

## MORAL Y DERECHO POSITIVO (COMPARACIÓN Y RELACIONES)

### MORALS AND POSITIVE LAW (COMPARISON AND RELATIONSHIPS BETWEEN THEM)

Camilo Tale \*

**Resumen:** Se exponen las siete diferencias más usuales que suelen señalarse entre ambos ordenamientos de la conducta, con amplio análisis crítico de cada uno. El autor se detiene especialmente en la diferencia entre los fines. Se desestiman la mayoría de tales distingos; algunos se admiten, con limitaciones, reservas y precisiones. En la segunda sección considérense ocho modos de relación entre la moralidad y el derecho; entre ellas, la aplicación directa de normas morales que suelen hacer los tribunales para fundar sus resoluciones. La conclusión general es que derecho y moral son inseparables, y además, no hay entre ellos distinción total, sino parcial.

**Abstract:** This article sets forth the seven most common differences often observed between law and morality. A comprehensive and critical analysis of each distinction is made. It focuses especially on the difference between the purposes of both laws of human behavior. The dismissal of most of the proposed differences is concluded. However, some are maintained, with limitations, reservations and details. In the second section eight manners of relationship between morality and law are considered; one of them is the direct application of moral standards by the courts to base their decisions. The general conclusion is that both systems of behavior are not only inseparable, but also the distinction between them is not total, but only partial.

**Palabras clave:** Moral, Derecho, alteridad, conductas autoreferentes, funciones del Derecho.

**Key words:** Morals, Law, alterity, self-referential conducts, functions of Law.

**Fecha de recepción:** 19-3-2011

**Fecha de aceptación:** 15-04-2011

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los caminos para dilucidar una noción es el cotejo de ella con otras afines. En el caso del *derecho*, los conceptos más próximos son, al parecer, dos: el concepto de lo *moral* y el concepto de los *usos sociales* (nos referimos a los usos relativos a la urbanidad, la etiqueta y, en general, a lo que es exigido por las reglas del “trato social”)<sup>1</sup>.

---

\* Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Cuyo (sede San Luis), Profesor de Filosofía del Derecho y de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba y Profesor extraordinario consultor de la Universidad Fasta de Mar del Plata.

<sup>1</sup> Como leemos en Eduardo García Máynez, los cuatro *órdenes normativos de la conducta* son el derecho, la moralidad, la religión y los “convencionalismos sociales” (*Filosofía del Derecho*, México: Porrúa, 1983, p. 51). Esta enumeración es completa, ya que no hay un quinto tipo de normas del obrar correcto.

Con respecto a la última categoría mencionada, ella comprende normas de urbanidad, de

Con el término “moral” mentamos el conjunto de las normas que necesariamente deben cumplirse en las acciones humanas para la bondad, honestidad o rectitud de éstas.

Dedicamos la presente disertación a la distinción que exista entre lo jurídico y lo moral, problema que fue llamado por Rudolf von Ihering “el cabo de Hornos” o “cabo de las Tormentas” de la Ciencia Jurídica<sup>2</sup> y que ha sido un tema clásico e infaltable en las obras generales de Filosofía del Derecho.

Antes de establecer las diferencias entre los dos conceptos, mencionaremos sus similitudes. ¿En qué aspectos son similares lo moral y lo jurídico?

No es difícil advertir que ambos se expresan en *normas*. Las normas son reglas de conducta. De manera que lo moral y lo jurídico, por lo pronto, tienen en común su índole prescriptiva del comportamiento humano. Las normas morales y las normas jurídicas no sólo se refieren a una conducta, sino que además *prescriben* un comportamiento que un sujeto *debe* obrar<sup>3</sup>. Por consiguiente, tanto en el caso de lo moral como en el caso de lo jurídico se trata de *deberes*. Ambos son ordenaciones imperativas del comportamiento humano.

En lo que concierne al contenido, es decir a las acciones mandadas o prohibidas, hallamos también mucha coincidencia. Claro está que no decimos que el contenido del conjunto de normas morales sea idéntico al contenido del conjunto de normas jurídicas, pues muchas de estas últimas prescriben conductas que *de suyo* son indiferentes para la rectitud u honestidad del obrar, y que el legislador determina de manera más o menos arbitraria, mientras que las reglas morales mandan aquellos comportamientos que *necesariamente* deben realizarse para la rectitud u honestidad de las acciones. Pero gran cantidad de normas jurídicas posee el mismo contenido que los preceptos morales, por ejemplo el precepto que manda cumplir con lo acordado en los contratos (art. 1197 Código Civil argentino). Por ello, el incumplidor de una deuda jurídica

---

cortesía, de delicadeza, de decoro, de etiqueta, o sea las llamadas reglas del trato social. En lugar de la locución “convencionalismos sociales” que usaba para designarlas el iusfilósofo mexicano, preferimos la expresión “urbanidad y trato social”. El vocablo “convencionalismos” significa “conjunto de opiniones o procedimientos basados en ideas falsas que, por comodidad o por conveniencia social se tienen como verdaderas” (Real Academia Española, *Diccionario de la lengua*, Espasa-Calpe, Madrid, 1984). Esta noción, obviamente, no se corresponde realmente con la mayoría de las reglas del trato social.

<sup>2</sup> Cfr. Battaglia, F., *Curso de Filosofía del Derecho*, trad. Francisco Elías de Tejada y Pablo Lucas Verdú, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1951, T. II, p. 325.

El sentido de la metáfora: La cuestión de que se trata ha sido un escollo peligroso que ha causado el naufragio de muchos sistemas de pensamiento jurídico, así como el Cabo de Hornos ocasionó el naufragio de tantas embarcaciones.

<sup>3</sup> Cuando aquí decimos “debe”, nos referimos a la necesidad propia de los deberes (necesidad “categórica”). No se trata del sentido condicional con que a veces se utiliza la palabra, cuando se dice que “se debe” obrar de tal manera *para* conseguir un determinado fin, el cual a su vez es contingente; por ejemplo, que se debe usar tal producto para eliminar las hormigas del jardín.

recibe normalmente un reproche moral. Así también son simultáneamente normas jurídicas y normas morales la prohibición de matar, secuestrar al prójimo, robarle, difamarlo, etc.; también las varias reglas del Código Civil que establecen deberes de los padres con respecto a sus hijos menores, y otros cientos de preceptos jurídicos. Sucede que los preceptos del derecho positivo a menudo expresan deberes naturales de justicia, y los deberes de justicia son deberes morales.

¿Existen entre ambas ordenaciones otras semejanzas?, ¿cuáles son precisamente las diferencias entre ellas? La exposición siguiente se propone responder estas cuestiones, y se desenvolverá en tres etapas:

1. Primeramente expondremos los caracteres diferenciales que han sido propuestos por los autores que han tratado el tema.
2. Luego realizaremos un análisis crítico de tales diferencias, y es menester advertir que tanto en esta fase como en la anterior, nos vamos a referir al *derecho positivo* en su comparación con la moral. (*Derecho positivo* significa derecho instituido o *puesto* para regir las relaciones humanas, el cual comprende tanto las reglas de derecho *puramente positivo*, como las muchas reglas de *derecho natural* que han sido “positivizadas” en el ordenamiento jurídico vigente del cual se trate. Y abarca tanto el derecho interno de un Estado, como el derecho internacional). En esta labor crítica en verdad no hacemos ninguna senda nueva, sino tan sólo sintetizamos y explicamos las objeciones que han suscitado la mayoría de los distinguos propuestos.
3. Seguidamente, mencionaremos diversas relaciones que pueden reconocerse entre la moral y el derecho positivo.

## II. DIFERENCIAS QUE SE HAN PROPUESTO

De los principales contrastes que suelen señalarse entre los dos órdenes normativos, podemos informarnos mediante la consulta de obras de Filosofía Jurídica que se ocupan del asunto. Asimismo, algunas obras generales de Sociología caracterizan cada una de estas clases de normas, que forman parte de la cultura de todas las sociedades humanas.

Además, puede hacerse un inventario de las diferencias más difundidas por medio de una encuesta a los estudiantes que hayan hecho algunos años de estudio en la Facultad de Derecho: la idea que posean acerca de la relación entre las dos nociones mencionadas, será un reflejo de la opiniones presentes en el medio académico y profesional, o en la literatura jurídica usual.

En los párrafos siguientes exponemos las notas diferenciales entre el derecho y la moral que hallamos más frecuentemente afirmadas en el pensamiento jurídico contemporáneo (Y en la sección posterior expresaremos la consideración crítica de cada uno de tales distinguos propuestos).

## **1. Autonomía en la moral – Heteronomía en el derecho**

Se dice que en lo que concierne a las normas morales hay “autonomía”, con lo cual se quiere significar que el hombre, esto es cada individuo, se da la ley moral a sí mismo, o bien que cada hombre se adhiere voluntariamente a ciertas normas morales, y sólo por causa de esta adhesión, adquieren obligatoriedad para él. Por lo tanto, una regla moral es tal solamente respecto de quien voluntariamente la asume, y la razón de ser de su obligatoriedad, según esta idea, está en el reconocimiento que la persona hace de ella.

En las normas jurídicas, en cambio, se dice que hay “heteronomía”, lo cual significa que al ser humano le vienen dadas desde fuera, le son prescriptas por una voluntad ajena. Así por ejemplo, los preceptos legales que dicta la asamblea legislativa de un país obligan a todo el que se halle bajo la jurisdicción del Estado cuyos legisladores la han instituido, y no se requiere que el sujeto obligado a su observancia los acepte o reconozca en su interior.

## **2. La moral regula la interioridad de la conducta – El derecho regula sólo las acciones exteriores**

De conformidad con otro distingo que suele hacerse, la norma moral regula los actos internos del hombre y la norma jurídica regula solamente su comportamiento externo<sup>4</sup>.

Los legisladores sólo puede influir eficazmente sobre la faz exterior de las acciones humanas, y los jueces sólo pueden juzgar la conducta en su faz exterior, porque no pueden conocer la interioridad de los hombres que las realizan.

Las normas morales muchas veces consisten en un sojuzgamiento o moderación de las pasiones o sentimientos (de temor, ira, deseo, etc.) –los cuales se hallan en la interioridad de la persona–, para lograr una perfección espiritual, y también para rectificar la voluntad a fin de que el querer no sea malicioso o deshonesto. Y si bien ocurre que las normas morales se refieren también a las acciones en su aspecto externo (el dar, el quitar, el matar, el insultar, etc.), ellas se refieren a tales comportamientos externos en cuanto son la consecuencia del querer del sujeto, que es siempre un acto interno. Así se distinguen –según esta idea– de las normas jurídicas, las cuales regulan la conducta en su pura exteriorización.

## **2 bis. En lo moral importa la motivación con que obra la persona – En lo jurídico sólo importa que el mero comportamiento se ajuste exteriormente a la norma**

---

<sup>4</sup> “El derecho aprecia los hechos del hombre, y los rige en sus efectos exteriores y sensibles, o sea en la vida social [...] La moral se refiere a los hechos del hombre solamente en su causa psíquica, o sea en la conciencia humana” (Pradier-Fodéré, P., *Principes généraux de droit, de politique et de législation*, Paris: Guillaumin et cie, 1869, p. 15).

La presente diferencia se desprende como corolario de la diferencia que se acaba de exponer en el ítem anterior. Se dice que para que las normas morales se cumplan se requiere la pureza de intención. El juicio moral condena aquellos comportamientos que son objetivamente correctos, ajustados exteriormente al imperativo moral, pero que proceden de un ánimo refractario al deber: tales son los casos en que las personas realizan las acciones prescritas por el precepto moral, pero lo hacen movidas tan sólo para evitar el cumplimiento de una amenaza, o para ejecutar el cumplimiento de un interés injustificable, o por hipocresía... o el caso de quien paga una deuda, maldiciendo al acreedor en su interior (piensa o se dice entre dientes: "que le sirva para remedios"). Si uno con su acción exterior se ajusta a lo mandado por la ley moral, sin adhesión interna, está cumpliendo un deber moral, pero sin la perfección del acto virtuoso, que exige también la rectitud interior del ánimo.

Al respecto se dice que en el ámbito jurídico ocurre lo contrario: si el comportamiento del sujeto se ajusta a aquello que está preceptuado por la norma, entonces ya cumple perfectamente con el derecho, aunque obre por el mero temor, o con rabia, o con el designio de ganar ahora la confianza de los demás, para después quebrantar gravemente el derecho.

### **3. Falta de alteridad en la moral - Alteridad en el derecho**

Se dice que el derecho regula sólo comportamientos de un hombre con respecto a otro u otros. En la norma jurídica hay siempre, además del sujeto obligado, un *alter ego* (otro yo) que es el otro término de la relación jurídica. En cambio, dentro de los deberes impuestos por la regulación moral se incluyen algunos que el hombre no tiene para con el prójimo, sino que son deberes respecto de sí mismo.

Esta diferencia se ilustra con ejemplos como los siguientes: Ciertas conductas de una persona en la esfera sexual, sus sentimientos de benevolencia o de envidia, la pereza, el derroche del tiempo libre, la gula..., son objeto de regulación de la moral, y mientras no perjudiquen a otra persona, no entran en el campo de la regulación jurídica. Si la acción no causa perjuicio a otra persona distinta del autor, se admite que el derecho no la castigue, aun cuando sea moralmente muy censurable y sumamente abyecta, como es por ejemplo, en lo que concierne al uso de la sexualidad, la práctica del bestialismo, esto es, el ayuntamiento carnal de un ser humano con animales irracionales.

### **4. Carácter imperativo de la moral - Carácter imperativo-atributivo del derecho**

También suele argumentarse, como lo hacía Eduardo García Máynez, que "la diferencia entre las normas morales y los preceptos jurídicos radica en que las primeras son unilaterales y los segundos son bilaterales"<sup>5</sup>. La

---

<sup>5</sup> Cfr. García Máynez, E., *Introducción al derecho*, México: Porrúa, 1964, p. 15; Vanni, I., *Filosofía del*

unilateralidad significa que “frente al sujeto a quien obligan no hay otra persona autorizada para exigirle el cumplimiento de sus deberes”. En cambio, “las normas jurídicas son bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones”<sup>6</sup>; así por ej., frente a la obligación del deudor de pagar lo que debe, está el derecho del acreedor de exigirle el pago.

En tal sentido, el profesor ruso-polaco Leon Petrazisky enseñaba la misma distinción, aunque utilizaba términos más adecuados y significativos; decía que los preceptos del derecho son normas imperativo-atributivas, y que las normas de la moral son puramente imperativas<sup>7</sup>. Las normas jurídicas en todos los casos son imperativo-atributivas, porque vinculan a un sujeto imponiéndole un cierto comportamiento (faz imperativa), y al mismo tiempo atribuyen a otro sujeto la facultad de exigir del primero ese comportamiento (faz atributiva de derechos). Se dice que, en contraste, las normas morales son sólo imperativas, es decir que aunque haya sujetos obligados a realizar el comportamiento preceptuado por ellas, no hay otro sujeto facultado en razón de la norma moral, para exigir tales conductas en su beneficio. Leemos en el *Tratado* de Recaséns Siches: “En la moral no existe propiamente un sujeto titular de una pretensión frente a la conducta del obligado”<sup>8</sup>. Lo mismo dice Giuseppe Graneris cuando expresa que “los deberes morales no ponen al hombre frente al hombre, sino frente a su propia conciencia y frente a Dios, y por ello ningún hombre puede exigirte que cumplas tus obligaciones morales; puede aconsejarte o persuadirte, pero no puede exigirte”.

El distingo que aquí se presenta se relaciona con la diferencia anterior (que hace referencia a la alteridad), pero no se confunde con ella. La alteridad significa solamente la existencia de otra persona que de algún modo se ve afectada por la conducta del agente. En cambio, el carácter atributivo significa que esa persona tiene la facultad de exigir la conducta del obligado.

## **5. Diversidad de fines: La moral procura el bien del hombre y el derecho procura la pacífica convivencia humana**

Quienes afirman esta distinción dicen: La moral rige las acciones humanas de toda índole, y las considera desde el punto de vista de su bondad o malicia; el derecho, en cambio, regula sólo aquello que es necesario regular con el fin de lograr una armonización mínima de las conductas, para que sean

---

*Derecho*, trad. Rafael Urbano, Madrid: Librería Beltrán, 1941, p. 104.

<sup>6</sup> García Máynez, E., *Introducción al derecho*, ibíd.

<sup>7</sup> Cfr. Petrazisky, L., *Teoría del derecho y de la ética* (en ruso), San Petersburgo, 1909, vol. I, caps. III y *passim*, y *Sobre los motivos de la conducta y sobre la esencia de la moral y el derecho*, 1907, cit. respectivamente por Sorokin, P.A., *Sociedad, cultura y personalidad. Su estructura y su dinámica. Sistema de sociología general*, trad. del inglés por Aníbal del Campo, Madrid: Aguilar, 1960, ps. 109 y 125 s.; y por Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, trad. Wenceslao Roces, 3ª ed., México: Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 53.

<sup>8</sup> Recaséns Siches, L., *Tratado general de Filosofía del Derecho*, México: Porrúa, 1978, p. 179.

posibles la pacífica convivencia y la cooperación de los miembros de la sociedad<sup>9</sup>.

Afirma Theodor Geiger en su obra *Moral y derecho* que el orden jurídico es “un fenómeno puramente político, sin significación moral específica”<sup>10</sup>.

