

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Fuerza Moral Y Derecho

Por Carlos Aparicio

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Respuestas a
Los desafíos
Mas
Apremiantes
De la ética y el Derecho
De America Latina
A
Principios del Siglo XXI

© Carlos Aparicio

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

El autor agradecerá comentarios o sugerencias
sobre esta obra en esta dirección:
E-mail: aparicio@chasque.net

Edición Electrónica a cargo de
EDITORIAL TÉCNICA S.R.L.

Montevideo

2004

ISBN 9974-39-387-6

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Significados de la palabra moral	7
Antecedentes históricos de la distinción	10
Distinción entre Moral y Derecho	13
Funciones de la distinción	13
Efectos de la distinción y separación entre la moral y el derecho.	15
Argumentos conducentes a la separación entre la moral y el derecho	16
Coercibilidad e Incoercibilidad	18
Unilateralidad de la Moral vs.	18
Bilateralidad del Derecho	19
Positividad y Reglamentarismo del Derecho	19
Distintos Esquemas de Pensamiento	20
Reglas Éticamente Neutras	20
Neutralidad ética de las normas administrativas y Comerciales	21
Reglas Objetivas	23
Responsabilidad sin Culpa	23
Efectos de la Integración entre Moral y Derecho	24
Argumentos conducentes a la integración	25
Fracaso del Derecho ante la Inmoralidad	25
Éxito del Derecho inmoral.	27
La ley injusta	27
Moralismo y legalismo en la confrontación moral y derecho	29
Conclusiones sobre Moral y Derecho	30
Función de la Historia del Derecho en el Tema de la Moral y el Derecho	32
Función de la Educación Jurídica.	34
El operador jurídico	34
Compromiso o neutralidad ética:	34
Efectos de la unificación o separación teórica entre Moral y Derecho	35
Necesidad y objetivos del cambio.	38
Couture:	38
respuesta a Josserand.	38
El Cambio en América Latina	39
Los instrumentos del cambio.	40
Derechos Humanos	40
Publicidad de los Juicios	44
Enseñanza jurídica.	44
Conclusiones Finales	46
Bibliografía sobre Moral y Derecho	49
Sobre los Gobiernos de Fuerza.	54
Estado de Derecho	56
Teoría del Péndulo en América Latina	58

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Conclusiones	61
La Fuerza como Componente Legítimo del Derecho	62
Penas y Sanciones	64
Bibliografía sobre Fuerza y Derecho	66

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

El problema del derecho y la moral no debe plantearse tratando de justificar lo que está pasando en la práctica, sino en el más fecundo terreno, de qué es lo que la comunidad quiere y necesita, y qué es lo que debiera pasar para cumplir con esos fines.

Significados de la palabra moral

La palabra moral en un primer sentido, se usa como sinónimo de psicológico o espiritual.

En este sentido se habla de daño moral, como un perjuicio espiritual sufrido por alguien, y que normalmente amerita una reparación o indemnización.-

Existen numerosos textos legislativos que usan la palabra en este sentido.

Así por ejemplo el Código del Niño reglamenta en el capítulo X la protección intelectual y moral de los menores (art. 73 Código del Niño). El mismo Código en la Sección 2a. del Capítulo XII, dicta una serie de disposiciones aplicables a menores abandonados moral o materialmente lo cual quiere decir, abandono psicológico o material.

Fuera de los textos jurídicos, es conocida alguna frase de Napoleón en que decía hablando de los ejércitos que “la moral es al armamento como tres son a uno”, es decir que la fuerza psicológica o espiritual tiene mayor importancia que lo que se suele denominar el armamento material.

El segundo sentido de la palabra es el que marca su significado etimológico.-

Dice Fueyo Laneri: ¹

¹ (Op. Cit. pág.. 119)

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

“Del latín *moralis*, derivado de *mos*, *moris*, modo de actuar determinado por las costumbres, en vez de la ley”.

Siguiendo en parte a De Plácido e Silva, puede afirmarse que: “ buenas costumbres (del latín, *Bonimoris*) es el complejo de reglas y principios impuestos por la moral, o bien por la conciencia colectiva de un país en un momento determinado; los cuales trazan la norma de conducta de los individuos en sus relaciones domésticas o sociales para que éstas se articulen según las elevadas finalidades de la propia vida humana.”

Un tercer sentido de la palabra se refiere a un adjetivo que califica a personas o costumbres, como buenas, sanas o adecuadas.

Es en este sentido que cabe citar la definición de Couture de moral:

“En sentido positivo, valoración de las acciones humanas en orden a su bondad o maldad, con relación a las convicciones de una sociedad determinada.” (Vocabulario Jurídico).

Así el art. 352 del Código Civil, establece, que son incapaces de toda tutela: Inc. 9º. El que no tenga oficio, profesión u modo de vivir conocido, o sea notoriamente de costumbres inmorales.

Los sentidos 2o. y 3o. usualmente están comprendidos en un o sólo en las numerosas referencias de los textos de derecho privado a la noción de moral y buenas costumbres que en forma un poco tautológica o redundante quiere expresar costumbres de comprobada eficacia a los fines a que están destinadas como la excelencia psicológica de las personas.

Quizás convenga estudiar la valoración moral del derecho en la parte de valores sociales y jurídico-morales, por razones de método y claridad expositiva.

Puede también encontrarse una cierta vinculación entre todos los sentidos de la palabra moral, en cuanto, a que tanto las costumbres como su valoración, inciden en forma notoria en cuanto al bienestar psicológico de las personas y por consiguiente en el levantamiento de su nivel moral.

Esto no es una verdad absoluta, fundamentalmente en época de cambio y conflicto valorativo donde más de una escala de valores pugna por obtener la

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

preeminencia, pero puede establecerse como una verdad relativa de fuerte contenido, principalmente para aquellas áreas de la conducta donde se mantiene un importante consenso, como los delitos contra la persona humana, la propiedad y demás.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Antecedentes históricos de la distinción

Los antiguos no diferenciaban entre moral y derecho, como surge implícito del sentido etimológico de la palabra. La palabra moral, que significa costumbres, en un momento en que el derecho es esencialmente consuetudinario, igualmente la palabra griega *ethos*, que significa costumbres ha inspirado a nuestra moderna palabra ética.

La distinción entre moral y derecho, es un proceso que suele ir paralelo a la progresiva estatización de las fuentes de elaboración jurídica y centralización del poder del estado en organizaciones a veces francamente totalitarias.

Para fines del derecho romano clásico, se había elaborado una neta diferenciación entre la moral y el derecho, ya que el derecho era directamente un producto político-estatal, mas particularmente emanando de la figura del emperador romano y sus cortes que no necesariamente tenían una orientación moral.²

Durante la Edad Media, el derecho tuvo una fuerte identificación con la moral, que se basaba en la aplicación de las teorías cristianas y el derecho germánico de amplia participación popular.

Es recién a fines del siglo XVII, conjuntamente con el surgimiento del fenómeno llamado "despotismo ilustrado", que se vuelve plantear la distinción entre la moral y el derecho como fenómenos claramente diferentes.

La obra principal de Pufendorf, de *jure naturae et gentium* apareció en 1672 y en ella trae con bastante precisión las diferencias entre el derecho natural y la moral.

No fue sin dificultades que se logró la aceptación de la época a esta teoría.

² Sobre el desarrollo de este tema véase: Aparicio, Carlos. *Historia del Derecho*, p.70 y ss. Edición Electrónica. Editorial Técnica. Montevideo. 2004.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

En efecto, hubo una fuerte oposición principalmente de las religiones protestantes, que vieron en esta distinción el intento de introducir la inmoralidad disfrazada en el mundo del derecho.

También Leibnitz³ se opuso frontalmente a la distinción en los mismos orígenes históricos de la misma.

No obstante, las ideas inspiradas por la distinción entre la moral y el derecho, terminaron por imponerse.

En 1754, el emperador Alemán "Francisco I" ⁴ , dispuso que el sucesor del trono José fuera instruido sobre la base del *Officio hominis et civis* de Pufendorf.⁵

Posiblemente ha respondido a sentidas necesidades políticas, en cuanto a que se trata de un época de creciente centralismo, y decreciente moralidad, en base a la crisis moral de la aristocracia gobernante que llevaba ya algunos siglos.

En los períodos democráticos la distinción entre moral y derecho ha tenido altibajos, fundamentalmente en los países anglosajones, los que parecen inspirados preferentemente en una no-distinción entre moral y derecho, así como parecería que los países continentales, parecen inclinados preferentemente a hacer grandes diferencias entre los fenómenos.-

En los días que corren, el tema de la separación o unión entre la moral y el derecho es un tema abierto.

El profesor Welzel, de la universidad de Bonn, contemporáneo nuestro dice expresamente:

"La discusión relativa a ambas interpretaciones del moderno concepto del derecho aún no ha concluido. Una toma de posición no es posible dado los límites de esta contribución. Ella (la posición del Welzel) sigue el camino indicado por Pufendorf y Kant (separación entre derecho y moral), distingue

³ LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm (1646-1716). Nació en Leipzig (Alemania). Se educó en la Universidad de Leipzig y recibió un doctorado en derecho en la Universidad de Nuremberg. Trabajó intensamente en los campos de la matemática, filosofía y derecho.

⁴ "Francisco I" 1712 - 1786, emperador de Prusia, y déspota ilustrado. Famoso por sus ambiciones militares. Falleció en vísperas de la revolución francesa que redujo en forma definitiva el poder de las monarquías europeas y la alemana en particular.

⁵ Samuel von Pufendorf, jurista alemán. Fue el primero en poseer una cátedra de derecho natural en una universidad alemana.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

derecho y ética, pero no los separa en sus raíces. Esto es lo que hace la teoría coactiva inaugurada por Thomasius, que mediante la radical separación de derecho y ética, involuntaria pero también necesariamente abre otra vez la posibilidad de convertir el derecho en instrumento de terror, de la anulación de la libertad de conciencia y de tortura”⁶

⁶ Welzel, H. "El Nacimiento del Moderno Concepto del Derecho." In: "Problemas Actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho", edited by Ediciones Pannedille and Comité Editor de Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa . Buenos Aires, Ediciones Pannedille (1970), p. 72-78.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Distinción entre Moral y Derecho

Funciones de la distinción

La fuerza moral de los tribunales es muy grande, en todos lados y los gobiernos necesitan de su apoyo para poder establecerse en forma relativamente eficiente.

Los tribunales también pueden ser un obstáculo para las ambiciones de un Estado poderoso y sus burocracias.

De allí surge una primera necesidad de distinguir entre derecho y moral.

Al estar separados el derecho y la moral, el primero puede prestar su legitimación al estado, aún cuando éste se aparte en forma mas o menos importante y ostensible de la moral convencional.

Un estado totalitario no puede estar controlado por una Justicia moralizada, necesita por el contrario una justicia mas o menos sometida y a veces definitivamente inmoral.

Es necesario usar al sistema de administración de justicia, para neutralizar enemigos políticos mediante la delación o la tortura, o expropiar bienes de personas sospechosas de no cooperar con el gobierno, en casos extremos se trata de eliminar conjuntos de población mas o menos grandes, como se hizo con los Armenios en Turquía, o con los Judíos en la Alemania Nazi, y hoy día se viene haciendo con las poblaciones Kurdas en muchas partes del mundo.

En casi todos estos casos, se necesitó una cooperación activa del sistema judicial, que presta un ropaje de legitimidad, y honestidad a acciones inconfesables.

Pero esto es solamente el principio de una cadena de circunstancias, que imponen una filosofía de funcionamiento a la Justicia.

