

## MORAL Y DERECHO

Miguel VILLORO TORANZO

SUMARIO: I. *Diversos significados del adjetivo "moral"*. II. *Relaciones entre moral y Derecho*: 1) *Teoría de la identidad entre Religión, Moral y Derecho*. 2) *Teoría del Derecho como un capítulo de la Moral*. 3) *Teoría de la independencia entre Derecho y Moral*. 4) *Teoría de la dependencia parcial del Derecho respecto de la Moral*. 5) *Teoría de la dependencia de la Moral y del Derecho de principios morales comunes*.

### I. DIVERSOS SIGNIFICADOS DEL ADJETIVO "MORAL"

La visión moral siempre ha rondado en torno del estudio del Derecho. Sin embargo, debemos distinguir los cuatro significados que se han atribuido al adjetivo "moral". Según un primer significado, por "moral" se entiende lo que se refiere a los códigos de conducta, a las prácticas y a las costumbres; en este sentido "moral" (del latín *mores*, costumbres) equivale a "ético" (del griego *ethos*, también costumbre) y decir que un Derecho está conforme a la moral no es más que constatar su acuerdo con las costumbres y modos de actuar de un determinado pueblo, sin llegar a valorar esas costumbres como buenas o malas. A este significado hace referencia el *Digesto* en dos máximas: "La costumbre inveterada tiene lugar de ley" y "La costumbre es el mejor intérprete de las leyes". Hoy este sentido original del adjetivo "moral" ha sido reemplazado por los tres significados —en especial por el último— que a continuación veremos.

Por "moral" también se ha entendido "todo lo que corresponde a las producciones del espíritu subjetivo y aun el espíritu subjetivo mismo",<sup>1</sup> en oposición a lo físico y a lo natural; "de ahí que las ciencias morales comprendan, en oposición a las ciencias naturales, todo lo que no es puramente físico en el hombre: la historia, la política, el arte, [el Derecho], etcétera".<sup>2</sup> Moral es, entonces, lo que debe su existencia

<sup>1</sup> José Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, artículo "Moral", 4a. ed., Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1968, p. 927.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

al espíritu y a la libertad del ser humano y ciencias del espíritu, de la cultura o morales vienen a ser lo mismo. Una noción moral del Derecho vendría a ser aquella que se propone estudiarlo como un objeto de cultura diferente a los objetos estudiados por las ciencias naturales. Estos últimos, por estar sujetos a las leyes deterministas de la naturaleza, se prestan a un conocimiento exacto que puede ser formulado matemáticamente. En cambio el conocimiento del Derecho, por ser éste un producto cultural en cuya creación ha intervenido la libertad humana, no se presta a tales precisiones. En este sentido, Kelsen, cuando explica que la ciencia jurídica es ciencia normativa y no ciencia causal, asume una noción moral del Derecho. La forma más antiua de formulación de este sentido aplicado al Derecho es afirmar que el conocimiento de éste es arte y no ciencia. La definición de Celso, "Derecho es el arte de lo bueno y equitativo"<sup>3</sup> corresponde a este sentido. Se trata, en fin de cuentas, de una cuestión metodológica. Max Kaser, en su conferencia *En torno al método de los juristas romanos*, explicó convincentemente cómo éstos manejaron el estudio del Derecho como arte, aunque, como es patente, no con las explicitaciones que se hicieron más tarde cuando se llegó a plantear con exactitud el problema metodológico.

Conectado con el anterior significado del adjetivo "moral", encontramos un tercer significado que lo refiere a la facultad cognoscitiva de las conductas rectas del ser humano. Fueron pensadores ingleses los que se plantearon la cuestión de si los juicios morales o éticos deben su existencia a la razón o más bien al instinto, a la inclinación natural, al sentimiento o afecciones patológicas. Anthony Shaftesbury (1671-1713) contestó explicando que en la naturaleza humana, además de las tendencias egoístas, se dan tendencias innatas al bien, a la belleza y a la virtud, que son captadas por el "sentido moral", una facultad cognoscitiva resultado de la experiencia interna, en la que el sentimiento opera al lado de la inteligencia. De esta manera negaba y superaba las posiciones eudemonistas y utilitaristas de otros autores ingleses, en especial de Hobbes. Pero fue Kant el que "tuvo la virtud de arrebatarse la moralidad al naturalismo y de devolverle su perspectiva ideal."<sup>4</sup> En efecto, Kant defendió que el conocimiento de lo moral se realiza por la razón (práctica) y no por un sentido moral si por tal se entiende una tendencia irracional. La razón opera de dos maneras: para conocer "lo

<sup>3</sup> *Digesto*, II, 1, párrafo inicial.

<sup>4</sup> Johannes Hirschberger, *Historia de la Filosofía*, Herder, Barcelona, 1956, t. II, p. 179.

que es, lo que ha sido y lo que será", y entonces se llama "razón pura" o teórica, y para conocer lo que debe categóricamente (no hipotéticamente) ser, y entonces se llama "razón práctica". En ambos casos la razón procede a partir de postulados apriorísticos que, tratándose de la moral, dirigen la conciencia al cumplimiento de deberes según la ley fundamental: "Obra como si la máxima de tu acción debiera ser erigida por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza".<sup>5</sup> Así, de acuerdo con este planteamiento kantiano y según se utilice la razón pura o la razón práctica, pueden darse dos conceptos diferentes e incommunicables metodológicamente del Derecho: "el concepto moral del Derecho", construido por la razón práctica siguiendo "la ley jurídica general; obra externamente de tal modo que el libre ejercicio de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley general",<sup>6</sup> y que sirve para investigar "si lo que las leyes disponen es también justo y cuál es el criterio general que nos sirva para distinguir lo justo de lo injusto (*iustum et iniustum*)"<sup>7</sup> así como para indicarnos cuándo y hasta qué punto tenemos obligación moral de obedecer al Derecho positivo; y el concepto empírico del Derecho positivo, construido por la razón pura, que "conoce las leyes externas también externamente, es decir, en su aplicación a los casos que presenta la experiencia".<sup>8</sup> Según Kant, sería este último el enfoque propio de la Jurisprudencia, la cual tendría por objeto de estudio al "Derecho estricto", que Kant define así: "El Derecho es, pues, el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad".<sup>9</sup> Michel Villey observa que esta división tajante de dos conceptos del Derecho corresponde a la práctica de la enseñanza jurídica en las escuelas o facultades alemanas a fines del siglo XVIII, "por una parte, la Facultad de Filosofía estaba encargada de la crítica de las leyes, por otra, la Facultad de Derecho quedaba confinada a la tarea ingrata y completamente mecánica de la exposición literal de los textos sin la apreciación de su valor".<sup>10</sup> Kant, en su opúsculo *El conflicto de las Facultades*, hace suya esta separación de métodos para estudiar y enseñar el Derecho.

<sup>5</sup> *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, traducción de A. García Moreno, Ed. Nacional, México, 1960, p. 47.

<sup>6</sup> I. Kant, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Trad. de Felipe González Vicén, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954, p. 81.

<sup>7</sup> *Id.*, pp. 78 y ss.

<sup>8</sup> *Id.*, p. 77.

<sup>9</sup> *Id.*, p. 80.

<sup>10</sup> Michel Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Nueva edición, Dalloz, Paris, 1962, p. 253.

No se puede subrayar suficientemente la importancia de este tercer significado del adjetivo "moral" para la historia de la ciencia jurídica. Al vincular lo moral con un proceso peculiar del conocimiento, se sugiere que cualquiera otra especie de conocimiento debe excluir lo moral. El argumento, puesto silogísticamente, sería el siguiente: El conocimiento de lo específicamente moral se logra únicamente por los procesos de la razón práctica. Es así que lo específicamente jurídico difiere de lo específicamente moral. Luego lo específicamente jurídico no puede ser conocido por la razón práctica y debe ser logrado únicamente por los procesos de la razón pura o teórica. La dificultad —claro está— se encuentra en la Menor del silogismo. Lo que habría que probar es que en la realidad específica del Derecho no existe dimensión alguna de carácter moral que, para su conocimiento, no deba acudir a la razón práctica. Claro que lo específicamente jurídico difiere de lo específicamente moral. Pero esa diferencia ¿consiste en la ausencia en el Derecho de todo aspecto moral? No se quiere reconocer que el Derecho es una realidad compleja, en cuya centro aparece la dimensión moral. Se prefiere simplificar la cuestión: la distinción de métodos se transforma en distinción de objetos investigados. De un lado, se coloca a las realidades morales que se conocen por la razón práctica; del otro, a las demás realidades (y entre ellas, al Derecho) que sólo podrán ser conocidas por la razón pura. Algo debió molestar a Kant de tan tajante dicotomía, pues reconoce que el jurista no puede moverse utilizando únicamente "principios empíricos": "Una teoría del Derecho meramente empírica —escribe— es, como la cabeza de madera en la fábula de Fedro, una cabeza que puede ser muy hermosa, pero que no tiene seso".<sup>11</sup> El hecho es que la dicotomía kantiana entre Moral y Derecho se convirtió en el fundamento de la ciencia pandectística alemana.<sup>12</sup> A ella hay que trazar los orígenes del positivismo jurídico. Un concepto estrecho de lo jurídico, identificado con el producto de un proceso cognoscitivo, sirvió para descartar de un plumazo la dimensión moral del Derecho, entendida ésta conforme al cuarto significado que ahora explicaremos.

Se puede decir que la atribución de una dimensión moral al Derecho es tan antigua como el mismo Derecho. Este aparece como una respuesta social de un grupo organizado políticamente (aunque la organización política podrá ser muy simple) para lograr objetivos en benefi-

<sup>11</sup> I. Kant, *op. cit.*, p. 79.

