay otras más específicas de cada institución particular. Además hay una diferencia entre funciones manifiestas y funciones latentes de las instituciones. Las funciones manifiestas son aquellas que son obvias, evidentes y generalmente aceptadas por los miembros de la sociedad. Las funciones latentes son aquellas menos obvias y evidentes, e incluso pueden ser desaprobadas por los miembros de la sociedad.

Las instituciones ofrecen al individuo un modelo de comportamiento social apropiado para diferentes situaciones. Las formas de conducta correctas e incorrectas son transmitidas al individuo a través del proceso de socialización. La institución provee gran cantidad de roles y le define al individuo su conducta de rol apropiada. Dado que es posible conocer las expectativas de un determinado rol antes de asumirlo, la persona puede decidir que rol se le ajusta mejor y entonces optar por él. De igual modo las instituciones sirven a la cultura, brindando a sus miembros estabilidad y consistencia y tienden a regular y controlar la conducta, debido a que las instituciones fijan las expectativas aceptadas por la sociedad, la desviación con respecto a estas podría implicar sanciones negativas. A veces es más fácil para el individuo adaptarse a ellas, que correr el riesgo de ser castigado o ridicularizado.

Las cinco instituciones sociales básicas están muy relacionadas entre sí en cuanto a las funciones que desempeñan. Si una sociedad quiere funcionar efectivamente las instituciones básicas deben estar interrelacionadas de una manera eficiente y productiva. Debe mantenerse un equilibrio adecuado, y algunas veces delicado, entre las instituciones familiar, gubernamental, religiosa económica y educacional; y debido a que las instituciones desarrollan funciones de diversa índole pero que algunas veces coinciden en ocasiones es difícil mantener estable este equilibrio. Aunque varias instituciones puedan estar en capacidad de contribuir a satisfacer una necesidad similar, es inevitable que una sola de ellas domine y ejerza gran influencia sobre las demás, sin embargo a medida de que se operan cambios en el seno de una institución generalmente se dan cambios en otras instituciones. No obstante, cada institución debe hacer sus propios ajustes internos cada vez que una función se añade o desaparece a fin de poder ofrecer el nuevo servicio o concentrar su actividad en las funciones restantes.

Las necesidades básicas de la gente dentro de toda sociedad deben ser satisfechas en una forma culturalmente aprobada y aceptada por sus miembros. Las instituciones básicas están siempre presentes en toda sociedad, independientemente de su grado de desarrollo. Lo que sí hay, en cambio, es una enorme variación en cuanto a la forma como son satisfechas esas necesidades, los patrones de vida familiar,

doctrina religiosa, método de socialización, el sistema económico y la forma de gobierno varían de una cultura a otra.

Ahora bien, nos preguntamos ¿por qué consideramos a la familia como elemento fundamental de la sociedad?; Esto es, en base, a que, en la sociedad primitiva la familia es el eje de la vida social. Es más la familia era la única forma de organización social, con ella se identificaba la tribu y dentro de ella, las funciones económicas, religiosas y políticas; Inicialmente el individuo vivía en condiciones de inferioridad frente a la naturaleza y a los animales, dependía de ellos, sin poderlos dominar,. Por lo tanto, necesitaba reforzar su núcleo socio-familiar.

Cada tribu vivía relativamente retirada de otras tribus a las que conocía solamente a través de enfrentamientos bélicos. La rudimentaria tecnología existente estaba compensada con el trabajo en común intenso y permanente de ahí resulta la organización familiar colectiva democrática e igualitaria.

EL HOMBRE CREADOR Y SUJETO DE DERECHO

A su vez el hombre, primer sujeto y objeto de Derecho, es una totalidad que sirve de unidad; es religioso, civil, goza de la administración (función tutelar del Gobierno), de la Política (orden, prosperidad del Estado).