En el tema de la designación de Jueces, es fundamental las cualidades morales del magistrado, que deben primar sobre toda otra consideración. Pero si el derecho y la moral están separados, las cosas cambian. Una persona

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

puede no ser honesta, pero puede ser muy competente a la hora de manejar los códigos.

El procedimiento de toma de decisiones también cambia, porque la moral y el derecho separadas exigen que el proceso se haga fuera de la luz de la opinión pública, de donde el proceso normalmente es secreto y escrito.

Por las mismas razones, la intervención de la opinión pública en el proceso es mal vista. Se restringe las facultades de la prensa, y se limitan o anulan los jurados populares. Una de las primeras medidas de los gobiernos nazi-fascistas es la eliminación de los jurados populares.

También cambia la educación jurídica. Cuando el derecho y la moral son diferentes, el proceso y métodos educativos están destinados a convertir a los futuros juristas en tecnócratas normativos, y dejar la formación en valores.

Se trata también de evitar el necesario escrutinio crítico de las instituciones de derecho, que es fundamental hacer en el momento en que las mismas se estudian e internalizan.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Efectos de la distinción y separación entre la moral y el derecho.

El principal efecto de una distinción tajante entre la moral y el derecho es la destrucción de la expectativa de salidas morales en la aplicación práctica del orden jurídico.

Si la moral y el derecho son diferentes, no cabe esperar que el sistema jurídico cumpla con los mandatos morales, ni siquiera que sean morales sus agentes y formadores.

En lo humano, la figura del tecnócrata domina, y en lo técnico la aplicación automática de soluciones predeterminadas pasa a ser el objetivo buscado.

Debe buscarse para ello argumentos muy rebuscados, porque la legislatura debiera según la opinión pública estar sujeta a la moralidad básica, y además porque el resultado de la acción de la legislatura está sujeta a control de lo que prescribe la constitución, cuerpo jurídico en el cual están claramente establecidos los derechos humanos que son los pilares de esa moralidad básica, y que está confiada a los Tribunales de Justicia.

Aún así prosperan explicaciones que tratan de ver diferencias substanciales entre la moral y el derecho, que harían imposible la existencia de una expectativa seria de moralidad en la actividad de la jurisdicción y la legislatura.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Argumentos conducentes a la separación entre la moral y el derecho

La separación entre moral y derecho, tiene como argumento principal la pretendida neutralidad del orden jurídico y la separación de los fenómenos psicológicos y morales de aquello que se ha convertido en norma jurídica pura.

En segundo término, se encuentra diferencias radicales entre la norma jurídica (a la cual se le han extraído los fenómenos morales), y los fenómenos morales en sí mismos, donde surge el segundo gran argumento de la distinción entre el derecho y la moral, que es que la norma moral y la jurídica tienen diferencias esenciales.

Si esas normas son diferentes, luego podemos de alguna forma sistematizarlas y tendremos los grandes e imaginarios órdenes normativos.

Un análisis más sereno sin embargo, de las presuntas diferencias ontológicas, nos demuestra que estas diferencias no son tales, y que las normas morales y jurídicas tienen la misma estructura y la misma composición. En la mayoría de los casos pueden encontrarse diferencias que nunca llegan a ser ontológicas sino solamente de grado.

Interioridad y Exterioridad Se ha expresado que la moral se interesa en el ámbito interior de las personas, mientras que el derecho funciona desde el exterior. Esto sería tan así, que el derecho no toma interés en los elementos subjetivos que rodean al cumplimiento jurídico, sino que el interesa el cumplimiento objetivo en sí.-

En efecto, como el derecho tiende a establecer un orden externo de subsistencia, al jurista le interesa más la dimensión objetiva de la conducta, el comportamiento individual en lo que dice relación con los demás hombres. El moralista, en cambio, estudiaría en primer término la dimensión subjetiva de la

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

conducta. El derecho mira las acciones, la moral se fijaría en las personas; el primero tiende a realizar los valores colectivos y ésta los personales.

Al derecho en general le es indiferente que el sujeto cumpla con las normas de buena o mala gana; lo esencial es que se respeten sus prescripciones.

Las obligaciones que impone el derecho, como consecuencia de lo expuesto pueden efectivamente ser cumplidas por terceras personas, co-obligados o fiadores; asimismo, también pueden ser cumplidas por mandatario sin participación efectiva de los mandantes, mientras que esto es imposible en lo que se refiere a la moralidad.

No es admisible la teoría que atribuye al Derecho la regulación de los actos externos y a la Moral la de los actos internos. Toda acción es interna y externa a la vez, presentándose ambos aspectos recíprocamente fundidos. Las llamadas acciones internas se manifiestan y revelan de modos varios, y el hecho de que sean más o menos ocultas o patentes, no puede servir de base a una distinción. Por otra parte, también una acción externa puede permanecer oculta, y no por ello se transforma en interna. Y tampoco puede concebirse una acción exclusivamente externa carente de sentido psíquico, porque si faltase tal elemento nos encontraríamos frente a un puro fenómeno físico y no frente a una acción humana. La no punibilidad de los pensamientos, y el que éstos no deban ser determinados por una norma jurídica, no implica que sean ajenos al campo jurídico.

La moral supondría libertad en su cumplimiento, pues para que una conducta pueda ser objeto de un

juicio moral, es preciso que el sujeto la realice por sí mismo.

Claro que estas diferencias no pueden tomarse en absoluto como definitivas, y en los hechos son negadas enfáticamente por muchas personas.

La moral no desdeña los actos externos y se dice comúnmente que de buenas intenciones está empedrado el camino del infierno. En los hechos es muy distinta la situación de alguien que daña a otro por habersele escapado un tiro, que otro que dispara ese tiro intencionalmente. La diferencia entre las dos situaciones pertenece al mundo interior del sujeto.-

Si esto es cierto en el plano individual de casos, también es cierto en cuanto al fenómeno social que genera la aplicación jurídica.-

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Es importante la interiorización del contenido del derecho, es decir que la gente cumpla con el derecho porque está convencida de su utilidad y su justicia.

Un orden jurídico que se preocupe solamente de la conducta exterior de los sujetos, sin contemplar su adhesión íntima, podrá obtener transitoriamente éxito y podrá proporcionar seguridad, pero tendrá sus pies de barro al depender de la fuerza material, en lugar de la legitimidad que da el consenso colectivo.

La sociología jurídica, ha estudiado con mucha precisión, la actitud meramente jurídica y ha encontrado una verdadera enfermedad social allí donde las normas de conducta no se interiorizan por la convicción, que es la anomia con profundas consecuencias en la disgregación social y personal.

La causa última de la anomia, se origina en la especial dificultad del individuo de alcanzar los valores que el propio grupo define, los cuales integran también la definición de derecho.

Si bien es cierto que el derecho puede funcionar sin tener en cuenta el ámbito interior de las personas y la realidad de los valores a los cuales accede la conducta práctica en los casos considerados, la conducta social así elaborada se vacía de contenido, se formaliza, pierde caracteres humanos, y el derecho que accede a tal sistema depende excesivamente de la fuerza material.

Coercibilidad e Incoercibilidad

A la incoercibilidad de la moral, suele oponerse la coercibilidad del derecho. Los deberes morales son incoercibles. Esto significa que su cumplimiento ha de efectuarse de manera espontánea.-

Unilateralidad de la Moral vs.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Bilateralidad del Derecho

Las obligaciones que el derecho impone, no solamente se manifiestan en las relaciones recíprocas de los hombres, sino que son deberes de carácter exigible.

Tal exigibilidad es la que hace de ellas verdaderas deudas.

En cambio los preceptos morales, si bien tienen un acreedor, éste carece por completo de la posibilidad de obtener la satisfacción de su crédito moral en base a cualquier tipo de sanciones, incluso aquellas no estatales.

En el caso del hijo que planteamos anteriormente, es clara la existencia de un crédito del mismo contra su padre en lo que se refiere a los aspectos espirituales de su formación como persona, mas este crédito tiene solamente en la conciencia del obligado, su única garantía.

Podrá acudir (debidamente representado) a los tribunales para exigir una pensión alimenticia, una colaboración en su educación, etc., pero no podrá de forma alguna, reclamar una paternidad consciente y responsable.

Un aspecto de la unilateralidad moral y bilateralidad de la relación jurídica, lo constituye el hecho de que la relación jurídica es, por naturaleza, pasible de revisión y de enjuiciamiento.

La moral, en cambio, es hostil al juzgamiento. Dice al respecto el Evangelio: "No juzguéis, para que no seáis juzgados (San Mateo 7:1)".

Positividad y Reglamentarismo del Derecho

Suele señalarse como una diferencia esencial entre la moral y el derecho, la tendencia hacia la positividad y el reglamentarismo que tiene el derecho, así como las tendencias opuestas señaladas por la moral.

El reglamentarismo legislativo marca una tendencia que es señalada como lo peor en materia de política jurídica desde hace muchos años.

La obra de Risolía, denunciando esta tendencia reglamentarista y su necesaria sustitución marca no solamente que esta tendencia no es inevitable, sino que es una perentoria necesidad del derecho su inmediata reversión.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

La existencia de un reglamentarismo excesivamente detallado, inspira la conducta de muchas personas que cumplen con las formalidades de la ley pero que atentan en contra de su espíritu.

Muchas veces las verdaderas marañas reglamentarias esconden el hecho sencillo que funcionan como un escudo de protección a favor de quienes están totalmente embanderados en la ilegalidad.

Distintos Esquemas de Pensamiento

Durante mucho tiempo se pensó que el método jurídico se encontraba impregnado del método estrictamente racional, deductivo y silogístico. Se establecían así, nítidas diferencias con la forma de razonamiento moral, claramente dirigido a valores, y donde el sentimiento tiene una función más destacada que el pensamiento.-

El trabajo de Chaim Perelman sobre la Argumentación, demostró en forma bastante fehaciente que el derecho participa de los elementos de retórica que inspiran la lógica, por lo cual el método deja de ser un elemento de carácter diferenciador entre ambas ramas del conocimiento.

En América Latina se destacó mucho un filósofo argentino Carlos Cossio, quien puso énfasis en el fenómeno de la fuerza de convicción de la sentencia como objeto del saber jurídico, y algunas veces se levantaron en forma clara para señalar que el terreno de la justicia participa más de la moral que de la pura lógica, y que el derecho y particularmente la sentencia dentro del derecho tiene la misión de convencer, mas que la de demostrar.-

Reglas Éticamente Neutras

La existencia de un cuerpo importante de normas éticamente neutras ha sido invocada como un elemento importante en la distinción de la moral y el derecho reforzando el argumento que existen diferencias básicas entre las dos disciplinas.

Son tales aquellas normas jurídicas que son tales por el solo hecho de estar dictadas con independencia de su contenido. El ejemplo típico es la regla de tránsito que establece que los vehículos circulen por la izquierda (estilo

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

continental o americano) o por la Derecha (estilo inglés), o las normas técnicas para la televisión como los standards para color Pal, Secan o Ntsc.-

Se suelen incluir en este grupo gran parte de las reglas del derecho comercial.

En el caso de las normas de tránsito sobre la conveniencia de conducir vehículos a un lado de la calzada, es claro que es éticamente indiferente que se conduzca por un lado u otro de la calzada, con tal que todo el mundo la cumple y se eviten los accidentes. También parece claro, que una vez adoptada la regla, es éticamente relevante el cumplirla, ya que su no observancia puede dar lugar a accidentes graves e incluso a la pérdida de vidas y agresiones a la integridad física de los usuarios de la calzada.-

Razones similares hacen que los standards deban ser cumplidos por razones económicas y para facilitar y bajar los precios de enormes instalaciones de alcance colectivo como los sistemas de televisión, radio y grabación.-

El tema de la seguridad jurídica se encuentra exaltado en estos temas frente a los otros valores u objetivos sociales competidores.