<sup>12</sup> M. Villey (*op. cit.*, p. 253), con fundamento en la obra de Erik Wolf, *Gross Deutsche Rechtsdenker* (Los grandes pensadores juristas alemanes), nos informa que Hugo, Savigny, Pucht, el criminalista Feverbach y Windscheid, así como el austriaco Zeller, estudiaron con profundidad a Kant.

cio del grupo y de sus miembros, objetivos que esos mismos miembros no pueden lograr por separado. Todos y cada uno de los miembros del grupo esperan que las soluciones que tome éste, es decir, el Derecho, deberán aplicarse en provecho o de todo el grupo (por ejemplo, para defenderlo de un peligro exterior, como podría ser el ataque realizado por otro grupo) o para mejorar la situación de los miembros. No se concibe que la fuerza del grupo sea utilizada para privilegiar a determinados miembros del grupo, a no ser que esos privilegios en favor de individuos o subgrupos redunden a la larga en ganancia para todo el grupo. Mucho menos se concibe que la fuerza del grupo sea utilizada para perjudicar a los miembros. En otras palabras, se entiende al Derecho como un instrumento al servicio del bien común; si se aparta de éste su fin, deja de ser Derecho y se convierte en actos arbitrarios de la autoridad. Para poder implementar el bien común, tiene que haber una distribución, entre los miembros del grupo, de responsabilidades, cargas y beneficios. El criterio de esta distribución es la justicia, el dar a cada uno lo suyo, atendiendo a las igualdades y desigualdades de los miembros. Por lo mismo, un Derecho que se aplicara injustamente tampoco merecería el nombre de Derecho. En este cuarto significado del adjetivo "moral", por tal se entiende lo que contribuye al desarrollo integral de los seres humanos y una noción moral del Derecho es aquella que lo considera como un instrumento al servicio del bien común que se aplica según justicia. Moral es todo lo que se refiere y está conforme a los valores propios del ser humano: bondad, justicia, generosidad, amor, etc., y que contribuye al desarrollo humano como tal, en oposición a lo inmoral que es lo que degrada al ser humano en la bestia que también se encuentra presente en la naturaleza humana. Los valores morales humanos son las directrices para que el hombre logre su desarrollo integral, para que el hombre realice su último fin. Si por la Moral se entiende la disciplina que estudia a la luz de la razón la rectitud de los actos humanos con relación al fin último del hombre o a las directrices que se derivan de nuestro último fin, una concepción del Derecho que destaca al bien común y a la justicia como finalidades del mismo, es una noción moral del Derecho, puesto que bien común y justicia son directrices para realizar el fin último del hombre.

Este cuarto significado es el que nosotros tomamos para hablar de nociones morales del Derecho. Es claramente un significado filosófico. Considera al Derecho como un medio para realizar el fin último del hombre, relacionándolo ya sea con la justicia y el bien común, ya con

cualquier otro ideal de perfección, como puede ser la convivencia civilizada.

Alguna noción moral del Derecho es espontánea a todo individuo de cualquier cultura. Intuitivamente —si no es que también racional y reflexivamente— todos entendemos que lo que se llama Derecho (leyes, instituciones, jueces, gobierno) debe en alguna forma servir a hacernos más humanos, a promover una convivencia civilizada, a favorecer el desarrollo de los individuos y a controlar los abusos de los más fuertes. Los actos arbitrarios de los gobernantes los resentimos como no-Derecho. También son no-Derecho el incumplimiento de un pacto, la violencia injustificada, la rapiña y el hurto, el asesinato. Aunque parece injustificada científicamente la derivación etimológica que hace Ulpiano del término *ius* (Derecho) de *iustitia* (justicia),<sup>13</sup> el que así lo haya explicado tan ilustre jurista refleja la noción general espontánea de lo que se suele entender por Derecho. El sentido común del hombre de la calle está de acuerdo con lo que escribió Karl Jaspers: "El derecho es el pensamiento noble de los hombres que quieren dar a su vida un fundamento; éste debe, ciertamente, ser asegurado por la fuerza, pero no ser determinado por ella. Cuando los hombres adquieren conciencia de su calidad de hombres, cuando reconocen a la persona humana como tal, recurren a los derechos del hombre y se apoyan en un Derecho natural al que todos pueden recurrir, vencedores y vencidos."<sup>14</sup> Tal es una noción moral del Derecho.

En la historia de la cultura, la dimensión moral del Derecho aparece al principio más vinculada a la solidaridad con el grupo que la autonomía de la conciencia moral. "El hombre vive colectivamente, en grupo con otros hombres. En el origen se disolvía enteramente en la vida del grupo, y su amor propio, el sentimiento de su propio ser, arraigaba plenamente en el sentimiento de su pertenencia al grupo."<sup>15</sup> "Las exigencias puestas por la conciencia moral se sienten, en efecto, como concepciones y exigencias del grupo y toman nueva fuerza de éste, es decir, no se viven como exigencias de un sentimiento jurídico autónomo y aislado, sino también como propias del grupo por cuya existencia y

<sup>13</sup> *Digesto*, inicio. La correcta etimología de *ius* es su derivación de una raíz sánscrita que significa ligazón, unión. *Ius* es, por lo tanto y según su etimología, lo que une y liga a los miembros de un grupo social.

<sup>14</sup> Karl Jaspers, *Di Schuldfrage* (1946), citado en *El derecho de ser hombre*, editado por Joannes Hersh, Trad. de Gonzalo Arias Bonet, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1973, # 871, p. 459.

<sup>15</sup> Helmut Coing, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1961, p. 71.

con cuya fuerza están relacionadas. Conciencia de grupo y conciencia jurídica son fenómenos estrechamente ligados."<sup>16</sup> "Entre los griegos, la ciudad es la norma de la moral y de la religión. Constituía un ideal al que había que consagrarse de manera absoluta y era ella la que señalaba los medios que se tenían que seguir para alcanzar los fines que ella misma señalaba. Actuar contra las leyes o contra los dioses era ofender a la ciudad."<sup>17</sup> La *polis* o ciudad-Estado de los griegos era capaz de suscitar lealtades morales más intensas que las que posteriormente ligaron a los ciudadanos con los Estados modernos. En los primeros siglos de su historia, Roma fue en realidad una *polis* o ciudad-Estado.<sup>18</sup> Como prototipo del ideal romano, Virgilio propuso a su héroe Eneas, encarnación de la virtud de la *pietas* (lo llama *pius Aeneas*) en la cual la responsabilidad moral individual se conjuga con los deberes a la polis y a los dioses. Es lo que se ha llamado el monismo de responsabilidad, que concibe al desarrollo moral individual como parte integrante del desarrollo del ciudadano y del hombre religioso. No hay moralidad posible fuera del marco de la polis y de los dioses de ésta. Sin embargo, es la cultura griega la que nos ofrece en la *Antígona* de Sófocles el primer admirable ejemplo de una conciencia moral individual rebelándose contra las injustas órdenes de un gobernante.<sup>19</sup> Pero será el Cristianismo el que pondrá el acento en que la auténtica moral consiste en vivir desde la interioridad de la conciencia personal la responsabilidad de alcanzar la perfección moral y no en someterse por actos meramente externos a las normas del grupo social. El fundamento hay que buscarlo en las enseñanzas de Nuestro Señor Jesucristo, particularmente en las contenidas en el llamado "sermón de la montaña",<sup>20</sup> en las que se destaca que la perfección no consiste en "obrar vuestra justicia delante de los hombres" sino en la rectitud de intención. Después San Pablo habló de la ley que la naturaleza ha escrito en los corazones, la cual da testimonio conjuntamente en la con-

<sup>16</sup> *Id.*, p. 78.

<sup>17</sup> Philippe Delhaye, *Permanence du droit naturel*, Nauwelaerts, Lovaina, 1967, p. 23.

<sup>18</sup> Así lo considera el historiador Arnold J Toynbee, para quien Roma era uno de "los múltiples Estados locales en los que estaba articulada la Sociedad Helénica antes del nacimiento del Imperio romano" (*A Study of History*, vol. I, Oxford University Press, Londres, 1962, p. 52). Será Roma la que llevará a la civilización helénica a su máxima difusión al crear el Estado universal correspondiente a esa civilización.

<sup>19</sup> Nos referimos, por supuesto, al célebre pasaje de los versos 430 a 459 de la Escena III.

<sup>20</sup> *Evangelio según San Mateo*, v. I a VII, 27.

ciencia y en los pensamientos, ligando unos con otros.<sup>21</sup> La enseñanza tradicional del Cristianismo es que el juicio que forma el sujeto en su conciencia acerca de la moralidad de sus actos "es la regla próxima e inmediata (subjetiva) de nuestras acciones, porque ninguna norma objetiva (ley) puede convertirse en regla actual de un acto, si no es a través de la aplicación que el sujeto operante haga de ella en sí mismo; aplicación, que, para ser norma válida de nuestro obrar, debe anteceder y acompañar el acto, no sólo seguirlo."<sup>22</sup> De acuerdo con esto, una noción moral del Derecho es aquella que lo critica y valora como digno de ser aceptado por la conciencia moral, porque se ve en él una ley capaz de contribuir a la perfección moral de los individuos humanos. Las nociones morales del Derecho lo encuadran en una visión moral y, por lo tanto, filosófica. De todas las nociones del Derecho, las únicas que se confiesan abiertamente filosóficas son las morales. Más aún, no pueden evitar el ser filosóficas, puesto que la Moral es una rama de la Filosofía. Esto es precisamente lo que se les ha reprochado: en cuanto filosóficas, no tendrían cabida en la ciencia jurídica. Las críticas contra las nociones morales del Derecho se levantan sobre el reproche de que estas nociones no adoptan un enfoque específicamente jurídico, de que juzgan o valoran al Derecho desde un punto de vista ajeno o extraño al mismo. Y no hay duda que la mayor parte de las nociones morales del Derecho se han propuesto y han sido formuladas desde la Filosofía o desde la Teología. Sólo a partir de los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial se han preocupado seriamente los juristas de incorporar la visión moral del Derecho como parte integrante del método jurídico. Así nuestra reflexión nos lleva a plantearnos dos cuestiones: ¿Cuáles son las relaciones entre Moral y Derecho? y ¿Cuál es el papel del enfoque moral en el método jurídico? En el presente ensayo, nos limitaremos a contestar la primera de esas dos preguntas.

## II. RELACIONES ENTRE MORAL Y DERECHO

Desde Christian Thomasius (1655-1728) se ha tratado de distinguir lo específicamente jurídico de lo específicamente moral. La cuestión apareció como una exigencia de depuración del método jurídico. Esto debemos tenerlo presente. Pero, para llegar a un correcto planteamiento

<sup>21</sup> *Epístola a los Romanos*, II, 14-15.

<sup>22</sup> Francesco Roberti, *Diccionario de Teología Moral*, Trad. de Francisco Navarro, Editorial Litúrgica Española, Barcelona, 1960, artículo "Conciencia", p. 242.

to de la cuestión metodológica, nos parece conveniente despejar la discusión de aquellas posiciones que fácilmente se pueden rechazar como impropias del método jurídico. Por eso, vamos a considerar las diferentes relaciones que se han considerado existen o deben existir entre Moral y Derecho. Se pueden formular en cinco teorías.

