

MORAL Y DERECHO: ESTUDIO EN PERSPECTIVA FUNCIONAL

Jaime Williams Benavente

SUMARIO:"1. Introducción. 2. La Moral: fuente de obligatoriedad del Derecho. 3 La Moral: límite a las posibilidades de regulación jurídica. 4. La prescindencia de la Moral como condición *sine qua non* de una ciencia pura del Derecho. 5. La Moral como condición de la eficacia social del Derecho. 6. Consideraciones finales.

1. Introducción.

En el desarrollo histórico de los conceptos de Moral y de Derecho que se han manejado, pese a la diferencias doctrinarias, es posible advertir ciertas constantes. En efecto, la Moral se presenta como un orden de vida humana que busca, en definitiva, la bondad del sujeto que actúa. No es el acto ni el conjunto de actos los que le interesa, sino la persona humana que se expresa a través de sus actos. En otro giro, le interesan los actos tanto en cuanto son manifestaciones de la persona. Por eso, ella rige la actividad de los hombres desde el instante mismo en que es concebida: desde la intimidad de la conciencia. El Derecho, en cambio, regula los actos en su dimensión social. Como diría el poeta con visión metafísica: "Jus est realis ac personalis hominis ad hominem proportio, quae

servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit"¹. Le interesan, pues aquellos actos que benefician o que perjudican la convivencia humana. Ahora bien, definir, conceptuar, y relacionar la Moral y el Derecho ha constituido preocupación de filósofos, teólogos, moralistas, historiadores de estas disciplinas y, desde luego, de autores de obras menores de divulgación. Tanto es así que, al parecer, estaría todo dicho. Los criterios de la mutua relación e influencia son relativamente repetitivos, los planteamientos de fondo han dejado de ser originales y la "novedades" que nos ha presentado, principalmente, el mundo anglosajón más de alguna vez no han resistido un examen serio.

Se ha dicho, por ejemplo, que las normas morales y jurídicas se confunden constituyendo aquellas la escala más alta e íntima de la Ética. Se ha sostenido también, que ambos son órdenes normativos separados y autónomos entre sí cual compartimientos estancos. Más de alguno ha extremado la separación y ha llegado a afirmar que son ordenes contradictorios y ha legado a afirmar que son órdenes contradictorios. Desde otro ángulo, se ha recurrido para graficar esta relación, al expediente de compararla con las formas de círculos concéntricos de distinto radio. Otro, en fin, han preferido afirmar que el Derecho es una "provincia descentralizada" de la Moral.

En esta ocasión acudiremos a un método del todo diverso, cual es el de pesquisar las relaciones del Derecho y la Moral a la luz de las funciones prioritarias que en los estudios doctrinarios se le ha asignado a esta última frente a aquél. Según este criterio, podríamos distinguir, a lo menos, los siguientes modelos de pensamiento:

1. La Moral como *fuentes de obligatoriedad* de las normas del Derecho.
2. La Moral como *límite a las posibilidades de regulación* del Derecho.

1. DANTE, *De Monarcchia*, II. 5.

3. *La prescindencia de la Moral como condición "sine que non" de una ciencia jurídica pura.*

4. *La Moral como una de las condiciones de la eficacia social del Derecho.*

Los dos primeros constituyen enfoques filosóficos; en cambio, los dos restantes, corresponden a un tratamiento desde la perspectiva del Derecho.

2. La Moral : fuente de obligatoriedad del Derecho

En el mundo antiguo el llamado Libro de los Muertos (Egipto); el Código de Hammurabí (Mesopotamia); las leyes de Manú (India); los escritos de Confucio (China); la legislación mosaica (Israel), son claros ejemplos de la constante preocupación de aquellas épocas por exigir del Derecho una correspondencia con los mandatos morales, y religioso-morales. En caso de no ocurrir así, aquel se presentaba a la conciencias como ordenación arbitraria y despótica que era lícito desobedecer.