Neutralidad ética de las normas administrativas y Comerciales

Una mención aparte merecen las normas comerciales.- Parecen de recibo claramente los argumentos de Pound, en el sentido de que es muy importante el derecho comercial esté imbuido de consideraciones valorativas, y que esas consideraciones sean francamente compartidas por la comunidad.-

Por ejemplo la protección a los accionistas minoritarios, o la democracia en el funcionamiento de las grandes sociedades comerciales, no tiene en absoluto un valor neutro sino que por el contrario, determina las grandes líneas de acción de la economía, y son fundamentales en un país subdesarrollado.

También es importante que la población comparta las grandes líneas que el sistema establece para la canalización del ahorro y la inversión, inclusive el

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

sistema bancario, así como que el sistema bancario comprenda las necesidades comunitarias de ahorro e inversión, tomando las decisiones adecuadas.- Si la comunidad no comparte las normas, estas deben ser modificadas.-

El tema crece en importancia en momentos de cambio y cuando hay grandes sectores marginados de la economía formal hacia la llamada economía informal.-

Mas que en otras cosas, en esto, vemos los resultados de la separación tajante entre la moral y el derecho.-

Reglas Objetivas

Responsabilidad sin Culpa

También se ve un argumento adicional que justificaría una aguda distinción entre el derecho y la moral, en las situaciones jurídicas de responsabilidad objetiva o responsabilidad sin culpa, que existe en el derecho privado muy excepcionalmente y en la penalización creciente de conductas que previamente se pensaba que no eran censurables.

Un ejemplo del caso uno, es la responsabilidad por accidentes de tránsito en que algunos países ponen al automovilista o dueño del vehículo en una situación de tener que indemnizar sin tener en cuenta su culpa (Francia).

Otro caso se da, en ciertos casos en que la creciente penalización del derecho privado, a veces por la legislación de alquileres, o de derecho fiscal, ponen a las personas en situaciones de responsabilidad penal.

Ambas situaciones deben sacar su justificación de necesidades de la comunidad, y en base a esas necesidades se deben en definitiva imputar una responsabilidad, lo cual en todos los casos significa un pronunciamiento de hondo sentido moral.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Efectos de la Integración entre Moral y Derecho

Por el contrario, la integración entre moral y derecho, fortalece la expectativa a una salida correcta del dispositivo jurídico, fortalece la confianza de la población en el sistema judicial, y el mismo tendrá posiblemente un actitud expansiva en su actividad.

Ningún sistema judicial del mundo podrá evitar la injusticia en forma definitiva, pero sí podrá repararla cuando el daño se ha producido, prevenir las actitudes de corrupción y de abuso de poder, y permitir a la población el pleno desarrollo de sus posibilidades económicas y culturales con la mínima fricción posible.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Argumentos conducentes a la integración

Existen numerosas razones para una revisión del tema, y plantear una

revisión que conduzca a una integración entre la moral y el derecho.

En rigor, dice Ripert, "no hay entre la regla moral y la regla jurídica diferencia alguna de dominio, de naturaleza y de fin. Ni puede haber, porque el derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo es una idea moral." Entre ellas existiría apenas una diferencia de carácter, pues la regla moral se convierte en jurídica, como dijo Gény: "gracias a una injunción mas enérgica y a una sanción exterior necesario al fin a ser alcanzado."

Todos los elementos críticos, que en América Latina particularmente denuncian corrupción en el gobierno, burocratización, centralización excesiva de la autoridad política y económica, desconfianza generalizada de la población en los

dispositivos de justicia, falta de participación popular en los mismos, inadecuación casi absoluta de los sistemas penales a las condiciones locales, generalización de la violencia, y otros, son argumento que conducen a una revisión integradora entre la moral y el derecho.

Cabría no obstante destacar algunos:

Fracaso del Derecho ante la Inmoralidad

El fracaso del derecho al prohibir algunas conductas las cuales todo el mundo mira como inmorales o a la inversa, el derecho triunfa en imponer conductas que la comunidad mira como inmorales es presentado en algunos foros como un argumento final en el tema de las relaciones entre el derecho y la moral, en el sentido que la separación tajante y absoluta explica fenómenos que de otra forma no tendrían explicación.

El primer caso se ejemplifica por el fracaso del derecho en evitar la corrupción, las dificultades para perseguir los delitos de cuello blanco, y recientemente problemas severos para garantizar la seguridad ciudadana. El segundo caso se representa por el hecho de la imposición de condenas inicuas a inocentes, o por los genocidios durante las guerras, (también en tiempos de

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

paz), incluso por la reclusión en prisiones que todo el mundo conoce como no aptas para su función y verdaderas cubas de fermentación de futuros delitos y delincuentes.-

Son estos casos donde el derecho y el estado, están distanciados de la comunidad por valoraciones diferentes, a veces opuestas.-

Pero la solución a esta dicotomía no consiste en la resignación perpetua derivada de una presunta separación abstracta entre órdenes jurídicos abstractos, sino en ajustar las salidas de la producción jurídica, en el sentido de elevar su calidad, y desde luego en moralizar las soluciones jurídicas: es decir evitar la corrupción, perseguir los delitos de cuello blanco, tomar medidas eficientes para garantizar la seguridad ciudadana, evitar las condenas injustas a inocentes, y elevar las condiciones en las prisiones en una medida compatible con la actuación judicial.

Siempre se vuelve a las soluciones típicas integradoras, en el sentido de estudiar el derecho con mas realismo, responder a los requerimientos de la comunidad mas que los de el Estado, algún grado de participación ciudadana en la justicia y en la policía, el carácter público de los procesos, y reformas radicales en la educación jurídica parecen imperativos, y respuestas adecuadas a los enfoques fatalistas que ven en la separación de la moral y el derecho un destino final (y horrible) para la comunidad.

Hay desde luego mecanismos en los que debe enfatizarse en este proceso de ajuste entre el derecho y los valores colectivos vigentes. Uno de ellos, es la introducción del análisis realista, que permite ver el derecho aplicado.-

En efecto, cuando estudiamos el derecho declarado, estos fenómenos no se notan, porque la corrupción, los delitos de cuello blanco, la imposición de condenas de reclusión en condiciones antisociales y degradantes están sencillamente prohibidas por el derecho en todos lados. Sólo el análisis de la realidad social y del derecho realmente aplicado, permite detectar que en algunos lados el problema es mucho mas grave.-

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Éxito del Derecho inmoral.

La ley injusta

El tema donde usualmente coliden las posiciones encontradas sobre la moral y el derecho, es en el tema de la ley injusta. Las posiciones jusnaturalistas sostienen que el sistema judicial debe abstenerse de aplicarla, mientras las posiciones positivistas coinciden con la expresión de Bergbohm citada en el tema anterior.-

Pero aún cuando se admita que es deber del jurista negarse a la aplicación de la ley injusta, queda pendiente el tema de si debe renunciar a su cargo y negarse a legitimar una situación de injusticia, o si por el contrario, debe estudiar hasta qué punto el orden jurídico le permite dictar la solución que en su conciencia corresponde y se indica como la más justa.-

El tema nos invita a una mirada sobre las fuentes jurídicas admitidas, aún en los países latinoamericanos, y reflexionar sobre si el o los órdenes jurídicos implicados tienen la suficiente flexibilidad para permitir una solución de justicia flexible, y que al mismo tiempo permita una razonable seguridad jurídica.-

Como en el tema de la moral, en el tema de las fuentes, encontramos una cierta tendenciosidad de la doctrina, muy influido por sus precedentes romanos de la decadencia, en el sentido de favorecer a la ley sobre el resto de las fuentes.-

Cabe puntualizar en este sentido, que la primera de las fuentes, no es la ley, sino la constitución, y este hecho muy importante no suele señalarse con la energía que merece.- La ley, tiene una jerarquía muy inferior a la constitución, y sólo debe ser aplicada dentro de los principios constitucionales.

Pero esto es solo el principio del problema, ya que la constitución contiene una gran cantidad de principios generales del derecho, como los propios derechos humanos, en forma explícita e implícita. Incluso aquellos principios implícitos en la constitución, deben considerarse positivados y de

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

jerarquía superior a la ley en base al texto claro del artículo 72 de la constitución uruguaya.-

Debe destacarse que al amparo de una disposición similar en la Argentina, la Suprema Corte Federal argentina dio andamio a una demanda de divorcio, a pesar que estaba estrictamente prohibido por una ley de registro civil que tenía casi 100 años de antigüedad y aplicación pacífica.-

Se consideró que esa norma no estaba de acuerdo con las valoraciones vigentes sociales, que contradecía derechos humanos implícitos en el texto constitucional y por consiguiente fue declarada inconstitucional.-

Esa sentencia de 1986, fue el ingreso al mundo del derecho privado del divorcio en la Argentina. Poco tiempo después, se dictó una ley en el mismo sentido que la sentencia.-

Recientemente ha habido una concentración del interés de los filósofos del derecho en la naturaleza del razonamiento legal, y esto promete una revisión en el enfoque analítico al concepto de derecho. Es sabido ahora que razonamiento legal no puede ser propiamente descrito de acuerdo a un modelo deductivo-inductivo, sino más bien consiste en una mezcla de argumentos más o menos persuasivos, los cuales son peculiares solamente de la forma en la cual se interlinea una estructura de precedentes autoritarios con los tipos de criterios los cuales están en los cotidianos procesos de decisión moral y de prudencia. De esta manera, un estudio del pensamiento legal incluye o supone un renacimiento de las nociones clásicas de retórica. Un importante trabajo pionero en este campo ha sido hecho por los filósofos belgas Chaim Perelman y Olbrechts en su libro Tratado de la Argumentación. Estos estudios arrojan algunas dudas en la tradicional insistencia positivista sobre la elucidación del concepto de derecho primariamente en términos de una estructura de normas válidas. Si principios y máximas más difusos juegan un rol vital a todos los niveles de elaboración de decisión del sistema jurídico, uno puede percibir hasta qué punto consideraciones de ética y política son construidas en las fábricas del sistema legal, más fácilmente que en la tradicional posición positivista. La aguda separación entre derecho y moral, la cual ha caracterizado la posición positivista, deviene difícil de defender cuando las estrechas similitudes entre el razonamiento moral y jurídico se ponen de manifiesto. De esta forma, estudios contemporáneos del pensamiento legal, abrigan alguna promesa de superar la antigua división entre las tradiciones positivistas y jusnaturalistas. Diccionario de Derecho Graham Hughes.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Moralismo y legalismo en la confrontación moral y derecho

Hemos dicho en paginas anteriores, que una parte medular de la discusión sobre la moral y el derecho consiste en determinar hasta que punto, la legislatura tiene poderes que le habilitan para actuar en contra la moralidad básica.

Kelsen ejemplifica claramente la posición de los partidarios de la separación estricta entre el derecho y la moral,

Invoca así la tendencia democrática a la centralización, observada ya por los clásicos, pero mientras que en éstos esa tendencia es un defecto que hay que corregir⁷, en Kelsen, es una tendencia que hay que seguir⁸

Desde luego que en la medida que la posición no legalista triunfa, las diferencias entre el derecho y moral tienden a atenuarse, e incluso a desaparecer.