La unidad hombre, unidad total, porque todo lo abraza, y simple, porque la forma un solo sujeto de Derecho, adquiere en la sociedad civil varios estados jurídicos. Su nacimiento a la vida exige una solemnidad (acta civil, registro o inscripción parroquial), un nombre (y prenombre o nombre familiar), filiación política (pueblo de su naturaleza, nación a que el pueblo pertenece), un derecho o un orden de ellos (los que le pertenezcan como hijo respecto de los bienes de los padres), derecho a los alimentos, al cuidado, educación, etc., que tienen los hijos respecto de los padres, una educación social (instituciones de enseñanza, religiosa). Su orfandad exige una paternidad legal (tutela y curatela). Así en sus primeros años el hombre al que la naturaleza forma y da condiciones de pura actividad física, la sociedad forma, educa, y da condiciones de actividad social.

Su educación pone ante sus ojos el cuadro de todas las virtudes, de todos los honores, de todos los triunfos que pueden conquistar un ánimo valeroso, un ingenio capaz, una voluntad decidida, y un talento acondicionado y aprovechando los elementos de su origen familiar, los que recibe de sus mayores, los que por sí propio adquiere, empieza ese camino que todos recorreremos y en el cual los unos gobiernan, son los otros gobernados; los unos no pasan de una humilde esfera de actividad, los otros tienen una nación, un mundo, por teatro de sus hechos.

El hombre muda de estado, y como toda mudanza hecha por la libre voluntad tiene por objeto una mayor perfección, como toda mudanza ha de ser con el objeto de engrandecerse, y es engrandecimiento el estado de superiores deberes que cumplir, y

más alta misión que llenar, encuentra el hombre en el matrimonio al que se muda una superioridad que le trasforma. No es ya el hombre, es el esposo o padre, es la familia misma representada por él; esta unidad superior, la más alta, la más pura expresión del ser sociable.

En la institución de la familia, como hemos aludido, entra como elemento principal, como esencia misma de ella, la voluntad humana, esta voluntad libre que la filosofía ha definido con claridad y que ha servido al Derecho de fundamento para el desarrollo de sus más vitales organismos.

Si mediante la voluntad se producen actos jurídicos convertidos en leyes irrevocables como los testamentos, o en obligaciones ineludibles como los contratos; si de coartarse o no ser libre la voluntad, o por falta de edad en el actor jurídico, o por su falta de razón, discernimiento, o por disconformidad de la voluntad con las reglas y principios reguladores del Derecho, depende la validez o nulidad de esos actos, si la voluntad, en fin, pura, libre, racional, perfecta, es una ley entre las leyes.

Y ¿cómo no había de serlo en su función más alta, en su momento más solemne, en aquel en que el hombre por motivos de su mejoramiento personal muda de estado y acepta las irremisibles consecuencias de una mudanza que no puede menos de haberse verificado una vez verificada, o en otros términos, que no puede menos de producir la indisolubilidad del matrimonio, habiendo sido éste, el objeto de su pura y libre voluntad al contraerlo, habiendo sido su aspiración, su ideal, y como ideal, como norma de perfección, irrenunciable e inadmisibles?

Siendo, pues, la familia una institución eminentemente social, lo es eminentemente jurídica; pero entrando como elemento esencial de su formación la voluntad en una determinación libre y pura, es eminentemente filosófica, y toca a la filosofía del Derecho el dar el verdadero y cabal concepto de la familia, el definir lo que de invariable, de permanente, de necesario tiene la familia, para que en la contingencia del derecho positivo no se violente ni invada, no se altere ni cambie la esencia, no se pierda la sustancia de esta institución.

A la filosofía del Derecho toca igualmente conocer si en la voluntad hay un precedente religioso, si una fe religiosa acompaña como inseparable guía al espíritu humano en esta resolución, y la filosofía del Derecho ha de solicitar de las instituciones civiles el mayor consorcio con las instituciones religiosas.

Cuántas y cuán varias sean las relaciones humanas en las que entra con alguno de sus elementos el Derecho, como está presente o como aparece el Derecho en la mente y entendimiento humanos, cuáles son los lados de consideración que ofrece, las clasificaciones y divisiones que comúnmente se emplean para hacerle conocer, sus categorías y órdenes, sus caracteres y fines, la serie de organismos que rige.