El pensamiento helénico también revela preocupación por el carácter obligatorio de las normas que rigen en la polis, ¿por qué se debe acatarlas? Es estimulante ver el debate en los textos platónicos. La persuasión argumentativa de los sofistas (piénsese en Gorgias, Trasimaco, Calicles) pretende arrastrar con su vehemencia iconoclasta: la fuerza, el poder, la utilidad, he ahí el origen desnudo de las normas que rigen en la colectividad, datos por lo demás anecdóticos, irrelevantes, puesto que el Derecho se cumple gracias a la fuerza que lo impone. A juicio de ellos, Derecho y Poder, Derecho y Política terminan por ser una y la misma cosa. Sus argumentos no convencen a todos. La figura de *Sócrates* se abre paso, obliga a pensar, mejor dicho a repensar por cuenta propia y a hacer frente a la sofística. La ley ha de ordenarse al bien

de la polis y no al provecho o utilidad de algunos. Ha de ser general e igual para todos².

Platón prosigue la enseñanza del maestro injustamente condenado. A su juicio, todo cuanto existe está subordinado a la idea del bien, que es la idea suprema del "mundo de la ideas". En consonancia con ello afirma que toda actividad humana está sujeta a la regla del bien. La leyes de la polis no quedan exentas de esta exigencia. Han de orientarse al bien de ella como un todo, tratando a cada uno de sus miembros según su ordenación funcional a la colectividad. Por eso, la leyes han de ser generales, dispensando un tratamiento igual y no discriminatorio, vinculando a todos los miembros de la sociedad desde gobernados hasta gobernantes, desde quienes se encuentran en la base social hasta los que se desempeñan en la cúspide del poder. En suma, el bien de la polis exige la justicia de la ley y la práctica de ella por parte de cada uno de los miembros de aquella³

Aristóteles avanza en la enseñanza del maestro, pero rectifica el punto de partida: se ha de entender, comprender y respetar el sustrato metafísico de la realidad. Se ha de estar al ser de las cosas, a la naturaleza misma de ellas. No se ha de subir del sujeto a la idea *ante rem*, como sostenía Platón, sino el modo de ser de las cosas mismas. Es la ética del *ser*, luego "teologizada" por Tomás de Aquino, y en el mundo de hoy "existencializada" en la fuerte concepción de Heidegger. La ley, para el filósofo de Estagira, no es el derecho, sino una de sus fuentes. Es origen de aquellas "cosas suyas de cada sujeto". A su juicio, el Derecho es aquella cosa que en virtud de la ley pertenece a alguien. La ley de la polis ha de consagrar el *dikaion nomos*; la ley de la naturaleza de las cosas (que tiene vigencia universal) consagra el *dikaion physei*. Aquella vale al interior de la polis, ésta vale igual en todas partes. Y ambas arrancan su fuerza obligatoria de las exigencias éticas de

2. Véase *La Apología de Sócrates* y los dos primeros libros de *La República*, de Platón.

3. Véase, principalmente, *La República*.

justicia que entrañan. Tan ligada a la justicia la concibe, que ella ha de tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, y si en su aplicación a algún caso singular pudiera resultar una solución injusta, se ha de rectificar tal justicia legal a través de la equidad, que es la justicia propia del caso concreto⁴.

Los estoicos también vinculan la ley a la justicia, y tanto ellos como Aristóteles influyen en Cicerón y por esta vía en los jurista romanos de la época clásica que tampoco otorgan al derecho una emancipación y una autonomía arbitrarias. Es un "ars boni et aequi" nos dice Celso, mientras Ulpiano esboza sus principios fundamentales: "honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere". Sólo es Paulo quien intuye que la relación entre Derecho y Ética, a pesar de ser fuerte de parte de ésta, no alcanza a confundirse. "Non omne quod licet, honestum est", acota.