### 1) *Teoría de la identidad entre Religión, Moral y Derecho*

Es la posición de los pensamientos primitivos, cuando ni siquiera se vislumbraba la necesidad de distinguir metodológicamente entre un pensamiento jurídico, por una parte, y un pensamiento moral o religioso, por otra. A ella corresponde el monismo de responsabilidades, que mencionamos más arriba. Hoy nadie la defiende.

### 2) *Teoría del Derecho como un capítulo de la Moral*

Es el enfoque propio de los moralistas. Con su enfoque moral (filosófico) estudian diversos temas; uno de ellos es el Derecho. Construyen así una teoría moral del Derecho. Así procedieron Santo Tomás de Aquino y la mayor parte de los iusnaturalistas, incluso la Escuela racionalista del Derecho natural, aunque entre los miembros de ésta se dan atisbos de la teoría que mencionaremos en tercer lugar.

Lo que hay que observar sobre esta teoría es lo siguiente. Primero, que es perfectamente legítimo que una determinada moral nos diga lo que piensa del Derecho; más aún, cualquier moral permanecerá incompleta mientras no formule su explicación del Derecho, pues es inevitable que el ser humano que quiere llegar a su perfección tropiece con problemas jurídicos que deberá solucionar de acuerdo con su filosofía moral. Cuestiones tales como la usura, las relaciones obrero-patronales, la obediencia al Estado, el aborto, el deber del secreto profesional, el pago de los impuestos, no podrán ser abordadas ni resueltas con un enfoque puramente jurídico por una persona preocupada y comprometida con su desarrollo moral. Su moral debe darle respuestas.

En segundo lugar, una teoría sobre el Derecho elaborada a partir de una determinada moral puede funcionar perfectamente no sólo como moral sino también como Derecho en una determinada sociedad, siempre que en ella se dé la aceptación de esa moral. En otras palabras, sociedades homogéneas unidas por comunes valores morales no tienen dificultad alguna en aceptar como Derecho la moral que las une. Esto pasaba durante la Edad Media y también durante la mayor parte del largo reinado de la Escuela racionalista del Derecho natural.

Tercero, cuando aparece el pluralismo de las morales específicas, ya no se puede invocar la teoría del Derecho elaborada por una de ellas, aunque sea mayoritaria, como la solución obligatoria para todos. Es cuando surge la necesidad de distinguir entre Derecho y Moral, entre la obligación jurídica y la obligación moral, entre una esfera de aplicación de las normas jurídicas y otra de las normas morales. Es esta necesidad la que ha dado origen a la siguiente teoría.

### 3) *Teoría de la independencia entre Derecho y Moral*

Es el enfoque de los puristas de la ciencia del Derecho, el más prominente de los cuales es Hans Kelsen. Creen poder elaborar una ciencia jurídica sin ninguna contaminación proveniente de la Moral. Moral y Derecho caminarían cada uno por su propia vía sin jamás encontrarse. Sueño de pureza metódica que la realidad se ha encargado de refutar. La refutación viene de dos fuentes. Primero, del hecho que el pensamiento humano no funciona por compartimentos estancos: el pensamiento científico necesariamente funciona a partir de presupuestos filosóficos; hay que añadir que, en su marcha, nunca permanece aislado de influjos extraños al método. En segundo lugar, porque el objeto estudiado (el Derecho) no se presta a una captación unilateral, sino que irrumpe con toda su riqueza destrozando cualquier proyecto de captación simple. Un método que se esfuerza por mantenerse en la asepsia de contaminaciones por otros métodos, como el de Kelsen, a lo más que llega es a desprender jirones descarnados y sin vida de una realidad que le elude. Después de su considerable esfuerzo, Kelsen se queda en las manos con unas estructuras lógicas que son más bien presupuestos del pensamiento jurídico que su descripción.

El purismo de la teoría kelseniana tiene como punto de partida el presupuesto kantiano que el método "crea" su objeto. De ser como quiere Kant, cada objeto creado por un método diferente sería independiente e incommunicable respecto a los demás objetos. Pero el conocimiento no es creador de su objeto: aunque es verdad que el sujeto cognoscente participa e interviene en la producción del conocimiento, éste es una síntesis de factores objetivos y subjetivos. El sujeto pone la pureza metódica cuando se acerca a conocer el objeto, pero, cuando toca ese objeto, la pureza se refracta, pierde su consistencia, se altera, porque el objeto la rechaza tal como se presenta. Es este realismo de la complejidad del objeto, en el que Moral y Derecho no aparecen independientes entre sí, el que es subrayado por las dos teorías que nos falta explicar.

### 4) *Teoría de la dependencia parcial del Derecho respecto de la Moral*

Para esta teoría, hay materias propias y exclusivas del Derecho como hay materias propias y exclusivas de la Moral pero también hay otras materias que son comunes a uno y a otra y en las cuales el Derecho no puede proceder ignorando a la Moral sino que —por lo contrario— debe tomar en cuenta lo que ésta afirma. Habría, por lo tanto, cuestiones en las que sólo puede opinar el jurista, otras que pertenecen a la competencia del moralista y otras más en las que ambos pueden interferir y en las que el jurista no puede proceder sin tomar en cuenta al moralista, por lo menos en cuanto este último es el vocero de las concepciones morales imperantes en la sociedad.

Esta teoría fue generalmente aceptada por las sociedades del siglo XIX en las que dominaba una filosofía individualista liberal. Así la conducta del hombre en el seno de su familia debía dejarse enteramente a la Moral y el Estado debía abstenerse de intervenir en ella. En cambio, la conducta del hombre en sus negocios y en sus relaciones con obreros y competidores, puesto que estaba sujeta al libre juego de la oferta y la demanda —una ley económica que nada tiene que ver con la Moral—, era materia ajena a ésta y en la que el jurista tenía exclusividad. Por último, una cuestión como la educación de los hijos podía recibir algunas regulaciones jurídicas, pues el Estado no puede permanecer indiferente ante esta materia, pero esas regulaciones debían respetar la Moral vivida por la sociedad y, más en particular, por los padres de los educandos.

En aquellos sistemas de Derecho en que se acepta el principio de separación entre la Iglesia y el Estado, esta teoría ha servido de criterio práctico para la aplicación de ese principio. Como criterio práctico ha dado excelentes resultados. Pero no es el problema práctico el que estamos tratando aquí. Lo que nos estamos preguntando es sobre las relaciones entre Moral y Derecho en el pensamiento jurídico. Algo nos permite avanzar esta teoría sobre esta cuestión. Por de pronto, reconoce que en el mundo de la práctica del Derecho hay cuestiones en las que el Derecho debe tomar en cuenta a la Moral y que, por lo tanto, no se puede decir sin más que el Derecho sea totalmente independiente de la Moral. Se pueden alegar en este sentido algunas normas del Derecho positivo. Por ejemplo, el artículo 1830 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal estipula que: "Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres", y el artículo 1831 que declara: "El fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe ser contrario... a las

buenas costumbres." Como explica correctamente Raúl Carrancá y Trujillo, las buenas costumbres son la concretización externa de la moral pública.<sup>23</sup> Y el Código Penal para el Distrito Federal, en el Título Octavo, se refiere a "Delitos contra la moral pública y las buenas costumbres". A veces, el Derecho positivo aborda cuestiones morales de manera indirecta, ya sea condenando "actos inmorales" (artículos 267, fracción V, y 270 del Código Civil), ya refiriéndose a conceptos de contenido moral, como la buena fe o la justicia y equidad. Hart observa que tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos el Derecho Penal incluye disposiciones que sólo pueden ser explicadas como intentos de implementar la Moral en cuanto tal. La mayor parte de ellas se refieren a la materia de la sexualidad.

Los defensores de esta cuarta teoría, por consiguiente, no tienen dificultad en reconocer que en algunas cuestiones el Derecho positivo hace directa referencia a la Moral o a principios morales y que en esas cuestiones el Derecho se subordina a la Moral. En lo que insisten es que —según palabras de Lord Patrick Devlin— "tiene que quedar una esfera de Moral privada en la que, en resumen y empleando un lenguaje sin refinar, no es asunto del Derecho el intervenir (*is not the law's business*)"<sup>24</sup> y que, correspondientemente, hay otras esferas en las que las normas jurídicas se justifican por los objetivos a los que tiende el Estado (por ejemplo, mantener la paz y buscar la utilidad común) sin que sea necesaria una referencia a la Moral. Por lo tanto, Moral y Derecho serían fundamentalmente independientes, pero en algunas cuestiones pueden referirse a la otra disciplina. Por ejemplo, la Moral hace referencia al Derecho cuando dice que es deber moral obedecer a la autoridad; entonces el Derecho emanado de esa autoridad se convierte en obligación moral. El Derecho hace referencia a la Moral en los artículos 1830 y 1831 del Código Civil citados más arriba. Allí donde no se da referencia explícita o implícita, cada disciplina procede por su propio camino, sin preocuparse de la otra. Ya no se acepta la posición purista de la tercera teoría, sino que se la matiza, reconociendo que en algunas cuestiones puede el Derecho depender de la Moral.

¿Cuándo debe el Derecho referirse a la Moral? O en otros términos: ¿Cuándo debe el Derecho implementar la Moral? Lord Devlin contes-

<sup>23</sup> Ver Raúl Carrancá y Trujillo, *Código Penal anotado*, Antigua Librería Robredo, Robredo, México, 1966, nota 559 en la p. 470.

<sup>24</sup> Lord Devlin, citado por Basil Mitchell, *Law, Morality and Religion in a secular society*, Oxford University Press, Londres, 1967, p. 2.

ta: "una sociedad puede utilizar al Derecho para implementar la Moral en la misma manera que lo utiliza para salvaguardar cualquier otra cosa que sea esencial a su existencia";<sup>25</sup> "el verdadero principio es que el Derecho existe para proteger a la sociedad. No agota su función protegiendo a los individuos de daños, molestias, corrupciones y explotaciones; el Derecho debe proteger también a las instituciones y a las ideas, políticas y morales, que son patrimonio común y sin las cuales las personas no podrían vivir juntas. La sociedad no puede ignorar la moralidad de los individuos como tampoco puede desconocer su lealtad; el Derecho florece gracias a una y otra y sin moralidad o lealtad de los individuos muere."<sup>26</sup> Por lo tanto, se debe implementar la Moral como un medio para un fin. La Moral es el cemento que une a los miembros en sociedad; hay que fraguar ese cemento en la medida que ayude a unir a los miembros y a evitar daños y rencillas entre ellos. Pero, cuando las acciones inmorales no dañan a nadie, ni directa ni indirectamente (debilitando el cemento social), no tienen por qué ser jurídicamente combatidas. La privacidad de los individuos debe ser respetada. Ante ella el Derecho debe ser tolerante. Por consiguiente, la Moral no debe ser implementada por sí misma, porque es buena o porque así la considera la mayoría; sino únicamente porque afecta los fines sociales. La defensa de la libertad y de la privacidad de los individuos también es un fin social.