Las esferas en que desenvuelve su principio activo y eficaz, los medios de traducirse a ley positiva, de hacerle objeto de la educación, de asegurar su acción viva

y vigorosa en todo instante así histórico como racional, de restablecer su perturbación, de hacerle, en fin, generador constante, eterno procreador de instituciones que sean reflejo de la justicia, todo esto abraza, todo comprende, a tan vastos límites llega la filosofía de Derecho, estudio el más nuevo, el más interesante, el más trascendental de los tiempos y civilización que alcanzamos.

Desde el uno al otro polo de la tierra, en donde quiera que se reúnen, en donde quiera que se mueven esas inteligencias generosas y sufridas a quienes interesan los dolores de la humanidad, a quienes mueve a compasión la triste suerte del hombre, de este ser que lleva el signo de un origen superior, de una naturaleza más perfecta, origen y naturaleza perdidas, reflejo opaco de una luz que jamás verán nuestros ojos siempre anhelantes de verdad, donde quiera, en fin, que se cultivan los conocimientos humanos, allí figura ya en primer término, como lo que se encomienda a las inteligencias superiores, la cultura del Derecho, filosóficamente considerado.

¿Quién extrañará ya que en un sólo siglo la filosofía del Derecho haya cautivado tantas y tan privilegiadas inteligencias, dando origen a centenares de obras luminosísimas, invadido todas las escuelas, puesto en tela de juicio todas las instituciones positivas, amenazando todos los poderes públicos, conmoviendo todas las sociedades, preconizado todos los absurdos, abjurado todos los errores, y alcanzado, en fin, una historia de esfuerzos y vicisitudes, como ninguno de los objetos de la actividad humana?

A restituir la filosofía del Derecho a su expresión más pura, a segregarla de esos elementos disolventes que así la buscaron de pretexto como otro tiempo se buscó a la religión, para en su nombre y pervirtiendo su espíritu llenar la tierra de persecuciones y crímenes, a alejarla de toda lucha bastarda, de toda intervención vulgar e inconsciente, a encomendarla a los que han de juzgar las instituciones positivas o influir en sus variaciones, a esto se reducen hoy los esfuerzos de los hombres que cultivan ese estudio.

¿Por qué ha de hablar en nombre del Derecho y de su filosofía, por qué ha de profanar sus sagrados fines el que carece de esa gran preparación de espíritu, libre de toda pasión, de todo interés liviano, de ese ánimo constante, de esa inspiración divina que lleva al hombre a la investigación de la verdad con pura y santa intención de conocerla?

Kant, Hegel y Krause, filósofos modernos, creen imperfecta su filosofía si no consagra una parte al Derecho. Savigny, Sthal, Arhens, creen imperfecta su doctrina de jurisprudencia, si no consagran a la filosofía la principal parte de ella. Los legisladores buscan una base en la filosofía del Derecho al hacer sus códigos, los jurisconsultos buscan en la filosofía del Derecho las reglas de conocimiento e interpretación de ellos. Toda nación culta sostiene en sus universidades esta enseñanza, la fomenta y se disputa la gloria de tener los mejores maestros, todos los profesores se afanan por formar escuela, por hacer publicaciones, por propagar, en fin, este interesantísimo estudio.

Desde el desarrollo del concepto psicológico del hombre con que empieza, hasta su fin, se nota un espíritu de observación y crítica sostenidas, una claridad extraordinaria. Una explicación preliminar de las palabras que comúnmente se emplean en la definición y divisiones escolásticas del Derecho, una clasificación de los derechos nacida de los distintos fines que el hombre realiza, una exposición del progreso de la humanidad en sus relaciones con el Derecho.

Aceptando la teoría elemental que divide las edades en tética, antitética y sintética, y deslindando lo que a cada una pertenece, y deteniéndose a examinar en la segunda la luz del entendimiento humano, brillando en la filosofía griega y perfeccionándose en cada uno de sus períodos, y alcanzando con el Cristianismo una perfección superior en la que no son extraños los Santos Padres.