El pensamiento greco-latino, a grandes rasgos recordado, es fuente de inspiración y desarrollo de la emergente filosofía cristiana que acentúa el rol normativo de la moral, fundada ahora en la ley eterna de un Dios que es persona y cuyo acto primigenio, íntimo a sí mismo y proyectado en imperativo a las creaturas, es el *amor*. La ética cristiana se destaca, justamente, de todo el pensamiento anterior, porque vincula la ley moral al Creador. Santo Tomás de Aquino, la gran figura de la escolástica católica, vincula la legalidad humana a la ley eterna a través de la ley natural y remarca, en admirable síntesis de las ideas platónica y aristotélicas, que la ley humana ha de ordenarse al bien común (bien de la polis según término griegos), para lo cual ha de ser producto de la razón (es el resultado de un conocimiento de las condiciones y exigencias sociales) y ha de emanar de quienes por su posición y función en la sociedad tengan una visión general de ella: los gobernantes. He ahí, a grandes rasgos, las exigencias de la justicia de la ley humana. Santo Tomás, empero, siguiendo a Aristóteles, no hace sinónimos ley y derecho. Aquella es una de sus fuentes o títulos

4. Véanse, principalmente, *Ética a Nicómaco*, *La Retórica* y *La Tópica*.

que lo regula, y éste, "la cosa misma que a cada uno pertenece", o sea, el objeto de la justicia⁵, ⁶. Por su íntima relación con la Moral, la ley jurídica positiva no sólo tiene carácter obligatorio sino que, lo que es más, obliga "en conciencia".

Este pensamiento se ve afectado por el voluntarismo de los pensadores nominalistas cuya cabeza más destacada es Ockham y cuyos escritos marcan el inicio del distanciamiento de la Moral y el Derecho, al concebir éste como facultad del sujeto y al privar a aquella de su asiento en el ser objetivo, radicándola en la "voluntad" de Dios. Pero es Grocio quien da el salto a una nueva concepción que, andando el tiempo, separaría ambos órdenes normativos, al afirmar que el Derecho natural existiría aunque Dios no existiese.

La escolástica española, con figuras tan notables como Francisco de Vitoria, Domingo de Soto y Francisco Suárez prosigue la tradición y aporta relevantes conceptos a la teoría jurídica. Este último, empero, muestra un "voluntarismo" que lo distancia de Santo Tomás y de la clara prevalencia que ésta otorga a la razón en la calidad obligatoria de la ley moral y de Derecho.

En fin, la estrecha relación del Derecho a la moral, a través de las exigencias propias de la justicia, continúa no sólo en la tradición filosófico-jurídica católica, sino en autores ajenos a ella, como es el caso de Leibniz, y avanza hasta la época presente en las concepciones iusnaturalistas de cuño aristotélico. He ahí las de

5. Santo Tomás de Aquino define la ley moral natural como "participación de la ley eterna en la criatura racional", y la ley eterna como "la ordenación de Dios que dirige todo lo creado" (*Suma Teológica* I, IIq, 90 y siguientes).

6. Santo Tomás al igual que Aristóteles, no tiene una visión normativa del Derecho sino de la Ley. Aquel es *una cosa*; ésta es la ordenación racional que reparte y adscribe aquellas cosas como propias de cada cual. Véase *Suma Teológica, Tratado de la Justicia*, II, Ila, q57 y siguientes.

Michel Villey⁷ en Francia, Giuseppe Graners⁸, en Italia; John Finnis⁹, en el mundo anglosajón.

3. *La Moral: límite a las posibilidades de regulación del Derecho*

Echadas las bases de un Ockham y de un Grocio, no es extraño que comenzara a levantarse un nuevo edificio: el de la autonomía del Derecho respecto de la Moral.

Pero las cosas son más complejas que la líneas que de ellas trazan las palabras. A la sazón, exhausta estaba Europa por las guerras de religión, insegura era la condición del individuo en la sociedad y precaria su libertad frente al príncipe. Se hacía necesario poner verdaderas barreras que defendieran al individuo y su libertad, del Estado y su poder. Había, pues, que separar con criterios nítidos la legislación de las conciencias y la legislación de la acciones externas de los hombres.

Thomasio, en los albores del siglo XVIII, se encargará de trazar las líneas doctrinales primera que perfilen criterios universalmente válidos. Al Derecho, dice, le está reservada la legislación exterior del actuar humano, y por lo mismo puede compeler para obtener su observancia; a la Moral, en cambio, le compete la legislación de la conciencia y, por ello, siendo de carácter interior, sus mandatos son incoercibles por naturaleza. Quedan así tajantemente separadas las materias regulables por ambos tipos de normas y de paso afirmado que al Estado, a través del Derecho, ya no le es lícito

7. Véase, VILLEY, MICHEL: *Compendio de Filosofía del Derecho*. EUNSA, Pamplona, 1979, 236 pp.

8. Véase, GRANERIS, GIUSEPPE: *La Filosofía del Derecho a través de su historia y sus problemas*. Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1979, 270 pp.