En nuestra opinión, parece clara la razón que asiste a los partidarios de la unificación de la moral y derecho, y de la aplicación prioritaria de los valores de justicia al derecho común.-

Parece evidente, que precisamente el legalismo, no solamente fomenta la existencia de fuertes desigualdades dentro del orden social, sino que además estimula a que estas desigualdades sean totalmente injustas e inadecuadas y gravemente irritantes para las grandes mayorías de la población.-⁹

⁷ Véase por ejemplo Tocqueville, La Democracia en América (Edición Mayer)

⁸ Dice Kelsen textualmente: Donde con más claridad se revela el carácter racionalista de la democracia es en su aspiración a organizar el orden estatal como un sistema de normas generales, preferentemente escritas, en las que los actos individuales de la administración y la jurisdicción se hallen determinados del modo más amplio posible, pudiendo considerarse como previsibles. A la democracia es inmanente la tendencia a situar en la legislación el centro de gravedad de las funciones estatales, convirtiéndose en Estado legislativo. El ideal de legalidad desempeña en ella un papel decisivo, así como la creencia de que los actos políticos individuales pueden justificarse racionalmente, por su legalidad. En la democracia, la seguridad jurídica reclama la primacía sobre la justicia, siempre problemática; el demócrata propende más al positivismo jurídico que al Derecho natural. La autocracia, por el contrario, desprecia esta racionalización del orden colectivo,; evita en lo posible la vinculación jurídica del imperante y sus auxiliares, los cuales actúan como representantes y servidores personales suyos, pero no como órganos del Estado a la manera democrática. Kelsen: Esencia y Valor de la Democracia.

⁹ "El legalismo fortifica al estado, mediante el procedimiento aparente de limitarlo, porque la remisión a un sistema de reglas aumenta la legitimidad del estado moderno y por lo tanto su autoridad o poder efectivo. A medida que el estado liberal crece mas fuerte, el reduce a las otras fuerzas que se desarrollan en

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Conclusiones sobre Moral y Derecho

El alcance de la distinción entre la moral y el derecho, surge con claridad en cuanto a ciertos aspectos de la vida social que de alguna manera quedan mas iluminados o mas en las sombras.

Uno de los mas claros efectos, surge de la propia aplicación jurídica, que pasa a ser un fenómeno tecnocrático y desde luego ajeno a la moralidad corriente. Surge así el perfil del jurista que conoce a fondo la tecnología jurídica, pero que no tiene una conducta moral.

La infracción moral, y la picardía profesional, no son un producto de la separación entre el derecho y la moral, pero el atribuirle un carácter respetable a estas actitudes y establecer un doble standard de valoración y comparación entre moralidad y "técnica jurídica", esto sí se debe en primer lugar y casi exclusivamente al hecho de la separación entre el derecho y la moral.

Las limitaciones que introducen a la definición del derecho la concepción formalista del mismo, excluyen por ese sólo hecho los fenómenos morales del campo jurídico.

Si sólo pueden ser considerados como derecho aquellos fenómenos que cumplen con las formas jurídicas, es obvio que los fenómenos morales no cumplen con este requisito y por lo tanto serán un fenómeno distinto y ajeno al estudio del fenómeno jurídico.

De allí que la concepción estatal formalista del derecho, a través de sus escuelas como la positivista, como la escuela analítica del Derecho (Austin), o

el mercado. Esto fortifica la posición de aquellos que controlan la propiedad.

La justicia formal es ventajosa para aquellos con poder económico, además mediante el énfasis formal como opuesto a los criterios sustantivos de decisión, se desestimula el uso del derecho como un instrumento de justicia social.

La justicia formal, no solamente es repugnante a los poderes autoritarios y reglas arbitrarias; sino que también se opone a los intereses democráticos. La justicia formal, necesariamente abstracta, no puede considerar los temas éticos que levantan tales intereses; tal abstención, por lo tanto, reduce la posibilidad de hacer realidad la políticas sustantivas defendidas por los grupos populares. Por lo tanto, ciertos valores democráticos y tipos de justicia social solo podrían ser alcanzados al costo de sacrificar el estricto legalismo."

Trubeck, Max Weber on Law and the Rise of Capitalism, 1972 Wis. L. Rev. 748.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

el positivismo idealista (Kelsen), se esfuerzan por demostrar diferencias esenciales e irreconciliables entre la moral y el derecho tendientes a demostrar no sólo que son fenómenos substancialmente diferentes, sino que ajenos entre sí, y que el fenómeno moral debe quedar fuera del interés y de la discusión del jurista.

La discusión sobre este tema, es en un principio académica, pero el alejamiento del área moral de la discusión jurídica, produce una panoplia de consecuencias, que trascienden ampliamente la vida forense, que se reflejan en fenómenos cotidianos de la vida social y de la propia educación jurídica.

Dicho con otras palabras, si el derecho por definición excluye fenómenos morales, la aplicación del mismo se convierte en un fenómeno tecnocrático de determinación lógico sistemática, como el agente puede tener otras convicciones, la designación del agente debe seguir ciertos standards tecnocráticos que eviten que estas convicciones puedan afectar la neutralidad necesaria en su trabajo, de la misma forma, la preparación del agente debe ser neutral, y evitar en lo posible entrenar para la valoración. La enseñanza memorística puede resultar lo más adecuado.

En caso contrario, es decir, en caso que se suponga que el derecho y la moral pueden ser fenómenos similares, o al menos no necesariamente separados, puede inferirse, que es importante designar agentes de primera jerarquía, cuyas valoraciones coincidan en lo posible con las definiciones más generales del sistema establecidas por la constitución, por consiguiente el perfil del agente jurídico debe ser ético y valorativo. En la enseñanza debiera entrenarse particularmente para esta función, y la función del propio profesor de derecho debiera ser ejemplificadora y modélica.-

Los efectos de esta distinción son muy importantes en muchas ramas vinculados con el derecho, he aquí algunas de ellas.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Función de la Historia del Derecho en el Tema de la Moral y el Derecho

La tradicional posición positivista y su alejamiento entre moral y derecho han conducido a graves consecuencias sociales que de muy antiguo azotan a los pueblos latinoamericanos.-

El estudio histórico podría en todos los casos haber arrojado luz y ayudado a rectificar rumbos en un proceso que ha abarcado siglos. Sin embargo, la historia del derecho, fuertemente influida por la escuela historicista usó su ciencia para prohibir cualquier tipo de cambio más que para facilitarlo. El método historicista ayudó en este sentido, ya que el corte histórico de épocas particulares (derecho romano, derecho medioeval), ha permitido acercarse al estudio de la historia con el método jurídico exegético, ante el cual se ha abandonado el método sociológico y el propio método histórico. Así es posible en pleno siglo XX, hacer un estudio en profundidad del derecho romano, sin estudiar la esclavitud, una institución que no solamente es el eje económico de la sociedad antigua, sino también su lastre que le impidió el desarrollo industrial y científico.

También se puede hacer un estudio en profundidad del derecho romano, sin decir una palabra del cristianismo, que surge en la época de oro del derecho romano, y constituye la más formidable revolución moral de occidente de toda su historia, que entre otras cosas contribuye a eliminar la esclavitud de la sociedad antigua.-

Pero también se puede y se suele hacer un estudio a fondo del derecho romano, por ejemplo, confundiendo las influencias que inciden en su conformación. Así por ejemplo, se introducen instituciones bizantinas y orientales con el nombre de derecho romano, cuando en realidad tienen otro origen.

Casi todo el derecho de Justiniano, no es romano, sino bizantino, y las citas a los juristas romanos clásicos es sencillamente un adorno para la

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

sociedad decadente bizantina que adopta ese derecho.- Así en los días que corren, resulta una tarea embarazosa y casi imposible una reforma racional del proceso penal en América Latina, destinada a contemplar derechos humanos fundamentales, y conforme a nuestra tradición Americanista. La dificultad se origina, principalmente en la paciente tarea de los historiadores del derecho y sus conclusiones introducidas a sangre y fuego en generaciones enteras de juristas latinoamericanos a través de una apología de la organización bizantina, introducida en el sur de Europa en el siglo XIII por el fenómeno conocido como Recepción del Derecho Romano en Europa continental. El fruto de este proceso con relación a España, consiste en la Legislación de Partidas.

El legado jurídico español a América Latina no pudo ser cambiado por las revoluciones democráticas y liberales.

El primer intento de reforma judicial, constituye el movimiento constitucionalista de principios del siglo XIX.

A pesar de la claridad de sus enfoques y del énfasis puesto en sus objetivos, el movimiento de reforma judicial anexo al constitucionalismo democrático fracasó, como ha expresado el maestro Couture, América Latina, paso a hacer sus constituciones mirando al futuro y sus códigos mirando al pasado.-

Hoy al final del siglo XX, no se logra aún cambios sustanciales en la democratización de las instituciones jurídicas latinoamericanas, y la persistencia durante dos siglos de una ideología dominante democrática, de formas procesales centralizadas e imperiales, configura una verdadera proeza de los enfoques mas conservadores de la enseñanza del derecho y de la historia del derecho, sólo posible por la total exclusión de la valoración de los terrenos señalados, lo que a su vez sólo ha sido posible por una clara, nítida y absoluta distinción entre la moral y el derecho.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Función de la Educación Jurídica.

El operador jurídico

Compromiso o neutralidad ética:

El tema de la moral y derecho puede esquematizarse como dos formas de entender el derecho, con y sin compromiso moral del operador del derecho.

Las teorías y opiniones que sostienen la conveniencia o necesidad de que el operador no se involucre, generalmente asociados con los enfoques formales y positivistas, representan un sector de opinión muy extendido en el área latinoamericana de derecho así como en Europa en el período comprendido entre las dos guerras mundiales ¹⁰. Esta concepción llegó a afirmar que una de las virtudes más nobles del jurista se revelaba en su capacidad de aplicar al derecho infame, ya que de esta forma se revelaba objetividad y ausencia de compromiso.

En el otro extremo, se encuentra la tesis que aconseja el compromiso ético o estimativo del operador, una opinión muy extendida en el área anglosajona y en la europea de postguerra. El Juez debe actuar según sus convicciones y valores, y si las presiones emergentes del entorno le hacen fallar en un sentido diferente, debiera abstenerse o renunciar. Una notoria excepción a lo antedicho lo constituye la obra de Hart sobre Moral y Derecho, donde se infiere la concepción positivista a pesar que notoriamente este es un autor inglés. No representa el punto de vista predominante en su región, constituyendo un fenómeno similar a las obras de Bentham en favor de la codificación, que pese a su notoriedad no influyeron en su propio país.-

¹⁰

Primera Guerra: 1914 a 1918; segunda guerra mundial: 1939 a 1945.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Efectos de la unificación o separación teórica entre Moral y Derecho

Los efectos de esta distinción son muy importantes en muchas ramas vinculados con el derecho, he aquí algunas de ellas.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Efectos de la Unificación Moral y derecho.		
Jusnaturalistas, valorativos, Jurisprudencia Sociológica Praxis Jurídica Angloamericana		
Etapa de Conocimiento o aplicación jurídica	Principal resultado o efecto de la unificación	Resultados o Efectos Secundarios
Aplicación Jurídica	Compromiso Personal con las Soluciones	Orientación Hacia los Valores Dominantes
Ley Injusta	Inaplicable	Fuentes Alternativas
Interpretación de Las Leyes	Métodos Creativos	Rechazo al Piedeletrismo
Designación de Jueces y Operadores	Acuerdo con Principales valores Sociales Perfil ético	Valores Personales Mayor Edad
Enseñanza Profesores	Valores Personales	Capacidad de Comunicación y Liderazgo
Enseñanza Alumnos	Enseñanza Formativa Desarrollo Personal	Facultades críticas
Enseñanza Métodos	Socráticos De casos	Estímulo a Enjuiciamiento Crítico
Historia del Derecho	Método Histórico	Enfoques Críticos
Investigación	Métodos Sociológicos	Ingeniería Social

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Separación entre moral y Derecho.		
Positivismo Formalista, Escuela Analítica (Austin) Positivismo Idealista (Kelsen) Praxis Jurídica Latinoamericana		
Etapa de Conocimiento o aplicación jurídica	Principal resultado o efecto de la separación	Resultados o Efectos Secundarios
Aplicación Jurídica Fuentes del Derecho	Ausencia de Compromiso Personal con las Soluciones. La ley es la única fuente práctica	Orientación reglamentarista. Lo no reglamentado es una "laguna"
Ley Injusta	Dura lex Sed Lex	Descalifica fuentes Alternativas. Incluso la Constitución.
Interpretación de Las Leyes	Exégesis y Conceptualismo	Piedeletrismo
Designación de Jueces y operadores	Perfil tecnocrático	Carrera Judicial
Enseñanza Profesores	Perfil tecnocrático.	Carrera Docente
Enseñanza Alumnos	Conocimiento cuantitativo	Enseñanza Memorística
Enseñanza Métodos	Método magistral	Estudios Pasivos No-Críticos
Historia del Derecho	Historicismo	Enfoque conceptualista no-crítico
Investigación	Conceptualismo	Conservadurismo

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Necesidad y objetivos del cambio.