Como se ve, esta teoría en realidad lo que plantea es el contenido de la Moral que debe ser implementado. A diferencia de la tercera teoría, no titubea en reconocer la relación de la Moral con el Derecho, que la primera influye en el segundo y que el Derecho toma en cuenta las soluciones que da la Moral, por lo menos en determinadas cuestiones. De hecho son muchas las soluciones morales que el Derecho ha incorporado: el respeto de la dignidad humana, la prohibición del asesinato, del robo y de otras conductas que el Derecho Penal llama delictuosas, la obligación de los padres de educar y cuidar a sus hijos, la estabilidad del matrimonio, el cumplimiento de la palabra dada por los contratantes, el respeto a las autoridades, etcétera. Sobre la mayor parte de las obligaciones morales que el Derecho hace suyas ni siquiera se plantea el problema de distinguir entre Moral y Derecho.

<sup>25</sup> *Id.*, p. 6.

<sup>26</sup> *Id.*, p. 10. Utilizamos aquí la palabra "moralidad" como diferente de "Moral". Esta es la disciplina que estudia la rectitud de los actos humanos, en tanto que la "moralidad" es el modo que tienen los individuos de vivir, aceptar y regirse por la Moral. Esta distinción corresponde a la H. L. Hart entre "*critical morality*" y "*positive morality*".

Por eso, decimos que esta cuarta teoría es mucho más realista que la tercera. También es realista en cuanto su preocupación de utilizar la distinción entre Moral y Derecho para obtener criterios sobre las materias en las que el Derecho puede y debe legislar. Acabamos de ver que Lord Devlin ya nos ha propuesto un criterio: el Derecho debe implementar la Moral cuando ésta sirva de cemento social. Esta fórmula la aceptan o podrían aceptarla todos los autores defensores de la cuarta teoría. Donde existen diferencias es en lo que se debe entender por la Moral que realiza la función de servir de cemento social y que por lo tanto, es la Moral que el Derecho debe implementar.

La interpretación más restringida es la que dio John Stuart Mill (1806-1873) en su difundido ensayo *Sobre la libertad* (1859). Para él, es tan importante el valor de la libertad que "la única razón legítima para usar de la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle perjudicar a otros; pero el bien de este individuo, sea físico, sea moral, no es razón suficiente. Ningún hombre puede, en buena lid, ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esta actuación haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más dichoso, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo."<sup>27</sup> La única excepción a este principio es el paternalismo que puede ejercerse sobre los seres humanos que no se hallen en la madurez de sus facultades, como son los niños y los miembros de las sociedades nacientes o atrasadas. Esta es la filosofía liberal del *laissez faire, laissez passer*, que encomienda al Estado gendarme la misión de intervenir únicamente para poner paz entre los miembros de la sociedad y evitar que se hagan daño entre sí, castigando a los infractores. El cemento social se reduce al orden pacífico, al margen del cual el individuo podrá hacer lo que quiera, con tal que no dañe a otro por el fraude, la traición o la violencia.<sup>28</sup> "Esta persona puede ser para nosotros un objeto de piedad, o tal vez de aversión, pero no de irritación o de resentimiento; no la tratemos como un enemigo de la sociedad... no nos compete infligirle ningún sufrimiento, excepto el que se derive incidentalmente del uso que hagamos, en la regulación de nuestros asuntos, de esa misma libertad que a él le hemos dejado en los suyos propios."<sup>29</sup> Sólo se puede infligir un castigo a aquel que

<sup>27</sup> John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, Trad. de Josefa Sáinz Pulido, Aguilar, Buenos Aires, 2a. ed., 1960, p. 50.

<sup>28</sup> *Id.*, p. 182.

<sup>29</sup> *Id.*, pp. 158 y ss.

se ha hecho culpable de infringir las reglas establecidas para la protección de sus semejantes, individual o colectivamente.

Esta interpretación restringida de cuño liberal sigue animando el pensamiento filosófico-jurídico en Inglaterra y en los Estados Unidos. Es verdad que se ha dado un cambio en la extensión de los casos en que se considera debe aplicarse el paternalismo, entendiendo por tal "la protección de las personas a pesar de ellas mismas".<sup>30</sup> Como observa H. L. Hart, hoy se ha llegado a una mayor sensibilidad de los múltiples factores que disminuyen la libertad de elección y que, por consiguiente, impiden se dé esa plena madurez que es el presupuesto de la aplicación del principio de John Stuart Mill, "Las elecciones se pueden hacer y el consentimiento puede ser otorgado sin suficiente reflexión o apreciación de las consecuencias; o persiguiendo deseos meramente pasajeros; o en medio de diversas circunstancias en las que es natural se nuble el juicio; o bajo presiones internas de carácter psicológico; o bajo el apremio de otros realizado de manera tan sutil que no pueda ser probado en un tribunal. Bajo el extremo horror del paternalismo que tiene Mill tal vez subyace una concepción de lo que es un ser humano normal que hoy no parece corresponder a los hechos."<sup>31</sup> Pero que el principio de Mill se sigue defendiendo, no cabe la menor duda, como lo comprueban dos interesantes documentos, el uno inglés y el otro norteamericano.

En 1954 se nombró en Inglaterra al Comité Wolfenden para que estudiara cómo debía proceder el Derecho en materias de prostitución y de homosexualidad. En 1957 dio su Informe en el que recomendaba cambios legislativos en ambas materias. La premisa mayor de su argumentación la formulaba de la manera siguiente: "En estas materias la función del Derecho Penal, tal como la vemos, es preservar el orden público y la decencia, proteger a los ciudadanos de lo que es ofensivo o dañino, y proveer las suficientes garantías contra la explotación y corrupción de otros, particularmente de aquellos que son especialmente vulnerables debido a su juventud, debilidad de cuerpo o de mente, inexperiencia, o por hallarse en un estado especial de dependencia física, oficial o económica. No es, según nuestro punto de vista, función del Derecho el intervenir en las vidas privadas de los ciudadanos o el tratar de implementar con la fuerza cualquier particular pauta de conducta más allá de lo que sea necesario para lograr los propósitos que

<sup>30</sup> "Protection of people against themselves" (H. L. A. Hart, *Law, liberty and morality*, Oxford University Press, Londres, 1968, p. 31).

<sup>31</sup> Hart, *op. cit.*, p. 33.



hemos mencionado.”<sup>32</sup> “Debe permanecer una esfera de moral e inmoralidad privadas que, dicho breve y crudamente, no es asunto del Derecho.”<sup>33</sup> El documento norteamericano al que hicimos referencia es el proyecto de *Código Penal modelo*, publicado en 1955 por el Instituto Norteamericano de Derecho (*American Law Institute*), que “recomendaba que todas las relaciones consensuales entre adultos en privado deberían ser excluidas de la materia del Derecho Penal. Se fundaba esta recomendación, entre otros argumentos, en el hecho de que no se sigue daño alguno a los intereses seculares de la comunidad de las prácticas sexuales atípicas realizadas en privado entre adultos consentientes, y que existe la cuestión fundamental de la protección a que tiene derecho todo individuo contra la interferencia del Estado en sus asuntos privados cuando no daña a los demás.”<sup>34</sup> H. L. A. Hart concluye de la lectura de estos dos documentos que “los principios de Mill siguen todavía muy llenos de vida para criticar al Derecho”.<sup>35</sup>

En el polo opuesto, la interpretación más amplia es la de aquellos que consideran que toda la Moral constituye el cemento social. H. L. A. Hart señala a James Fitzjames Stephen, un juez inglés de la época victoriana y crítico de Mill, y a Lord Devlin como sostenedores de esta interpretación.<sup>36</sup> Sin embargo, Basil Mitchell ha demostrado que esa no es la posición de Lord Devlin.<sup>37</sup> Indudablemente era defendida, antes de la Revolución Francesa, por los Estados, fueran éstos protestantes o católicos. Corresponde en lo fundamental a las teorías primera y segunda de nuestra clasificación. Pero ahora se plantea en los términos de la cuarta teoría: ¿qué parte de la Moral constituye el cemento social que interesa al Derecho? Y contesta: toda la Moral, porque el debilitar alguna parte de la misma constituye en fin de cuentas una amenaza para la comunidad. El argumento central de esta interpretación sería —según lo explica Hart— el siguiente: Si se define a la sociedad humana como un grupo de individuos unidos por un conjunto de valores morales, entonces la moralidad del grupo es considerada como una red en la cual cada malla contribuye a formar el cemento social, por lo que toda la moralidad del grupo debería ser implementada por el Derecho. Claro que la moralidad de que se trata no es la personal de

<sup>32</sup> *The Wolfenden Report*, párrafo 13, citado en Basil Mitchell, *op. cit.*, p. 2.

<sup>33</sup> *The Wolfenden Report*, sección 61, citado por H. L. A. Hart, *op. cit.*, pp. 14 y 55.

<sup>34</sup> Draft of the Model Penal Code, según cita de H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 15.

<sup>35</sup> H. L. A. Hart, *op. cit.*, p. 15.

<sup>36</sup> Véase Hart, *op. cit.*, pp. 16 y 50 y 50 a 52.

<sup>37</sup> Véase Basil Mitchell, *op. cit.*, en la nota 24, pp. 14 a 20.

los individuos sino la “moralidad pública”, es decir, aquella que “es generalmente compartida y que se puede identificar por las triples marcas de la intolerancia, la indignación y el disgusto”<sup>38</sup> ante las conductas que considera inmorales. Además, “para ser capaz de castigar, la mayoría moral debe ser abrumadora.”<sup>39</sup> En efecto, una norma moral no suficientemente compartida ni vivida con intensidad no puede servir de cemento social.

Hart, profesor de Jurisprudencia en Oxford, dedica su libro *Law, Liberty and Morality* (1963) a combatir la interpretación amplia, que él llama “moralismo jurídico” (*legal moralism*). De su enorme arsenal de argumentos y distinciones, vamos a seleccionar las ideas que nos parecen más provechosas para ir aclarando toda esta cuestión de las relaciones entre Moral y Derecho.