9. Véase, FINNIS, JOHN: *Natural Law and Natural Rights*. Clarendon Press. Oxford, 1980, 425 pp.

inmiscuirse en las conciencias, materia regulable sólo por la religión y la moral¹⁰.

El vuelo intelectual de un Kant no podía quedar satisfecho con tales criterios primerizos. Remonta más alto, y asegura que ambos órdenes sólo convergen en mantener la autonomía humana pero difieren en sus cometidos específicos; al Derecho corresponde la regulación de la libertad de las conductas externas, a la Moral la de las conductas internas. Por eso, son objeto del Derecho las obligaciones exteriores mientras son objeto de la Moral aquellas interiores. Finalmente, en consonancia con los conceptos vertidos, el fundamento de la Moral es el imperativo categórico traducible así: "comportate de tal manera que tu actuar sea susceptible de ser elevado a principio de validez universal". Y añade, con ese dejo tan suyo: "obedece el deber sólo porque es deber sin otra consideración". He ahí la autonomía moral. El Derecho, por su parte, reposa su fundamento de obligatoriedad en una autoridad coercitiva: el Estado. Es una autoridad ajena al individuo obligado por sus preceptos. Es una voluntad heterónoma. En síntesis, la Moral impone deberes y baja la conciencia para averiguar si los motivos del sujeto que los acata se basan sólo y exclusivamente en "querer cumplir el deber". A su juicio, el Derecho busca el cumplimiento del deber prescrito, pero le es irrelevante el motivo que induce a ello.

Como puede apreciarse, la Moral ya no es trascendente en sus fundamentos, sino *inmanente*. Es una moral antropológico-filantrópica. Su cometido regulador es sólo la interioridad de la conciencia, lugar sacrosanto que el Derecho no puede ni debe violar. Por lo mismo, éste conforma un sistema normativo ajeno a la Moral. Por eso, no obliga en conciencia¹¹.

10. Cfr. THOMASIO, CRISTIAN; *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1705).

11. Cfr. KANT, INMANUEL: *Metafísica de las costumbres*. También puede consultarse *Crítica de la Razón práctica*. Existen varias ediciones en castellano.

Schopenhauer, el filósofo de Danzig, quiso precisar con lacónica elocuencia las concepciones recién señaladas. Afirmó que la Moral es un orden de imperativos positivos mientras el Derecho lo es de imperativos negativos. Aquella exige actos, éste sólo abstenciones, se contenta con el "neminem laedere"¹².

La influencia de estas tesis aún perdura, y por razones que no es del caso analizar aquí, se ha extendido desde los círculos intelectuales y políticos al hombre de la calle, constituyéndose en una "forma mentis" muy celosa del respeto de la conciencia individual. Más de alguna enmienda constitucional al texto de Virginia obedece a esta concepción. Tanto la llamada "cláusula de conciencia", como la "objeción de conciencia" son muestras elocuentes de lo intangible que es aquella frente al Derecho. En la misma Norteamérica, el pensamiento de John Rawls¹³, y Ronald Dworkin¹⁴ tiene tal inspiración.

4. *La prescindencia de la Moral como "conditio sine qua non" de una ciencia jurídica pura.*

Las bases filosófico-jurídicas recién recortadas, y el *Zürück zu Kant* que emerge en tierras alemanas en las postrimerías del siglo pasado influyen, sin duda, en un círculo de intelectuales austríacos que ha sido denominado Círculo de Viena, cuyo corifeo es Adolfo Merkl, pero cuyo miembro más destacado y prolífico es Hans Kelsen.

En estricto rigor sostiene que los deberes jurídicos con pragmáticos, indirectamente vinculados a la conciencia moral individual.

12. Cfr. SCHOPENHAUER, ARTHUR: *Grundlage der Moral*. Existe traducción castellana bajo el nombre: *Sobre el fundamento de la Moral*.