Couture:

respuesta a Josserand.

En el ensayo de Josserand. *Un Ordre Juridique Nouveau*, se denuncia una tendencia hacia una pérdida de contenido moral en el derecho. No sería por el hecho de hacerse inmoral, sino por una sustitución de ideas progresiva, hacia la mera tecnificación.

Dice sobre esto Couture:

“Cabe preguntarse qué se entiende por amoralización del derecho.

Es evidente, por lo pronto, que no se ha manejado los conceptos derecho y moral en su sentido trascendental, ontológico. Ni el derecho es allí (en el ensayo de Josserand. *Un Ordre Juridique Nouveau*) otra cosa que el derecho positivo, escrito actual, localizado; ni la moral es otra cosa que la moral práctica convencional, la moral que dio leyes al irreductible derecho natural, cuya desvalorización se lamenta todavía en las páginas finales de *Un Nouveau Ordre Juridique*.

Su ideas (las de Josserand) son las de aquella distinción elemental, de primer plano, tan nítidamente revelada por Recassens: “la moral como dimensión de interioridad; el derecho como dimensión externa de la vida”.

Y en ese campo, donde el mundo de los valores aparece como ceñido y apretando las cosas hasta sus más menudas proporciones, se nota la ausencia del enfoque fundamental.

¿En nombre de qué razón moral, se afirma que se “amoraliza” un derecho, cuya intención (lograda o no lograda, lo que es ajeno a esta consideración) es la de disminuir el desnivel y la angustia que las vigorosas coacciones económicas crean entre los individuos?

¿Podrá decirse acaso, que es lo moral la desigualdad y lo amoral, lo neutro en el orden ético el intento de aproximación;

¿No será acaso, la verdad, la honda verdad, la premisa contraria?

Se dirá entonces, que en la pretendida nivelación, no se realiza el bien a quienes lo merecen, a quienes la opresión vital desfibra dolorosamente a pesar de todos los privilegios que el poder público quiera conferirles. Que, por el contrario, la legislación de excepción se hace para los grandes peces, expertos en escurrir por los gruesos claros de la trama de la ley. Que al amparo de esa legislación para los dolidos del dolor de vivir, halla protección la numerosa familia de los destinatarios impuros de la ley, de los que siempre tienen un medio de acogerse al bien que otros merecen y no Ellos. ¹¹

¹¹ Couture, Eduardo J. “Espíritu y Técnica en el Derecho Contemporáneo” Buenos Aires, Imprenta de

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

El Cambio en América Latina

La situación en América Latina en general y en particular en Uruguay, parece evolucionar hacia un acercamiento progresivo de los conceptos de moralidad y derecho.

Uruguay fue un pionero en esta materia, ya que esta posición era fervientemente defendido por Eduardo Couture en un momento en las ideas Kelsenianas sobre el tema imperaban pacíficamente en América Latina.

Una aplicación creativa por parte de la jurisprudencia del art. 72 de la Constitución Uruguaya, que establece la existencia y vigencia efectiva de derechos humanos no establecidos en la Constitución, da un necesario apoyo de derecho positivo a la tesis que ha encontrado suficiente apoyo jurisprudencia, aún cuando el fondo del asunto continúa discutiéndose.

Para la selección y formación de magistrados parecen también haberse tomado en cuentas criterios unificadores entre el derecho y la moral. Así en un documento de la Facultad de Derecho se dispone:

"Declarar que ha de tenerse especialmente en cuenta para la dirección y enseñanza en el Centro de Estudios Judiciales a juristas que reúnan junto con la adecuada capacidad de conocimientos y comunicación de los mismos, una probada aptitud por sus condiciones psicológicas y éticas para el desempeño de la magistratura, en especial en cuanto a su conducta imparcial y valor personal y social, capacidad decisoria, respeto de las personas, comportamiento democrático, todo ello explicitado en su vida personal y profesional."¹²

la Universidad (1938).

¹² Resolución del Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de fecha 6 de diciembre de 1990, Boletín N° 48

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Los instrumentos del cambio.

El entorno legal, principalmente en los países subdesarrollados está comenzando a cambiar, y puede avisarse un cambio inminente en el buen sentido que conduce a una progresiva moralización del derecho y a una refundamentación de la democracia política en las naciones en desarrollo.

La atención puesta en los derechos humanos, y en los equipos de aplicación jurídica, así como los mecanismos de formación jurídica parece que conducen inequívocamente en esa dirección.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

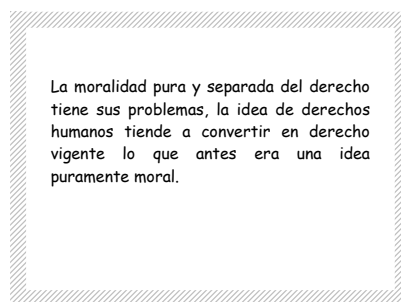
Derechos Humanos

La creciente atención puesta en los derechos humanos, es un poderoso instrumento hacia la moralización del derecho.

Muchas situaciones que hace 20 años podían considerarse como “meta-jurídicas” hoy se consideran que están violando derechos humanos elementales protegidos concretamente por la fuente jurídica constitucional.

Esto ha sido posible, no por el cambio del derecho objetivo, que básicamente sigue siendo el mismo, sino por cambios profundos en los valores sociales y en los esquemas de interpretación de las leyes.

El caso de divorcio en la Argentina citado en el apéndice es un ejemplo elocuente de una situación que fue creada hace un siglo, y que durante la primera mitad del siglo no llamó la atención como violatoria de derechos humanos elementales. En cambio en la segunda mitad del siglo, se considera que transgrede esos derechos humanos.¹³



La moralidad pura y separada del derecho tiene sus problemas, la idea de derechos humanos tiende a convertir en derecho vigente lo que antes era una idea puramente moral.

El problema parece claro considerado desde el punto de vista de la necesidad de moralizar el derecho.

Pero recientemente se ha agregado un nuevo punto de vista, que es la necesidad de reformular los propios planteos morales alicaídos por la falta de cumplimiento de los mismos, y el efectivo triunfo de injusticia y la inmoralidad.¹⁴ El mérito del planteo, es que tanto desde el mundo del derecho

¹³ Véase en el apéndice sentencia de la Suprema Corte de Justicia Argentina de 1986.

¹⁴ Authors: Klug, Francesca Can human rights fill Britain's morality gap? Political Quarterly. v. 68, Apr./June 1997, p. 143-52. RESUMEN La parte de una sección especial sobre derechos humanos en Gran Bretaña. Al discutir hasta qué punto los derechos humanos pueden unir la brecha de moralidad de Gran Bretaña, el escritor considera si hay una conexión entre el montaje de apoyo para una Declaración de Derechos Humanos y el penetrante llamado para una cruzada moral. Ella pregunta si los dos son mutuamente incompatibles, como ha sido argumentado por algunos tratadistas y políticos, o si una Declaración de Derechos Humanos puede servir como medio de transmitir valores éticos reforzando cohesión social en Gran Bretaña. Ella considera el peligro a los valores morales representado por el relativismo; nota como una hebra importante en la discusión sobre valores morales culpa una cultura de derechos por crear un individualismo agresivo que arruina el sentido histórico de país de comunidad; discute hasta que punto es posible que, más bien que crear una declinación moral, la idea de derechos humanos podría ofrecer sociedad una base legítima común para valores fundamentales esa carencia de gobierno y religión; y examina el impacto que la adopción de los valores de derechos humanos podrían tener sobre valores que conforman la vida nacional Británica.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

como del mundo de la propia moralidad, se ve la utilidad de la integración de ambas, y los derechos humanos, fuera de toda duda, son una efectiva herramienta para los juristas, que opera mediante la conformación de un orden jurídico más justo y que introducen las herramientas y las modificaciones necesarias en el capítulo de las fuentes del derecho.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Es obvio que un mundo donde los derechos humanos fundamentales en el sentido que han sido declarados tales por las Naciones Unidas, será un mundo mejor y mas moral, pero para ello requiere que esos derechos se cumplan, y sean efectivamente llevados a la práctica por los tribunales, y no se queden en la parte programática de las constituciones y los discursos mas o menos bien intencionados de políticos y religiosos.

Las constituciones, además de documentos programáticos son poderosas fuentes de derecho, y en manos de juristas morales e inteligentes pueden ser una eficiente herramienta de cambio político y social.

Pero esto es muy difícil, en un entorno jurídico hostil, donde se sacraliza los códigos civiles y se desprecian las constituciones.

Couture, hablando de América Latina, dijo que aquí se hacen los Códigos mirando al pasado y las constituciones mirando al futuro.

La vigorosa introducción de los derechos humanos en el mundo del derecho práctico operada recientemente, puede y debe cambiar ese estado de cosas.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Publicidad de los Juicios

El primer movimiento constitucionalista que condujo a América Latina a la emancipación del imperio Español, estuvo ampliamente inspirado en el constitucionalismo democrático norteamericano, y las primeras constituciones latinoamericanas constituyen, sin duda, el primer intento masivo de reforma judicial internacional para América Latina.

Los constituyentes latinoamericanos establecieron casi sin excepciones la obligatoriedad de los juicios orales, y con cierto tipo de participación popular, como los jurados populares.

El siglo XIX, estuvo signado por la lucha entre el enfoque borbónico, del juicio escrito la legislación de partidas y la codificación, por un lado y el constitucionalismo democrático por el otro.

El triunfo correspondió a los primeros, y el proceso se estableció en los carriles romanistas del escrituralismo, en sus versiones mas secretas y extremistas.

Muy entrado el siglo XX, nos dice Couture: ¹⁵

“Las ventajas de la publicidad no pueden ser puestas en duda. Cada tanto tiempo, cuando se debaten estas cosas, se repite el famoso aforismo de Mirabeau: no le temo a los jueces, ni a los mas abyectos, ni a los más depravados, ni a mis mismos enemigos, si es que su justicia deben hacerla en presencia del pueblo. Todos sabemos bien que el pueblo es el Juez de los Jueces.”

Enseñanza jurídica.

La enseñanza jurídica en América Latina debe desempeñar un papel de mayor importancia en el cambio.

Vimos en líneas anteriores que el cambio de perfil del operador jurídico de agente del estado y la codificación, a un agente de derecho y el cambio

¹⁵ Eduardo Couture, La Justicia Inglesa, in Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. La Constitución y el Proceso Civil. pag. 153 y ss.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

moral, no se hace en forma automática, y en los hechos es muy difícil de lograr.

En ese entorno, la educación jurídica tiene particulares responsabilidades en cuanto formadora de los agentes u operadores jurídicos, y capacitarlos al menos para optar por un rol acorde a las exigencias comunitarias.