Tal es el contenido de las diez primeras lecciones, prosiguiendo la materia con el estudio de la reforma religiosa y movimiento filosófico, cuya influencia en el Derecho no puede ser puesta en duda. Tres siglos se han sucedido desde que se inauguró el estudio de la filosofía del Derecho, y Grocio, Leibnitz, Thomas, Kant y Hegel o Krause, representan épocas distintas y escuelas diferentes que hay que estudiar; pero como una obra de filosofía del Derecho dedicada a la juventud española puede contener algunas indicaciones de filosofía española, el doctor Fernández Elías rinde a la gloria patria su tributo, y termina con ellas la primera parte de su obra, que es como una exposición histórica de la filosofía en su relación con el Derecho.

Comienza la exposición sistemática por una teoría general del Derecho y de los derechos absolutos, y vuelve a ofrecerse a nuestra vista el hombre psicológico desde el cual dirige el autor todas sus observaciones, y el hombre moral o ético que es la norma del hombre jurídico. La generación del Derecho nos ofrece la primera faz científica, y sus funciones revelan la influencia que ejerce en el hombre para la realización de su destino.

Pero hablando del hombre en el Derecho surge el concepto de personalidad, y como la personalidad es el hombre en la sociedad, según el Derecho, también el concepto de sociabilidad debe ser expuesto, y no ya como elemento de Derecho, sino como principio de vida humana que da origen a la unión y relación constante, igual y necesaria de los seres racionales para la realización de su fin general y de los especiales que en él se comprenden, y aquí se descubre la particularidad o criterio sistemático del autor, que no reconoce la necesidad de los derechos absolutos o primarios.

La libertad, la igualdad, la asociación, consideradas estas tres nociones como derechos; la vida del hombre podrá ser pobre en su manifestación o en sus desarrollos, pero no por eso dejará de cumplir con su destino; arranquémosle, no ya los tres principios a la vez, cualquiera de ellos, y el hombre no podrá desarrollarse ni cumplir el fin de su carrera. Sin el *derecho* de libertad le queda al hombre la *libertad moral*, y la libertad moral basta para la realización de su destino; quitémosle el *derecho de asociación*, se verá obligado a cumplir por sí solo los fines parciales de su existencia, los cumplirá de una manera mezquina; pero le queda la *sociabilidad*, y la vida de relación espiritual no muere.

La ley es el primer concepto social; la ley el elemento que domina, la fuerza que mueva al hombre al ajustarse en su actividad, al derecho y a la conveniencia de todos. La diferencia entre la ley general y la jurídica está demostrada, y es grato ver en una obra de filosofía del Derecho una definición tomada de nuestros sabios códigos.

CONCLUSIONES

Las divisiones comúnmente hechas de las leyes, sus caracteres y formas permiten indicar la transición del Derecho o la ley filosófica a la ley positiva, y como ésta se verifica con el fin de realizar la justicia de un modo apreciable y sensible, el espacio sirve a la relación de las naciones, a la relación de los pueblos, de los individuos, objetos que considerados separadamente, descubren el brillo del Derecho que a todos los ilumina.

En la consideración aislada de estos objetos se halla la razón del Estatuto, personal, real y formal, los actos judiciales y extrajudiciales, y como del Estatuto se vuelve al concepto capital de la ley, en cuanto puede nacer, subsistir y ser abolida, es cuando se tocan estos puntos y no hay que olvidar hablar de la costumbre, que, como es sabido, tiene fuerza de ley, y de los códigos y sistemas de codificación que en nuestros tiempos renuevan así la antigua ley como la costumbre.

Considerado el hombre como actor y creador del Derecho, en el que se realiza bajo las manifestaciones de su voluntad obligada, debe considerársele en el que da origen a una institución que le sobrevive, la acción de su libre voluntad extendida a la ulterioridad de su existencia.