13. Cfr. RAWLS, JOHN: *Teoría de la Justicia*, F.C.E. México, 1979.

14. Cfr. DWORKIN, RONALD: *Los Derechos en Serio*. Ed. Ariel, Barcelona, 1984. Este autor americano es actualmente el sucesor de Hart en Oxford.

Es justamente este último quien, bajo las huellas metodológicas del filósofo de Köeninsberg, concibe como posible una ciencia del Derecho depurada de toda connotación extrajurídica, esto es, de los datos de índole moral, económica, política, sociológica, etc. que tanto perturban un estudio jurídico "a se". Kelsen concibe el Derecho como un conjunto unitario, sistemático, coherente, dinámico y pleno de normas jurídicas cuyo origen es aquella *norma hipotética fundamental*; supuesto lógico que traduce no un postulado moral sino uno de eficacia: "Obedece al primer legislador, en caso contrario serás sancionado". Entiende por primer legislador a aquel que tiene la fuerza coactiva suficiente para imponerse y hacerse obedecer¹⁵

Este autor dio inicio así, al más riguroso positivismo jurídico concebido a esa fecha. En efecto, tal norma hipotética fundamental le permite fundar un sistema jurídico independiente de consideraciones morales, políticas, económicas, etc. Es un punto de partida jurídico "puro". Luego, la Constitución Política del Estado aparece como la norma jurídica positiva de mayor jerarquía de la cual se derivan formal y materialmente, es decir, de acuerdo a los procedimientos y competencias que ella prevé y según las materias que ella señala, todas las demás normas que componen el sistema jurídico. Así las cosas, lo típico del Derecho es ser un orden coactivo derivado e impuesto por el Estado. En torno a él, Kelsen construye, pues, sus categorías fundamentales: Sujeto jurídico, deber jurídico, derecho subjetivo, relación jurídica, consecuencia jurídica, sanción jurídica, etc. El "sujeto del Derecho" ya no es un ente sustancial, como diría la filosofía clásica, sino "un centro de imputación normativa" (sea o no persona en sentido ontológico); el "deber jurídico", ya no es aquel imperativo de conciencia sino aquella conducta que evita la sanción coactiva; el derecho subjetivo tampoco es aquella manifestación de libertad moral sino que es

15. Cfr. KELSEN, HANS: *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1970, y *Teoría General del Derecho y el Estado*. UNAM, México, 1969, principalmente.

aquella facultad que el Derecho reconoce al sujeto para reclamar de un órgano del Estado la aplicación de una sanción coactiva al sujeto infractor.

Reiteramos, Kelsen pretende una ciencia jurídica "pura".

La tradición inglesa, que es independiente de Kant, aunque tenga coincidencias con él, tiene un fuerte acento antimetafísico, que se aprecia claramente en autores como Hobbes y Hume, y desemboca en una absoluta y necesaria prescindencia de la Moral para construir una ciencia del Derecho. De ahí el pensamiento, cuya influencia aún se nota, de Bentham y Austin. Este último ha sido sindicado como uno de los antecesores de la *escuela analítica del Derecho*, de gran influencia en la actualidad en el mundo anglosajón y de cierta relevancia en el latino.

Muy afín a la tendencia inglesa recordada, destaca en Norteamérica la figura del juez Oliver Wendell Holmes¹⁶, cuya forma de pensar ha hecho escuela en aquel país. A su juicio, para un estudio científico del Derecho debe depurárselo previamente de toda confusión con la Moral, puesto que contiene innumerables conceptos, palabras y giros lingüísticos de esta índole, que pasan desapercibidos ya que su presencia ha sido habitual. El punto de partida para el jurista está constituido por las decisiones judiciales. Ha de "predecir" (según giro que le gustaba usar) en base a los "precedentes judiciales", lo que harán los jueces.