Es muy claro que la enseñanza jurídica tradicional, jerárquica y autoritaria, basada en la clase magistral y en la memorización, puede convertirse por sí sola en un obstáculo formidable para la viabilidad de cualquier nuevo enfoque en el área del derecho.

Desde el punto de vista opuesto, la enseñanza participativa, el método de casos aplicado con moderación e inteligencia, una atención firme al tema de los valores y un escrutinio crítico del sistema de derecho a medida que se estudia, parece que tendría la capacidad de formar profesionales con posibilidades de ocupar un rol de importancia en un nuevo estado de cosas.

Desde luego, que cambios de tal magnitud requiere de decisiones políticas de primer nivel, y el consenso del profesorado y estudiantes.

Todo esto sería casi imposible de realizar, si se partiera de un estatus económico muy elevado y de fácil manutención.

Pero las realidades económicas parecen ser las opuestas. Las profesiones jurídicas han sido duramente afectadas por las crisis económicas de fin del siglo XX, las que se han agravado por la virtual falta de funcionamiento del sistema judicial debido a regímenes de facto y a conflictos laborales y sectoriales.

A pesar de ello, la demanda de conocimientos jurídicos de la población en su conjunto crece en forma llamativa, y aparentemente con escasa vinculación a las dificultades señaladas anteriormente.

Una mirada a un futuro de mediano plazo, posiblemente indique la profundización de las crisis, y la difusión de la falta de empleo en la profesión jurídica.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

El cambio, trae mucho mas trabajo. Alcanza con pensar que el juicio oral, implica mas plazas de trabajo para jueces y abogados, si se instituyeran los jurados serían aún mas los lugares.

El cambio trae mas posibilidades, y el creciente número de postulantes permite mejorar la calidad de los operadores.

Pero, este es un enfoque optimista, que parte de la base que los operadores particulares de la enseñanza del derecho estén atentos a los cambios que se están produciendo, y compartan las opciones valorativas adecuadas al momento.

Por ahora, esto, no está demostrado que esté sucediendo, pero el futuro mas o menos inmediato, se explayará en hechos concretos.

Conclusiones Finales

El entorno jurídico latinoamericano es uno de los últimos reductos del positivismo formalista y con un alto grado de centralización político-jurídica en un ambiente de aguda separación de moral y derecho.

Esta separación, no es una necesidad científica (el opuesto parece ser mas certero), sino que mas bien es un artilugio trabajosamente elaborado al compás de las necesidades de una ideología de la autoridad y jerarquía.

Las consecuencias, de la iluminación de estos aspectos pueden ser numerosas y provechosas, algunas:

A) La unidad entre moral y derecho conduce al carácter moral en el jurista como elemento esencial.

De allí se infiere:

La designación de jueces debe estar precedida por carreras jurídicas acordes.

Lo mismo la formación jurídica.

Este deberá estar regida por principios formativos para el estudiante y modélicos para el profesor.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

B) En lo funcional, la unidad entre moral y derecho, tratará de no aplicar la ley inmoral o injusta, y aún aquella que sea moral, pero que aplicada a un caso particular conduzca a consecuencias inmorales o injustas, todo en base a criterios valorativos en vigencia para la comunidad.

C) También en lo funcional, se luchará por la vigencia del derecho en aquellas situaciones donde sea patente el fracaso del mismo frente a la inmoralidad.

Los terrenos de la corrupción, los delitos de cuello blanco, son amplios campos de acción prácticamente vírgenes para los latinoamericanos.

Después de la segunda guerra mundial, muchas personas pensaron en Europa que si la actividad judicial de esos países antes de la guerra hubiese estado inspirada por criterios de moralidad y justicia, muy posiblemente, los caminos que condujeron al entronizado de los gobiernos de fuerza en forma previa a la guerra, no se hubieran comenzado a recorrer, y que la misma guerra quizás no hubiera sucedido.-

La introducción de la moralidad en el accionar cotidiano de la justicia lleva a poderes judiciales más fuertes, a un mayor compromiso del jurista con la comunidad y con la opinión pública y a un mayor control de la burocracia estatal y privada.-

Estas soluciones han demostrado, que pueden combinarse con el gobierno popular de las democracias sin levantar resistencias y por el contrario elevando el entramado social.-

Este estado socio-jurídico, ha surgido en su teoría y en su práctica en el siglo XX, sobre los flexibles esquemas del constitucionalismo democrático liberal.-

La moderna estructura de la democracia constitucional no fue tenida a la vista por el filósofo griego Platón (Siglo V A C).

No obstante, una de sus mas fuertes intuiciones estaban referidas a las formas que adoptaría el gobierno del futuro con una clara visión de la insuficiencia política de las fórmulas de la ciudad antigua.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

En su obra "La República", el filósofo imagina al estado ideal como un gobierno de hombres sabios como la única fórmula posible para obtener un equilibrio pacífico entre los distintos estratos de la población.

Las modernas fórmulas del constitucionalismo democrático, de la ingeniería jurídica social y el gobierno de los jueces y la participación popular democrática en la justicia estaban muy lejos de las posibilidades de conocimiento del filósofo de la antigüedad. Sin embargo, Platón no podía imaginar una comunidad sin la primacía y el gobierno práctico de hombres sabios y experimentados.

Hasta que esto no suceda, dice Platón, ... "las ciudades nunca descansarán de sus maldades ni tampoco la raza humana; y sólo entonces tendrá nuestro Estado una posibilidad de vida y contemplará la luz del día."

Fuerza, Moral y Derecho










Carlos Aparicio

Bibliografía sobre Moral y Derecho

- 📖 Aparicio, Carlos, Historia del Derecho, Montevideo, Editorial Técnica S.R.L. (2004)
- 📖 Burton, Steven J., An Introduction to Law and Legal Reasoning, Little Brown and Company (1985)
- 📖 Calamandrei, Piero, Proceso y Democracia. (Conferencias en la Universidad Autónoma de México en Febrero 1952) Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América (1960).
- 📖 Cavallero, Ricardo J. "Casos Bazterrica y Capalbo. ¿El principio de respeto a la autonomía ética del art. 19 constitucional recorta el poder punitivo estatal en relación a la tenencia de estupefacientes para uso personal?" In: "Justicia Criminal. Debates en la Suprema Corte", Buenos Aires, Editorial Universidad (1991), p. 55-65.
- 📖 Couture, Eduardo J. "Espíritu y Técnica en el Derecho Contemporáneo" Buenos Aires, Imprenta de la Universidad (1938).
- 📖 Dourlen Rollier, A.M. "A lawyer's perspective." In: "Ethics and human values in family planning conference", (1995).
- 📖 Durant, Will "Historia de la Filosofía" Buenos Aires, Joaquin Gil - Editor (1961).
- 📖 Fassó, Guido "Historia de la Filosofía del Derecho" Madrid, Ediciones Pirámide S.A. (1983). Ed. 3 pp. 3 v.
- 📖 Finch, John "Introducción a la Teoría del Derecho" Barcelona, Labor Universitaria (1977).
- 📖 Fueyo Laneri, Fernando "Interpretación y Juez" Santiago de Chile, Universidad de Chile (1976).
- 📖 Gelsi Bidart, Adolfo "Un enfoque básico para la reforma del proceso penal." In: "VIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO PROCESAL", edited by Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Colegio de Abogados del Uruguay, Colegio de Abogados de Rocha and Revista Uruguaya de Derecho Procesal. Montevideo, Editorial Universidad (1995), p. 271-277
- 📖 Hart, H.L.A. "Derecho y Moral. Contribución a su Análisis" Buenos Aires, Ediciones Depalma. (1962).
- 📖 Kelsen, Hans "Esencia y Valor de la Democracia" México, Editora Nacional (1974).

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

-
-  Kelsen, Hans "Forma del Estado y Filosofía" México, Editora Nacional (1974)
-  Maier, Julio B. "Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal", 59: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 45-90 (1994).
-  Mosset Iturraspe, Jorge "El Valor de la Vida Humana en el Derecho" Santa Fé, Rubinzal Culzoni Editores (1990).
-  Nino, Carlos S. "Ética y Derechos Humanos" Barcelona, Editorial Ariel S.A. (1989). pp. 1-478
-  Reale, Miguel "Filosofía do Direito" Belo Horizonte. MG, Saraiva S.A. (1982). Ed. 9
-  Recasens Siches, Luis "Actual Filosofía del Derecho en el Brasil (Miguel Reale y otros pensadores)." In: "Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX", México, Editorial Porrúa S.A. (1963), p. 553-576
-  Recasens Siches, Luis "Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX" México, Editorial Porrúa S.A. (1963).
- 
- 

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Fuerza y Derecho

No es difícil la separación abstracta de los conceptos de fuerza y derecho. El caso más sencillo de separación de los conceptos, es el ejemplo de un asalto en la vía pública. La persona que se ve obligada a entregar sus pertenencias a alguien que lo está encañonando con un arma actúa motivada por la fuerza, no por el derecho. Actúa motivado por el temor de sufrir algún mal inminente, y de forma muy diferente a la que actuaría si tuviera que devolver un objeto que se le hubiese prestado.

Muchas personas, al ver caer a los Estados democráticos en la anarquía pensaron que el gobiernos de estos Estados era naturalmente débil e impotente. La verdad es que, una vez que la guerra se ha encendido entre los partidos, el gobierno pierde su acción sobre la sociedad. Pero no creo que la naturaleza de un poder democrático sea carecer de fuerza y de recursos; creo, al contrario, que es casi siempre el abuso de sus fuerzas y el mal empleo de sus recursos los que lo hacen perecer. La anarquía nace casi siempre de su tiranía o de su inhabilidad pero no de su impotencia.

...En las repúblicas democráticas, el poder que dirige la sociedad no es estable, porque cambia a menudo de manos y de objeto. Pero, en todas las partes donde se ejerce, su fuerza es casi insuperable.

El gobierno de la confederación norteamericana me parece tan centralizado y más enérgico que el de las monarquías absolutas de Europa. No pienso, pues, que perezca por debilidad.

Si alguna vez la libertad se pierde en Norteamérica, será necesario achacarlo a la omnipotencia de la mayoría que habría llevado a las minorías a la desesperación, forzándolas a hacer un llamamiento a la fuerza material. Se precipitará entonces la anarquía, pero llegará como consecuencia del despotismo.

El presidente James Madison ha expresado los mismos pensamientos:

"Es de gran importancia en las repúblicas, no solamente defender a la sociedad contra la opresión de quienes la gobiernan, sino también garantizar a una parte de la sociedad contra la injusticia de la otra. La justicia es la meta a donde debe tender todo gobierno; es el fin que se proponen los hombres al reunirse. Los pueblos han hecho y harán siempre esfuerzos hacia ese fin, hasta que hayan logrado alcanzarlo o hayan perdido su libertad." Alexis de Tocqueville. La Democracia en América.

Si tomamos cualquier sociedad primitiva, también vemos que la fuerza a través de relaciones de liderazgo o caudillismo actúa de forma no despreciable para resolver ciertos problemas de convivencia y adaptación sobre todo en épocas de guerras o conflictos colectivos.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

No obstante aún en una sociedad primitiva, la violencia que es una forma de la fuerza tiene límites evidentes. No existe casi ningún luchador o guerrero que pueda enfrentar a una docena de similares sin ayuda, por mayor superioridad de que disponga. Para poder ejercer un cierto control sobre un grupo, aún primitivo, con carácter durable y permanente se requiere entonces de otra fuerza, que es la disposición de algún ascendiente permanente sobre un número grande de personas.

Desde luego que varias personas podrían asociarse uniendo sus fuerzas físicas, espirituales y económicas, pero aún así no podrían hacerlo sin el riesgo de inevitables querellas internas que disminuirían precisamente la fuerza de esa asociación. Dicho en otras palabras, la fuerza no alcanza para fundar ni un imperio ni un estado.