Hart escribe que hay que distinguir entre Moral crítica (“*critical morality*”) y moralidad positiva (“*positive morality*”). Esta última es “la Moral que es aceptada y compartida en la realidad por un determinado grupo social”;<sup>40</sup> en otras palabras, es la Moral tomada en el primer sentido visto más arriba, que la identifica con las costumbres del grupo; la llamaremos “moralidad”. La Moral crítica, en cambio, consiste en “los principios morales generales que se utilizan en la crítica de las instituciones sociales existentes incluyendo las de la moralidad positiva”;<sup>41</sup> nosotros preferimos llamarla la Moral como disciplina o simplemente la Moral. Referirse a la moralidad es asumir un enfoque sociológico, que observa las prácticas morales de una sociedad sin pronunciarse necesariamente sobre su bondad o su maldad. La interpretación amplia o moralismo jurídico parece asumir este enfoque para dar a continuación un paso a la Moral crítica. En efecto, observa que toda sociedad se construye en torno de una moralidad positiva, y luego concluye que esa moralidad *debe ser mantenida* en su integridad para evitar el desmoronamiento de la sociedad. A esto, Hart arguye de la siguiente manera: “aunque es aceptable la proposición de que *alguna* moralidad compartida es esencial para la existencia de cualquier sociedad”, no se puede pasar a “la proposición inaceptable que una sociedad se identifica con su moralidad positiva tal como se vive en cualquier momento de su historia, de tal suerte que cualquier cambio en esa moralidad equivaldría a la destrucción de la sociedad.”<sup>42</sup> En efecto,

<sup>38</sup> Hart, *op. cit.*, p. 62.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> Hart, *op. cit.*, p. 20.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> Hart, *op. cit.*, p. 51.

la posición del Derecho no consiste en incorporar sin crítica las prácticas morales que se observan son compartidas por la mayoría de la sociedad. Tomemos como ejemplo al racismo, que puede ser aceptado por la mayoría sin que por eso deba ser declarado Derecho. Tal vez algún Estado, como el de Sudáfrica que consideraba la mezcla de razas como el delito de *miscegenation*, quedará satisfecho con la comprobación de que la discriminación racial es una práctica moral generalmente aceptada, pero la mayor parte de los Estados someterá esa práctica a una crítica racional conforme a la Moral crítica y sólo si allí recibe suficiente fundamentación la incorporará como Derecho. Por otra parte, considerar a la moralidad positiva como una red que debe ser mantenida en su totalidad so pena de destrucción de toda la sociedad, además de ser una aseveración que no puede ser probada con hechos, acaba condenando a esa sociedad, al inmovilismo más completo. Es falso que toda la moralidad positiva constituya el cemento social, porque pueden darse cambios en la misma sin que por ello se debilite o destruya el grupo. Lo que verdaderamente une al grupo no son los principios morales que deben su fuerza al mero hecho de su aceptación por parte de la mayoría del grupo sino los principios morales que valen por sí mismos y que, como tales, son considerados por la Moral crítica: "la preservación de una sociedad particular es valiosa porque, entre otras cosas, asegura en beneficio de los seres humanos alguna medida de esos valores universales."<sup>43</sup> "Porque en la práctica de cualquier moralidad social necesariamente se involucran los que se pueden llamar valores *formales* en cuanto diferentes de los valores *materiales* presentes en el contenido de las normas particulares."<sup>44</sup> Son valores formales la objetividad y la imparcialidad en el juzgar las cuestiones, la abertura a las necesidades y expectativas de los demás, la autodisciplina y autocontrol necesarios para adaptar la conducta propia a las exigencias sociales, la actitud de respeto a los otros y al orden social. La preservación de estos valores formales, indispensable como cemento social, no debe sin embargo ser confundida con el "conservadurismo moral". "Este último equivale a la afirmación que la preservación del cambio de cualquier regla existente de una moralidad social, sea cual fuere su contenido, es un valor y justifica su implementación por la fuerza."<sup>45</sup> Sin los valores formales no puede subsistir sociedad alguna, pero el cambio en los valores materiales no significa el derrumbamiento

<sup>43</sup> *Id.*, p. 70.

<sup>44</sup> *Id.*, p. 71.

<sup>45</sup> *Id.*, p. 72.

de la sociedad. Por lo tanto, la postura de Hart es que sí cree que en algunos casos se puede implementar la Moral en sí misma. "En cuanto a mí —escribe— sí creo que hay fundamentos que justifican la implementación por la fuerza dirigida a individuos, otros que la prevención del daño ocasionado a los demás."<sup>46</sup> Cuáles sean esos fundamentos, no queda del todo claro. En los casos que analiza, Hart siempre descubre algún aspecto de bien común que sería el que justifica la defensa de principios morales. En el caso del castigo de la bigamia realizada sin engaño de las partes, "el Derecho interviene para proteger las sensibilidades religiosas contra un insulto realizado en un acto público; el bigamo es castigado no por su irreligiosidad ni por su inmoralidad sino por la molestia (*nuisance*) que ocasiona. Porque el Derecho entonces se preocupa de lo ofensiva que es una conducta pública para los demás, no de la inmoralidad de la conducta privada, la cual, en muchos países, deja sin ningún castigo."<sup>47</sup> En otras palabras, la inmoralidad no es castigada en sí misma; lo que se castiga, es la indecencia. Hart se lamenta que en nuestros tiempos no se atiende suficientemente a la distinción que hacían los romanos entre los poderes del Censor, dirigidos a proteger la moral, y los del Edil, que debían dirigirse a la protección de la decencia pública.<sup>48</sup> En resumen, Hart reconoce como evidente que "una sociedad no puede existir sin una Moral que refleje y suplemente la prohibición que hace el Derecho de conductas dañosas a otros"<sup>49</sup> y que, por proteger los valores formales universales, sirva de cemento social.

Los planteamientos y reflexiones de Hart, así como los de Lord Devlin y otros, sirven de material a la explicación de Basil Mitchell, otro profesor de Oxford. En un librito verdaderamente magistral por la claridad y finura de análisis así como por la serenidad y apertura en el planteamiento y discusión de los problemas, Mitchell va estructurando paso por paso su respuesta, que resumiremos a continuación.

Primero, fundado en otra distinción de Hart, aclara<sup>50</sup> que por "cemento social" o por "instituciones esenciales a una determinada sociedad" se pueden entender dos cosas: aquellas instituciones sin las cuales una sociedad no puede sobrevivir como sociedad, y también las instituciones sin las cuales una sociedad sería diferente. La monogamia

<sup>46</sup> *Id.*, p. 5.

<sup>47</sup> *Id.*, p. 41.

<sup>48</sup> Ver *Id.*, p. 44.

<sup>49</sup> *Id.*, p. 51.

<sup>50</sup> Basil Mitchell, *Law, Morality and Religion in a secular society*, Oxford University Press, Londres, 1967, p. 31.

no es esencial en el primer sentido, puesto que hay sociedades polígamas y una sociedad monógama no se desintegraría por hacerse polígama; pero es esencial en el segundo sentido, puesto que las sociedades de cultura occidental cristiana dejarían de serlo si aceptaran la poligamia. Mitchell sostiene que la esfera del Derecho no sólo se extiende a las instituciones en el primer sentido, que es lo que defiende Hart, sino que también puede abarcar instituciones en el segundo sentido, porque una sociedad tiene derecho a defender lo que considera su idiosincrasia, lo que sin ser esencial para la sobrevivencia es considerado altamente valioso para dar cohesión a la sociedad y permitir a sus miembros vivir juntos de una manera aceptada y atesorada por ellos. Así se puede defender jurídicamente la lengua propia. Y, respecto a la monogamia, cita a Lord Devlin: "En Inglaterra creemos en la idea cristiana del matrimonio y, por lo tanto, adoptamos a la monogamia como un principio moral. En consecuencia la institución cristiana del matrimonio se ha convertido en la base de la vida de la familia y en parte de la estructura de nuestra sociedad. Se encuentra allí no porque es cristiana. Ha llegado allí porque es cristiana, pero permanece allí porque forma parte de la construcción de la casa en que vivimos y no podría ser removida de ella sin destruirla. La gran mayoría de los que viven en este país la acepta porque es la idea cristiana del matrimonio y para ellos la única verdadera. Pero un no cristiano está obligado a ella, no porque es parte del Cristianismo, sino porque, correcta o incorrectamente, ha sido adoptada por la sociedad en que vive."<sup>51</sup> Este es el criterio que siguieron los tribunales norteamericanos cuando prohibieron a los mormones practicar la poligamia. No se trataba de combatir su religión, pues la libertad de religión está garantizada por la Constitución norteamericana. Tampoco se pretendía que la poligamia no pudiera ser el cemento social de otras sociedades (los ingleses la permitían en sus colonias). Sólo se defendía que la monogamia es parte integrante de las instituciones esenciales (en el segundo sentido) de la sociedad norteamericana. En conclusión: "La función del Derecho no es solamente proteger a los individuos de daños, sino también proteger las instituciones esenciales (en ambos sentidos) a una sociedad."<sup>52</sup>

Luego, Mitchell se plantea la cuestión de cómo conocer las instituciones que, por ser esenciales a la sociedad, justifican la intervención del Derecho. No es válido el criterio de la general práctica, pues hay

<sup>51</sup> Lord Devlin, citado por Mitchell, *op. cit.*, p. 29.

<sup>52</sup> Mitchell, *op. cit.*, p. 134.

costumbres que no por ser generalizadas deben ser defendidas (piénsese en el racismo). Tampoco le convence a Mitchell el criterio propuesto por Lord Devlin, que "el juicio moral de una sociedad debe ser algo sobre lo cual doce hombres o mujeres escogidos por suerte pueden, después de discusión, llegar a un acuerdo unánime".<sup>53</sup> El jurado puede servir para determinar una sentencia, pero la mentalidad del hombre de la calle no puede servir de modelo para legislar, porque en ella puede haber prejuicios y apasionamientos, además que suele estar opuesta a cualquier cambio y se inclina a extender lo moral mucho más de lo debido. La única manera de proceder es por una discusión alimentada por la razón y por la mayor información que se pueda obtener. Sin embargo, se pueden dar principios generales que pueden servir de guías al proceso racional de los legisladores. Mitchell propone los siguientes:

- (a) Hasta donde sea posible, se debe respetar la vida privada.
- (b) Como regla general, es malo legislar sobre lo que es difícil implementar y cuya implementación tiende, por consiguiente, a ser irregular e injusta.
- (c) Es malo legislar sobre lo que no logra alcanzar el respeto de las personas más razonables que estarán sometidas a la ley.
- (d) No se deberían dar leyes que probablemente no alcanzarán su objetivo o que producirán mucho sufrimiento u otros daños tales como chantajes.
- (e) Se deben evitar leyes que impliquen el castigo por conductas que en general no se pueden evitar.<sup>54</sup>

Como se ve, la postura de Mitchell está abierta a la implementación jurídica de normas morales cuando éstas atañen la convivencia social y cuando la implementación de las mismas puede hacerse de manera racional y humana. "El Derecho no debe castigar conductas por el simple hecho de que la generalidad las considera inmorales, pero no puede ser moralmente neutral en toda materia. No sólo presupone determinados 'valores universales' cuyo alcance e importancia relativa tiene a veces que concretizar, sino que su compromiso con el 'paternalismo' exige que adopte alguna concepción de lo que tiende seriamente a corromper el *ethos* de la sociedad, ya sea por la crueldad, por violencia injustificada, por odio racial o por la comercialización del vicio."<sup>55</sup>

<sup>53</sup> *Id.*, p. 37.