En la Europa septentrional surge el llamado "realismo escandinavo" uno de cuyos nombres más destacados es el del danés Alf Ross, quien tiene coincidencias con Kelsen y con la tendencia jurídica norteamericana recién recordada. Con aquel concuerda en el afán positivista de no dejarse confundir por los datos morales que se presentan en el cuerpo del Derecho, y con los americanos, en su afán empírico-sociológico de pesquisar el Derecho en la huella de los jueces. Pero no se contenta con la "predicción" (tipo

16. Cfr. HOLMES WENDELL: *La senda del Derecho*. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1959.

pronóstico) sino que sostiene que la ciencia jurídica ha de estudiar el *derecho vigente*, que es aquel constituído por las normas positivas que *serían utilizadas por los tribunales*. Son éstos, en sus decisiones, los que determinan cuáles normas son Derecho¹⁷.

Puntos de coincidencia de todos estos sectores son sus concepciones de la Moral y del Derecho. Consideran a aquella (y los valores en general) como un todo evasivo y difuso, interpretable según la carga subjetiva de cada cual, imposible, por ello, de ser estudiado y conocido con certeza y objetividad. El Derecho, en cambio, está constituído por normas positivas, de existencia real y objetiva, susceptible, por lo mismo, de ser estudiado y expuesto con rigor científico.

5. *La Moral como condición de la eficacia social del Derecho*

Que el Derecho se baste a sí mismo y se base en la fuerza de la sanción coactiva del Estado, es una clara expresión de malabarismo intelectual que induce a una ilusión ajena a la realidad. Constituye un dogma muy venerado del racionalismo jurídico. Savigny¹⁸, Ihering¹⁹, Heck²⁰, Kantorowicz²¹, Geny²², constituyen elocuentes muestras de disenso, reclamando cada cual, con matices y énfasis

17. Cfr. ROSS, ALF: *Hacia una ciencia realista del Derecho*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1961. Puede consultarse también *Sobre el Derecho y la justicia* Eudeba. Buenos Aires, 1963.

18. SAVIGNY, FEDERICO CARLOS VON: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la Ciencia del Derecho*. Aguilar, Madrid, 1970.

19. IHERING, RUDOLF VON: *La Lucha por el Derecho y El fin en el Derecho*. Bibliografía. Omeba, Buenos Aires, 1960.

20. HECK, PHILIP: *El problema de la creación del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1961.

21. KANTOROWICZ, HERMAN: *La definición del Derecho*. Occidente, Madrid, 1964.

22. GENY, FRANCOIS: *Methodé d'interpretation et sources en Droit Privé Positif. Essai critique*. Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1932.

diversos, la presencia incuestionable de las valoraciones sociales en el mundo del Derecho.

En la actualidad, Karl Engisch y Heinrich Henkel (Alemania)²³; Antonio Passerin D'Entreves y Sergio Cotta (Italia)²⁴; Andrés Ollero Tassara y Luis Diez Picazo (España)²⁵; Roscoe Pound y Lon Fuller (EE.UU)²⁶, son muestra de algunos autores, cada cual a su modo, que reclaman para la eficacia del derecho el respeto a las valoraciones sociales dominantes puesto que ellas evidencian una cierta "moralidad pública", un cierto modo de obrar que lleva implícito un reconocimiento o consagración de valores que se estiman aceptables por la comunidad. Y su entidad es tal, que a no mediar ellas, el Derecho no sería acatado espontáneamente. Es más, el desajuste entre el Derecho y aquellas, o, lo que es peor, la contradicción entre ambos traería aparejada una paulatina pérdida de eficacia del Derecho. La falta de aplicación de unas determinadas normas jurídicas válidas y vigentes; la interpretación restrictiva o, en su caso, extensiva de ellas; la desobediencia civil, la objeción de conciencia, la resistencia activa, etc., son algunas de las formas en que la valoración social se hace presente ante un Derecho insatisfactorio o disvalioso.

En definitiva, un sector de la doctrina jurídica, aún con orientaciones filosóficas disímiles, se ha dado cuenta, y enfatiza, que la eficacia del Derecho no depende ni con mucho de la amenaza de la aplicación de medidas compulsivas sino más bien, de la

23. ENGLISH, KARL: *La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica Actuales*. EUNSA, Pamplona, 1968. HENKEL HEINRICH: *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Taurus, Madrid, 1968.

24. PASSERIN D'ENTREVES, ANTONIO: *Derecho Natural*. Aguilar, Madrid, 1972. COTTA, SERGIO, op. cit.

25. OLLERO TASSARA, ANDRÉS: *Derecho y Sociedad*. Ed. Nacional, Madrid, 1973. DIEZ PICAZO, LUIS: *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1973.