Se requiere entonces, alguna idea de legitimidad y de derecho, para construir cualquier organización política con cierto grado de sofisticación. Se requiere en definitiva convencer a las personas que el hecho mismo de la autoridad es necesario y conveniente para todo el grupo social, que es en definitiva correcto y justo. Se necesita la idea de derecho.

Esta distinción entre derecho y fuerza preocupó mucho a los metafísicos medievales, y para ellos el derecho y el poder no sólo eran fenómenos claramente distintos sino que eran conceptos radicalmente opuestos.

Se veía en esto fenómenos psicológicos claramente diferenciados; el derecho está fundado en el respeto, la fuerza en el temor.

Desde luego que la fuerza pasó a ser junto al derecho, un elemento de gran importancia en la organización política.

La progresiva desintegración del consenso fundado en el orden aristocrático europeo a partir del renacimiento, tuvo como efecto un recrudescimiento de la fuerza en perjuicio del derecho.

Así Maquiavello ¹⁶, en su concepción política no otorga a la noción de legitimidad mayor importancia: "más vale ser temido que ser amado".

¹⁶ Nicolás Maquiavello o Machiavelli (1469 - 1527) un escritor brillante del renacimiento italiano. Dedicó su vida a lograr la libertad y prosperidad de Florencia, su ciudad. Sus escritos son honestos y realistas, en un entorno de creciente centralización política, y de romanización de las instituciones jurídicas. De allí surge su crudo realismo y pesimismo, que en definitiva condujo a establecer el nombre del autor

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

La idea de igualdad se transforma en pasión, hasta que surgen las grandes revoluciones democráticas.

Primero la revolución norteamericana y luego la francesa.

La asociación política y libre de millones de persona era en su momento un fenómeno absolutamente nuevo en la historia política de la humanidad, se ignoraba lo que pudiera haber más allá.

Muchas personas temían que un gobierno democrático no tuviese fuerza o capacidad suficiente para organizar la sociedad. En nota aparte ponemos las opiniones de Tocqueville ¹⁷ que fue un filósofo particularmente preocupado por estos problemas; concluye La fuerza de la democracia viene principalmente de la opinión pública y del manejo que los representantes hagan del cuerpo de funcionarios

Pero los representantes son transitorios, la misma opinión los cambia a medida que cambian las opiniones populares sobre los principales temas.

Los filósofos que estudiaron el fenómeno llegaron a la conclusión que la democracia tiene uno de los poderes más grandes del cuerpo social, pero que no es ilimitada.

Dicho en otras palabras, el pueblo como soberano también necesita del derecho y de la idea de justicia para poder mantenerse en el poder.

No alcanza entonces con un estado democrático, se necesita un estado democrático de derecho, o aún mejor, de justicia.

como sinónimo de cinismo, falta de principios e inescrupulosidad.

¹⁷ Alexis de Tocqueville (1805 - 1859). Político y filósofo. Su padre fue funcionario del gobierno francés. Luego de la revolución de julio de 1830, solicitó y obtuvo permiso para ir a los Estados Unidos a estudiar la reforma carcelaria. Durante 1831 y 1832, estuvo 9 meses en los Estados Unidos viajando extensivamente y tomando contacto con todos los niveles de la sociedad americana. Luego de este viaje escribió su informe "La Democracia en América", que, es un estudio profundo sobre la naturaleza humana y la sociedad democrática (no solo la norteamericana). Menos conocidos son sus trabajos El Antiguo Régimen y la Revolución y el Informe sobre la Democracia en Suiza.

Toda la teoría de Tocqueville es pionera, y son famosas sus predicciones políticas, como por ejemplo cuando establece la futura formación de dos superpotencias que serían Estados Unidos y Rusia. Las obras de Tocqueville, fueron muy influyentes en su tiempo. Figuraron en lugar prominente en las listas nazis de material para ser quemado públicamente.

Hoy ha renacido un interés en sus trabajos, e incluso existe un instituto en la Facultad de Derecho de Yale, que tiene como principal finalidad, estudiar la vida y obra de este filósofo francés.

Luego de una vida muy agitada y de esfuerzos inmensos de los cuales surge una obra que figura en los primeros lugares del pensamiento mundial, Tocqueville muere en Cannes el 16 de abril de 1859.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Sobre los Gobiernos de Fuerza.

La fuerza es un componente necesario del derecho, en dosis mucho menores de lo que pueda imaginarse.

El resurgimiento de los gobiernos militares en la América Latina de los años 1970-1980, lleva a la reflexión de que hasta qué punto la fuerza es un componente exitoso del gobierno.-

En los hechos la presencia militar en la política latinoamericana en forma mas o menos abierta, es un hecho real desde la época de la independencia.

Si bien es cierto que esta presencia militar no reviste los caracteres de las temidas oligarquías militares salvajes de la antigüedad, es un hecho claro que el factor militar introduce elementos ajenos a la teoría democrática en la praxis política de Latinoamérica, y desvirtúa el contenido de organizaciones pensadas para la defensa exterior, en factores de poder interno.

No obstante, apenas nos detenemos sobre la estructura de estos gobiernos de fuerza, vemos que los mismos tienen un importante factor jurídico legitimante, al que muchas veces no se le presta la debida atención.-

Si se estudiara atentamente lo ocurrido en el mundo desde que los hombres guardan memoria de los acontecimientos, se descubriría fácilmente que en todos los países civilizados casi siempre se encuentra junto al déspota que manda un jurista que regula y coordina los deseos arbitrarios e incoherentes del primero. Al amor general e indefinido de los reyes por el poder, añaden los juristas el método y la ciencia de los detalles del gobierno que por naturaleza poseen. Los primeros saben obligar momentáneamente a los hombres a obedecer, y los segundos poseen el arte de doblegarlos casi voluntariamente a una obediencia duradera. Los unos proporcionan la fuerza; los otros, el derecho. Aquellos marchan hacia el poder soberano por la arbitrariedad; éstos, por la legalidad. En el punto de coincidencia se establece un despotismo que apenas permite respirar a la humanidad. **El que sólo tenga la idea del príncipe sin la del legista, no conoce, pues más que un sector de la tiranía. Es necesario pensar al mismo tiempo en los dos para concebir el todo.** Alexis de Tocqueville. El antiguo régimen y la revolución.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

En los hechos, una democracia compleja como son las democracias latinoamericanas no podrían ser gobernadas en forma alguna con el sólo recurso de la fuerza.--

No solamente es importante el componente jurídico de los gobiernos de fuerza, sino que de alguna forma, este componente jurídico trasciende a veces los marcos temporales del gobierno de fuerza proyectándose en los gobiernos democráticos de derecho. Esto sucede por ejemplo con la codificación.

De los más de 20 códigos puestos en vigencia en Uruguay, el único cuya iniciativa discusión y aprobación fue hecha por una Asamblea Popular, fue el Código General del Proceso, que establece el juicio oral en materia civil entre otras modificaciones.-

El Código de Comercio El decreto 823 de 8 de julio de 1865 del gobierno de Facto del General Venancio Flores pone en vigencia el Código de Comercio.

Código Civil: Un proyecto del Dr. Tristán Narvaja, fue revisado por una Comisión Revisora designada por el Gobierno (de facto) del General Venancio Flores.

Código Rural: 17 de julio de 1875 reformado el 28 de enero de 1879.- El Código indicado respondió al propósito del gobierno de facto de Latorre "de hacer habitable la campaña"

Código de Procedimiento Civil: Es puesto en vigencia por un decreto del Gobierno de Facto de Latorre de fecha 17 de enero 1878 (decreto No. 1379).

Código de Instrucción Criminal: Un proyecto del Dr. Laudelino Vázquez, fue corregido en parte sustanciales por una Comisión Revisora designada por el gobierno (de facto) Latorre. El Código se sanciona por un decreto con vigencia a partir del 1º de mayo de 1879.-

Código Militar, se pone en vigencia por decreto ley de 7 de julio 1884 del gobierno de facto del General Máximo Santos.

Código Penal. 1889

Código Penal. Se pone en vigencia por decreto 9155 de 4 de diciembre de 1933, dictado por el gobierno de facto del Dr. Gabriel Terra.-

Código de Organización de los Tribunales Civiles y de Hacienda.- Aprobado por decreto ley 9164 de 19 dic.1933.

Código del Niño. Aprobado por decreto del gobierno de facto Dr. G. Terra de 6 de abril del 1934.

Nuevo Código Rural. Aprobado por decreto ley 10024 de 14 de junio de 1941.

Código Penal Militar, Código de Procedimiento Penal Militar. Aprobados por decreto 1955 de 28 de enero de 1943

Código Tributario. Puesto en vigencia por decreto ley 14306 de 19 de nov. de 1974 por el gobierno Militar presidido en la época por el Dr. Alberto Demichelli.

Código de Aguas. Entra en vigencia el 15 de diciembre de 1978 (decreto ley 14859 de 15 de diciembre de 1978).

Código del Proceso Penal. Entra en vigencia ene enero de 1981, por un decreto del gobierno de Facto presidido por el Dr. Aparicio Méndez.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Si bien no ha entrado aún en vigencia, el Código del Proceso Penal marca otra excepción a la regla.¹⁸

Ambos códigos tienen el declarado propósito de introducir la oralidad en los juicios, lo cual significa un gran avance en el control democrático de la justicia, que llega a Uruguay republicano con 160 años de atraso con relación a su independencia y que explica el hecho del gran consenso generado en torno a estas modificaciones.

El mensaje de la codificación es un componente principal de la actividad jurídica, y eso no cambia cuando el gobierno pasa por su ciclo democrático.

Cuando se sobrevalora la coercibilidad como un componente necesario del derecho se le hace a la fuerza un homenaje que no merece, además se desatiende al factor legitimidad y consenso y por último pero no menos importante, también se está violando una verdad histórica que hace que incluso en los gobiernos de facto el componente legitimidad sea mucho más importante de lo que parece a primera vista.

Estado de Derecho¹⁹

Como contraposición al gobierno de fuerza, se encuentra el Estado de Derecho, que significa un estado cuyo gobierno se encuentra regulado y controlado por el derecho.

Desde luego que el derecho es un producto social que implica la autodefensa de la comunidad, y por lo tanto, el gobierno de un estado de derecho, implica ciertas limitaciones, en favor de los derechos humanos de las personas.

¹⁸ A la publicación de esta segunda edición (año 2001) aún no se estableció el proceso penal oral en Uruguay, e incluso el proyecto que había se derogó. El juicio oral en materia civil, establecido por el Código General del Proceso en 1990, marcó un claro avance en la materia, aunque se encuentra en claro retroceso en la jurisprudencia práctica.

¹⁹ El programa de la materia Evolución de las Instituciones Jurídicas, establece: EL ESTADO. Diversas etapas en la organización jurídico política de la sociedad, **y el surgimiento y desarrollo de la concepción del Estado de Derecho.** Problemas del Poder. Transformación y Rupturas del Estado de Derecho y defensas que ofrece el Estado en tales casos. Expansión del concepto de Estado: regionalización.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

En el estado de derecho, la posición de los Tribunales y el Poder Judicial que integran tiene gran relevancia, y el prestigio de los mismos es que marca las posibilidades prácticas del propio Estado de Derecho como fórmula de organización.

El estado de derecho tiene dificultades de existencia y mantenimiento en los países subdesarrollados debido a altos niveles de corrupción que determinan una tendencia a la centralización y obviamente a evitar procesos jurídicos que puedan hacer perder el control de mecanismos económicos que benefician a las reducidas elites beneficiarias del subdesarrollo.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Teoría del Péndulo en América Latina

La política latinoamericana, desde la misma independencia, mostró particulares dificultades para ajustarse a la teoría democrática.