#### **6. Existen sanciones instituidas y aplicables por órganos predeterminados para la violación del derecho - No existen sanciones de esa clase para la violación de la moral**

Suele afirmarse que en caso de inobservancia de una norma jurídica, existe una sanción prevista por otra norma jurídica, o existe un modo de hacer valer la norma mediante la fuerza estatal. Tal sanción puede consistir en una pena aflictiva (v. gr. la prisión), en una multa, en la pérdida de un derecho o un beneficio, etc.; otro modo de hacer valer normas con la fuerza es por ej. la demolición, ordenada por un juez, de una construcción realizada en violación de la ley. En cambio, si se trata de una transgresión meramente moral, no existe una coacción de esa índole<sup>11</sup>.

Quienes enseñan esta distinción hacen notar que, aunque puede hablarse de sanciones en el caso de la infracción de normas meramente morales, no se trata de sanciones del tipo de las sanciones jurídicas. En el caso de la transgresión de una norma jurídica, para determinar la procedencia de la sanción y aplicarla, si es necesario mediante el uso de la fuerza, existen órganos estatales que tienen ese cometido; pero no existen órganos semejantes para la violación de normas meramente morales.

### **III. CONSIDERACIÓN CRÍTICA DE LAS DISTINCIONES PROPUESTAS**

Ante todo hay que tener presente que, como advertimos en el inicio de la disertación, todos los distingos presentados en el desarrollo anterior se refieren al parangón de la moral con el derecho *positivo*.

Consideremos ahora una por una las diferencias propuestas, para determinar si ellas son válidas o no.

---

<sup>9</sup> “La moral mira a la bondad o malicia de un acto en términos absolutos, en la plenaria significación que el mismo tiene para la vida del individuo, en cuanto al cumplimiento de su supremo destino, en cuanto a la realización de los valores supremos que deben orientar su existencia [...] La moral considera enteramente la vida toda del individuo, sin prescindir de ninguno de sus factores y aspectos, sin excluir nada. En cambio, el derecho trata tan sólo de hacer posible una armonización mínima de la conducta de las gentes para la convivencia y la cooperación” (Recaséns Siches, L., *Tratado general...*, cit., p. 175).

<sup>10</sup> Geiger, T., *Moral y derecho. Polémica con Uppsala*, trad. Ernesto Garzón Valdés, México: Alfa, 1982, p. 181.

<sup>11</sup> Entre otros muchos, sostiene esta distinción Vanni, I., *Filosofía del Derecho*, cit., p. 105.

## 1. Consideración crítica de la diferencia que se pone en la autonomía de un orden y la heteronomía del otro

La primera distinción expuesta no resiste la crítica. Es refutable la heteronomía como calidad esencial de toda norma jurídica, y también es refutable la pretendida autonomía de la norma moral, como sigue.

No toda norma jurídica es heterónoma, pues hay normas jurídicas que tienen su origen en la voluntad del propio obligado, como ocurre con las muchísimas reglas estipuladas en las cláusulas de los *contratos*. Otro ejemplo de normas legales que son “autónomas” son *algunas* de las reglas contenidas en los *decretos del Gobierno* y de las *resoluciones de los Ministros y Secretarios de Estado*: aquellas por las cuales el sujeto que las instituye (Presidente, Gobernador, Ministro, Secretario de Estado) *se impone deberes jurídicos a sí mismo*; reglas jurídicas de esta clase hay muchas.

Consideremos ahora la autonomía que tan a menudo se atribuye al ordenamiento moral. Al calificar como “autónomas” las normas morales, en el sentido explicado *supra*, se niega la objetividad del orden moral. Si se dice que es el mismo sujeto quien pone en vigencia la regulación moral respecto de sí mismo –ya sea creando sus propias normas, ya sea adhiriendo a determinadas reglas éticas–, entonces se niega la existencia de un orden moral objetivo preexistente. *Pero esta negación es una premisa que no hay por qué aceptar.*

La “autonomía” de las normas morales, y por ende la referida distinción sólo sería admisible dentro del marco de una concepción *relativista* de la verdad moral (que no concedemos), según la cual nada hay que pueda conocer la razón humana como bueno o como malo en sí mismo, sino que lo bueno o malo es tal sólo para el individuo que así lo crea, o para la comunidad de la cual se trate, que lo acepte.

Pero conforme a una concepción *objetivista* de la moralidad, existe un orden moral objetivamente válido (conductas y situaciones que son rectas en sí mismas). La exigencia moral es algo que “ya está”, que tiene una realidad “exigativa” o imperante independientemente del sujeto; no es algo creado por elección humana, sino que puede ser captado por la recta razón del hombre. Los deberes de respetar la vida humana, no torturar, alimentar a los hijos menores, restituir lo ajeno, indemnizar el daño injustamente causado y muchas otras, no son verdades relativas al individuo que las acepte, sino que son verdades universalmente válidas. Por lo tanto, las normas morales *no son autónomas*.

El imperativo moral no emana del fondo del querer ni del sentir del individuo, ni tampoco de su parecer, sino que “la conciencia –como dice Legaz



y Lacambra- se somete al imperio de la normatividad que fluye de un orden absolutamente objetivo y trascendente de valores”<sup>12</sup>.

Si no hubiese normas morales válidas más allá del hombre o el pueblo que las reconozca, entonces la práctica de sacrificios humanos, la esclavitud, los actos de terrorismo, el infanticidio de los hijos nacidos con defectos físicos deberían juzgarse moralmente lícitos con respecto a las personas, grupos o pueblos que hayan aprobado tales conductas. Pero ello no es correcto: al contrario, tales prácticas repugnan a la *recta razón*, que las aprecia como *objetivamente malas*.

Es correcto decir que a determinada persona no le es *reprochable* un comportamiento contrario a una norma moral, si esa persona de buena fe lo ha realizado porque ignoraba la norma moral transgredida. Pero esto hace a la culpabilidad o inculpabilidad de la acción contraria a la norma moral, sin que ello afecte para nada la existencia de tal norma moral, y su índole imperativa. Las normas morales son preexistentes a todo reconocimiento humano, y son intrínsecamente valiosas y válidas, con independencia de todo asentimiento del individuo y con independencia de cualquier consenso social.

Hemos mencionado y desestimado el *relativismo ético*. No es oportuno desarrollar aquí el examen crítico de esta doctrina u opinión, pues ello extendería excesivamente este escrito.

## **2. Consideración crítica de la diferencia que se refiere a la interioridad y la exterioridad de las acciones**

Analicemos ahora la segunda distinción expuesta. Hay que admitir que el íntimo querer y sentir del ser humano, en cuanto no se exterioricen de algún modo, escapan al conocimiento de los demás (salvo mediante el uso de ciertas técnicas invasivas de la mente, v. gr. administración de pentotal), y por ende, no pueden ser alcanzados por los preceptos del legislador. Por ello, como dice el antiguo adagio, a nadie se castiga por sus pensamientos (*“cogitationis poenam nemo patitur”*, Ulpiano, *Dig.* 48, 19, 18).

Ahora bien, en lo que respecta a la moral, no es verdad que a ésta le interese sólo lo interno. Véase que es más grave desde el punto de vista moral el matar a otro que el mero desear matar a otro. El ejemplo muestra que lo exterior importa. Y lo mismo ocurre con las conductas moralmente loables: ayudar efectivamente al prójimo que se halla en alguna necesidad es conducta mejor que el tener la intención de ayudarlo en sus necesidades. Porque si bien es cierto que a veces “lo que vale es la intención”, como se dice, en realidad la exigencia moral de ayudar al prójimo se cumple cabalmente cuando se lo ayuda. Gustav Radbruch ilustra el punto con el refrán que dice que el camino

---

<sup>12</sup> Legaz y Lacambra, L., *Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona: Bosch, 1943, p. 221.

del infierno está empedrado con “buenos propósitos”<sup>13</sup>. La caridad o la beneficencia, no sólo deben ser *afectivas* o *desiderativas*, sino *efectivas*.

En consecuencia, puede decirse con propiedad que la moral regula la conducta humana tanto en su aspecto externo como en su aspecto interno, mientras que el derecho, en cambio, regula la manifestación exterior de la conducta. Para expresar la distinción con precisión, hay que decir que la *pura* actividad interna no puede ser tomada en cuenta por el derecho positivo: por ejemplo, el odio, el rencor, la envidia, en tanto sean *meros* sentimientos o meros quererres, por fuertes que sean, no caen bajo la regulación del derecho positivo; en cambio la pura actividad interna sí es alcanzada por la ley moral.

No obstante lo dicho, hay que acotar que aun cuando el derecho sólo puede regular la conducta del hombre en su faz externa, ello no significa que no tome en cuenta lo que ocurre en su interior. Por el contrario, muchas veces las normas del derecho positivo tienen en cuenta el pensamiento y el querer interior de la persona. Así, por ejemplo, las leyes penales y las leyes que rigen la reparación civil establecen distintas consecuencias según que una persona haya cometido un hecho dañoso voluntariamente, o involuntariamente; y en el primer caso, los efectos jurídicos que atribuye la ley suelen variar de acuerdo con la intención del agente, de modo que la conducta dolosa es tratada diferentemente de la meramente culposa; y aún más: puede distinguirse entre el dolo directo y el dolo eventual, para atribuir más grave sanción en el primer caso; y a veces se disciernen los grados de la mera culpa (culpa extrema, culpa grave, culpa leve, culpa levísima), para determinar los efectos jurídicos. En consecuencia, los jueces suelen analizar las circunstancias para tratar de averiguar qué ha sucedido en lo íntimo del sujeto. Por lo dicho, un hecho exterior determinado, por ej. el hecho de chocar con un automóvil, puede ser tratado muy distintamente en el derecho positivo, según sea el aspecto interno de la conducta (inculpabilidad, negligencia leve, imprudencia grave, dolo eventual, dolo directo...). Así también, causar la muerte de otro con premeditación o sin premeditación, tienen distinto castigo; y no es indiferente para el derecho que un homicidio se haya cometido en estado de emoción violenta o que se haya realizado con plena elección, o si además de obrar con deliberación, el autor se decidió a cometer el crimen movido por un odio racial o por un móvil de robo... Por tanto, el juez penal, para aplicar el derecho, debe colegir de los hechos cuál ha sido el ánimo del autor; al interrogar al reo, debe intentar escrutar su mente, para tratar de saber cuál fue su acto interior. Y también al apreciar las pruebas documentales en los juicios civiles, etc., debe procurar desentrañar la actitud interior. Otros ejemplos son los muchos casos en que las leyes establecen diferentes soluciones jurídicas según que el poseedor de cosa ajena lo sea de buena fe o de mala fe, y también importan la buena o la mala fe para la usucapión, para las consecuencias jurídicas del matrimonio nulo, etc. Al tratar de la importancia de la conducta interior para el derecho positivo, Guido

---

<sup>13</sup> Cfr. Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*, cit., p. 53.

Soaje Ramos ilustraba con las intenciones de los contratantes, que debe investigar el juez cuando tiene que interpretar ciertos contratos<sup>14</sup>.

La existencia de una conducta exteriorizada es requisito para la regulación jurídica positiva. Por lo dicho, la autoridad pública no castiga a una persona por el hecho de que odie a otra o le desee algún mal o lo envidie; y en cambio condena a quien le causa a otro una lesión por negligencia, aunque haya obrado sin ninguna mala intención o animosidad hacia la víctima <sup>15</sup>. Pero cuando existe un comportamiento exteriorizado, entonces el derecho puede reparar en los elementos internos del obrar. Así, como se ha mostrado en los ejemplos expresados, un mismo acto externo puede tener distintas consecuencias jurídicas, según sea el acto interno que lo preceda o acompañe.

Como puede advertirse, hemos señalado algunas objeciones a la distinción propuesta. Ambos órdenes normativos, la moral y el derecho, tienen en cuenta la acción humana en su integridad. No se puede negar, sin embargo, que las reglas jurídicas se dirigen más bien a la exterioridad de las acciones, y las normas morales ponen el acento en el querer, que es interior <sup>16</sup>. Con acierto decía Icilio Vanni que “el derecho se dirige *preferentemente* al momento *externo* de la acción, mientras que la moral se refiere *preferentemente* al momento *interno*”<sup>17</sup>.

## **2 bis. Consideración crítica del distingo relativo a la motivación requerida para cumplir la norma**

Reconocida del modo explicado en los párrafos precedentes la distinción entre el orden moral y el orden jurídico en lo tocante al aspecto interior de la conducta, se desprende la acertada conclusión con respecto al criterio diferencial propuesto, que es corolario de aquella distinción, y que hemos mencionado *supra*: que en lo moral, para el mérito de la acción, importa la motivación con que obra la persona, y que para el cumplimiento del deber jurídico, en cambio, basta que el comportamiento se ajuste exteriormente a la norma.

La distinción referida es verdadera. En lo que atañe al cumplimiento de las normas jurídicas, la sola realización de la conducta debida en lo exterior, ya constituye el cumplimiento cabal del deber; en cambio, en la observancia de las normas morales no basta el comportamiento externo, sino que, para la plena

---

<sup>14</sup> Cfr. Soaje Ramos, G., *Filosofía del Derecho*, Cuaderno didáctico n° 3, Buenos Aires: Instituto de Filosofía Práctica, 1978.

<sup>15</sup> Cfr. Corts Grau, J., *Curso de derecho natural*, 4ª ed. revisada, Madrid: Editora Nacional, 1970, ps. 276 s.

<sup>16</sup> “Todas las normas sobre la conducta afectan tanto el querer como el obrar [...] (Sin embargo), el centro de gravedad de las normas morales y de las religiosas radica en el querer, mientras que en las normas jurídicas y en las normas del trato social, radica en el obrar” (Sauer, W., *Filosofía Jurídica y Social*, trad. Luis Legaz y Lacambra, Barcelona: Labor, 1933, p. 212).

<sup>17</sup> Cfr. Vanni, I., *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 156 y ss. (El subrayado es nuestro).

bondad del acto, siempre importa la motivación interior con la cual se cumple con el deber respectivo.

### 3. Consideración crítica de la diferencia que se refiere a la alteridad

#### *Análisis y conclusión*

En cuanto a la alteridad, verdaderamente es un aspecto característico del derecho, pues no falta en las acciones que son alcanzadas por las reglas jurídicas. Toda norma jurídica se refiere a una conducta del obligado que *afecta a otro sujeto*.

Hay alteridad, no sólo cuando las acciones afectan a una o varias personas singulares, sino que también la alteridad puede ser con respecto a un grupo mayor de personas, a una ciudad entera, o *a toda la comunidad política*. Así por ej. la mayoría de los tipos de conductas a las que las leyes penales imponen castigo, son conductas delictivas directamente perjudiciales a la comunidad (Constatemos esto en el Código Penal argentino: la mayoría de sus títulos reúnen delitos que lesionan *bienes jurídicos públicos*. Leemos en las rúbricas de los títulos VII hasta el último: Título VII: Delitos contra la *seguridad pública* – donde se incluye un capítulo denominado Delitos contra la *salud pública*–. Tít. VIII: Delitos contra la *tranquilidad pública*. Tít. IX: Delitos contra la *seguridad de la Nación*. Tít. X: Delitos contra los *poderes públicos* y el *orden constitucional*. Tít. XI: Delitos contra la *administración pública*. Tít. XII: Delitos contra la *fe pública*).

Sin embargo es erróneo decir que la alteridad es un carácter exclusivo del derecho, y que no hay alteridad en las acciones regidas por la moral. En efecto, existen muchos deberes morales que *se refieren a otro*: además de los deberes naturales de justicia (que consisten en no dañar *a otro*, y en darle a cada uno *de los otros* lo que es suyo), que son la mayoría de los deberes morales, están los deberes de gratitud, de veracidad, de caridad o beneficencia... que son todos ellos deberes de una persona *para con otras*.

El orden moral es un orden que se realiza en el interior de las personas (este orden consiste en que las apetencias de diversa clase del hombre se sujeten al orden de la razón), *pero que también existe en las acciones exteriores del hombre (en cuanto ellas observen la rectitud de la justicia)*. Por esto es inexacta la caracterización de la moral y el derecho que expresa Álvaro del Portillo cuando dice que la primera es “un orden intrínseco al hombre” y el segundo “es un orden social, es decir, el orden de la comunidad humana”<sup>18</sup>.

En conclusión, es necesario corregir la distinción propuesta, de modo que quede expresada en los siguientes términos: En todas las acciones regidas por normas jurídicas está presente la alteridad; y dentro de las acciones regidas por normas morales, en muchas de ellas hay alteridad (las que conciernen a la

<sup>18</sup> Del Portillo, A., “Moral y derecho”, *Anuario de derecho, Universidad Austral*, n° 1, 1994, p. 14.

justicia, la gratitud, la veracidad, la caridad, etc.) y en algunas otras no la hay (como sucede en los ejemplos mencionados *supra*, al presentar la diferencia, en I.3, v.gr. en las faltas contra la templanza).