26. POUND, ROSCOE: *The Spirit of the Common Law*. Beacon Press, Boston, 1966. FULLER, LON: *La Moral del Derecho*. Ed. Trillas, Méjico, 1967.

actitud social de respeto por él, que obedece, en el fondo, a una aprobación moral generalizada.

En suma, los criterios de valoración moral condicionan y limitan el logro y alcance de los fines concretos perseguidos por la normatividad jurídica positiva.

Lo expresado anteriormente, no es óbice para que algunos autores, como es el caso de Sergio Cotta, sostengan que las valoraciones socialmente dominantes no condicionan tan solo la eficacia del Derecho sino que, aún más a fondo, afectan su misma legitimidad, su propia justificación.

6. Consideraciones finales

Hemos presentado un nuevo esquema de análisis de la relación ético-jurídica, que nos ha hecho posible ponderar la influencia de aquélla en la contingencia doctrinaria del Derecho. El presente plan, sin embargo, constituye sólo un esbozo inicial de ulteriores trabajos que nos hemos propuesto desarrollar.

Los cuatro modelos de pensamiento que aquí hemos presentado, constituyen auténticas perspectivas de estudio de esta relación internormativa que condicionan tanto el modo de preguntarse como el método de trabajo y, por cierto, la naturaleza del resultado de la respectiva investigación. Es así que, en los dos primeros, vemos preguntas que se formulan buscando esclarecer el "quid" radical de ambas órdenes, siendo sus métodos y resultados claramente filosóficos. Con todo, podría argüirse que aquel primer modelo es propiamente filosófico porque busca el fundamento mismo de obligatoriedad de las normas y que el segundo, sin abandonar esa perspectiva, se interesa más en las consecuencias jurídico-políticas que de él derivan. En este orden de ideas, cabe recordar que el primero comienza históricamente a desarrollarse de manera ingenua y cobra desarrollo e importancia gracias a las figuras colosales de Platón y Aristóteles que marcan, justamente, las dos formas

básicas del pensar filosófico y que tal vez sin San Agustín de Hipona y Santo Tomás de Aquino no hubiera conocido en nuestro campo la "forma mentis" del iusnaturalismo. Por el otro lado, el segundo modelo, es claro que pone énfasis en los fundamentos de delimitación de las competencias de ambos órdenes normativos, pero está igualmente claro que en el *iter* kantiano se remonta al origen de su respectiva obligatoriedad, resultando que lo jurídico está condicionado a la moral de manera indirecta y mediatizada.

Los modelos tercero y cuarto son de índole científico-positiva, se atienen a los hechos, no bajan a la metafísica buscando criterios último sino que están condicionados a un estudio *ex post factum*²⁷. Distan entre ambos en la naturaleza de los problemas que buscan resolver. Aquel trabaja con las normas jurídicas y éste, con los hechos sociales jurídicamente normados. Aquel se propone elaborar conceptos, instituciones, relaciones a partir de las normas mismas en una dimensión intrasistemática, mientras el último, en cambio, se ocupa de la norma indirectamente, puesto que la estudia desde la perspectiva de su eficacia, esto es, de su observancia social. Le interesa más el *Derecho vivido* que el *Derecho normativo*.

Ahora bien, por el contrario, los criterios tradicionales de análisis a los que aludimos en la Introducción, que ora confunden ambas órdenes normativos, ora los distinguen, ora los separan o, finalmente, los contraponen, no nos convencen del todo, porque son excesivamente abstractos y de una u otra manera fuerzan la realidad de las cosas la que, al resistirse a entrar en esquemas rígidos, los sobrepasa.

Una de las principales dificultades que plantea el tema, es precisamente el enfoque en exceso monista y totalizador que asumen tales planteamientos tradicionales. Se lo trata desde una

27. En el cuerpo del trabajo se aprecia que las posturas científico-jurídicas presuponen una concepción filosófica como punto de partida. El "quid ius" de un Kelsen, de un Ross y de un Holmes es distinto. Nos remitimos a lo dicho.

perspectiva que da lugar a distinciones de mucho rigor conceptual, pero ajena a aspectos esenciales de la experiencia real.