El Derecho, sin embargo, reconoce en la sucesión una institución cumplida, sin mezcla de otras instituciones, y el concepto jurídico de la propiedad y el de la personalidad, aquélla con carácter perpetuo, ésta con carácter de continuidad indefinida, hacen de la sucesión una materia de clara y segura doctrina de Derecho.

Y si la voluntad es inferior al Derecho mismo, aunque lo forme, como es inferior el matrimonio a la familia que de él nace, como lo son, en fin, todas las instituciones a los elementos de que se forman, la sucesión y la testamentifacción tienen sus reglas y se someten a ciertos principios ineludibles. La testamentifacción modificaría la sucesión alguna vez, pero la ley ha regulado la sucesión, y es principio, aunque muy discutido, de Derecho, que no hay, que no debe haber libertad de testar, que debe ajustarse el testamento a la sucesión, cuando la sucesión es obligada o forzosa en el derecho familiar.

Inútiles fueran estos principios reguladores sin la existencia de un poder que así en éste como en todos los casos haga conocer y resuelva la conformidad del hecho, con la prescripción del Derecho. El poder judicial es el encargado de función tan alta; su ministerio es el que conoce, el que delibera, el que resuelve la aplicación de todo Derecho, no sólo en el orden de los errores que se sustentan y han de ser impugnados, sino en el de los delitos que se cometen y deben pensarse.

Hay, sin embargo, necesidad de que la filosofía del Derecho se levante a la altura de una metafísica especial, entonces hay que examinar el Derecho desde la idea de su posibilidad, desde su noción, su esencia, como lo que es en sí y lo que ha de ser en sus determinaciones, su existencia, como inmutable y eterno, sus propiedades, su

determinabilidad y la relación que establece con toda individualidad todo ser libre y capaz de personalidad o personalidad misma.

Es forzoso persuadirse de que nadie puede tratar el Derecho, ni hacer su exposición crítica con relación al Derecho mismo, en las instituciones existentes o pasadas y nadie puede tratar el Derecho ni hacer su exposición crítica con relación a la idea típica de la Justicia sin exponer lo realísimo, lo inmutable del Derecho en sí mismo, y la sustancialidad de toda institución posible y lo accidental de la legislación y jurisprudencia.

La filosofía del Derecho, repetiremos para terminar, es un estudio nuevo; pero tan fecundo que podría vaticinarse, sin temor de equivocación, que a tener las enseñanzas universitarias un fin menos práctico, menos profesional, la filosofía del Derecho sería una facultad independiente, no agregada a la de Derecho, no a la de filosofía.

¿Quién logrará la dicha de ver cultivados los estudios por puro amor a la verdad, por pura inclinación a la ciencia? ¿Quién logrará ver en un Estado enseñanzas oficiales que no sirvan para una profesión ni modo de vida, sino para rendir justo homenaje a la verdad y a la ciencia, para agrandar el horizonte de los conocimientos humanos, para que formada con lentitud y perfección la educación superior de algunas privilegiadas inteligencias, se fomentara el progreso de las ciencias mismas?

Es verdad que el organismo de la enseñanza pública todo lo abraza; que hay una verdadera categoría dentro de ella, y que puede cualquiera consagrar sus fuerzas al estudio sin que le falte el poderoso auxilio del profesorado oficial; pero es insuficiente en asuntos como la filosofía del Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

AARNIO Aulis

Derecho, racionalidad y comunicación social (Ensayos sobre filosofía del derecho)

México DF Ed. Coyoacán, S.A. de C.V. 2000.

DE PINA Vara Rafael

Diccionario de derecho

México DF Ed. Porrúa, S.A. 1996.

D. Runes Dagoberto

Diccionario de filosofía

México DF Ed. Grijalbo S.A. de C.V. 1981.

GARCIA Maynes Eduardo

Introducción al estudio del derecho (51ed.)

México DF Ed. Porrúa, S.A. 2000.

GUTIERREZ Sáenz Raúl

Introducción a la ética

México DF Ed. Esfinge, S.A. 1979.

J. Cohen Bruce

Introducción a la sociología (1a ed.)