<sup>54</sup> *Id.*, p. 135.

<sup>55</sup> *Id.*, p. 134.

La postura de Mitchell tal vez ya podría ser clasificada en la quinta teoría, pero difiere de ella por la diversidad de enfoque.

5. *Teoría de la dependencia de la Moral y del Derecho de principios morales comunes*

La teoría anterior (la cuarta) estaba sobre todo preocupada de discernir entre las materias propias de la esfera jurídica y aquellas otras en las que el Derecho nada tiene que hacer. La presente teoría (la quinta) tiene otro interés, el metodológico: ¿hasta qué punto interviene, si es que interviene, en el pensamiento jurídico la dimensión moral? Y la respuesta que dan los sostenedores de esta teoría es que el pensamiento jurídico y el pensamiento moral proceden de la misma manera, a partir de principios comunes —que son principios morales—, pero con finalidades diferentes.

Se debe aclarar que la presente teoría no funciona para aquellos que, tanto en la teoría como en la práctica, defienden lo que se ha llamado el "nihilismo axiológico". Lo defienden en la teoría los miembros de la Escuela de Uppsala. Es mucho más difícil encontrar defensores en la práctica, pues es tendencia normal en el ser humano buscar justificaciones morales de sus propias actuaciones y exigir las a los demás. Por corrompido que esté un ser humano, tratará de justificarse ante sí mismo y ante los demás y su justificación se hará en función de valores morales, así sean éstos el de la sobrevivencia o el del egoísmo. La dimensión moral es inescapable al ser humano. Otra cosa es la cuestión de la calidad de los valores morales que se viven y que se reconocen como válidos para que todos los apliquen. Para quien defiende el nihilismo axiológico, el Derecho no puede ser más que un instrumento de opresión al servicio de los más fuertes. Pero si ese nihilista está convencido que la ley de la selva está justificada, porque es la que permite el mejor desarrollo de la humanidad (y esa es la postura del darwinismo social), ya está asumiendo una dimensión moral para juzgar al Derecho.

Por lo tanto, la quinta teoría es válida para todos los que juzgan al Derecho y a sus instituciones desde una perspectiva moral, independientemente de la especie de Moral que defiendan. Lo que afirma esta teoría son dos cosas: que los mismos principios morales que sirven a una persona para justificar su conducta y la de los demás son utilizados para construir el Derecho y que son utilizados de manera diferente según se pretenda construir soluciones jurídicas o soluciones propia-

mente morales. Esto ya apareció en la polémica, referida al exponer la teoría anterior, en la que intervinieron Lord Devlin, Hart y Mitchell, entre otros. Para determinar la materia propia de la esfera del Derecho, parten de una serie de principios morales: que la libertad humana es un bien, que sólo debe ser coartada cuando es utilizada para hacer daño a los demás o —añade Mitchell— para evitar ataques dañinos a las instituciones esenciales a una sociedad, que el Derecho nada tiene que hacer cuando el problema se da en la privación de la vida humana, etcétera. Pero utiliza esos principios con un propósito muy determinado (según una causa formal específica, dirían los escolásticos) tratándose del Derecho: sólo la libertad que tiene impacto social concierne al Derecho. En cambio, desde el punto de vista estrictamente moral, toda la libertad interesa, porque "un hombre no puede vivir la vida de un ser moral y racional a no ser que sea capaz de hacer sus propias elecciones..."<sup>56</sup>

Desde una perspectiva sociológica y en polémica con Uppsala, Theodor Geiger acaba situándose en la quinta teoría. Su reflexión incluye entre sus conclusiones las siguientes palabras: "Pero es evidente que el orden jurídico y las distintas instituciones jurídicas son objeto de consideraciones y valoraciones morales. [...] En la medida en que el ciudadano a quien se dirigen las exigencias del orden jurídico tenga concepciones específicamente morales (es decir, no sea un nihilista axiológico práctico) no puede dejar de evaluar moralmente estas exigencias. [...] ... su crítica moral del orden jurídico es el resorte de su actitud política como ciudadano activo. En esta calidad, utiliza su peso como ciudadano y la relativa participación en el poder para introducir una adecuación del orden jurídico a sus concepciones jurídico-morales (o de otro tipo). El orden jurídico positivo no es un hecho moral, pero la organización del orden jurídico en tanto un todo es —para los moralistas— [es decir, para los que no son nihilistas axiológicos prácticos] una tarea moral. A ello corresponde la concepción del legislador con respecto al orden jurídico. [...] En la medida en que las personas que participan en la actividad legislativa siguen motivaciones morales, no pueden evitar también una consideración de la actividad de su legislación desde el punto de vista moral. [...] ... la personalidad política se siente legitimada en sus afanes constructivo-sociales, a través de concepciones morales. En tanto detentador del poder, tiene la posibilidad de conformar la realidad social de acuerdo con sus criterios morales (y otros) criterios que, según su propia concepción, de-

<sup>56</sup> *Id.*, p. 97.

berían compartir todos. Obliga a los demás de acuerdo con sus líneas rectoras morales. [...] Convencido de que está llamado a tener que juzgar acerca de qué es lo mejor para todos, sigue tan sólo su deber moral interno al utilizar su poder para la realización de sus concepciones jurídico-morales en reglas jurídicas cuya obediencia impone a los ciudadanos."<sup>57</sup>

La explicación de que los juristas asumen una perspectiva moral para juzgar los problemas jurídicos puede hacerse de dos maneras diferentes. Una consiste en observar los valores morales que los juristas protegen en sus normas. La otra consiste en analizar el proceso del pensamiento jurídico y en constatar que en el meollo del mismo siempre se encuentra la preocupación de la justicia.

Que las normas jurídicas incorporan valores morales no hay la menor duda. A veces se afirman en forma explícita, como en el Capítulo I del Título Primero de nuestra Constitución, que defiende la prohibición de la esclavitud (Art. 2), el desarrollo armónico de todas las facultades del ser humano y de su conciencia de la solaridad en la justicia (Art. 3), la igualdad del varón y la mujer (Art. 4), la libertad de la manifestación de las ideas con tal que no ataque la moral, los derechos de tercero y que no provoque algún delito o perturbe el orden público (Art. 6), el derecho de asociación para cualquier objeto lícito (Art. 9), la libertad de creencias religiosas (Art. 24), etc. Las "enmiendas" de la Constitución norteamericana constituyen otro catálogo de valores morales protegidos explícitamente. En la sociedad inglesa esos mismos valores eran tan naturalmente compartidos por todos que no fue necesaria una Constitución escrita. Las leyes penales castigan la violación de numerosos valores morales, la cual comprende los ultrajes a la moral pública, la corrupción de menores, el lenocinio, la apología de un delito o de algún vicio, la revelación de secretos, el ejercicio indebido de funciones públicas, el abuso de autoridad, el cohecho y el peculado, los atentados al pudor, el incesto, el adulterio, el homicidio, las lesiones, las injurias, la calumnia, el robo, el fraude, etc. Todos estos delitos son a la vez faltas morales, que la ley trata de evitar imponiendo penas. En las leyes civiles también se protegen numerosos valores morales: la buena fe, el cumplimiento de la palabra dada, la estabilidad de la familia, la fidelidad conyugal, la responsabilidad en la educación, de los hijos, etc. El hecho es que todo sistema jurídico incorpora en sus

<sup>57</sup> Theodor Geiger, *Moral y Derecho. Polémica con Uppsala*, Trad. de Ernesto Garzón Valdés. Alfa, Barcelona, 1982, pp. 195 a 197.

normas la protección de numerosos valores morales que el grupo comparte y quiere sean protegidos. Esto se hace de manera tan natural y espontánea que a ningún jurista le pasa por la mente que deja de hacer Derecho por defender los valores morales que una sociedad determinada considera propios de su cultura.

En cuanto al proceso del pensamiento jurídico, podemos tomar el ejemplo del Derecho Romano. Los juristas no sólo admitían sino que se enorgullecían de utilizar valores y principios morales para realizar sus construcciones jurídicas. Llegaban a soluciones justas buscando en la propia conciencia moral lo que tenía derecho a exigir cada una de las partes. Escribe Michel Villey: "Si la mayoría de los romanistas no tuviera a gala el ignorar la filosofía, reconocerían con nosotros que la doctrina aristotélica llamada del Derecho natural clásico es la más adecuada para dar cuenta de la estructura del Derecho Romano".<sup>58</sup> En efecto, ¿cómo procedían los juristas romanos —y en particular los pretores y todavía más concretamente el pretor peregrino— en su búsqueda de soluciones? En primer lugar, empleaban un pensamiento tópico o aporético, es decir, el razonamiento que procede desde el estudio de la situación concreta hacia los principios valorativos que le son aplicables "No se construya el *ius* a partir de la regla, sino que se formule la regla a partir del *ius* que se da en una situación" —escribió Paulo—. <sup>59</sup> En segundo lugar, el estudio de la situación concreta no es una mera observación de lo que acontece, sino que es una búsqueda de la justicia que reclama la realidad de esa situación: "se trata simplemente la cuestión de qué sea lo justo aquí y ahora".<sup>60</sup> En tercer lugar, para proceder de esta manera, hay que reconocer aunque sea implícita e intuitivamente que en la realidad concreta de las situaciones existe una capacidad o potencialidad de perfeccionamiento en la medida que sea realidad concreta tiende a realizar los fines que le son propios y que Aristóteles llamaba "la *entelequia* del ser". Aunque los juristas romanos no solían explicitar ni reflexionar sobre el proceso de su pensamiento y sobre la meta de sus soluciones (el lograr las entelequias de las situaciones concretas), aplicaban intuitivamente el método y eran impulsados por su realista sentido moral a buscar lo justo concreto (entelequia) en los problemas que encaraban. Es decir, llegaban al

<sup>58</sup> Michel Villey, *La formación de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris, 1968, p. 478.