Hans Kelsen en su obra más conocida negó esta distinción y afirmó que la alteridad es una nota esencial no sólo del derecho, sino también de *todas las normas morales*; escribió en su *Teoría pura del derecho*: “El carácter social de la moral es a veces cuestionado señalando que, junto a las normas morales que estatuyen el comportamiento del hombre frente a otros hombres, también existen normas morales que prescriben la conducta del hombre con respecto a sí mismo, tal como la norma que prohíbe el suicidio, o las normas que obligan a la valentía o a la castidad. Pero también esas normas sólo aparecen en la conciencia de hombres que viven en sociedad. La conducta de los hombres, que ellas determinan, se relaciona quizás inmediatamente con ellos mismos; en forma mediata, en cambio, se refiere a los restantes miembros de la comunidad. Puesto que sólo en razón de los efectos que esos comportamientos tienen sobre la comunidad, se convierten en la conciencia del miembro comunitario, en una norma moral, también las llamadas obligaciones del hombre consigo mismo son obligaciones sociales. Carecerían de sentido para el individuo que viviera aislado”<sup>19</sup>.

Entendemos que esta manera de concebir la moralidad del ex-profesor de Viena es errónea. Porque el fundamento que los hombres atribuyen a las normas morales no se reduce a las repercusiones sociales de la conducta, sino que ellas tienen un fundamento vinculado al bien humano y al desenvolvimiento de las potencialidades de la naturaleza humana, y por ello *tiene sentido hablar de normas morales que obligan aun al hombre que viviera aislado*, como por ej. un náufrago en una isla deshabitada (como es el caso de Robinson Crusoe, de la novela de Defoe?, o un anacoreta retirado fuera de la comunidad humana.

Advertía Santo Tomás que aunque hay principios morales que prescriben una conducta respecto de sí mismo, sin embargo ellos no son tan evidentes como los que se refieren al prójimo, y por ello no todos reconocen que hay principios morales que no se refieren al prójimo<sup>20</sup>. Los deberes que tiene el ser humano respecto de sí mismo son *menos evidentes* que los deberes que lo vinculan con las demás personas, pero los primeros también existen.

---

<sup>19</sup> Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, México: UNAM, 1979, p. 72.

<sup>20</sup> “Que necesariamente tenga el hombre deberes para con Dios y con el prójimo, fácilmente lo entiende el hombre [...]. Pero que el hombre tenga deberes en aquello que le pertenece a él y no a los otros, ello no lo ve inmediatamente. A primera vista, pareciera que en esto el hombre es libre de obrar como quiera. Por esto los preceptos que prohíben los desórdenes del hombre para consigo mismo, no llegan al pueblo sino mediante la enseñanza de los sabios” (Tomás de Aquino, *Summa theol.*, I-II, 100, 5 ad 1).

“Donde más claramente aparece la razón de deber que se requiere para el precepto, es en la justicia, que nos relaciona con los demás. Porque cuando se trata de lo que atañe a uno personalmente, *parece a primera vista (videtur primo aspectui)* que el hombre es señor de sí mismo y libre de hacer lo que le plazca; pero, en lo que atañe a otros, aparece manifiesto que el hombre está obligado a darles lo que les debe” (*Summa theol.*, II-II, 122, 1 c).

*La cuestión de la alteridad en ciertas clases de acciones*

Como se ha dicho, la alteridad es una nota infaltable en lo jurídico. Es interesante considerar ciertos casos de conductas reguladas por normas del derecho positivo, en las cuales puede cuestionarse si se da o no tal alteridad.

El tema nos lleva a tratar de las denominadas “*conductas autorreferentes*”, o sea aquellas acciones del ser humano que aunque puedan perjudicar al propio agente, parece que no afectan a terceros.

Consideremos la tenencia de drogas estupefacientes. Esto está tipificado como delito en nuestras leyes. Dispone el art. 14 de la Ley de Estupefacientes 23.737: “Será reprimido con prisión de uno a seis años y multa de \$ ... el que tuviere en su poder estupefacientes. La pena será de un mes a dos años de prisión cuando, por su escasa cantidad y demás circunstancias, surgiere inequívocamente que *la tenencia es para uso personal*”. Se ha discutido entre los doctrinarios si tal conducta debe ser punida por las leyes, como lo hace la referida ley 23.737 (y antes de ella, lo disponía en términos semejantes, la ley 20.771). Se ha discutido si se este precepto de la ley penal debe ser aplicado o no debe ser aplicado (en el segundo caso, porque sería “*inconstitucional*”, por violar el art. 19 de la Constitución Nacional, como algunos han dicho. Dicho artículo dispone que “*las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados...*”). Hubo al respecto en nuestro país en una época fallos contradictorios de Cámaras penales sobre el punto. Pero después se asentó la doctrina judicial que sostiene la constitucionalidad de tal precepto penal, y señala que hay alteridad en el comportamiento que con él se castiga. Así, en una sentencia de 1985 se explica la alteridad: “El toxicómano, vicioso o habituado a las drogas por su dependencia o hábito, constituye un *peligro* potencial *para terceros*, pues su conducta puede ser imitada por éstos y llevar la acción a una tendencia contagiosa grupal con graves riesgos para la salud pública de la población”. Hubo sin embargo tribunales que decidieron de manera contraria, hasta la sentencia de La Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1990 que estableció que la tenencia de estupefacientes para uso meramente personal no solamente puede dañar física y psíquicamente al individuo que los tiene, sino que también ofende el orden público, la moral y la salud pública <sup>21</sup>. Este criterio se mantuvo hasta 2.009, año en que nuevamente cambió la decisión del alto tribunal sobre la materia.

---

<sup>21</sup> Expresa el fallo: “No es necesario que las acciones privadas sean ofensivas o perjudiciales en toda hipótesis o en la generalidad de los casos. Basta que de algún modo, cierto y ponderable, tengan ese carácter [...] [La prohibición] del artículo 19 C.N. queda excluida si las acciones privadas originan esas consecuencias en algunos casos, que es lo que, con toda evidencia, sucede en las situaciones a las que se refiere esta causa. Los drogadictos ofrecen su ejemplo, su instigación o su convite a quienes no lo son, al menos en muchísimos supuestos reales” (C.S.J.N., 11/12/90, *Montalvo, Ernesto s/ infracción Ley 20.771*, en *El Derecho*, vol. 141, p. 469).

En el consumo de droga, aun realizado a solas y en privado, está entrañada la alteridad. Y no solamente por el mal ejemplo que induce a imitar. Podemos imaginar un ser humano adicto a drogas alteradoras de la mente, que se queda en su casa, sin causar molestias a los demás, sin que nadie lo vea ni sepa lo que hace y perjudicándose solamente a sí mismo. Y esta imagen coincidirá con la realidad en algunos casos. Pero la experiencia también nos muestra casos diferentes: la cantidad de accidentes de tránsito causados por personas drogadas, los homicidios, robos a mano armada y otros delitos y agresiones, cuyos autores se hallaban bajo el efecto de tales sustancias. También es una incontestable realidad que muchas veces las adicciones, de acuerdo con la intensidad de ellas y la índole de la persona y otras circunstancias, perjudican seriamente a la familia del adicto, y a la sociedad en general, acarreándole costos económicos y perjuicios de otra especie.

Otro caso interesante se refiere al uso de casco protector por los motociclistas, exigido por reglamentaciones municipales, y cuya inobservancia prevista en el derecho contravencional se sanciona con multa. En una controversia con motivo de la transgresión de esta regla, el abogado defensor del infractor impugnó la multa por contraria al referido art. 19 C.N., pero el fallo plenario de la junta de jueces convocada para resolver la cuestión decidió, por 4 votos contra 2, que la norma era constitucional<sup>22</sup>. Otros ejemplos ilustrativos: La regla que ordena el uso obligatorio del cinturón de seguridad, la ordenanza municipal que exige a los que prestan el servicio de transporte en taxi adopten un sistema de seguridad contra asaltos, el Decreto provincial 7106 (1986), reglamentario de la Ley 5040 de actividades náuticas de la Prov. de Córdoba, que establecía: “[...] salvo competencias, cuando la natación sea practicada en forma individual, quien la realice no podrá internarse más de cincuenta (50) metros de la costa [...]” (art. 20). Un precepto legal chileno establece: “La práctica del andinismo solitario está prohibida”<sup>23</sup>.

En los casos de conductas autodestructivas o muy riesgosas que al parecer de suyo perjudican sólo a quien las realiza, se ha explicado que la alteridad está en que la muerte o el grave daño que pudiere recibir una persona en realidad afecta no solamente a ella, sino a su familia y a toda la comunidad, *porque las personas son parte de la comunidad política*. Como señala el profesor rosarino Mariano Morelli, “el necesario respeto por la libertad no implica [...] que a cada uno le sea lícito hacer con su vida lo que quiera [...] [porque] el hombre es un ser social, y resulta poco sensato entender que lo que hace con su vida sólo a él afecta, que él sea el único interesado, y que lo que él hace con su

---

<sup>22</sup> Cfr. Cám. de Apel. de la Just. Munic. de Faltas de la ciudad de Buenos Aires, en *El Derecho*, 28/2/95.

<sup>23</sup> Reglamentación para el turismo de aventura, dictada en Chile por la Corporación Nacional Forestal, publicada en *La agencia de viajes - Chile* (Suplem. de *La agencia de viajes latinoamericana*), 4/4/94, ps. 12 ss.

vida no produzca trastornos en su entorno familiar y social”<sup>24</sup>; “lo que ocurre con su vida afecta casi necesariamente a la comunidad en la que vive”<sup>25</sup>.

Con respecto al deber de cuidar la propia salud, que suele ponerse como ejemplo de deber moral que no es deber jurídico, y como deber moral del hombre respecto de sí mismo, hay que decir que el ser humano tiene tal deber también para con la comunidad, o mejor dicho, para con las comunidades en que vive: sociedad política, familia, institución académica o científica a la cual pertenece, etc., porque el hombre es parte de ellas. La persona que por sus descuidos o desidia contrae enfermedades o no procura su curación, perjudica, en el aspecto económico y también en diversos bienes inmateriales, a su familia, a la obra social o asociación mutua a la que pertenece, a su comunidad política... Este perjuicio puede ser grande, por ejemplo en el caso del cáncer causado por el tabaquismo, o las enfermedades físicas y el abandono del trabajo que genera el alcoholismo. Pero en mayor o menor grado ello sucede con todas las enfermedades, y no sólo con las que resultan de una adicción. Por lo dicho, se trata de un deber jurídico (de derecho natural), que en algunos lugares ha sido instituido como derecho positivo; así por ejemplo en la *Constitución del Uruguay*: “Todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes” (art. 44); en la *Constitución de Colombia*: “Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad” (art. 49); en la *Constitución de Honduras*: “Es deber de todos participar en la promoción y preservación de la salud personal y de la comunidad” (art. 145).

Al respecto, también reconocen este deber varias Constituciones de provincias argentinas. Entre ellas, la de Córdoba, que expresa: “Art. 38 – Los deberes de toda persona son: [...] 9. *Cuidar su salud como bien social*”.

Si la preservación de la propia salud es una conducta jurídicamente debida en la relación del hombre para con la comunidad, como se ha explicado, con mayor razón lo es la conservación de la propia vida. El suicidio, por tanto, no atañe a la mera moralidad individual, sino que constituye una injusticia, aun cuando por motivos de razonable política criminal los legisladores han preferido abstenerse de conminar sanción para quien lo intente. Que el suicidio sea un acto impune no significa que sea un acto lícito; véase que la instigación al suicidio se castiga, y también la cooperación al suicidio de otro (arts. 83 C.P.); si el suicidio fuese un acto lícito o permitido por el derecho, la instigación a cometerlo sería la instigación a realizar un hecho lícito, y del mismo modo la ayuda al suicidio sería una cooperación para que otro realizara un acto lícito, y entonces no deberían tener pena. Así también véase que el policía, el bombero,

<sup>24</sup> Morelli, M.G., *Sobre los llamados «principios» de la bioética*, en AA. VV., *Valor de la vida humana. Cultura de la muerte*, 2ª ed., Santa Fe: Centro Tomista del Litoral Argentino, 1998, p. 260.

<sup>25</sup> Morelli, M.G., *Sobre los llamados “principios”...*, cit., p. 272.



y cualquier persona que detiene a quien quiere consumir el suicidio, inclusive usando de la fuerza sobre tal persona, realizan un acto lícito. Considérense los casos de médicos que administran de modo coactivo un antídoto a quien ingirió veneno para eliminarse y se niega después a recibir el antídoto; los médicos en estos casos realizan un acto jurídicamente lícito, y previsto como tal por la ley (Dispone la Ley sobre el Ejercicio de la Medicina 17.132, en el art. 19: “Los profesionales que ejerzan la medicina están obligados a [...] 3. Respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos de [...] tentativas de suicidio”).

Los filósofos han calificado el suicidio como acto de injusticia, con el fundamento de que el hombre es parte de su comunidad, y por tanto, quien se elimina causa injusticia a la comunidad<sup>26</sup>.

En relación con el punto que estamos considerando, advertía Christian Wolff: “No hay ninguna acción que no se refiera a los demás, por lo menos en cuanto al ejemplo que se ofrece a los demás”<sup>27</sup>. En realidad todas las clases de conducta tienen alguna repercusión en los demás; no quedan en el exclusivo bien o mal que recibe el agente. Todo afecta o importa a otros, a personas concretas próximas al agente, o a la sociedad en general. Sin embargo, con respecto a las acciones que tienen consecuencias *indirectas* perjudiciales para el prójimo, el derecho positivo tiene que ocuparse solamente de aquellas conductas cuyas consecuencias indirectas son más graves para el prójimo (porque si quisiera intervenir en todas las acciones de los hombres que son actual o potencialmente dañosas para otros, resultarían más males que bienes), y por ello ha de abstenerse de conminar sanciones para las acciones de simple fornicación, de gula, de pereza en la vida privada, o para la mentira salvo que cause injusticia, y otras semejantes.

#### **4. Consideración crítica de la diferencia que se pone en el carácter imperativo de unas normas y el carácter imperativo-atributivo de las otras**

Esta distinción propuesta no puede admitirse. Si bien es cierto que todas las normas de derecho positivo son bilaterales o imperativo-atributivas, no es verdadero que todas las reglas morales carezcan del carácter atributivo.

Dentro de las normas morales hay algunas que mandan deberes del sujeto respecto de sí mismo y hay otras –que son la mayoría– que expresan deberes para con el prójimo. A su vez, dentro de la segunda clase, hay dos subclases: a) aquellas que afectan algo que pertenece a otro, algo que al otro le corresponde, y que puede exigir como propio (se trata de los *deberes naturales de*

---

<sup>26</sup> Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, L. V, 1138 a 11. Tomás de Aquino, *Summa theol.*, II-II, 64, 5, c. Leemos en Immanuel Kant: “Quitarse la vida es un crimen. Sin duda puede considerarse también como una transgresión del deber hacia otros hombres (de uno de los esposos hacia el otro, de los padres hacia los hijos, del súbdito hacia sus conciudadanos [...])” (*Metafísica de las costumbres*, Doctrina de la virtud, Iª Parte, L. I, cap. 1, art.1º, nº 421).

<sup>27</sup> Wolff, C., *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*, Parte I, cap. III, § 934.

*justicia*), y b) aquellas que se refieren al prójimo, que mandan darle o hacer algo para él, pero que no puede ser exigido por él. Ejemplo de la segunda subclase: Una persona necesitada, puede pedirnos una ayuda, pero no puede exigirnosla, como algo que le pertenezca recibir (salvo el caso de urgente necesidad). La moral ordena ayudar a los necesitados, y se trata de un grave deber, pero no le da al indigente la facultad de exigir esa ayuda. Así también existen los deberes de gratitud, cuyo cumplimiento es exigido para la honestidad del hombre, pero que no pueden ser exigidos por el prójimo como algo *suyo*<sup>28</sup>.

Las normas morales que expresan deberes de justicia son imperativo-atributivas, pues imponen a uno una conducta debida para con el otro, y facultan a éste a exigir tal conducta a aquél. En lo dicho puede verse que es errónea la afirmación de Recaséns Siches, transcrita *supra*, allí donde presentamos esta supuesta diferencia entre el derecho y la moral, que dice “En la moral no existe propiamente un sujeto titular de una pretensión frente a la conducta del obligado”.

Así, por ejemplo la norma de la justicia distributiva que manda asignar cargos públicos y otros beneficios de acuerdo con los méritos de los que los reciben, impone un deber moral al gobernante o funcionario que los distribuye, y atribuye a las personas que tienen los méritos la facultad de exigir esa justa distribución. Esta facultad la tienen aun en los casos en que las reglas del derecho positivo no se la reconozcan. Otros ejemplos: el deber de respetar la vida de los seres humanos por nacer se corresponde con la facultad moral de éstas de exigir ese respeto (obviamente por medio de sus representantes o defensores, ya que no pueden hacerlo por sí mismos), la facultad moral del acusado de exigir el debido proceso judicial dentro de un régimen tiránico que no observa el debido proceso judicial, la facultad moral de los padres de exigir se les dejara educar a sus hijos en la U.R.S.S.

Hay un amplio campo de deberes morales, que son los *deberes naturales de justicia*, que es el campo del *derecho natural*; buena parte de este ámbito ha sido asumido por la ley positiva, que ha establecido las correspondientes reglas de justicia, pero también queda una parte del derecho natural que no ha sido incorporado al derecho positivo, o que ha quedado fuera de éste en determinado país.

En conclusión, existen normas morales que son imperativo-atributivas, que son las normas morales que expresan deberes naturales de justicia (o lo que es lo mismo, exigencias del derecho natural), y por lo tanto, la distinción propuesta entre la moral y el derecho positivo es incorrecta.