México DF. Ed. Mc Graw- hill interamericana de México S.A. de C.V. 1992

KELSEN Hans

Teoría pura del derecho (11ª ed.)

México DF Ed. Porrúa, S.A. 2000.

PRECIADO Hernández Rafael

Lecciones de filosofía del derecho (8ª ed.)

México DF Ed. Jus., S.A. 1976.

RECASENS Siches Luiz

Los temas de la filosofía del derecho

México DF Ed. Porrúa, S.A. 2001.

RECASENS Siches Luiz

Nueva filosofía de la interpretación del derecho

México DF Ed. Porrúa, S.A. 2001.

SANCHEZ Adolfo

Ética

México DF Ed. Grijalbo S.A. de C.V. 1973.

SUAREZ Francisco

La filosofía del derecho

México DF Ed. Jus., S.A. 1985.

CUESTIONARIO

INSTRUCCIONES.

I.- CONTESTE BREVE Y CORRECTAMENTE LAS SIGUIENTES PREGUNTAS

1. ¿A qué se denomina metodología jurídica?
2. ¿Qué presupone la metodología jurídica?
3. ¿Cuál ha sido la mayor preocupación constante de la filosofía política Europea?
4. ¿Qué presupone la filosofía?
5. ¿Qué es el Positivismo Jurídico?
6. ¿Por qué se dice que los estados positivistas son totalitarios?
7. ¿Por qué los estados positivistas o totalitarios van en contra de la naturaleza humana?
8. ¿Qué es el derecho natural?
9. ¿Qué es el derecho positivo?
10. ¿Qué entiende por consentimiento como acto publico?
11. ¿Qué es la axiología Jurídica?
12. ¿Qué es el deber jurídico?
13. ¿Qué es el deber moral?
14. ¿Qué es el deber social?
15. Cite un ejemplo de deber jurídico
16. Cite un ejemplo de deber moral
17. Cite un ejemplo de deber social
18. ¿Cuál es la diferencia entre el deber jurídico objetivo y deber jurídico subjetivo?
19. ¿Cuáles son los tres valores que consideró la axiología jurídica?
20. ¿Define qué es la seguridad jurídica?
21. ¿Define qué es la justicia?
22. ¿Qué es el bien común?
23. ¿Dónde se centra principalmente el objetivo de la democracia?
24. ¿Cuáles son los dos ideales absolutos de la democracia?
25. ¿La filosofía moral también es conocida como?
26. ¿Define la filosofía moral?
27. ¿En qué se relacionan y diferencian la filosofía moral y el derecho?
28. Mencione por lo menos 4 ciencias que se relacionen con la ética
29. ¿Cuál es el método deductivo?
30. ¿Cuál es el método inductivo?
31. ¿Cuál es el método fenomenológico?
32. ¿Cuál es el método Histórico?
33. ¿Define Moral?
34. ¿Qué diferencia hay entre moral y moralidad?
35. ¿Qué afirma la posición innatista?
36. ¿Por el contrario qué afirma la posición empírica?
37. ¿Qué entiendo por código?
38. ¿Explique qué es el derecho objetivo y el derecho subjetivo?
39. ¿Qué es la filosofía del derecho?
40. ¿Cuáles son las reglas de trato?

41. ¿Qué es arbitrariedad?
42. ¿Qué diferencia hay entre arbitrariedad con ilegalidad civil, contravención o resolución incorrecta?
43. Mencione algunas formas para terminar con la arbitrariedad
44. ¿En qué consiste la diferencia entre arbitrariedad y derecho?
45. ¿Qué es sociedad?