A fin de contribuir a esclarecer esta relación, nos parece indispensable formular ciertas preguntas básicas y a partir de ellas ordenar ciertos hilos de investigación. La primera —que por obvia se la silencia, y por silenciada se la olvida— es ¿qué se entiende por Moral y qué por Derecho? Es una pregunta de una riqueza infinita que abre múltiples posibilidades de estudio. Así, y por vía ejemplar, puede distinguirse la Moral en sentido normativo y en sentido subjetivo. En aquel denota criterio regulador de las conductas; en éste, juicio subjetivo sobre la moralidad de una conducta. La moral normativa a su vez, puede tomarse en sentido estricto y en sentido amplio. En el primero, que es el tradicional, es aquella legislación que vincula el actuar humano en cuanto es humano sin otra consideración, determinando así la bondad del sujeto que actúa. En el segundo, significa toda norma de actuar íntima, y connatural por tanto, a cada sistema de normas. Así, existe una moral de la política, del Derecho, de la estética, de la economía y, por cierto, de la religión. Y tanto una como otra podrían considerarse en cuanto estatutos del "deber ser" que aspiran a ser cumplidos (moral de aspiración) y en cuanto efectivamente observados por los destinatarios en sus actuaciones concretas (moral positiva o moral empírica).

Proverbial es, por su parte, la polivalencia de significados de la palabra Derecho y de la realidad por ella aludida²⁸. Por tanto, es indispensable precisar siempre su sentido; sobre todo cuando se lo vincula con la Moral.

Otro aspecto de la cuestión es el de averiguar los problemas (sus orígenes y naturaleza) que surgen entre ambos órdenes normativos, los que, en todo caso, recibirán respuestas distintas según se trate de las materias reguladas o del sujeto cuya conducta es

28. Vid. LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS: *Filosofía del Derecho*. Bosch, Barcelona, 1973.

vinculada por los dos sistemas. La primera perspectiva ha sido abordada hasta la saciedad. La segunda, en cambio, ha sido reelaborada con agudeza por autores como Felice Battaglia²⁹ y Sergio Cotta³⁰; este último desde un punto de vista ontofenomenológico, rico en sugerencias y matizaciones.

He ahí algunos derroteros de estudio entre muchos. Lo importante es clarificar los términos de análisis, proceder coherentemente según el método apropiado evitando saltos lógicos y extrapolaciones, sin perder de vista que ambos son disciplinas del actuar humano y, por ello, prácticas.

En todo caso, y para concluir, al investigar estos temas, que tanto afectan a los hombres, no debe olvidarse que las ciencias progresan tanto más, cuanto mejor conocen su objeto. El Derecho progresa, esto es, mejora, cuanto más asegure y garantice un orden social que impida el daño ajeno y que ordene el respeto por lo que a cada uno pertenece. El sabio Ulpiano los precisó así: "neminem laedere, suum cuique tribuere". No ha de olvidarse, entonces, que una larga y respetable tradición doctrinaria sostiene que la justicia es el principio moral inmanente al Derecho; si lo respeta, todo otro criterio de mejora vendrá por añadidura.

"Fiat iustitia, ne pereat mundus"³¹.

29. BATTAGLIA, FELICE: *Filosofía del Derecho*, traducción de Francisco Elías de Tejada y Pablo Lucas Verdú. Editorial Reus, Madrid, 1951 (3 volúmenes).

30. De la vastísima y siempre renovada labor de Sergio Cotta (nuestro maestro inolvidable de la Universidad de Roma), podemos citar su última obra sistemática *Il diritto nell'esistenza. Linea di ontofenomenologia giuridica*. Giuffrè, Milano, 1985. Existe traducción castellana bajo el nombre de *El Derecho en la existencia humana*. EUNSA, Pamplona, 1987, 245 pp.

31. El aforismo romano es: "Fiat iustitia et pereat mundus" (Hágase justicia aunque perezca el mundo). Nosotros, siguiendo a Cotta, lo rectificamos en el sentido propuesto: "Hágase justicia para que no perezca el mundo".

RECENSIONES