<sup>28</sup> Puede ser, sin embargo, que el derecho positivo reconozca consecuencias jurídicas a la infracción de ciertos deberes que son meramente morales. Así por ejemplo, en las leyes argentinas, la ingratitud del donatario puede facultar al donante y a sus herederos para que revoquen el beneficio otorgado (art. 1862 C.C.); y la ley declara indigno de adquirir por herencia al heredero que faltó a su deber de caridad para con el causante que se hallaba demente y abandonado (art. 3295 C.C.).

## 5. Consideración crítica de la diferencia en los fines de ambos ordenamientos de la conducta

Examinemos ahora la diferencia número cinco, tomada del examen de los fines respectivos de ambos órdenes normativos, la cual distingue el derecho y la moral, aduciendo que esta última tiene en cuenta el bien personal del hombre en todos sus aspectos, y que en cambio el derecho positivo no puede tener por función el regular las acciones humanas en lo que concierne a su bondad, sino que procura tan sólo una armonización mínima de las conductas humanas, para que se alcance una conveniente convivencia en la sociedad.

Es verdad que la regulación moral tiene por fin el bien personal del hombre. Ahora bien, ¿es verdad que las normas de derecho positivo no tienen por finalidad el bien del hombre? ¿Es correcto que la finalidad de las reglas de la ley positiva se reduce al fin de mantener la paz social? La cuestión nos remite a la cuestión de los fines del Estado.

### *Análisis y conclusiones*

a) La distinción que se ha expuesto en realidad tiene como presupuesto una concepción política determinada, denominada “liberalismo”, la cual propugna la menor injerencia posible de la comunidad estatal, y por consiguiente, de la autoridad pública, en la vida de la persona; por ende admite una muy estrecha zona de regulación de la ley positiva, en aras de la mayor libertad del individuo (De allí que la doctrina se denomina “liberalismo”<sup>29</sup>). Según esta concepción, el ordenamiento legal positivo debe regular solamente aquellas conductas que son imprescindibles para que no se perturben los intereses de los demás individuos, que son, entre otros, la conservación de la vida, la preservación de la libertad deambulatoria y de otras libertades individuales, el goce tranquilo de sus bienes económicos...

Pero de acuerdo con otras concepciones de la filosofía política la legislación no sólo tiene la finalidad de evitar las graves transgresiones que hagan imposible o insegura la convivencia entre los hombres, sino que también es un cometido del Estado el perfeccionamiento moral y espiritual de los miembros de la comunidad. Así era por ejemplo la concepción de los filósofos de la antigua Grecia que atribuían a la comunidad política altos fines educativos y el desarrollo de las buenas costumbres (leemos en Aristóteles: “El Estado más perfecto es evidentemente aquél en que cada ciudadano, sea el que sea, puede, merced a las leyes, practicar lo mejor posible la virtud y asegurar mejor su

---

<sup>29</sup> De entre los varios significados del término “liberalismo”, aquí nos referimos a la acepción B del vocablo en el *Diccionario del lenguaje filosófico* dirigido por Paul Foulquie: “Doctrina política según la cual el interés general pide que la ley amplíe lo más posible las libertades de los particulares y reduzca también lo más posible las intervenciones del Estado, cuyo papel esencial consiste en asegurar el orden público que condiciona el ejercicio de esas libertades” (Barcelona: Labor, 1967, p. 600).

felicidad”<sup>30</sup>). Ésta es una finalidad que desde luego no puede ser alcanzada mediante la legislación y la acción política solamente (porque la perfección moral y espiritual de una persona depende en último término del mismo individuo, y también de varias condiciones que escapan a la acción del gobierno), pero es un objetivo que puede intentarse y lograrse *en cierto grado* y con respecto a cierta cantidad de las personas que son miembros de la comunidad, si la autoridad pública se propone este fin y pone en acción medios idóneos para ello.

Las dos doctrinas filosófico-políticas mencionadas se traducen en diferentes disposiciones legales. En efecto, una cosa es legislar y reglamentar acerca del juego, la drogadicción, espectáculos públicos, etc., con el mero fin de hacer posible la pacífica convivencia (o sea para que no prosperen los delitos, para paliar la inseguridad en las calles, para que unos no lesionen groseramente el sentimiento de pudor de otros, etc.), y otra cosa es intentar con la legislación y la reglamentación que se dicta sobre tales materias el mismo *bien* de los ciudadanos. Para lograr este último fin, la ley positiva ha de extenderse a casos que no hay por qué abarcar si sólo se persigue el fin anterior. En resumen, la distinción teórica entre los posibles fines del Estado tiene repercusiones prácticas, en el sentido y el alcance de la política legislativa y en el contenido del derecho positivo legal del Estado particular del cual se trate, así como en su interpretación y aplicación por los tribunales de justicia y por los funcionarios de la Administración Pública.

Por ello se ha sostenido, a lo largo de la filosofía política desenvuelta con anterioridad al auge del liberalismo, que la finalidad de la legislación y de las instituciones públicas es el *bien común*, comprendiéndose en este término también el desarrollo de la persona en sus varios aspectos, especialmente los que hacen a su personalidad ética. Así, por ejemplo, para los antiguos pensadores helenos la comunidad política tiene un fin ético: concebían que su *polis* debía procurar la perfección ética del ciudadano. Aun sin reconocer para el derecho positivo un campo tan amplio de regulación, abarcador de la vida entera –como había sido en la doctrina de los grandes filósofos griegos, sobre todo en Platón y Aristóteles– es posible concebir –y realizar– un derecho positivo menos intervencionista en esta materia (para evitar el riesgo de caer en un Estado totalitario), pero también interesado en los supremos fines de las personas, y promotor de la consecución de ellos.

La pacífica convivencia es un bien común (que comprende la defensa común, la seguridad común, la administración de justicia por los tribunales, y varias cosas más), es una parte importante del bien común, pero es *sólo una parte del bien común*, y por ende no lo agota. Hay otros ingredientes del bien común político, entre ellos, la integridad de las personas, que es integridad psicosomática e integridad moral.

---

<sup>30</sup> Aristóteles, *Política*, L.IV.

b) De hecho, las leyes y las demás instituciones del Estado *a veces* suelen interesarse no sólo por el bien común, sino también por el *bien moral singular* de determinadas personas concretas.

Así por ejemplo, hay reglas de derecho positivo que se dirigen a la recuperación de personas alcohólicas o drogadictas.

Con relación a los seres humanos que delinquen, uno de los fines que se espera que intente la legislación es la corrección interior de ellos, juntamente con los objetivos de retribución penal y de utilidad social que se procuran con las penas. El desiderátum no es sólo el castigo, la ejemplaridad, el escarmiento, la adaptación del infractor a la sociedad, sino también la *reeducación*, el rescate del ser humano.

La doctrina antitética defiende Luigi Ferrajoli, como consecuencia de la tajante separación entre derecho positivo y moral que propugna: “La sanción penal no debe tener contenidos ni fines morales [...] Ni la precisión de la ley ni la aplicación judicial de la pena deben servir ni para sancionar ni para determinar la inmoralidad, [y] tampoco [la pena] debe tender en su ejecución a la transformación moral del condenado. El Estado, que no tiene derecho a forzar a los ciudadanos a no ser malvados, sino sólo a impedir que se dañen entre sí, tampoco tiene derecho a alterar –reeducar, redimir, recuperar, resocializar u otras ideas semejantes– la personalidad de los reos. Y el ciudadano, si bien tiene el deber jurídico de no cometer hechos delictivos, tiene el derecho de ser interiormente malvado y de seguir siendo lo que es. Las penas, consiguientemente, no deben perseguir fines pedagógicos o correccionales”<sup>31</sup>.

c) Si consideramos las relaciones de estricta justicia entre los individuos (por ej. las que ocurren en el ámbito de los contratos, de los “derechos reales”, de las indemnizaciones por daños, de las relaciones entre los socios, etc.), debemos decir que el derecho positivo no es un mero instrumento o una técnica que el gobernante elabora con el único propósito de solucionar conflictos de intereses y mantener la paz entre los hombres, no es un mero “medio de control social”. Los preceptos legales a menudo disponen la manera como deben relacionarse los hombres y qué deben hacer unos y otros, y qué debe dar cada uno a cada quien, para que reine la justicia entre ellos; y la realización de la justicia es en sí misma, un bien (*bonum iustitiae*). Lo justo es parte de lo bueno, es parte del bien moral<sup>32</sup>.

Así por ejemplo las reglas jurídicas que regulan la compraventa, los derechos de los compradores y vendedores, cumplen una función de paz social,

---

<sup>31</sup> Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. Perfecto A. Ibáñez y otros, Madrid: Trotta, 1997, p. 223.

<sup>32</sup> “El bien es a lo justo, como lo general es a lo especial” (Tomás de Aquino, *Sum. theol.*, I, 21, 1 ad 4).

contribuyen a la ordenada convivencia; pero ése no es su cometido principal: muchas de ellas han sido puestas para establecer la justicia en las relaciones entre ambos contratantes. Y la justicia es una parte del bien moral.

Por lo tanto, *la finalidad de los preceptos de la ley positiva en muchos casos es la realización del bien moral*. En suma, el resultado del cumplimiento del derecho positivo a menudo es algo bueno en sí mismo y no algo solamente útil a modo de instrumento para facilitar la convivencia. Claro está que también existen leyes injustas, ya sea que el legislador conozca de su injusticia, ya sea que ésta resulte del error del autor de la ley; pero esto no quita que la mayoría de las leyes positivas mandan comportamientos justos, y por tanto, su fin es un bien moral.

En armonía con lo expuesto, decía Georges Ripert que *“no hay entre la regla moral y la regla jurídica ninguna diferencia de fin [...] No puede haberla, pues el derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo es una idea moral”*<sup>33</sup>.

d) Finalmente, hay que considerar que el derecho positivo tiene una función de *pedagogía moral*. Más allá de contribuir con sus normas a la realización de actos justos, sirve para la educación de la inteligencia (haciéndole conocer lo justo) y de la voluntad del hombre (desarrollando en él el hábito de justicia). Decía Leibniz, reiterando un pensamiento presente en la tradición filosófica al menos desde Aristóteles: *“Cuando por medio de castigos, premios, amenazas, promesas y alabanzas, se mueve a los hombres, desde la juventud, a acciones conformes a la razón, se siembra en ellos una tendencia a la virtud, por razón de la cual lo que al principio no hacían voluntariamente, lo hacen más tarde con gusto”*<sup>34</sup>.

¡La ley positiva puede servir para conducir a los hombres, a algunos hombres, nada menos que a la virtud! Por tanto, al fin del derecho positivo no le es ajeno el bien humano moral.

Ahora bien, hay diversos modos o grados como el derecho positivo y las instituciones políticas en general pueden favorecer el perfeccionamiento moral: Una de ellas es simplemente permitirlo; otra es facilitarlos –asegurando las condiciones que hagan factible el pleno desenvolvimiento de la personalidad moral, y quitando los obstáculos que se oponen a tal fin y pueden favorecer los vicios– y otro grado mayor es fomentándolo eficazmente (mediante enseñanza pública, propaganda, publicidad de buenos ejemplos, promoción de buena literatura, teatro y cine; y mediante otros premios y estímulos), haciendo del desarrollo ético de las personas uno de los objetivos de la acción estatal. El derecho positivo puede posibilitar la realización moral, fomentarla,

<sup>33</sup> Ripert, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 10<sup>a</sup> ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1927, n<sup>o</sup> 6, p. 11.

<sup>34</sup> Leibniz, G., *Carta a Kestner*, 21/8/1709, en *Textes inédits d'après les manuscrits de la Bibliothèque provinciale de Hanovre*, public. y anotados por G. Grúa, Paris: Presses Universitaires de France, 1948, vol. II, p. 690.

incentivarla, *remover los obstáculos que la impiden o dificultan...* Claro está que, sin embargo, el derecho positivo no debe forzar al hombre a realizar el bien moral (salvo en lo que atañe a la justicia, o sea el bien debido al prójimo y exigible por éste y a todo cuanto sea necesario imponer para conservar y aumentar el bien común, pues en todo esto es lícito y debido que utilice medios coactivos)<sup>35</sup>.

Con fundamento en la cuádruple consideración expuesta, entendemos que hay que rechazar la distinción que se había presentado, que afirmaba finalidades totalmente diversas en ambos órdenes normativos. Es inaceptable la distinción pretendida entre la moral y el derecho, que ubica lo primero en el ámbito del bien y de la perfección humana, pero desaloja de allí el derecho, reduciendo todo el valor de éste al de una herramienta útil para la vida social.

Hay, no obstante lo dicho, una diferencia de acento entre ambas regulaciones. Tal diferencia la explica Joaquín Ruiz-Giménez de este modo: “Mientras la ordenación moral general busca la íntegra «santificación» de la persona, rectificando toda su conducta en referencia inmediata al fin último, *esa ordenación moral especial que es el derecho*, intenta de manera próxima el enderezamiento y ajuste de la conducta social de los hombres, y *sólo remotamente* contempla aquella suprema meta de la perfección total”<sup>36</sup>.

Por lo dicho, la regulación del derecho no se da sobre toda clase de acciones, sino sobre aquellas que más importan al bien común. Por ello, el derecho tiene que permitir diversas conductas que son inmorales, v. gr. ciertas prácticas sexuales perversas, pero que no afectan directamente a terceros ni a la comunidad en general.

En síntesis, al derecho positivo le interesa el bien humano singular de los hombres, pero intenta principalmente el *bien común político*, que también es un bien humano, pero distinguible del bien singular del individuo.

Y en lo que concierne a la moralidad, ella tiene por fin el bien singular de la persona, pero el bien común político no es ajeno a ella. También la moralidad se refiere al bien común, pues manda al hombre que cumpla todos los deberes que tiene para con la comunidad política. Por tanto, un hombre no puede ser honesto si no es buen ciudadano (por ejemplo, si es evasor de impuestos).

Al respecto, ha explicado Jacques Leclercq: “No puede determinarse el bien jurídico sin determinar primeramente el bien del hombre, y como el bien

---

<sup>35</sup> Aun cuando afirmemos que no es la mera convivencia, sino también la perfección moral el fin intentado por el derecho positivo, sin embargo el legislador no se ha de proponer regular todas las conductas opuestas a las exigencias de la moralidad, sino solamente algunas de ellas; y con respecto a las otras, debe tolerarlas. Así por ej. en el campo del obrar sexual, el derecho positivo regula sólo una parte de los asuntos que pertenecen a la moral (Cfr. Tomás de Aquino, *Summa theol.*, I-II, 96, 2 y I-II, 96, 3).

<sup>36</sup> Ruiz-Giménez, J., *Derecho y vida humana*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1944, p. 184.

del hombre no puede desarrollarse sino en sociedad, no puede determinarse el bien del hombre sin considerar las condiciones del bien social"<sup>37</sup>.

## **6. Consideración crítica del distingo referido a la existencia o inexistencia de sanción**

Finalmente, queda por considerar la diferencia propuesta en lo que concierne a la sanción y, en general, a las consecuencias coactivas de la infracción de la norma jurídica.

Hay que corroborar si es verdadera la proposición siguiente: Es característica esencial de toda norma jurídica la posibilidad de obtener su cumplimiento mediante coacción o de aplicar una sanción al incumplidor.

Al respecto, tenemos que distinguir dos cosas:

(a) La posibilidad fáctica de que alguien ejerza alguna coacción sobre el obligado, que no cumple una norma de conducta, para que cambie su actitud o para castigar la transgresión.

(b) El hecho de que dentro de un determinado sistema de derecho positivo esté "institucionalizada" la posibilidad de que un órgano del poder público ejerza coacción sobre el obligado para que acate la norma jurídica, o para aplicarle una sanción en caso de transgresión de dicha norma<sup>38</sup>.

Cuando se menciona la posibilidad de coacción como diferencia entre lo moral y lo jurídico, se trata de (b).

En el primero de los sentidos distinguidos, o sea en (a), que es la coacción "de hecho", siempre es posible la coacción, si hay alguien que posee fuerza para ejercerla sobre el obligado. En el segundo sentido, es decir en (b), no todas las normas jurídicas positivas son coaccionables (aunque la mayoría lo son). Así por ej. varias reglas relativas al comportamiento de los órganos supremos del Estado, establecidas en la Constitución, carecen de medios de coacción "institucionalizados", para el caso de ser transgredidas.

Muchos autores distinguen las normas jurídicas de las normas morales por la posibilidad que hay en el caso de las primeras, de hacerlas valer mediante la coacción (en el sentido b) para hacer cumplir las primeras. De conformidad con este punto de vista, sólo es derecho lo que cuente con una sanción determinada, para ser aplicada por un órgano del Estado y regulada por el mismo ordenamiento jurídico positivo.

---

<sup>37</sup> Leclercq, J., *El derecho y la sociedad. Sus fundamentos*, Barcelona: Herder, 1965, p. 43.

<sup>38</sup> De acuerdo con Norberto Bobbio, la "institucionalización" de las sanciones significa que la norma jurídica se halla ligada a otra norma del ordenamiento jurídico que impone la sanción, y que la aplicación de ésta compete a órganos determinados (*Teoria delle norme giuridiche*, Torino: Giappichelli, 1958, p. 197).