II.- ELIJA LA RESPUESTA CORRECTA

1. Disciplina que tiene por objeto de estudio los diversos argumentos y discursos políticos:
 - a) Filosofía
 - b) Axiología Jurídica
 - c) Ética
 - d) Metodología Jurídica
2. Es la base normativa sobre la que opera el jurista, el abogado o juez para buscar soluciones a problemas jurídicos:
 - a) Axiología Jurídica
 - b) Metodología Jurídica
 - c) Jurisprudencia
 - d) Doctrina
3. ¿Cuál es la mayor ocupación de la filosofía política europea?
 - a) El Estado
 - b) La Sociedad
 - c) Las Instituciones
 - d) El Derecho
4. Es aquella que presupone un estado de ciencias y técnicas suficientemente maduro para ser una disciplina definida:
 - a) Ética
 - b) Derecho
 - c) Metodología Jurídica
 - d) Filosofía
5. Doctrina que reconoce que no existe mas derecho, que el derecho del Estado:
 - a) Filosofía del Derecho
 - b) Derecho Natural
 - c) Positivismo Jurídico
 - d) Derecho Positivo

6. Se dice que un estado totalitario es:
 - a) Positivista
 - b) Libre
 - c) Democrático
 - d) Absolutista

7. Un Estado totalitario se dice que va en contra de:
 - a) La Norma
 - b) La Libertad
 - c) La Ley
 - d) La Vida

8. Conjunto de normas que los hombres deducen de su propia conciencia:
 - a) Costumbre
 - b) Jurisprudencia
 - c) Derecho Natural
 - d) Derecho Positivo

9. Conjunto de normas obligatorias en un momento histórico determinado:
 - a) Derecho Natural
 - b) Positivismo
 - c) Derecho Constitucional
 - d) Derecho Positivo

10. Acto por el cual una persona de manera expresa transfiere la autoría de la acción a otro:
 - a) Consentimiento
 - b) Autonomía
 - c) Voluntariedad
 - d) Coacción

11. La axiología estudia:
 - a) Los Valores Filosóficos
 - b) Los Valores Éticos
 - c) Los Valores Morales
 - d) Los Valores Jurídicos

12. Deber que tiene que ser cumplido, y en caso de incumplimiento podrá utilizarse la coacción:
 - a) Deber Moral
 - b) Deber Social
 - c) Deber Jurídico
 - d) Normas de Trato

13. Deber que debe cumplirse por aquellos valores de virtud, rectitud, lo ético, etc.:
 - a) Deber Moral
 - b) Deber Social
 - c) Deber Jurídico
 - d) Derecho

14. Deber que debe cumplirse según las normas de trato:
 - a) Deber Moral
 - b) Deber Social
 - c) Deber Jurídico
 - d) Derecho

15. Es un ejemplo de deber jurídico:
 - a) Dar Limosna
 - b) Dar Propina
 - c) Pagar Diezmo
 - d) Pago de Derecho Vehicular

16. Es un ejemplo de deber moral:
 - a) Pagar Impuestos
 - b) Pagar mis Deudas
 - c) Ayudar a pasar la calle a un Inválido
 - d) Dar Propina

17. Es un ejemplo de deber moral:
 - a) Dar Propina
 - b) Pagar mis Deudas
 - c) Pagar Impuestos
 - d) Dar Limosna

18. Es la norma jurídica aplicada a una persona:
 - a) Deber Jurídico Subjetivo
 - b) Deber Jurídico Objetivo
 - c) Deber Moral
 - d) Deber Social

19. Cuáles son los tres valores de la axiología jurídica:
 - a) Libertad, Igualdad y Seguridad
 - b) Igualdad, Seguridad y Bien Común
 - c) Libertad, Justicia e Igualdad
 - d) Seguridad, Justicia y Bien Común

20. Garantía que proporciona protección al Individuo:
 - a) Seguridad
 - b) Igualdad
 - c) Bienestar Social
 - d) Justicia