<sup>59</sup> "Non es regula sumatur, sed ex iure quod est regula fiat" (*Digesto*, 50, 17, 1).

<sup>60</sup> Theodor Viehweg, *Tópica y Jurisprudencia*, Trad. de Luis Díez-Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1964, p. 128.

Derecho natural u orden de las entelequias, no por la especulación filosófica sino por el camino de la búsqueda de soluciones pragmáticas. El Derecho natural así descubierto no es un sistema de respuestas teóricas filosóficas sino más bien un conjunto de "resultados espontáneos de una experiencia, que comprendían lo que pudo existir de constante en la solución de un conjunto de casos, y que, con las reservas del control y de las limitaciones impuestas siempre por la intuición [moral], pueden servir como auxiliares en la solución de casos futuros".<sup>61</sup>

El italiano Carlos Alberto Maschi ha estudiado con profundidad y con lujo de documentación el tema del Derecho natural en las instituciones jurídicas romanas de la época clásica. Los juristas de esa época siguen siendo realistas, más preocupados por soluciones pragmáticas que por la elaboración de teorías. En consecuencia, abordan al Derecho natural, no como una teoría filosófica, sino como un sistema de soluciones a las que se llega por el pensamiento tópico o aporético, a partir de las exigencias de solución justa planteadas por situaciones concretas. Comienzan por estudiar la realidad y en ella observan orden, un modo constante de proceder de cada ser de acuerdo con su esencia. "Natura siempre se entiende como esencia, peculiaridad, normalidad."<sup>62</sup> "La ley física (natural) es a veces contrapuesta al ordenamiento jurídico. Pero, aun en esta contraposición, *natura* no es algo que está fuera; es un sistema que siempre está dentro del ordenamiento jurídico. Es una entidad que, bajo algunos aspectos y para determinadas consecuencias, es incorporada al Derecho y se convierte por lo tanto en jurídica".<sup>63</sup> La concepción que los juristas romanos tienen del *ius* es bastante diferente de la que nosotros solemos tener del Derecho. Para nosotros, influidos por varios siglos de racionalismo, Derecho tiende a ser un orden racional, un sistema ideal, más conectado con los procesos subjetivos de nuestro pensamiento que con el orden objetivo de la realidad. Para los romanos, *ius* es una dimensión de la realidad objetivamente imprime a la realidad objetiva; por eso el ordenamiento jurídico, es la trayectoria de justicia que el ser humano libre y racional se incorpora a esa realidad con todas sus exigencias de justicia. Citemos nuevamente a Maschi: "En todas las categorías examinadas (*natura hominis natura animalis, natura rei*) el Derecho asume la realidad

<sup>61</sup> Ursicino Álvarez Suárez, *La jurisprudencia romana en al hora presente*, Real Academia de Jurisprudencia y legislación, Madrid, 1966, p. 111.

<sup>62</sup> C. A. Maschi, *La concezione naturalistica del Diritto e degli istituti giuridici romani*, Vita e Pensiere, Milán, 1937, p. 73.

<sup>63</sup> *Id.*, p. 44.

de la cosa como se presenta en su entidad física y en su valoración social, que no puede prescindir de ella, para sacar de ella las consecuencias jurídicas más variadas. Podríamos concluir que *natura*, referida a las entidades más variadas (*natura hominis, animalis, rei*, etc.) es uno de los conceptos más difundidos tanto en las fuentes jurídicas como en las extrajurídicas. *Natura* indica esencia, realidad de la cosa, normalidad. La frecuencia de este elemento es fácilmente explicable, si se considera que el orden no es una abstracción, sino cualquier cosa que se adecúa a la realidad de la vida y a sus múltiples aspectos".<sup>64</sup> "*Natura hominum* en unas circunstancias determinadas puede servir como un criterio para la valoración jurídica de la conducta de un individuo en un caso concreto; es decir, para investigar si su acto se realizó en conformidad o en desacuerdo con la naturaleza humana".<sup>65</sup> La Jurisprudencia de los romanos está en continua tensión hacia la búsqueda de lo justo concreto exigido por la naturaleza de los seres. Los juristas romanos prefieren hablar de *aequitas* en vez de *justitia*. *Aequitas* significa equilibrio, orden, armonía en las exigencias de justicia. "La *aequitas*, que a causas iguales pide iguales derechos" escribió Cicerón.<sup>66</sup> "La *Aequitas* es para los romanos el modelo a que debe adaptarse el Derecho, la finalidad a que la norma jurídica debe tender... La *aequitas* presidiendo el mundo de las relaciones sociales: he aquí el ideal que, en la mente de los jurisconsultos romanos, orienta las reformas legislativas y las decisiones jurídicas. Razones de equidad (*ex bono et aequo*) son frecuentemente invocadas como motivaciones de normas nuevas, especialmente de las implantadas por el pretor. No se crea, sin embargo, que para los jurisconsultos romanos este patrón de la *aequitas* tenga un carácter teórico e inmutable. No es un concepto doctrinal, abstracto y absoluto; es una noción realista, referida a un determinado momento de la conciencia social."<sup>67</sup>

En resumen, los juristas romanos, lejos de avergonzarse de utilizar principios morales en los procesos del pensamiento jurídico, proclaman con orgullo —según la fórmula de Celso—<sup>68</sup> que el Derecho es "*ars boni et aequi*". No se trata de una declaración retórica sino de una

<sup>64</sup> *Id.*, pp. 41 y ss.

<sup>65</sup> Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, American Philosophical Society, Filadelfia, 1953, artículo "Natura hominum (humana)", p. 592.

<sup>66</sup> "*Aequitas, qua paribus in causis paria iura desiderat*" (Cicerón, *Tópica*, 4, citado por Von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Maresq, Paris, t. II, p. 90 nota 121).

<sup>67</sup> J. Arias Ramos, *Derecho Romano*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, t. I, p. 35.

<sup>68</sup> *Digesto*, I, 1, 1, pr.

fórmula que llegaba al fondo del proceso del pensamiento jurídico romano: el Derecho es una búsqueda en el terreno de la realidad (*ars*) de las exigencias objetivas de un orden armonioso y bueno (*boni*), exigencias de justicia (*aequi*).

Tampoco se avergonzaron de tener y utilizar un enfoque moral los juristas medievales y los de la Escuela racionalista del Derecho natural. Y, en cuanto a la Escuela histórica del Derecho natural, es verdad que rechaza la concepción racionalista del Derecho natural pero Savigny defiende que en todo Derecho se dan "postulados de justicia" que animan y dirigen al espíritu del pueblo. Más cerca de nosotros y con especial preocupación por analizar el proceso del pensamiento jurídico, Jerome Frank, a quien no se puede tildar de falta de realismo, refiriéndose al meollo de las decisiones judiciales, afirma: "El impulso vital motivador para decidir es el sentido intuitivo de lo que es justo o injusto en el caso particular. . ." <sup>69</sup> y cita con aprobación al juez norteamericano Chancellor Kent, quien "primero se preocupaba por dominar los hechos del caos. Luego —así escribió dicho juez—: "Veía dónde estaba la justicia, y el sentido moral decidía al tribunal la mitad de las veces, luego me sentaba a buscar precedentes. . . Una que otra vez podía molestarme algún tecnicismo jurídico, pero casi siempre encontraba principios que respaldaban mi punto de vista sobre el caso. . ." <sup>70</sup> Y el ministro de la Suprema Corte de los Estados Unidos Benjamín N. Cardozo abundó en el mismo sentido: "el cambio de jurisprudencia con respecto al sentido o vigencia de una ley, o aun con respecto al sentido o vigencia de una regla del *common law*" depende en fin de cuentas de "consideraciones de conveniencia, de utilidad y de los más profundos sentimientos de justicia". <sup>71</sup>

No hay duda que el sentido moral de la justicia está presente en los procesos de elaboración tanto de las leyes como de las sentencias, y que valores morales tales como la dignidad humana, la responsabilidad, el evitar el daño injusto, la protección de la libertad y de los más débiles frente a los más fuertes, dirigen constantemente esa elaboración. Lo que debemos ahora aclarar es que esos valores son utilizados en la misma forma por el jurista y por el moralista.

El belga Jacques Leclerc (n. 1891) es el que mejor explica —a nuestro modo de entender— la teoría de que la Moral y el Derecho, par-

<sup>69</sup> Jerome Frank, *Law and the modern mind*, p. 112.

<sup>70</sup> *Ibidem*, nota 3.

<sup>71</sup> Benjamín N. Cardozo, *La naturaleza de la función judicial*, Trad. de Eduardo Ponssa, Arayú, Buenos Aires, 1955, pp. 120 y ss.

tiendo de principios morales comunes, tienen enfoques diferentes. Escribire: "El fin de la Moral es determinar las reglas por las cuales el ser humano alcanzará su perfecto desarrollo o su fin. El fin del Derecho es dirigir las actividades de los hombres en la vida social que ésta les ayude a alcanzar el fin señalado por la Moral. La Moral se coloca esencialmente en el punto de vista del individuo: el problema de la moral es saber lo que debo hacer para alcanzar mi perfección. Y esta cuestión desborda el problema de las relaciones entre los hombres. El Derecho se coloca en el punto 'de vista del orden social que hay que establecer, mantener y mejorar' (Bonnetcase, *Introduction a l'étude du droit*, pág. 363). El problema del Derecho es saber cómo organizar la sociedad de manera que los hombres puedan alcanzar su perfección". <sup>72</sup> "Esta diferencia del punto de vista individual y social basta a hacer del Derecho y de la Moral dos disciplinas diferentes, aunque sus objetos se compenetran. No se puede determinar el bien jurídico sin determinar antes el bien del hombre, y, puesto que el hombre no se puede desarrollar si no es en sociedad, no se puede determinar el bien del hombre sin tomar en cuenta las condiciones del bien social. Por lo tanto el moralista debe tomar en cuenta al bien social y el jurista al bien moral. Pero la diferencia de puntos de vista basta para crear una diferencia de espíritu. No se pueden leer los escritos de moralistas y de juristas sin notar esta diferencia: el jurista concentra su atención en el bien social, el moralista en el bien individual." <sup>73</sup>

De los dos fines de estas disciplinas, es claro que el fin de la Moral tiene prioridad sobre el fin del Derecho, pues éste tiene un carácter instrumental respecto de la primera: el Derecho tiene su razón de ser en el servicio que presta a los individuos miembros de una sociedad, "el Derecho es la regla del bien de los hombres a través de la sociedad, la regla de lo que hay que imponer o permitir para que encuentren en la vida social el medio de desarrollo que ella está destinada a proveerles". <sup>74</sup> El Derecho se alimenta de principios morales porque su razón de ser consiste en servir de instrumento al desarrollo moral de los miembros de una sociedad y fracasa y contradice su función propia en la medida que se oponga u obstaculice la operabilidad de los principios morales. Así se puede decir que tanto la Moral como el Derecho tienen como fin último el desarrollo moral de los individuos, el cual

<sup>72</sup> Jacques Leclerc, *Leçons de droit naturel*, T. I., *Le fondement du droit et de la société*, Ad. Wesmacl-Charlier, 4a. ed., Namur, 1957, p. 47.