*¿La amenaza de sanción establecida para el caso de transgresión, ¿es un elemento esencial de la ley positiva?*

*Planteamiento de la cuestión.* - Hay una clasificación tradicional de las leyes, que viene de los jurisconsultos romanos, según los efectos que genera su infracción, como sigue: leyes *pluscuamperfectas* son aquellas cuya trasgresión importa nulidad del acto y sanción para el infractor; leyes *perfectas* son las que solamente declaran nulo el acto realizado contra el precepto; leyes *menos que perfectas* son las que castigan con una sanción, pero sin declarar inválido el acto realizado; y leyes *imperfectas*, son las que no prescriben ni la invalidez del acto ni sanción alguna.

Ahora nos preguntamos si las llamadas “leyes imperfectas” de la clasificación expuesta en el párrafo anterior, son verdaderas leyes. ¿Es un elemento *esencial* de la ley civil la posibilidad (instituida en la misma ley o en otra ley) de ejercer coacción sobre el infractor, sea para lograr el cumplimiento del precepto, sea para punir la inobservancia?

*Doctrina de la coacción.* - Algunos autores han respondido afirmativamente la cuestión propuesta.

Marsilio de Padua, en el s. XIV había definido la ley civil como “precepto coercitivo acompañado de pena o recompensa para aplicar en este mundo”<sup>39</sup>.

Asimismo Christian Thomasio e Inmanuel Kant, que introdujeron la doctrina de la separación entre lo moral y lo jurídico, caracterizaron el segundo ámbito por la presencia esencial de la coacción<sup>40</sup>.

En el siglo XIX John Austin <sup>41</sup> y Rudolph von Ihering <sup>42</sup> pusieron la coacción en la definición del derecho. Expresaba el jurista germano que “una regla de derecho desprovista de coacción jurídica, es un contrasentido, es un fuego que no quema, es una antorcha que no ilumina”. Y hay un viejo proverbio alemán, que dice “ley sin pena, es campana sin badajo” (*Gesetz ohne Strafe ist Glocke ohne Klöppel*).

Así también Jean Dabin ha concebido la regla de derecho positivo como aquella que está esencialmente auxiliada por un aparato de coacción exterior organizado por el Estado, y destinado a procurar la observancia de la regla, si

---

<sup>39</sup> Marsilio de Padua, *Defensor pacis*, I, 10, §§ 3 y 4. También II, 9, § 3.

<sup>40</sup> “*Obligatio juris correspondens semper externa est, metuens coactionem aliorum hominum*” (Thomasius, C., *Fundamenta iuris naturae et gentium*, reed. fotomec., Scientia, Aalen, 1979, I, 5, § 21).

<sup>41</sup> Austin, J., *The province of jurisprudence determined*, London: The Monday Press, 1954.

<sup>42</sup> Cfr. Von Ihering, R., *El fin en el derecho*, Buenos Aires: Heliasta, 1978, p. 158.

es necesario con el recurso de la fuerza. Decía el mencionado autor belga: “No hay derecho positivo sin coacción (*contrainte*) pública”<sup>43</sup>.

En el mismo sentido, al tratar en una clase el tema, un alumno expresó: “Toda norma jurídica lleva implícita la coacción, ya que me parece que una norma que no la posee, no tiene la función propia de una norma”. Un grupo de estudiantes, después de discutir el punto, dijo: “Llegamos a la conclusión de que una norma jurídica del derecho positivo, que no esté apoyada por la coacción, no sería más que letra muerta, y no cumpliría el objetivo de regulación de la conducta social del hombre”.

Estudiemus a continuación si esta tesis puede sostenerse.

*Análisis del asunto.* - Encontramos en el propio derecho positivo de nuestro país y también de nuestra provincia y en derechos extranjeros algunas normas jurídicas que no están acompañadas de coercibilidad alguna. Ilustremos este aserto con algunos ejemplos (que son contraejemplos de la tesis antes expuesta).

Una de las reglas que contiene el art. 1117 del Código Civil argentino (después de la reforma de la Ley 24.830, de 1997), prescribe: “Los establecimientos educativos deberán contratar un seguro de responsabilidad civil”. Sucede que esta regla jurídica rige en todo el país, pero en algunas provincias no se han previsto sanciones para aquellos establecimientos que omitan la contratación de dicho seguro.

El decreto argentino 200/97 dispone: “Prohíbense los experimentos de clonación relacionados con seres humanos”; pero no se ha previsto ninguna sanción para quien infrinja este precepto.

También es oportuno considerar las normas constitucionales que estatuyen deberes de la Asamblea Legislativa de un país o localidad. Estas normas a menudo carecen de sanción. Por tanto si se da el caso que el mencionado órgano de gobierno las transgrede, no hay para evitar el hecho ni para castigarlo una vía coactiva prevista en el mismo ordenamiento jurídico positivo. Con respecto a estas reglas podemos preguntarnos: ¿por carecer de la amenaza de sanción, carecen de la índole de normas jurídicas que normalmente se les reconoce?

Otro contraejemplo de la tesis que afirma que la coercibilidad está en la esencia de la norma jurídica: Los deberes jurídicos que tienen los Reyes en las monarquías constitucionales. Las Constituciones de estos Estados señalan un elenco más o menos extenso de deberes del monarca, y al mismo tiempo suele haber otra norma constitucional por la cual el Rey es declarado “inviolable” e

---

<sup>43</sup> Dabin, J., *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports du droit privé*, Paris: Recueil Sirey, 1929, pp. 54 y ss.

“irresponsable”. Así por ejemplo la Constitución española de 1978 le impone al Rey una serie de importantes deberes jurídicos, pero también la misma Constitución establece que su persona es declarada “irresponsable”, o sea que no es posible aplicarle ninguna sanción jurídica por la transgresión de dichos deberes (arts. 56.3, 62 y 91)<sup>44</sup>. Semejantemente, ilustraba Viktor Cathrein con este ejemplo: “El Rey de Prusia debe jurar la Constitución, pues así lo prescribe la misma Constitución. Pero si un Rey de Prusia no lo hace, nadie puede ejercer coacción sobre él”<sup>45</sup>.

Dado que en el ámbito jurídico internacional en su mayor parte no existe legislador con potestad sobre los Estados, por lo tanto tampoco existen sanciones organizadas aplicadas por tribunales u otros órganos, dentro del Derecho Internacional Público, para el caso de incumplimiento de los deberes jurídicos internacionales<sup>46</sup>. Para ser consecuente, quien afirme que la coercibilidad es esencial a la norma jurídica, debiera admitir que las normas del “Derecho Internacional Público” no son normas jurídicas, y que por ende el Derecho Internacional Público no es derecho positivo<sup>47</sup>. ¿Pero es razonable esta aseveración?

Un representante de la concepción del derecho como órdenes emitidas por soberanos, dirigidas a súbditos y con amenaza de coacción en caso de desobediencia, fue el iusfilósofo inglés John Austin, el fundador del positivismo jurídico del s. XIX; ahora bien, Austin fue consecuente con su doctrina y por ello concluyó que el “Derecho Constitucional” no es derecho, sino “moral positiva”; y que tampoco es derecho positivo el “Derecho Internacional Público”, al que calificó como “derecho impropio” (*law improperly so called*) y decía que se trataba de normas meramente morales<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> “Corresponde al Rey: a) sancionar y promulgar las leyes; b) convocar y disolver las Cortes Generales y convocar elecciones en los términos previstos en la Constitución; c) convocar a referéndum en los casos previstos en la Constitución” (art. 62). “El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales y las promulgará y ordenará su inmediata publicación” (art. 91). “La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad” (art. 56.3).

<sup>45</sup> Cfr. Cathrein, V., *Filosofía del Derecho. El derecho natural y el derecho positivo*, trad. de la 2ª ed. alemana por A. Jardón y C. Barja, Madrid: Reus, 1941. p. 89.

<sup>46</sup> Cfr. Leclercq, J., *El derecho y la sociedad...*, cit., p. 44.

Si se dice contra esta afirmación que el Derecho Internacional es coercible porque existen *vías de hecho* para prevenir o para castigar la infracción de sus normas (guerra, bloqueo, ruptura de relaciones diplomáticas con el gobierno infractor, sanciones económicas, etc.), hay que advertir que también existen *vías de hecho* para lograr el cumplimiento de los deberes morales, por ej. el castigo del padre a su hijo que ha mentado; pero estas *vías de hecho* constituyen coacción en sentido (a), según se ha discernido *supra*; y lo que importa aquí es la coacción en sentido (b).

<sup>47</sup> Por lo dicho, coherentemente con su manera de definir el derecho positivo como orden coercible, Jean Dabin afirmaba que “el denominado Derecho Internacional Público no es derecho en sentido estricto, sino moral internacional” (*La philosophie de l'ordre juridique positif*, cit., p. 71).

<sup>48</sup> Austin, J., *The province of jurisprudence determined*, cit., lec. 6.

Podemos preguntarnos, a partir de los ejemplos antes referidos de reglas pertenecientes al derecho patrio, al derecho extranjero y al derecho internacional, si en tales casos y otros semejantes la falta de sanciones instituidas hace completamente inútiles tales leyes o si ellas, aun privadas del recurso a la fuerza para favorecer su cumplimiento, de todos modos cumplen alguna función valiosa. Estas consideraciones nos conducen a la cuestión de cuáles sean las funciones del derecho positivo, cuyo análisis detenido sería por supuesto inoportuno realizar en la presente ocasión. De todos modos ahora, con relación al punto que nos ocupa, podemos ver que las reglas emitidas por la autoridad pública con pretensión de obligatoriedad, tienen razón de ser, aun cuando no estén acompañadas de la posibilidad de ejercer coacción: sirven como guías de conducta para que la gente se conduzca en cierto sentido, y de tal modo se alcancen ciertos objetivos específicos de justicia, utilidad general, solidaridad, etc. De manera que la ley es un medio que sirve para esos importantes fines, independientemente de la aplicación de la sanción y de la amenaza de ella.

La coacción para el cumplimiento del derecho se da por el modo de ser de los hombres, por causa del estado actual de la naturaleza humana, que no está completa y permanentemente inclinada al altruismo, sino que también, a menudo, suele seguir fuertes tendencias egoístas. Pero en una sociedad de hombres que fuesen todos absolutamente benevolentes (una comunidad *hipotética*, pues nunca será así la humanidad en la vida presente, dada su constitución real actual; pero una humanidad posible, y por tanto, una sociedad posible en el sentido de la posibilidad metafísica), sería del todo superflua la coacción, y sin embargo se necesitarían normas de derecho positivo, pues sin reglas de esa clase, sería imposible o muy inconveniente la convivencia social. Aun sin malicia y debilidad humanas, el derecho positivo sería imprescindible, para que los hombres supieran qué hacer. Y esto es así, porque las funciones del derecho, como ya aclaramos, no se limitan a cohibir y escarmentar a las personas de mal comportamiento, sino que cumple otras funciones: enseñar la conducta correcta para los fines de justicia y bien común, y organizar la vida social.

*Conclusión.* - A la luz de las reflexiones expuestas, se concluye: No es verdad que la existencia de una sanción instituida para el caso de incumplimiento sea una característica *esencial* de las normas del derecho positivo. Existen normas jurídicas positivas respecto de las cuales no se ha dispuesto la posibilidad de ejercer coacción para lograr su cumplimiento o sancionar su incumplimiento. Son normas jurídicas positivas en cuanto constituyen una ordenación de las conductas al bien común, instituida como obligatoria.

Puede faltar la posibilidad de coacción para mover a la observancia de cierta norma jurídica, y sin embargo, de conformidad con lo dicho, ésta sigue cumpliendo una finalidad importante; pero *en el estado actual de la naturaleza humana* (estado de naturaleza caída), *no puede faltarle la coercibilidad al*

*ordenamiento jurídico en su conjunto*, porque en tal caso, no podría conservarse la sociedad, ya que en la condición actual de la naturaleza humana existen hombres que sólo acatan el derecho por causa del temor a la fuerza que puede ejercerse sobre ellos. Con esto no queremos decir que todos los hombres cumplan las normas jurídicas sólo por el motivo de evitar la sanción; tal afirmación sería una falsa generalización; pero está a la vista que muchos hombres las acatan tan sólo movidos por ese temor.

En conclusión, aun cuando la mayoría de las normas jurídicas que constituyen el derecho interno de una comunidad llevan aneja la coacción en potencia, instituida en el mismo derecho positivo, tal posibilidad de ejercer coacción no es la propiedad primordial de la ley positiva. Tampoco es un elemento esencial o necesario para que una norma sea norma jurídica, pues puede existir una norma de esa clase que carezca de tal coercibilidad, de acuerdo con lo expuesto *supra* y los ejemplos mencionados. La coercibilidad no hace a la esencia de la ley positiva, no es un elemento intrínseco de ella, sino que es un elemento *extrínseco, añadido y contingente*. La penalidad o sanción es un complemento de la ley. Sin embargo, es sin duda una añadidura muy útil y conveniente, dada la condición de la naturaleza humana caída. La coercibilidad no es necesaria para la esencia de la ley, pero es normalmente necesaria para la eficacia de ella.

Un precepto legal que no esté acompañado de la sanción para el caso de su transgresión, de todos modos puede cumplir una función útil, aunque no sea tan eficaz. Desde el punto de vista práctico, una ley sin sanción es imperfecta, por cuanto no tiene toda la eficacia que convendría; por ello una antigua clasificación, que se encuentra en los antiguos juristas romanos, las considera leyes y no otra cosa, pero las califica como “imperfectas”. Allí las leyes se dividen en *pluscuamperfectas* (el acto que las infringe es nulo y además acarrea sanción), *perfectas* (el acto que la contraría es nulo), *casi perfectas* (castigan con una sanción, pero sin que sea nulo el acto) e *imperfectas* (no se ha previsto ninguna consecuencia jurídica para su transgresión).

\*\*\*

Conforme a las conclusiones obtenidas a lo largo de la exposición precedente, después de considerar las siete diferencias propuestas, la mayoría de ellas deben rechazarse por no ser verdaderas; otras deben admitirse, pero con la adición de reservas o precisiones indicadas.

#### IV. RELACIONES ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO

Como puede verse, algunas de estas cuestiones conciernen al ámbito sociológico (se refieren a *lo que hacen* los legisladores, los jueces, los súbditos en general); otras en cambio conciernen al ámbito deontológico o axiológico (se preguntan *lo que sea correcto* que haga el legislador, el juez, el súbdito).

## **1. ¿Influyen las ideas morales en la elaboración del derecho positivo de fuente legal?**

Gran cantidad de deberes morales son receptados por el derecho positivo que instituyen los legisladores. Así por ejemplo, en el Código Civil y en las correspondientes leyes complementarias, se han incorporado muchos deberes morales de los padres respecto de los hijos menores, deberes morales de los cónyuges entre sí, deberes morales de diversas clase de contratantes (deberes de justicia de compradores, vendedores, depositarios, socios, mandatarios, mandantes, comodatarios, locatarios, locadores, asegurados, aseguradores, etc.). En lo que respecta al Código Penal, la mayoría de sus disposiciones establecen penas para la violación de graves deberes morales, como son el homicidio, el secuestro, la estafa, el estupro, la calumnia, la usura, el falso testimonio, etc. (Por ello decía Carrara, el eximio penalista, que “el Derecho Criminal (o sea las reglas que establecen las penas) es el complemento de la ley moral jurídica”<sup>49</sup>. De modo semejante, podríamos ejemplificar con los demás sectores de la legislación.

Los principios y reglas de la moralidad están entrañados en la mayor parte de las normas jurídicas. Por ello es frecuente que una cuestión jurídica sea al mismo tiempo una cuestión moral, y que la conducta contraria a un precepto de la ley sea al mismo tiempo antijurídica e inmoral. La índole sustancialmente moral de las cuestiones jurídicas no es algo que sucede solamente en ciertos asuntos, como por ejemplo en la clonación humana y en otras acciones de índole bioética. Es un error pensar que sólo ciertos islotes del derecho (por ej. lo que se refiere al aborto, la eutanasia, la corrupción de menores, la esterilización, la fidelidad conyugal...) tienen conexión con la moral, sino que la mayor parte del derecho está penetrado de principios y reglas de la moralidad.

El derecho positivo coincide en buena parte de su contenido con las exigencias morales. Por ello sucede que muchas veces la persona conoce de algún modo determinado contenido del derecho positivo sin haberlo leído y sin haber oído acerca de ello, a causa del conocimiento que tiene de la norma moral coincidente.

## **2. ¿El derecho positivo debe adecuarse a las exigencias de la moral? En caso afirmativo, ¿cuáles contenidos de la moralidad debe receptor el derecho positivo y cuáles no?**

La realización de la justicia es fin primordial del Estado y la justicia es parte de la moral; por lo tanto el legislador debe plasmar su obra de conformidad con exigencias del orden moral.

---

<sup>49</sup> Carrara, F., *Programa del curso de Derecho Criminal*, Buenos Aires: Depalma, 1949, vol. I, pról. a la 5ª edic., p. 8.

Con respecto a la cuestión de cuáles contenidos morales deben ser exigidos por el derecho positivo, hay que recordar lo expuesto *supra*, en la sección anterior de esta disertación (Sección II), cuando tratamos de la finalidad de cada una de las dos regulaciones. Ambas tienen por cometido el bien del hombre, pero en el caso del derecho, se trata principalmente de disciplinar aquellas acciones que son importantes para el bien común político y aquellas que se refieren a la justicia, o sea *los comportamientos que pueden afectar al prójimo* (ya sea considerado individualmente, ya sea considerado colectivamente).