Si bien las constituciones latinoamericanas, al menos en su primera época, recibieron el impulso de las ideas democráticas constitucionalistas norteamericanas, no parecieron acompañar el espíritu democrático en la misma forma que acompañaron la letra constitucional que las inspiró.

Durante el siglo XIX, Latinoamérica vivió de una guerra civil en otra, y de un golpe de estado en otro. Incluso Uruguay, que suele ponerse como un ejemplo de estabilidad constitucional, en el siglo XIX, y hasta el gobierno Williman en 1907, solo tuvo dos gobiernos que transcurrieron en paz el tiempo de sus mandatos. El resto tuvo que luchar contra varias revoluciones, o golpes de estado, u otras circunstancias que alteraron profundamente la estructura constitucional.

En pleno siglo XX, la regularidad constitucional fue una rara avis en la política latinoamericana, y los estados de suspensión de garantías constitucionales y estado de sitio, prácticamente se convirtieron en la regla mas que en la excepción.

Durante estos dos siglos de historia jurídica, algunos países llegaron a contabilizar 200 golpes de Estado, suele ponerse el caso extremo de Bolivia.

En cualquier caso, parece que el promedio de duración de un gobierno constitucional de una república latinoamericana ronda en los 15 años.

Allí es donde, alguien ha observado una cierta regularidad en estos ciclos de fuerza y derecho.

Los ideales jurídicos y constitucionales, conducen a un uso de las instituciones jurídicas liberales relativamente adecuado.

Determinados factores, particularmente en el área de la seguridad ciudadana, y la organización judicial, hacen que las libertades se conviertan en libertinaje, con un alto grado de violación del sistema jurídico, y

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

consecuentemente dificultades particulares para la vigencia de normas elementales de convivencia, como atrapar a los ladrones y malhechores.

Estas circunstancias siguen empeorando, hasta que la opinión pública, enfrentada a una casi anarquía, comienza a pedir orden, y eventualmente un "hombre fuerte".

Finalmente, cuando se está frente al desastre, el hombre fuerte aparece, y sin mucho trabajo, se hace cargo de una inmensa burocracia que está esperando su turno.

Viene el gobierno de fuerza. Desaparecen los derechos humanos, la vigencia de las instituciones jurídicas, y demás garantías.

Se aceleran los ciclos de corrupción administrativa, estimulada por un altísimo grado de concentración de poder y creciente centralización política y administrativa.

El sistema judicial se convierte en una oficina de legitimación de la fuerza, al mismo tiempo que se establece toda una manía codificadora, que revela la sentida necesidad de legitimación.

Pero no es suficiente, la opinión pública, fuertemente educada en la democracia, y a veces la presión internacional, logran el restablecimiento del sistema de derecho, y se está pronto para otro giro del péndulo.

Esto seguiría por mucho tiempo, sino fuera, porque el conjunto el sistema tiende a una progresiva centralización y ante la carencia de legitimación, existen severas dificultades para el desarrollo de una economía sana de mercado.

En realidad, cada pasaje del péndulo, produce mucha pobreza, y subdesarrollo, y agrava la distancia que nos separa de los países desarrollados.

Obviamente el tema central es cómo se para este péndulo,²⁰ y que medidas habría que tomar para una razonable estabilidad jurídica y política en

²⁰ Véase, por ejemplo Pastor, Robert, Ed. Democracy in the Americas. Stopping the Pendulum. New York: Holmes and Meier, (1989). En esta compilación se examina porqué el péndulo político en América Latina va de la dictadura a la democracia y regresa constantemente, y ofrece algunas ideas sobre cómo se puede evitar un retroceso a la dictadura en el futuro. El Apéndice es particularmente interesante porque incluye nueve estudios de casos concretos de ruptura y de transición democrática en América latina después de 1945.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

un estado de libertad, democracia y razonable participación popular, que son elementos fundamentales del consenso.

Dentro de las cosas que parecen claras, es que el motor del péndulo está vinculado a una defectuosa organización del poder judicial y de las agencias de seguridad, pero no es para nada claro, que una reforma de estas instituciones, por sí solo, logre resultados maravillosos. Posiblemente, habría que llegar un poco mas allá de esto, y estudiar las relaciones entre la moral y el derecho, y la influencia que ambos tienen en los valores de la población.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Conclusiones

La olvidada clasificación entre fuerza y derecho, deja de manifiesto la insuficiencia de la fuerza para la organización social, e incluso para explicar los propios gobiernos de fuerza, que disponen de inmensos dispositivos jurídicos de justificación sin los cuales es muy poco lo que pueden hacer.- Asimismo, deja en evidencia la urgente necesidad de mejorar el nivel de consenso alrededor de las instituciones jurídicas y su aplicación. La fuerza no es un componente fijo de la estructura socio-política, sino que está en relación inversa a la legitimación institucional. A mayor legitimación menos fuerza, y vice versa. Para una sociedad con un elevado grado de consenso y legitimación, la fuerza es un elemento despreciable del derecho, de la misma forma que para la moral.

El péndulo político entre democracia y gobierno de fuerza, que en América Latina ha sido tradicional desde la fundación de la democracia todavía no se ha detenido, y muy posiblemente no podrá hacerse hasta que se aclaren los aportes del dispositivo jurídico al proceso.-

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

La Fuerza como Componente Legítimo del Derecho

La fuerza es un componente legítimo del derecho, en cuanto a que le otorga el grado de coercibilidad, característica que suele ser incluida como un elemento esencial de la norma Jurídica.²¹

El componente coactivo es particularmente visible en la sanción penal, mediante la cual, la comunidad asume una función de autodefensa de actitudes agresivas de miembros del grupo.

La sociedad antigua y particularmente la edad media, era particularmente severa en materia de sanciones, que generalmente eran sanciones corporales, y frecuentemente la pena de muerte acompañada de tormentos.²²

También eran conocidas las sanciones pecuniarias como multas y la exclusión del grupo social, como en el caso del destierro.

En general, el progreso de la igualdad, hace que el sistema penal se convierta en mas humano y racional, ya que los destinatarios de las penas, son los mismos que los aplicadores de las mismas, y nadie está libre en sufrir una pena en su persona o en la de sus seres queridos.

De allí que la tendencia a la dulcificación del sistema penal, vaya normalmente unida a las tendencias de la igualdad en materia política y jurídica.

Un estudio líder en el terreno de la racionalización del derecho penal, es el de Cesar Beccaria²³. Su trabajo sobre los Delitos y las Penas, es el primer trabajo sistemático sobre el sistema penal, y es una fuerte crítica al sistema penal de su tiempo, basado en los juicios secretos y en las penas corporales, a

²¹ El programa vigente de la materia Evolución de las Instituciones Jurídicas de Facultad de Estado de Montevideo, establece: TRANSGRESIONES A LA NORMA. Ilícitud, sanciones, delitos y penas

²² Se dice que en el Siglo VII antes de Cristo en Grecia, Dracón elaboró un Código Penal, que castigaba casi todos los delitos con la pena de muerte. Todavía hoy, se usa la palabra draconiano/a, para representar una actitud particularmente severa ante una conducta.

²³ Cesare Bonesana Beccaria (1738-94). Nació en Milán en Marzo de 1738. La publicación de su trabajo 'Dei delitti e delle pene' hizo de él una celebridad a la edad de 26 años. Fue educado en la escuela jesuita de Parma y recibió en 1758 un grado en Derecho en la Universidad de Pavia.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

veces totalmente desproporcionadas a la gravedad de la ofensa causante de la sanción.

La pena de privación de libertad existía desde la antigüedad para prisioneros políticos (prisiones famosas como la Bastilla en Francia y la Torre de Londres en Inglaterra, tenían como principal misión alojar opositores políticos).

La pena de privación de libertad, como base del sistema penal común, es un hecho relativamente reciente, que surge en los Estados Unidos junto con la revolución democrática de 1786.

Las bases de un sistema penal moderno, son entonces:

Sanciones Proporcionadas.

Principio de reforma del delincuente, mas que de venganza social por el delito cometido.²⁴

Elevada Eficacia del sistema penal.

Procesos modernos hacen que los sistemas penales hayan perdido eficacia relativa, con un aumento importante de la inseguridad jurídica, lo que ha provocado un aumento en la represión y la elevación del número de prisioneros a porcentajes sin precedentes.

²⁴ Sin embargo el sentimiento social de venganza ante delitos graves es inevitable, y un componente importante del sistema de sanciones.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Penas y Sanciones

A fin del siglo XX, asumió un tan grande papel la privación de libertad física dentro del sistema penal que a veces no se tiene una clara conciencia de la existencia de otras penas que pueden tener su importancia cualitativa o cuantitativa.

La primera y mas visible es la pena capital o pena de muerte.

En Uruguay, la pena de muerte fue derogada en 1907, y en general se mantuvo desde entonces un sano consenso social en contra de la misma.

En la mayoría de los países desarrollados, la pena de muerte se mantiene, si bien con fuerte oposición de grupos defensores de derechos humanos, y ciertos segmentos del sistema jurídico.

En los Estados Unidos, llegó a declararse por sentencia judicial la inconstitucionalidad de la pena de muerte, pero las presiones sociales fueron tan fuertes que debió cambiarse esta jurisprudencia.

En general los sectores mas allegados al foro no favorecen la pena de muerte, en base, sobre todo al carácter irreparable de los errores que todo sistema judicial necesariamente tiene.

Cuando existe la pena de muerte, se busca la aplicación de métodos incruentos, y que causen el menor sufrimiento posible al condenado, lo cual marca una clara diferencia con las sanciones anteriores a las revoluciones democráticas y que fueron objeto de las críticas del marqués de Beccaria citadas ut-supra.

Otras sanciones son el exilio, suspensiones en derechos de ciudadanía o familia, (pérdida de capacidad de ocupar cargos públicos o sufragio, pérdida de los derechos de patria potestad); multas, y fundamentalmente prisión en instituciones especializadas.

El aumento vertiginoso en el número de prisioneros ²⁵ con el consiguiente costo social, y económico para el contribuyente, ha hecho necesario el replanteo de los sistemas penales, la aplicación de penas alternativas a la prisión, la aplicación de sanciones corporales (véase por

²⁵

Véase desarrollo de este tema en Orden Jurídico: Vigencia y Efectividad.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

ejemplo sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Colombia aceptando la constitucionalidad de una vieja costumbre indígena de destierro y azotes), también la despenalización de conductas que no afectan la moral y tienen un contenido penal discutible.

Fuerza, Moral y Derecho

Carlos Aparicio

Bibliografía sobre Fuerza y Derecho

📖 Finch, John "Introducción a la Teoría del Derecho" Barcelona, Labor Universitaria (1977).

📖 Reale, Miguel "Filosofía do Direito" Belo Horizonte. MG, Saraiva S.A. (1982). Ed. 9

📖 Tocqueville, Alexis de "El Antiguo Régimen y la Revolución" Madrid, Alianza Editorial (1982).

📖 Burton, Steven J. "An Introduction to Law and Legal Reasoning" Little, Brown and Company (1985).

📖 Pastor, Robert, Ed. Democracy in the Americas. Stopping the Pendulum. New York: Holmes and Meier, (1989)

📖 Cavallero, Ricardo J. "Casos Bazterrica y Capalbo. ¿El principio de respeto a la autonomía ética del art. 19 constitucional recorta el poder punitivo estatal en relación a la tenencia de estupefacientes para uso personal?" In: "Justicia Criminal. Debates en la Suprema Corte", Buenos Aires, Editorial Universidad (1991), p. 55-65.

📖 Maier, Julio B. "Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal", 59: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 45-90 (1994).