<sup>73</sup> *Id.*, pp. 48 y ss.

<sup>74</sup> *Id.*, p. 48.

implica la aplicación de los principios morales. Pero la Moral y el Derecho consideran la aplicación de los principios morales según fines inmediatos diferentes: la Moral se refiere a *lo bueno exigible en sociedad*, que es *lo justo*, y con una especialísima atención a lo justo de todos en la distribución del bien común. Por lo mismo, el Derecho "delimita sólo una parte de las obligaciones morales".<sup>75</sup>

No todas las responsabilidades son exigibles. Aunque cada individuo humano tiene responsabilidad moral de alcanzar el grado de perfección que esté conforme con su realidad individual —y todo lo que contribuya a alcanzar ese grado de perfección es lo bueno estudiado por la Moral—, no se puede decir que tenga una obligación estricta exigible de realizar todo lo que para él sea bueno. Hay mínimos de bondad que sí son exigibles, porque son imprescindibles para realizarse como ser humano y, si no se cumplen, degradan a individuo humano. Los padres *deben* amar a sus hijos y los patronos *deben* respetar la dignidad humana de sus obreros y remunerarlos conforme a esa dignidad. Esto significa que hay un mínimo de amor exigible a los padres y un mínimo de trato y de remuneración exigible a los patronos, pero, a partir de esos mínimos el amor puede crecer indefinidamente y la remuneración puede ser elevada hasta dejar sin ganancia al patrón. Hay responsabilidad moral y obligación exigible de cumplir con los mínimos, pero a partir de ellos aparece otra responsabilidad moral, ya no estrictamente exigible, ligada con la generosidad y con la respuesta personal que cada quien da a su compromiso de desarrollo integral. En un lenguaje cristiano se puede decir que Dios, que es padre benévolo, nos exige sólo el cumplimiento de los mandamientos pero que a partir de ellos deja las responsabilidades morales de perfeccionamiento a nuestra generosidad. "Si quieres entrar en la vida, guarda los mandamientos. . . Si quieres ser perfecto, ve, vende cuanto posees y dalo a los pobres. . . y vuelto acá, sígueme".<sup>76</sup> Por lo tanto, desde un punto de vista moral, podemos hablar de responsabilidades exigibles, reguladas por la virtud de la justicia, y de otras responsabilidades morales ya no estrictamente reguladas por otras virtudes, tales como la prudencia, la generosidad y la caridad. En consecuencia, la justicia del moralista tiene como fin

<sup>75</sup> Bernard Häring, *La ley de Cristo*, Trad. de Juan de la Cruz Salazar sobre la 5a. ed. en alemán. Herder, Barcelona, 4a. ed., 1965, t. I, p. 274.

<sup>76</sup> *Evangelio según San Mateo*, XIX, versículos 17 y 21. A veces la enseñanza moral se reduce a explicar los pecados. Se construye así una Moral de prohibiciones, una Moral negativa que falsea lo más importante de la Moral cristiana, la cual propiamente es Moral de virtudes, de seguimiento a Cristo, de responsabilidad, de perfección, de llamamiento personal a una vida mejor.

inmediato la realización de los mínimos de perfección moral de los individuos humanos. La Moral atiende a todo lo bueno, no sólo a lo exigible por la virtud de la Justicia.

Otro es el enfoque del Derecho, que tiene como fin inmediato solucionar en forma práctica y oportuna, ordenándolos conforme al bien común, los problemas sociales surgidos de la convivencia humana. El Derecho es un fenómeno esencialmente social. Decían los juristas romanos: "*Ubi societas, ibi ius* (allí donde hay sociedad, hay Derecho)". En efecto, lo que distingue a la convivencia humana en sociedad, de las sociedades animales tales como las de las abejas o de los leones es que la sociedad humana está regida por reglas que son obligatorias para todos, reglas o normas que son promulgadas para realizar el bien común. También se puede invertir el dicho latino, tal como lo hace el lema de La Facultad de Derecho de la Universidad de Coahuila, y decir: "*Ubi ius ibi societas* (allí donde hay Derecho, hay sociedad humana). Porque es el Derecho el que aglutina a los individuos humanos, los une en cooperación solidaria, multiplicando geoméricamente sus fuerzas, los humaniza y civiliza, los fusiona en sociedad humana. Pero hay que aclarar con Enrique Rommen: "Si es verdad que todas las comunidades permanentes —la familia, el Estado o cualquier otra asociación— no pueden vivir sin Derecho, sin embargo, esas comunidades no viven por el Derecho, sino en el Derecho. El matrimonio y la familia viven por el amor".<sup>77</sup> "El Derecho no puede suscitar ninguna vida, ni reemplazar ningún amor; puede y debe solamente ser un orden, limitado en sí mismo, destinado a proteger la vida".<sup>78</sup> Para realizar esta función tan noble, el Derecho debe atender al bien común. "El bien común en cuanto fin de la cooperación social comprende dos funciones sociales básicas. En primer lugar, la cooperación social debe crear el presupuesto para la pacífica convivencia del hombre; tal es la tarea del orden jurídico con su poder de coacción. Como segunda función básica exige el bien común en cuanto fin de la sociedad establecer los presupuestos para el mejor logro posible autorresponsable de los fines esenciales de la vida por sus miembros".<sup>79</sup> Entre esos presupuestos se encuentran medios materiales, tales como la infraestructura de carreteras, de edificios públicos, de escuelas, de hospitales y de armas dedicadas a la defensa, y medios espirituales, tales

<sup>77</sup> Enrique Rommen, *Derecho Natural. Historia-Doctrina*, Trad. de Héctor González Uribe de la trad. francesa de Emile Marmy, Jus, México, 1950, p. 173.

<sup>78</sup> *Id.*, p. 174.

<sup>79</sup> Johannes Mëssner, *Ética general y aplicada. Una ética para el hombre de hoy*, trad. y notas de Carlos Baliñas, Rialp, Madrid, 1969, p. 222.



como los servicios de educación, de higiene, de asesoría para el trabajo, en manos de organismos formados por personas capacitadas. Pero lo que más ayuda a realizar el bien común son los valores compartidos por los miembros de la sociedad, valores que debe proteger y estimular el Derecho, tales como el respeto a la dignidad humana, la solución de los conflictos por vía jurídica (el imperio del Derecho), el estímulo a las vidas constructivas, un sano temor de lo antijurídico, la colaboración política responsable, la obediencia a las autoridades constituidas que no debe ir reñida con el espíritu crítico, las libertades de asociación, de prensa, de rendir culto religioso según las propias creencias. En resumen, el bien común es todo el ambiente social que propicia el desarrollo integral (y, por lo tanto, moral) de todos los miembros de la sociedad. Como éstos son desiguales en sexo, edad, educación, experiencia, inteligencia, cualidades, riqueza y, en general, en aptitudes y valores morales, el Derecho busca un criterio para el reparto tanto de las cargas como de los beneficios del bien común. Ese criterio de aplicación del bien común es la justicia del jurista, la que, según los problemas, hará el reparto con un criterio igualitario (a los iguales, hay que dar lo mismo) o proporcional (a los desiguales hay que tratarles proporcionalmente a su desigualdad).

Si reexaminamos a la luz de las ideas expuestas las posiciones de Lord Derlin, Hart y Mitchell, que expusimos al tratar de la cuarta teoría, creemos que la correcta es la de Mitchell. En efecto, para realizar el bien común, "la legislación civil debe encauzar y combatir el mal moral, en la medida que éste ponga en peligro el estado cultural de la sociedad, o la paz y seguridad internas, o la justicia social, o los derechos inalienables de los individuos. Entre esos derechos fundamentales que el Estado debe garantizar está, por ejemplo, el de la protección de la juventud contra la pública corrupción y seducción (leyes contra la pornografía). El Estado debe, pues, combatir el mal cuando éste comienza a ser una fuerza pública que perturba injustamente la libertad para el bien".<sup>80</sup> En resumen, el Derecho es una *solución social*, que tiene por fin inmediato realizar el bien común para que, por medio de él, los miembros de una sociedad puedan crecer moralmente aquí en la tierra, en tanto que la Moral es solución individual que nos enseña los caminos de la perfección integral de los individuos, entre los cuales se encuentran la justicia y la generosidad que deben regular la dimensión social del individuo humano. La Justicia del jurista establece los mínimos de deberes correlativos que una de-

<sup>80</sup> B. Häring, *op. cit.*, p. 315.

terminada sociedad considera imprescindibles para la convivencia civilizada y para la cooperación entre los miembros del grupo, en tanto que la Justicia del moralista declara los mínimos del desarrollo moral individual. En cuanto solución social, el Derecho siempre establece deberes para cada miembro del grupo social que son correlativos de los deberes de otros miembros; además, cuando reconoce a alguien un derecho lo hace correlativo de uno o varios deberes. En cambio, los deberes morales siempre son unilaterales, es decir, no dependen del cumplimiento que hagan o dejen de hacer otras personas pues la responsabilidad moral de desarrollarnos y llegar a la perfección la tenemos independientemente del comportamiento ajeno. La responsabilidad jurídica, por el contrario, es la dimensión de nuestra cooperación al bien común, el cual es asunto de todos los miembros del grupo social, aunque repartido proporcionalmente a las capacidades y al puesto que cada uno ocupa en la sociedad.

Terminaremos la exposición de esta quinta teoría, que es la que abrazamos, recordando la definición del Derecho propuesta por el holandés William Lypen: el Derecho es el mínimo de amor exigido en sociedad.<sup>81</sup> En efecto, el alma que insufla vida a todo Derecho es el amor por los demás, lo cual le da dimensión moral, pero no cualquier amor sino sólo aquel que, por considerarse imprescindible para la convivencia humana, es exigido en la comunidad.

<sup>81</sup> Las palabras de la definición son nuestras, pero corresponden a la enseñanza de William A. Lypen en su *Fenomenología del Derecho Natural*, trad. de Pedro Martín y de la Cámara. Carlos Lohlé, Buenos Aires, pp. 189 a 191.