Sin embargo, dentro de las conductas que tienen que ver con la justicia, hay algunas respecto de las cuales el legislador debe abstenerse de intervenir, para evitar males mayores, o sea injusticias mayores. Este es el principio de la *tolerancia del mal menor*. Para mencionar un ejemplo antiguo acerca de esto, está el caso de la represión de la lesión en los contratos. Cualquier lesión en un contrato, o sea toda desproporción entre las contraprestaciones (v. gr. una venta a precio vil) que en el caso particular no tenga un fundamento razonable, es una injusticia, pues importa un despojo de uno de los contratantes; las leyes positivas facultan al perjudicado para que exija la anulación del contrato lesivo, o la rectificación de las prestaciones, de modo que se logre el equilibrio en el intercambio; pero generalmente las leyes positivas exigen como requisito para ello que la desigualdad de valor sea notable, importante; no basta una lesión leve (por ejemplo, en el derecho argentino, el art. 954 del Código Civil requiere que la ventaja patrimonial sea “evidentemente desproporcionada”, y con ello, según los antecedentes legislativos, el legislador quiso decir que sea una desproporción grave). De conformidad con la regla moral, el provecho de uno de los contratantes obtenido a costa del perjuicio del otro, es ilícito y por ende prohibido; pero el derecho positivo ordena que los tribunales no hagan lugar al reclamo cuando la desproporción es leve, para evitar injusticias mayores (como sería por ej. que cualquier comprador o cualquier vendedor, arrepentidos del negocio, pretexten la lesión), y para evitar que se multipliquen las demandas y se sobrecargue así el trabajo de los tribunales con un sinnúmero de pleitos, en perjuicio de todos los justiciables.

En síntesis, la autoridad pública no ha de preceptuar mediante normas legales todos los deberes morales, sino que hay límites que debe respetar, ya sea para no exceder su competencia (que es dar leyes para el bien común y para establecer la justicia entre los hombres), ya sea para evitar males mayores, como se ha explicado.

Pero entonces, ¿el derecho positivo debe abstenerse de intervenir con respecto a los comportamientos de las personas, en cuanto sus conductas no perjudiquen el bien común ni perjudiquen a un tercero? ¿o se han de admitir leyes que impongan o prohíban conductas a los individuos, con la mira puesta solamente en el bien singular de ellos?

Para responder este punto hay que distinguir: El legislador no debe mandar directamente acciones virtuosas, ni prohibir directamente acciones

viciosas o inmorales que no sean injustas, o sea aquellas conductas que no afectan a una persona distinta del que obra. Preceptos con este contenido, y las sanciones correspondientes, competen a los padres con respecto a sus hijos menores, en cuanto son necesarios para la educación moral de éstos, que es uno de los fines primordiales de la comunidad familiar; pero exceden la competencia de la autoridad política, cuyo cometido específico es la preservación y aumento del bien común político.

Pero, ¿el bien común político, no incluye el desarrollo moral de los hombres que son miembros de la comunidad? Sí. Porque sería absurdo que la asociación de los hombres en una república se preocupase sólo por el bienestar material y por la salud corporal de sus miembros (“prosperidad general”, “salud pública”) y se desinteresara del principal bien de las personas, que es el bien moral. Pero es inconveniente que la autoridad se inmiscuya ordenando y prohibiendo comportamientos de las personas mayores que no afectan directamente a terceros; una intromisión de esa clase traería más perjuicios que beneficios. De todos modos, la comunidad política debe promover el bien moral de sus miembros, aún mayores de edad, con otros medios que no sean mandatos y prohibiciones coactivas, por ejemplo fomentando mediante la educación y mediante incentivos de diversa clase las acciones honestas, exaltando los ejemplos de acciones honestas, promoviendo la difusión de obras cinematográficas, teatrales y televisuales que ofrezcan buenos ejemplos de conducta, removiendo los obstáculos para el perfeccionamiento moral, etc.

Ilustremos lo dicho con el asunto del consumo de la pornografía, no parece quizás adecuada una intervención de tipo punitiva, que prohibiera y castigara el consumo personal de películas pornográficas. Pero sería adecuado que la autoridad pública impidiera, mediante sanciones y otras medidas, la circulación y comercialización de estas imágenes, con el fin de proteger la integridad moral de las personas. Aun sin considerar las consecuencias en el comportamiento posterior de las personas que consumen tales películas (acerca de lo cual se han hecho varias investigaciones con importantes conclusiones que indican, entre otras cosas, que en algunas de ellas tales imágenes incitan a la violación sexual, al adulterio y al sadismo sexual), ya el solo hecho de verlas constituye una de las perversiones sexuales, el *voyeurismo*, que consiste precisamente, en la satisfacción obtenida en el mirar la realización de actos sexuales ajenos.

### **3. ¿Qué significa el término “moral” y sus sinónimos (por ej. “buenas costumbres”) en los enunciados legales?**

Muchas veces las leyes contienen los términos “moral” y “buenas costumbres”, y otros sinónimos (por ejemplo “probidad”, “buena fe”, en uno de los sentidos de esta expresión). Citemos algunos ejemplos.

Entre las primeras disposiciones del Código Civil argentino hallamos la siguiente: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en



cuya observancia estén interesados el orden público y las *buenas costumbres*" (art. 21).

Y también ésta: "Las leyes extranjeras no serán aplicables [...] 1. Cuando su aplicación se oponga [...] a la moral y buenas costumbres" (art. 14).

El art. 953 del Código Civil patrio establece: "El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio [...] o hechos que no sean imposibles, ilícitos, *contrarios a las buenas costumbres* o prohibidos por las leyes [...]"

Dentro del título de las obligaciones condicionales del mismo Código, se prescribe que "la condición de una cosa imposible, *contraria a las buenas costumbres*, o prohibida por las leyes, deja sin efecto la obligación" (art. 530).

En el capítulo acerca de los cargos, dispone el art. 564 C.C.: "Si el hecho que constituye el cargo fuese imposible, ilícito o *inmoral*, no valdrá el acto en que el cargo fuese impuesto".

En el régimen de la patria potestad, el art. 307 del Código Civil preceptúa que el padre o la madre quedarán privados de la patria potestad "[...] 3. Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la *moralidad* del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, *inconducta [sic]* notoria o delincuencia". Hay una norma análoga, para el caso de los tutores, en el art. 457 C.C.

En el mismo Código, el art. 1071 dispone: "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, *la moral y las buenas costumbres*".

Con respecto a toda clase de contratos, el art. 1198 del Código Civil argentino establece que "los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse *de buena fe*". Aquí la expresión "buena fe" significa lo que es exigido de acuerdo con la justicia, la honestidad<sup>50</sup>.

Asimismo, al regularse los efectos de las especies de contratos en particular, también el legislador se ha remitido a la moral:

Art. 1503: "El uso para el cual una cosa sea arrendada o alquilada, debe ser un uso honesto, y que no sea *contrario a las buenas costumbres*. De otra manera el contrato es de ningún valor".

---

<sup>50</sup> Cfr. López de Zavalía, F., *Teoría de los contratos*, T. I, Buenos Aires: Zavalíam, 1991, § 25, IX, 1, p. 282.

Art. 1626: “Si la locación tuviese por objeto prestación de servicios imposibles, ilícitos o *inmorales*, aquel a quien tales servicios fuesen prestados, no tendrá derecho para demandar a la otra parte por la prestación de esos servicios, ni para exigir la restitución del precio que hubiese pagado”.

Art. 1891: “El mandato de acto ilícito, imposible o *inmoral*, no da acción alguna al mandante contra el mandatario, ni a éste contra el mandante, salvo si el mandatario no supiere, o no tuviere razón de saber que el mandato era ilícito”.

En el art. 19 de la Constitución Nacional se lee: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la *moralidad pública*, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados [...]”

En la Ley de contrato de trabajo 20.744, art. 39 se lee: “Se considerará ilícito el objeto cuando fuese contrario a la *moral* y a las *buenas costumbres* [...]”.

El Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba dispone: “Las partes, sus letrados y apoderados, deberán actuar en el juicio con *probidad* y *buena fe*”. Y en el mismo artículo se establecen multas a los justiciables y a los abogados para el caso de incumplimiento de este deber. La ley no expresa un catálogo de todas las diversas faltas de probidad o inmoralidades en el comportamiento procesal, lo cual sería utópico, sino que deja librada tal calificación de la conducta a la prudente discreción del juez<sup>51</sup>.

Los Estatutos de la Universidad Nacional de Córdoba expresan : “Los profesores regulares son designados por concurso, de conformidad con las ordenanzas y resoluciones que dicte el gobierno de la Universidad. Las normas respectivas han de asegurar [...] c) la integridad *moral* y la observancia de la Constitución y las leyes de la Nación, como condiciones necesarias para acceder al cargo de profesor” (art. 64).

Los mencionados son solamente algunos ejemplos tomados de la legislación patria.

Asimismo muchos de las más importantes declaraciones y pactos de “derechos humanos” que tienen valor de ley en nuestro país y en gran parte del mundo, contienen expresas referencias a la moral<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Cfr. Rodríguez Juárez, M.E., *El principio de moralidad en el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba y las sanciones ante su incumplimiento*, Cuaderno del Departamento de Derecho Procesal, nº 1, Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 1996, ps. 99 s. y 102.

<sup>52</sup> Así por ejemplo: *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, art. 12. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, arts. 27.2 y 29.2. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 12.3; 19.3 b; 21 y 22.2. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José de

Ahora bien, cuando la ley dice “moral” o “buenas costumbres”, ¿qué significa esta expresión? Podemos ver que los juristas no están de acuerdo acerca de este punto.

#### *Concepción “sociologista” y consideración crítica de ella*

Algunos han dicho que es la moralidad que goza de consenso en la época y lugar de que se trate, o las ideas morales predominantes en un grupo social en una época determinada, la “moral media” o “moral ambiente”<sup>53</sup>.

Ello importa la premisa o punto de partida relativista en la teoría del conocimiento según la cual que no admitimos, y a lo cual ya nos hemos referido *supra*, o bien un fundamento “democratista” de las proposiciones ético-jurídicas, que tampoco es verdadero<sup>54</sup>.

De hecho existen variaciones en las opiniones que los hombres tienen acerca de ciertos deberes morales; pero una cosa son las opiniones y otra cosa son los imperativos morales, que son inmutables y rigen independientemente de aquéllas y de cualquier consenso. Los relativistas, que no admiten un orden moral objetivo de la conducta, de validez universal en el espacio y en el tiempo, recurren a la idea del consenso moral, el cual, si bien variable, se les aparece como algo objetivo en determinado lugar y tiempo.

El concepto de “moral ambiente” remite a la aceptación de la mayoría de la gente. Pero la mayoría no puede ser criterio de verdad. Como aclaraba Georges Ripert, cuando una opinión avala una práctica incorrecta, aunque sea una opinión mayoritaria, no la convierte en correcta<sup>55</sup>.

---

Costa Rica), arts. 15,16.2 y 22.3. *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, arts. 10.2; 13.2 b; 14.3; 27.1 y 32.1.

<sup>53</sup> Así por ej. René Demogue: “Son inmorales los contratos que son contrarios a las buenas costumbres. Éstas no se determinan según un ideal religioso o filosófico, sino según los hechos y la opinión común” (*Des obligations en général*, vol. II, Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1923, n° 773 bis, p. 598). Decía François Laurent, al explicar el significado de la expresión “contrario a las buenas costumbres” del art. 1133 del Código Civil francés: “La moral es progresiva; ella cambia, mejorándose, perfeccionándose [...]. Hay en cada época de la vida de la humanidad una doctrina sobre la moral que la conciencia general acepta, salvo las disidencias individuales, que no cuentan; en tal sentido puede decirse que existe siempre una moral pública; las convenciones contrarias a esta moral serán, por ello mismo, contrarias a las buenas costumbres y, como tales, atacables de nulidad” (*Principes de Droit Civil français*, vol. I, Brussel: Bruylant-Cristophe et Cie, Paris: A. Maresque Ainé, 1878 n° 56, p. 90). En el mismo sentido, Enneccerus, L., *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, 13ª ed. rev. por Hans Nipperdey, trad. Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona: Bosch, 1935, T. II, n° 178, p. 297; Colmo, A., *Obligaciones*, 3ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1961, n° 14, p. 12; Salvat, R., *Derecho Civil argentino, Parte general*, T. II, Buenos Aires: T.E.A., 1958, n° 250.

<sup>54</sup> El fundamento “democratista” se explica así: Los jueces administran justicia en representación del pueblo; por tanto, cuando deben integrar el derecho con reglas morales sólo han de hacerlo con las normas de conducta que sean aprobadas por el pueblo.

<sup>55</sup> Cfr. Ripert, G., *La règle morale...*, cit., n° 39, p.70. A René Demogue, que decía que “las buenas costumbres no se determinan de acuerdo con un ideal religioso o filosófico, sino según los

En síntesis, cuando la ley habla de “moral” o de “buenas costumbres”, hay que interpretar que se trata de los preceptos de una moral objetiva e invariable, al menos invariable en sus principios y en sus normas fundamentales<sup>56</sup>.

Vélez Sársfield, en la nota al art. 530 del Código Civil (transcripto *supra*), menciona el siguiente caso como ejemplo de hecho inmoral puesto como condición de una obligación: La condición impuesta a un donatario de no emplear lo que se le da, para libertar a su padre, preso por deudas. Esta condición es inmoral porque se trata de una conducta de ingratitud para con los padres (“inducir a un hijo a ser ingrato, a faltar a sus primeros deberes”, dice allí el Codificador). Ahora bien, de acuerdo con la interpretación relativista y sociologista de los términos “moral” y “buenas costumbres” que enseñan algunos juristas y que nosotros impugnamos, allí donde llegue a ser aceptado por el sentir de la gente como una conducta correcta el abandonar fácilmente a los padres en algún lugar geriátrico sin volver a verlos, el no visitarlos periódicamente, el no asistirlos en su vejez, etc. (y ya hay cierta tendencia hacia eso, sobre todo en las grandes ciudades de los países occidentales), entonces la conducta del hijo que abandona a sus padres en la indigencia de ellos (precisamente mencionada por Vélez Sársfield como paradigma de hecho inmoral) ya no sería objetable como contraria a la moral o buenas costumbres.

De nuestra parte, negamos la concepción relativista de la moral, y por el contrario, sustentamos que cuando las leyes hablan de *moral y buenas costumbres*, esta expresión debe entenderse en el sentido de una moral objetiva, cognoscible por la recta razón del hombre, que posee validez independientemente del reconocimiento variable de la gente, o del rechazo de la gente, rechazo que puede resultar de la ignorancia, de los intereses o conveniencias opuestos, o de las pasiones desordenadas.

Con respecto al concepto de “moral media” de la época, que hemos descalificado como criterio interpretativo, es oportuno hacer notar que la denominada “moral media” muchas veces no es otra cosa que el resultado de una minoría de personas muy activa que, a través de los medios de comunicación masiva a los cuales tienen fácil acceso, han ido imbuyendo criterios en la población, a fuerza de repetición, argumentos retóricos, diversas manipulaciones del lenguaje, utilización de situaciones singulares, etc., que

---

hechos y la opinión común” (*Des obligations en général*, vol. II, Paris, 1923, n° 773 bis, p.598), Georges Ripert le respondió: “La repetición del acto inmoral no lo vuelve lícito. El asentimiento general no es a menudo más que el acostumbramiento al vicio. La lamentable consagración de una práctica por una opinión viciada no la legitima” (*op. cit.*, *lug. cit.*).

<sup>56</sup> Ripert, G., *La règle morale...*, cit., n° 39, p.70. Cfr. Busso, E., *Código Civil comentado*, T. I, Buenos Aires: Ediar, 1944, art. 21, n° 225 ss. Cazeaux, P.N., *Derecho de las obligaciones*, vol. I, La Plata: Platense, 1979, p. 157, nota. Llambías, J.J., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, Buenos Aires: Perrot, 1975, vol. II, n° 1465.

luego vienen a ser aceptados por la gente, que no ha tenido la aptitud crítica necesaria para juzgar de su validez<sup>57</sup>.

¿Una “moral católica”?

A veces se habla de “la moral de la Iglesia Católica”. Esto nos lleva a preguntarnos si existe una moral católica que sea distinta de la moral protestante, de la moral islámica, de la moral budista, etc. Y en caso afirmativo, cuáles son los elementos específicos de aquélla, que la distinguen de los códigos morales de estas últimas.

En rigor, no hay una moral propia de cada religión. Los preceptos morales son comunes: En el código moral de cualquier religión se prohíbe el homicidio, se manda ayudar al prójimo necesitado, se prohíbe la mentira, se manda honrar a los padres, se ordena devolver lo ajeno, etc. *Excepcionalmente*, puede haber alguna conducta permitida en el seno de alguna religión y prohibida en la otra, como es el caso del matrimonio poligámico, permitido entre los musulmanes, los budistas, los mormones y los pueblos animistas, y desaprobado por casi todas las demás religiones. Asimismo, los Testigos de Jehová profesan una doctrina moral en la que se prohíbe el recibir transfusiones de sangre y el honrar los símbolos patrios, que son conductas permitidas e incluso obligatorias en el seno de todas las demás religiones<sup>58</sup>.