21. Es el valor jurídico por excelencia:
- a) Seguridad
 - b) Igualdad
 - c) Justicia
 - d) Libertad
22. Es la convivencia social:
- a) Bien Común
 - b) Seguridad
 - c) Justicia
 - d) Igualdad
23. ¿Dónde se centra la democracia?
- a) En el Estado y el Derecho
 - b) En el Individuo y el Estado
 - c) En el Individuo y el Derecho
 - d) En la Sociedad y la Justicia
24. Son los principales ideales de la democracia:
- a) Libertad y Justicia
 - b) Igualdad y Bien Común
 - c) Justicia y Seguridad
 - d) Igualdad y Libertad
25. Sinónimo de Ética:
- a) Filosofía Moral
 - b) Axiología Jurídica
 - c) Filosofía
 - d) Moral
26. La Ética se define cómo:
- a) Disciplina que se interesa por la conducta externa del hombre
 - b) Disciplina que se interesa por los juicios de valor
 - c) Disciplina que se interesa por las buenas costumbres
 - d) Disciplina que se encarga de las reglas de Trato Social
27. Ambas ciencias son normas que regulan la conducta del hombre:
- a) Ética y Sociología
 - b) Moral y Sociología
 - c) Ética y Derecho
 - d) Derecho y Economía
28. Son ciencias que se relacionan con la Ética:
- a) Estética, Religión, Fisiología e Historia
 - b) Derecho, Administración y Religión
 - c) Religión, Historia, Sociología, Astronomía
 - d) Derecho, Economía, Historia, Sociología

29. Parte de la ley general al caso particular:
- a) Método Histórico
 - b) Método Deductivo
 - c) Método Fenomenológico
 - d) Método Inductivo
30. Parte de la ley particular a lo general:
- a) Método Histórico
 - b) Método Deductivo
 - c) Método Fenomenológico
 - d) Método Inductivo
31. Considera que el conocimiento moral se adquiere por intuición:
- a) Método Histórico
 - b) Método Deductivo
 - c) Método Fenomenológico
 - d) Método Inductivo
32. Se fundamenta en el determinismo:
- a) Método Histórico
 - b) Método Deductivo
 - c) Método Fenomenológico
 - d) Método Inductivo
33. Conjunto de normas aceptadas libre y conscientemente:
- a) Derecho Natural
 - b) Positivismo
 - c) Derecho Positivo
 - d) Moral
34. Mientras que uno es ideal el otro es real:
- a) Diferencia entre Ética y Moral
 - b) Diferencia entre Moral y Moralidad
 - c) Diferencia entre Moral y Derecho
 - d) Diferencia entre Ética y Derecho
35. Afirma que la conciencia moral nace con el individuo:
- a) Posición Empírica
 - b) Posición Empirista
 - c) Posición Innatista
 - d) Posición Moral
36. Afirma que la conciencia moral nace con la experiencia:
- a) Posición Empírica
 - b) Posición Empirista
 - c) Posición Innatista
 - d) Posición Moral

37. Son escritos o no escritos, y expresa la norma de conducta de un grupo de individuos dedicados a alguna actividad en común:
- Ley
 - Código
 - Reglamento
 - Regla
38. Se refiere a deberes y obligaciones y es consecuencia de lo establecido en la norma:
- Derecho Subjetivo
 - Derecho Objetivo
 - Moral
 - Reglamento
39. Es la investigación de la verdad en el derecho:
- Ética
 - Filosofía Moral
 - Filosofía del Derecho
 - Axiología Jurídica
40. Son normas que no son moral ni derecho:
- Ética
 - Valor
 - Reglas de Trato
 - Código
41. Mandatos compuestos de una fuerza de imposición, y a las cuales se les niega el carácter jurídico:
- Ilegalidad
 - Falta Administrativa
 - Contravención
 - Arbitrariedad
42. Son resoluciones susceptibles de apelación por instancias superiores:
- Arbitrariedad
 - Ilegalidad
 - Injusticia
 - Sentencia en última Instancia
43. Son formas de acabar con la arbitrariedad:
- Declaración de Derechos y Garantías Individuales
 - Revoluciones y Golpes de Estado
 - Legislar Adecuadamente
 - Apelar

44. Es una de las diferencias entre arbitrariedad y derecho:
- a) El Mando de un Patrón al Trabajador
 - b) El Mando de un Superior a su Subdito
 - c) El Padre que le Ordena a su hijo
 - d) El Entrenador que le Grita a su Equipo
45. Viven sometidos a leyes comunes:
- a) Democracia
 - b) Estado
 - c) Sociedad
 - d) República