También puede ser que dentro de un grupo religioso determinado se afirme con más énfasis y rigor que en otros una determinada norma moral, pero ello no importa que difiera el contenido de la moral en uno y en otro.

Varían mucho las normas del culto entre las diversas confesiones religiosas, pero en lo que respecta a las normas propiamente morales que se afirman en cada una de ellas, la coincidencia es casi total.

Además, las normas de la “moral católica” no pertenecen al credo de la religión católica, sino que se trata de las reglas que puede conocer la razón, acerca de lo correcto y de lo incorrecto, con independencia de cualquier dogma religioso. No necesitan sacarse del Decálogo o Diez Mandamientos. Los imperativos morales no se fundan en la mera fe, sino que son cognoscibles con la razón natural<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr. Cafferata, J., *Nulidad matrimonial y Constitución Nacional*, Córdoba: Advocatus, 2000, p. 83.

<sup>58</sup> A pesar de la afirmación rotunda de Theodor Geiger de que “la moral cristiana dista mucho de ser unitaria, pues está fragmentada dogmáticamente en virtud de la división del cristianismo en iglesias y sectas” y de que entre éstas “las divergencias morales son profundas” (*Moral y derecho...*, cit., p. 64), sólo menciona dos ejemplos de tales supuestas discordancias: “la doctrina del calvinismo con respecto al éxito terreno, a la pobreza y a las limosnas, comparadas, sobre todo, con la concepción católica” y “la poligamia de los mormones” (p. 64).

<sup>59</sup> Una bibliografía acerca de la cuestión de si existe una ética específicamente cristiana (nómina de unos treinta artículos) puede consultarse en la voz *Especificidad de la ética cristiana*, de

Por lo dicho, se comprende la respuesta que debe darse a la objeción que dijera: «El Estado debe abstenerse de imponer las normas de la religión católica a toda la población (al hacer la ley, o al aplicar el derecho), ya que no todos son católicos». La norma que manda respetar y honrar a los padres, la norma que prohíbe matar al inocente (v. gr. al niño recién nacido con defectos), la norma que prohíbe dar falso testimonio, la norma que veda seducir la esposa del prójimo, etc., no son exclusivas de una confesión religiosa; tales reglas, como todas las reglas morales en general, no dependen de un credo determinado, y por lo tanto, son obligatorias para todo individuo, cualquiera sea su creencia religiosa.

#### **4. ¿Influyen las ideas morales en la aplicación del derecho?**

Los que aplican el derecho suelen fundarse en principios y reglas morales en sus sentencias, tanto al interpretar los textos legales, como al integrar las lagunas o vacíos de la legislación, como puede verse en los ejemplos que exponemos luego para ilustrar el tema. Los jueces y demás aplicadores del derecho suelen fundar *directamente* en normas morales sus resoluciones, aun en casos en que el ordenamiento jurídico positivo no remita a tales normas.

##### *Ejemplos de aplicación:*

(I) Considérese la norma ética que manda que el médico preste asistencia a un paciente en caso de en peligro grave y urgente para su vida y no haya en las inmediaciones otro médico que pueda atenderlo. Esta regla está presente en todos los códigos de deontología profesional, y es también reconocida en las convicciones morales ordinarias de los hombres.

En los varios casos que han llegado a los tribunales argentinos, de médicos que se habían negado a atender a pacientes en situaciones de urgencia (por no cumplir éstos con algún requisito administrativo, o por no tener dinero para abonar los servicios o por carecer de afiliación a una obra social), aun a falta de norma legal que ordene al profesional de la salud prestar asistencia sanitaria (pues en algunas provincias hay un precepto legal al respecto en las leyes que regulan el ejercicio de la profesión, pero en otras provincias no), los tribunales argentinos han declarado que los médicos en tales circunstancias han violado un deber jurídico y deben indemnizar los perjuicios que su omisión hubiese causado. Y para fundar esta resolución, se han remitido al deber ético de solidaridad para con el prójimo, y a reglas de los códigos de deontología profesional (que son reglas morales no receptadas en leyes civiles) que establecen la asistencia obligatoria en tales circunstancias. Se trata de una norma ética universalmente reconocida, y los tribunales le han atribuido

---

Marciano Vidal, en L. Rossi, y A. Valsecchi (dirs.), *Diccionario enciclopédico de teología moral*, Madrid: Paulinas, 1980, p. 1328 s.

validez jurídica, aun cuando ninguna ley vigente en el lugar hubiese impuesto este deber<sup>60</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la República Argentina afirmó la “*exigibilidad jurídica* del deber de asistencia al enfermo que prescriben *las normas contenidas en el Código Internacional de Ética Médica, el Código de Ética de la Confederación Médica Argentina, y la Declaración de Ginebra*”<sup>61</sup>. Tales códigos éticos no han sido receptados por la legislación, ni la ley se remite a ellos; pero los tribunales han tenido en cuenta las reglas de esos códigos éticos para determinar la correcta aplicación del derecho, y las han aplicado en el juzgamiento de la conducta de profesionales de la salud aunque no estuvieran afiliados a la asociación que aprobara tales reglas.

En otra sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se dijo: “Respecto de la actuación de los médicos deben ponderarse *ciertas reglas aceptadas por los colegios y organizaciones profesionales* [...] para juzgar adecuadamente el comportamiento de quienes tuvieron a su cargo la atención de un paciente, ya que tales directivas constituyen criterios idóneos e imprescindibles para apreciar la diligencia debida”. Y en la misma sentencia se lee: “*No cabe restringir en lo que a la actuación de los médicos se refiere, el alcance de las normas éticas aceptadas por los colegios y organizaciones profesionales, ni privarlas de toda relevancia jurídica; antes bien, se impone garantizarles un respeto sustancial para evitar la deshumanización del arte de curar*”<sup>62</sup>.

Ha dicho la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires: “En el campo de la responsabilidad del médico frente al enfermo y en especial frente al caso de culpa por omisión, la interpretación legal ha llevado a crear el concepto de «*obligación jurídica de obrar*», entendiéndose por tal, no sólo la que la ley consagra, sino también la impuesta por la razón, por el estado de las costumbres y por la práctica de los hombres probos”<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> Indicamos algunos de los muchos casos judiciales fallados en nuestro país acerca de responsabilidad de los médicos, en que los jueces se remitieron expresamente a normas morales a falta de preceptos de la ley civil: SCBA, 15/12/92, *Dezeo c. Guido*, en *La Ley*, vol. 1993-B, p. 252. *Berrueta c. Asociaicón. Obrera de Socorros Mutuos*, en *Jurisprudencia Argentina*, vol. 1990-I, p. 221. CSJN 24/10/89, *Amante, Leonor y otros c. Asoc. Mutual del Tpte. Automotor*, 24/10/89, en *Jurisprudencia Argentina*, vol. 1990-II-126. CSJN, 29/3/84, *González Oronó de Leguizamón c. Fed. de Trabajadores Jaboneros y Afines*, en *La Ley*, vol. 1984-B, p. 388. Véase también CNApelCiv. sala I, 27/8/91, *Cotos c. Centro Asistencial Sindicato de Perfumistas*. CApel.Civ Com. San Martín, sala I, 28/9/79, *Silvestre y otra c. Thompson, Luis y otro*, en *La Ley*, vol. 1980-A, p. 413 ó *El Derecho*, vol. 9, p. 374).

<sup>61</sup> CSJN 24/10/89, *Amante y otros c. Asoc. Mutual del Tpte. Automotor*, 24/10/89, en *Jurisprudencia Argentina*, vol. 1990-II, p. 126.

<sup>62</sup> CSJN, 29/3/84, *González Oronó de Leguizamón c. Fed. de Trabajadores Jaboneros y Afines*, en *La Ley*, vol. 1984-B, p. 388. Véase también CNCiv. S. I, 27/8/91, *Cotos c. Centro Asistencial Sindicato de Perfumistas*.

<sup>63</sup> SCBA, 20/5/80, *Silvestre y otro c. Thompson, Luis y otro*, en *La ley*, vol. 1980-A, p. 413 ó *El Derecho*, vol. 91, p. 374.

El ejemplo expuesto es tan sólo uno de los muchos que pueden darse para ilustrar el punto. *Sirve para mostrar diáfamanamente el recurso a la moral para resolver una cuestión jurídica* (que en este caso es la integración de una laguna de la ley).

II) Para ejemplificar esta cuestión también sirve la institución del “abuso de derecho”, o sea el caso de que alguien, conduciéndose de un modo que la ley autoriza en sus términos generales, sin embargo en la situación de la cual se trata, comete un abuso. Un criterio para determinar cuándo un acto o una pretensión es abusiva y por ende ilícita, es la estimación del comportamiento o de la pretensión a la luz de la moralidad. En el caso del derecho argentino *la propia ley remite a la moral como criterio interpretativo*: Dispone el art. 1071 del Cód. Civil : “La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en miras al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por *la buena fe, la moral y las buenas costumbres*”.

(III) Mencionaremos un tercer ejemplo: Con respecto a las cláusulas abusivas, v. gr. las cláusulas por las cuales el deudor (por ejemplo el que vende un producto o el que se compromete a prestar un servicio) se exime de responder en caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de su obligación, hasta fines de 1993 no existía una regla legal que permitiera invalidarlas en cualquier clase de contrato. En esa fecha se sancionó la Ley 24.240, la Ley de Protección del Consumidor, en cuyo art. 37 se dispone que esa clase de cláusulas se tendrán por no escritas. Pero antes de esta ley (y aún después de ella, y hasta ahora, en los contratos que no son entre proveedores y consumidores), ¿cómo podía protegerse al acreedor en caso de incumplimiento? No había ningún precepto legal: algunos juristas recurrieron a construcciones que realmente forzaban el texto de las leyes, para hacer entrar el caso en el sistema de la legislación. Otros tribunales, con sinceridad, se remitían al imperativo moral que prohíbe lo injusto, como fue en la sentencia en que los jueces dijeron:

“Se debe restar valor a las cláusulas que en sí mismas o por el uso de ellas, resulten violatorias de los principios rectores del orden público, o de la *moral o buenas costumbres*, a las que estas relaciones jurídicas, como todas, se encuentren sometidas”<sup>64</sup>. En el caso, se trataba de una cláusula de irresponsabilidad por la cual el propietario del negocio de garaje pretendía eximirse de toda responsabilidad civil por el hurto del rodado cuya custodia estaba obligado a garantizar de acuerdo con el contrato celebrado (contrato de garaje).

Hemos mencionado el art. 1071 del Código Civil argentino que remite a la moral para determinar la solución jurídica. Es una situación para la cual la misma ley reconoce este modo de integración para obtener la solución jurídica,

<sup>64</sup> CNApelCom. Buenos Aires, s. B, 25/8/78, *Degaud c. Meve*, en *La Ley*, vol. 1978-D, p. 714.



y hay muchas otras en dicho Código y en el resto de la legislación. Y ello ocurre en todos los sistemas jurídicos.

En síntesis, la ley a veces envía a las reglas morales (como sucede en el ejemplo del apartado II). Y muchas otras veces, aunque no se haga este envío legal, los tribunales acuden a preceptos de esa índole (como hemos ilustrado con el caso de los deberes de asistencia médica, en los apartados I y II).

##### **5. ¿Deben los jueces y aplicadores del derecho valerse de principios y reglasmorales, aun cuando el derecho positivo no remita a ellas?**

La cuestión anterior se refiere a lo que *suele* hacerse en la aplicación del derecho; la cuestión presente versa acerca de lo que *deben* hacer los aplicadores.

La respuesta es afirmativa, porque el cometido de los jueces es hacer justicia.

Una objeción que suele expresarse contra esto dice que los juicios morales son “subjetivos”, y consiguientemente sucede incertidumbre o inseguridad jurídica si el juzgador funda sus resoluciones en juicios morales. Suele decirse: ¿Qué moral debe aplicar el juez? ¿La moral cristiana o una moral laica?, ¿una moral tradicional o una que ponga como principio fundamental la “autonomía” del individuo?, ¿una moral mínima o una moral exigente?, ¿la moral aceptada por la sociedad o la moral que enseña un moralista?, ¿cuál moralista?... Suele afirmarse: Está bien que la moral se incorpore al derecho, pero ello debe ser sólo mientras se debate y redacta la ley, pero la moral ya no debe intervenir después, para interpretar y aplicar la ley, pues ello lleva a la inseguridad jurídica.

Ya nos hemos referido *supra* al relativismo moral (que es la premisa de esta objeción), y lo hemos desestimado.

Pero más allá de la discusión que tiene lugar en la Teoría del Conocimiento (entre la doctrina del relativismo ético y la doctrina del objetivismo ético), lo cierto es que la experiencia forense y la experiencia de la vida nos muestran que en muchos casos la solución exigida por la moralidad no es discutida, sino que goza de un reconocimiento prácticamente unánime. Así por ej. en el caso mencionado *supra* del médico que se abstiene de prestar asistencia profesional en caso de urgencia, no sucede que un juez resuelva el pleito de una manera o de otra, según que tenga ideas “de derecha” o “de izquierda”, o según que adhiera a tal corriente filosófica o a tal otra, o según que profese tal o cual religión, etc. Puede que sean divergentes sus opiniones en otras materias morales, pero hay coincidencia en cuanto a que ante el peligro próximo de muerte o grave daño en la salud del paciente, el profesional de la salud debe asistirlo, cuando no hay otro colega en el lugar. En esto coinciden los jueces, y también coinciden los médicos (por ello todos o la mayoría de los códigos deontológicos de la profesión médica en general, o de una especialidad

médica, cuando se refieren al punto, dan la misma regla). El ejemplo pone de manifiesto la objetividad y validez general de la norma moral, contra la tesis relativista.

En otro ejemplo que mencionamos, del “abuso de derecho”, quien objete que el aplicador del derecho tenga en cuenta lo que exige la moral, por reputar que ésta es incierta u opinable, aquí también podría cuestionar el recurso a la moral, y decir: “¿qué moral?”. Pero esta relatividad que se pretende no es tal si se consulta la experiencia de los casos que se han encuadrado en el “abuso de derecho”, como por ejemplo los siguientes casos históricos sucedidos en Francia, fallados por los tribunales de ese país, muy ilustrativos, de pretensiones abusivas que pretendían ampararse en el derecho de propiedad reconocido por la ley:

- En 1855 (en Colmar), se condenó al propietario que sin utilidad para él elevó sobre el techo de su casa una falsa chimenea de gran altura, oscureciendo de esa manera la vivienda de su vecino.

- En 1856 (en Lyon), se condenó a quien instaló una bomba de agua que arrojaba el líquido de una corriente subterránea que pasaba por su terreno, a un arroyo cercano, sin utilidad propia, y de modo que impedía que el líquido pasara por el terreno de su vecino contiguo.

- En 1901 (en Sedan) el propietario cerró el fundo con una pared altísima, pintada de negro, para molestar al vecino.

- El caso más nombrado fue aquel que los tribunales franceses resolvieron en 1915, de quien había instalado altas armazones con hierros punzantes con el designio de forzar al propietario contiguo –que usaba su terreno para hacer aterrizar y despegar dirigibles– a comprarle el inmueble a determinado precio. (El tribunal lo condenó a quitar el artefacto y a pagar daños y perjuicios).

Podríamos mencionar varios ejemplos actuales de “abuso de derecho”. Uno de ellos se relaciona con el derecho del acreedor, y del demandante en general, de pedir el embargo de bienes del demandado; las leyes procesales le otorgan esto con amplitud, pero si uno pretende embargar bienes de otro con un objetivo que no es aquel para el cual la ley ha concedido esta facultad, por ejemplo quien quiere simplemente perjudicar con esa medida al demandado, o usarlo como un modo de extorsión para que se allane, es un caso de “abuso de derecho”<sup>65</sup>.

De conformidad con lo expuesto e ilustrado con ejemplos, existen reglas morales de validez objetiva. Y en cuanto a la incertidumbre o inseguridad

---

<sup>65</sup> Para ver ejemplos del uso de esta figura jurídica en los tribunales argentinos, cfr. Prieto Molinero, R.J., *Abuso del derecho*, Buenos Aires: La Ley, 2010.

jurídica, es cosa muy corriente que los textos legales contengan vaguedades y ambigüedades, e incluso contradicciones. Por ende, es incorrecto concebir la legislación como si fuese cosa siempre cierta, en contraste con la aplicación de principios morales, como si fuesen inciertos y carentes de fundamento objetivo.

Ha sido común en los autores preocuparse por el peligro de la arbitrariedad judicial y la consiguiente inseguridad jurídica, con respecto a la introducción de las valoraciones morales en la aplicación del derecho. Así por ejemplo decía Marcel Planiol, al desarrollar la teoría de los actos jurídicos, en su afamado *Tratado elemental de Derecho Civil*: “El carácter de la inmoralidad capaz de entrañar la nulidad del acto es necesariamente una cuestión de hecho apreciada por los jueces. El poder que los tribunales tienen así por el art. 6º de anular los contratos y otros actos de los particulares como inmorales, es uno de los poderes más *temibles* que ellos han recibido de la ley. Suponedlo ejercido por hombres apasionados, por moralistas muy rígidos o por espíritus sectarios, y la libertad civil podría desaparecer”<sup>66</sup>. Esta opinión aún hoy se escucha. Pero es un puro prejuicio, que vaticina un peligro que para nada existe en la experiencia. Piénsese que en nuestro país, por ejemplo, hay más de mil quinientos jueces del fuero civil y comercial, aplicando el derecho diariamente, en un conjunto de pleitos que suman cientos de miles cada año. ¿Se cometen corrientemente arbitrariedades judiciales por causa de la facultad que la ley les ha otorgado a los jueces de declarar la nulidad de los actos jurídicos por falta del requisito de la conformidad con la moral –art. 953 de nuestro Código Civil–? Claro que no. En todo el tiempo de vigencia del Cód. Civil, en esos 150 años, ¿se ha dado que por la arbitrariedad de los jueces en este punto haya “desaparecido la libertad civil de las personas” según temía Planiol? Dalmacio Vélez Sársfield vaticinaba que si se admitía que los jueces aplicaran la doctrina del “abuso de derecho”, reinaría la arbitrariedad judicial y “toda verdadera idea de propiedad y de libertad sería perdida” (nota al art. 2513 *in fine*), por lo cual no receptó tal institución en el Código Civil. Pero los tribunales aplicaron tal doctrina, y después la reforma legal de 1968 incorporó dicha doctrina en el art. 1071 C. C. y los tribunales la aplican; pero no sucedió lo que imaginaba Vélez Sársfield.

Además, hay que aclarar que en aquellos casos en que no haya una solución justa única y cognoscible con certeza, sino que lo justo sea algo opinable entre dos o más alternativas, no es correcto decir que la solución quede librada a la pura “subjetividad” del juez. Porque las opiniones se fundan en razones, que son *objetivas*, aunque carezcan de fuerza demostrativa concluyente.

Otra objeción afirma que cuando la decisión del juez se funda en principios o reglas morales no receptados en la ley positiva, se viola el principio de la “división de poderes”, porque el juez impone una norma que no estaba en la ley, y así actúa como legislador. Ronald Dworkin ha respondido a esta

---

<sup>66</sup> Planiol, M., *Traité élémentaire de Droit Civil*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1915, n° 294, p. 108.

dificultad haciendo notar que los principios morales existen con anterioridad al caso al cual se aplican, y por tanto su aplicación no es la creación por el juez de una norma nueva<sup>67</sup>.

Ahora bien, ¿el comportamiento mencionado de los tribunales, e ilustrado con los ejemplos, así como la doctrina que expusimos, cómo pueden armonizarse con los preceptos del derecho argentino que transcribimos seguidamente, presentes precisamente en la Constitución y en el Código Civil?:

“Nadie está obligado a hacer *lo que la ley no manda*, ni privado de hacer *lo que ella no prohíbe* [...]” (art. 19 de la Constitución Nacional)

“[A las personas de existencia física] les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fuesen *expresamente prohibidos* [...]” (art. 55 C.C.).

“Nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto” (art. 910 C.C.).

En realidad estas normas legales no se pueden concordar con la doctrina expuesta. Dichos preceptos, consecuentes con la filosofía jurídica liberal que tenía auge en la época en que se redactaron la Constitución y el Código Civil argentinos, expresan un despropósito, y por ello, en casos de conductas que infringen la moral y perjudican seriamente al prójimo, los jueces suelen dejar de lado esa primera parte del artículo 19 de la C.N., así como los arts. 55 y 910 C.C. Porque lo correcto es todo lo contrario de lo que dichos preceptos pretenden: La gente a veces está obligada a hacer ciertas cosas que la ley no manda, y está obligada a abstenerse de ciertas cosas que la ley no prohíbe, y cuando se vulneran tales reglas *en perjuicio del prójimo*, ello debe producir las pertinentes consecuencias jurídicas.

En armonía con lo dicho, expresa la juez y jurista cordobesa Matilde Zavala de González (en la época segunda y actual de su pensamiento jurídico) que puede haber deber de indemnizar de quien obró con una omisión, “cuando la solidaridad impone un deber de obrar, aunque ese deber no surja de la ley, ni de un contrato”<sup>68</sup>. “Exigencias de solidaridad imponen *responsabilizar a quien omite una conducta de la que podía resultar un daño a otro, aunque aquél no estuviese legalmente obligado a actuar*”<sup>69</sup>. Leemos en el mismo libro: “Dentro de la concepción de la antijuridicidad sustancial [...] el derecho no se agota en la ley, y hay deberes jurídicos que pueden ser impuestos por directrices de la moral social, costumbres, equidad, solidaridad y otros principios jurídicos generales”<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Cfr. Dworkin, R., *Is law a system of rules?*, en *The philosophy of law*, Oxford: Oxford University Press, 1977, p. 43.

<sup>68</sup> Zavala de González, M., *Resarcimiento de daños*, vol. 4, Buenos aires: Hammurabi, 1999, p. 47.

<sup>69</sup> Zavala de González, M., *Resarcimiento de daños...*, cit., p. 86 (Las comillas son de la autora).

<sup>70</sup> Zavala de González, M., *Resarcimiento de daños...*, cit., p. 338.

A veces la misma ley remite al ordenamiento moral, incluso en toda la amplitud de éste, por ej. el art. 1198 del Código Civil argentino, el cual establece que “los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse *de buena fe*”. De acuerdo con este principio jurídico receptado por la ley en la reforma del Código de 1968, resultan deberes de los contratantes que pueden ir más allá de los deberes que ellos han fijado en el contrato, y de los deberes que la ley civil ha establecido. En el léxico jurídico la expresión “buena fe” tiene distintos significados; aquí “buena fe” significa *todo lo que es exigido por la justicia, por la honestidad*. Estas disposiciones que remiten en términos amplios a la regulación moral, como explicaba Busso, “no hacen sino ensanchar la obligatoriedad jurídica de la ética, haciéndola comprender situaciones no previstas concretamente por la ley”<sup>71</sup>. Pero más allá de eso, aun cuando la ley no haga un envío de esa clase a la moral, los jueces y en general quienes han de aplicar el derecho, en los hechos recurren, y está muy bien que lo hagan, a normas estrictamente morales para interpretar e integrar el derecho positivo, como se ha explicado *supra*, e ilustrado con algunos ejemplos.

Con respecto al principio general de la buena fe, reconocido en el art. 1198 C.C., antes de que se incorporase tal regla mediante la reforma de 1968, los tribunales a menudo la aplicaban; en muchas sentencias se decía: “de la buena fe puede resultar que el deber de prestación sea más amplio que el contenido fijado por el contrato o por la ley”<sup>72</sup>.

## **6. Con respecto al deber moral de obedecer el derecho positivo: ¿cuál es su fundamento?**

Otra de las relaciones entre las reglas morales y las reglas legales es que uno de los deberes morales es el deber de obedecer las leyes. “La ley humana obliga al hombre en el foro de la conciencia”, enseña Santo Tomás<sup>73</sup>, siguiendo la doctrina unánime de los grandes filósofos paganos y cristianos que lo precedieron.

A veces el fundamento del deber moral de acatar un precepto del derecho positivo está en su contenido mismo, que manda un comportamiento moralmente debido, o prohíbe una acción moralmente ilícita. En estos casos, la regla de derecho es moralmente obligatoria porque coincide con una regla moral, o es aplicación de ella. Aunque hay diferencias en el contenido de la moral y el contenido del derecho positivo legal, hay también mucha coincidencia, como ya se ha explicado en el primer ítem.

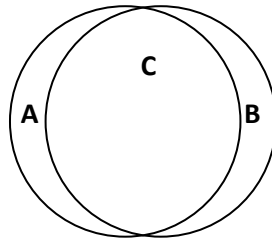
---

<sup>71</sup> Busso, E., *Código Civil anotado*, cit., art. 21, n° 218, p. 218. “La observancia de la buena fe objetiva por parte de los contratantes significa que el acreedor no debe pretender más, en el ejercicio de su crédito, ni el deudor puede rehusarse a dar menos, en el cumplimiento de su obligación, de lo que exige el sentido de la probidad, habida cuenta de la finalidad del contrato” (Messineo, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, vol. II, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1954, n° 28, p. 206).

<sup>72</sup> Por ejemplo el fallo publicado en *Jurisprudencia Argentina*, vol. 1960-II, p. 301, 1ª col., párr. 3º.

<sup>73</sup> *Sum. theol.*, I-II, 96, 4.

En el gráfico siguiente, el círculo de la izquierda representa el campo de las regulaciones morales, y el círculo de la derecha, el ámbito de las reglas legales. El área C, que es la intersección de ambos círculos, representa las normas que pertenecen a ambos órdenes. El área A –la medialuna de la izquierda– representa las exigencias morales que no constituyen exigencias legales, por ejemplo, el imperativo de templanza en el comer y el deber de veracidad (que es mero deber moral, salvo cuando su transgresión afecta al prójimo en algo que le pertenece como son los casos del fabricante que emite una publicidad engañosa, el vendedor que miente acerca de la calidad de la cosa, o el testigo que declara algo falso en el proceso judicial). El área B representa los deberes jurídicos cuyo contenido no consiste en una norma moral.



Ahora bien, cuando el contenido de una regla legal es indiferente con respecto a las exigencias morales, o sea cuando se trata de un precepto de *derecho puramente positivo* (lo cual se representa en el gráfico por el área B –la medialuna de la derecha–), también hay obligación moral de obedecerla. *Este deber moral de obedecer el derecho puramente positivo se funda en el principio moral que manda cooperar con el bien común político, cuya obtención exige que haya autoridades que se encarguen de él, que las autoridades emitan leyes, y que éstas sean acatadas.*

Adviértase que la doctrina de la separación entre lo jurídico y lo moral, y también la doctrina que distingue totalmente lo moral y lo jurídico, no solamente le quitan vigencia a la moral (pues la dejan de lado en la etapa de aplicación del derecho, sino que también le quitan valor o autoridad al derecho positivo, pues inspiran una mentalidad según la cual la violación del derecho positivo, aunque puede atraerse sanciones, no es una falta moral.

Dentro del derecho positivo legal, hemos discernido los casos en que el deber jurídico coincide en su contenido con un deber moral, y los casos en que el legislador instituye como deber jurídico una conducta que en sí misma, esto es, antes de ser mandada por la ley, no es exigida por la moralidad (derecho puramente positivo). En realidad, las normas jurídicas de la segunda clase distinguida, casi siempre son puramente positivas en cuanto a los aspectos particulares determinados por el legislador, pero su fundamento general está en una norma moral genérica. Así por ejemplo, la ley que ordena pagar determinado impuesto a las personas que se hallen en tal situación (que la ley detalla, con las excepciones consiguientes), que se establece en determinado porcentaje sobre tal cosa, etc., es puramente positiva con respecto a todas estas especificaciones, pero es un modo –más o menos acertado, según sea la norma

tributaria concreta– de aplicar una norma moral que es la que manda a los miembros de una comunidad contribuir al bien común, lo cual implica generalmente el deber de cooperar económicamente con ella, mediante tributos.

Entre algunos moralistas de la Edad Moderna se desarrolló la doctrina de las “leyes meramente penales”, de acuerdo con la cual hay leyes que, sea por su contenido indiferente desde el punto de vista de la justicia, sea por la intención del legislador, no obligan moralmente a su cumplimiento, sino solamente a soportar la pena en caso de ser descubierta la transgresión<sup>74</sup>. Hay que desaprobador esta doctrina; como enseña el iusfilósofo australiano John Finnis, profesor en Oxford, “la ley –cuando no es injusta– debe presumirse que es un medio apropiado e incluso necesario para el bien común”, y “una de las exigencias básicas de la moralidad es la que nos manda favorecer y procurar el bien común de la comunidad a la cual pertenecemos”<sup>75-76</sup>.

## 7. ¿Todo precepto jurídico es moralmente obligatorio?

¿Estamos obligados moralmente a acatar todos los miles de preceptos jurídicos nacionales, provinciales, municipales e internacionales? Veamos.

En los párrafos precedentes hemos explicado el fundamento del deber de obedecer con respecto a las reglas legales que mandan conductas que son necesarias para la realización de la justicia, y también el fundamento de la obligación de conformar la conducta a aquellas reglas legales cuyo contenido de suyo es indiferente con respecto a la justicia, pero que han sido decididos por la autoridad pública como el medio para disciplinar las relaciones entre los hombres, y alcanzar el bien común. Estas últimas obligan moralmente no sólo en virtud del principio que manda obedecer a la autoridad política, sino también por el principio que manda preservar el bien común, en cuanto los preceptos del derecho positivo instituyen un cierto orden, aun en aquellos casos en que su contenido no es necesario, o sea que podría ser diverso. Y esto vale para la observancia no sólo de las leyes, sino también de la costumbre jurídica<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Un ejemplo de afirmación de la tesis de que hay leyes meramente penales, en el siguiente texto: “No es cierto que todo lo que sea legalmente obligatorio sea también moralmente obligatorio, dado que rehusamos considerar que sea un deber moral el acatamiento de contingentes disposiciones reglamentarias, como son las que regulan el tránsito callejero” (Vernengo, R.J., “Derecho positivo y derecho natural (Algunos problemas lógicos de sus relaciones”, *El Derecho*, T. 134, p. 935).

<sup>75</sup> Finnis, J., *Natural law and natural rights*, Oxford: Clarendon Press, 1980, pp. 328 y ss., 356 y ss. y 125.

<sup>76</sup> Tratamos con cierto detenimiento acerca de la doctrina de las leyes *mere poenalis* y sus argumentos en *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Córdoba: Alveroni, 1995, pp. 49-54.

<sup>77</sup> “Se debe distinguir el plano del derecho positivo «constitutivamente moral» y el plano del derecho positivo puramente «técnico» que, sin embargo, en cuanto establecedor de un orden (lo que constituye un valor), no es completamente ajeno a la moral” (Aranguren, L., *Ética y política*, Madrid: Guadarrama, 1963, p. 47).

Ahora bien, queda una tercera clase de preceptos: aquellos que mandan algo que es injusto ¿Son también moralmente obligatorias? De esto hemos tratado en un par de artículos publicados recientemente<sup>78</sup>.

## 8. ¿Contribuye el derecho positivo a formar el juicio moral de las personas?

Hay deberes y derechos que los seres humanos conocemos por derivación de los principios que captamos con nuestro entendimiento; sabemos de otros deberes porque nos han sido inculcados y los hemos “vivenciado” en la familia, la escuela, la universidad, la comunidad de trabajo, el vecindario y otros grupos sociales. Pero también hay deberes naturales de justicia (o sea deberes morales) que son conocidos a través de las leyes, especialmente los deberes más particulares (v. gr. ciertos deberes de las partes en diversas especies de contratos).

Y con respecto a las conductas honestas que son aprendidas originariamente en el seno de la familia y demás grupos infrapolíticos mencionados, el derecho positivo también puede cumplir un papel pedagógico, en tanto reafirma el conocimiento de tales reglas que en su momento aprendimos en dichos ámbitos. Además, al expresar los deberes en enunciados escritos, la ley civil los hace más precisos, y así ayuda a su mejor conocimiento y a su cumplimiento cabal<sup>79</sup>.

En suma, las leyes civiles recuerdan la vigencia de reglas morales, reafirman su valor, amplían y profundizan el conocimiento que el hombre ya tiene de ellas, ayudan a discernir lo moralmente correcto de lo incorrecto; y también generan en la gente el conocimiento de deberes morales que desconocía.

El derecho positivo contribuye a formar el juicio moral. Por ello, cuando el legislador deroga una ley penal para determinado delito, dejando impune la conducta, ello suele influir en el juicio moral de la gente. El cambio legislativo conduce a pensar: “*Si la ley lo permite, eso está bien; o al menos, si se lo borró del Código Penal, es porque no es algo grave*”. Como explica Héctor H. Hernández, el iusfilósofo nicoleño, “[...] la población acuerda espontáneamente a la legislación política una función legitimadora total, y ve que no puede haber «dos

---

<sup>78</sup> Cfr. Camilo Tale, las voces *Ley injusta* y *Ley injusta, el ciudadano y el juez ante la*, en S. Cárdenas Gutiérrez y J. Espinoza de los Monteros (eds), *Diccionario histórico judicial de México. Ideas e instituciones*, tomo II, México: Suprema Corte de Justicia de México, 2010. Hemos reunido los contenidos de ambos artículos, con ampliaciones, en el opúsculo *La cuestión de las leyes injustas*, Córdoba: Ediciones Trejo y Sanabria, 2011.

<sup>79</sup> “El deber jurídico en la forma objetiva que se presenta, y también en un lenguaje escrito, y con una técnica legislativa y precisión lingüística, le da exactitud al deber moral cuando éste no resulta suficientemente claro, sino que aparece algo difuso, sin claros contornos. De esa manera, la obligación jurídica así objetivada, ayuda a la formación y a la iluminación de la propia conciencia moral” (Eduardo Morón Alcain, *Filosofía del deber...*, cit., p. 115).



legitimidades», una moral y una jurídica”<sup>80</sup>. Un ejemplo de esto es la despenalización del aborto, que lleva a una “desculpabilización” de la conciencia moral de muchos. Y ello también ocurre con las normas de la legislación de protección del trabajador que regulan el contrato de trabajo en relación de dependencia cuando ellas son derogadas, y en general, en todos los sectores del derecho positivo.

---

<sup>80</sup> Hernández, H.H., *Matrimonio, divorcio y ley natural*, en AA. VV., *Doce años de divorcio en la Argentina*, Buenos Aires: Educa, 1999, p. 32.