

# Derecho y moral: sin la utopía políticamente correcta

## Una cuestión permanente

Los deberes jurídicos no están solos en la vida humana, se encuentran con otras prescripciones compartiendo el mismo ámbito de las conductas humanas, la relación más relevante por el nivel de imperatividad respectiva es la que se produce entre derecho y moral.

Recordando una observación de Ihering escribía Benedetto Croce que el problema de las relaciones entre derecho y moral es el cabo de Hornos, “ca-bo de los naufragios”, de la filosofía del derecho donde zozobran los esfuerzos teóricos por esclarecer la naturaleza de la experiencia jurídica frente al actuar ético<sup>1</sup>. Por su parte, Giorgio Del Vecchio (1878-1970), al señalar la importancia de la cuestión, la consideraba como un lugar clásico para comparar los distintos sistemas iusfilosóficos<sup>2</sup>, digamos nosotros que este asunto resulta imprescindible para una completa comprensión de la naturaleza de lo jurídico.

Aclaremos que aunque se ha buscado distinguir de diversas maneras entre “ética” y “moral”, aquí los tomamos como equivalentes, pues ambos términos provienen de la raíz “costumbre” o “modo de vida”, sea del griego (*ethos*) sea del latín (*mos*). Siguiendo a Cicerón, lo que decimos de la moral puede entenderse en su mismo nivel de la ética<sup>3</sup>.

Nuestro tema se plantea porque el derecho y la moral pertenecen al universo de las conductas humanas normadas. A diferencia del arte y de la técnica, que tienen por objeto la obra realizada en la exterioridad del sujeto,

---

<sup>1</sup> Cf. B. CROCE, *Filosofía della pratica*. Bari, 1950, p. 359.

<sup>2</sup> Cf. G. DEL VECCHIO, *Lezioni di filosofia del diritto*. Milano, 1965, p. 232.

<sup>3</sup> Cf. M. T. CICERÓN, *De fato* I, I.

el derecho y la moral coinciden en atender a *la conducta misma* según ciertas normas. Estas normas califican las conductas y por ellas al sujeto actuante, que es uno solo. De manera que a un mismo idéntico sujeto le aparecen juicios morales y jurídicos sobre algunas de sus mismas conductas.

Las posiciones doctrinales sobre esta cuestión se dividen en dos grandes grupos con sus diferencias internas. La posición *inclusivista* sostiene que el juicio jurídico, a su manera, pertenece al universo del juicio moral; es decir que ambos tienen una relación intrínseca entre sí porque existe alguna *moralidad objetiva*<sup>4</sup> en los contenidos jurídicos. La posición *exclusivista* sostiene que ambos juicios son intrínsecamente independientes, de modo que cada uno pertenece a su propio universo porque los contenidos jurídicos poseen de por sí *amoralidad objetiva*.

Históricamente la alta antigüedad fusionaba la religión, la moral y el derecho; los reyes eran dioses o revestían carácter sacerdotal, la legislación era sagrada y reputada justa, como una norma positiva humano-divina. En la antigüedad clásica griega al desarrollarse la idea de una moral natural racionalmente elaborada se incluyó el derecho dentro de su ámbito<sup>5</sup> y la superioridad de la norma moral sobre la norma jurídica positiva<sup>6</sup>.

El cristianismo no sólo interiorizó la moral<sup>7</sup> sino que moralizó fuertemente el derecho al declarar que el hombre no pertenece totalmente a la sociedad política, que la trasciende y por ello es un fin en sí mismo<sup>8</sup>. De manera que no puede sostenerse la esclavitud<sup>9</sup> ni ningún sometimiento total, que hay libertades previas y superiores a cualquier organización política<sup>10</sup> y que la función de ésta es el servicio a las personas inclusive más allá de la justicia mediante la caridad<sup>11</sup>.

---

<sup>4</sup> Aquí tomamos el calificativo “objetiva” para referirnos al contenido u objeto de la relación jurídica, del deber, de la norma. Es decir a la *conducta* en que consiste el derecho. No lo tomamos en el sentido de la determinación de lo moral por principios cognitivamente objetivos, como lo sostiene el intrinsecismo deontológico.

<sup>5</sup> Cf. PLATÓN, *República* I-II, VIII-IX. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* V. También el estoicismo con la idea de un orden racional universal. CICERÓN, *De legibus*. J. R. MÉNDEZ, “El iusnaturalismo del ‘De legibus’ de Cicerón”, *El Derecho* XXVI (1989) n. 7148.

<sup>6</sup> Cf. ARISTÓTELES, *Política* III, 11 1287 b 5.

<sup>7</sup> Cf. *Mt* 5, 8, 28; 15, 8, 19.

<sup>8</sup> *Mt* 12, 21 y paralelos. *Hch* 4, 19-20; 5 29. *Jn* 19, 11. *Rm* 13, 1-7.

<sup>9</sup> *Ga* 3, 18.

<sup>10</sup> *Rm* 1, 18-32.

<sup>11</sup> *Lc* 22, 25-26.

Los Padres de la Iglesia desarrollaron esta visión, que san Agustín (354-430) sintetizó en la estructura de tres niveles de legalidad: eterna, natural y humana positiva, ordenadamente fundadas en forma descendente<sup>12</sup>.

En los siglos posteriores, al generalizarse el cristianismo y asumirse como inspirador de la cultura, se produjo una acentuada proyección de la moral en el derecho y una asimilación de la ley natural a los mandatos bíblicos vetero y neo testamentarios. Ya Filón de Alejandría (s. I) había asimilado la ley natural a la ley mosaica; Isidoro de Sevilla (560-636) amplía la identificación a la ley evangélica<sup>13</sup>. Por ello Graciano (s. XII) en su compilación de cánones después de la distinción de leyes según Isidoro de Sevilla, consigna que «el derecho natural es el que está contenido en la ley (mosaica) y en el Evangelio», señalando que su precepto fundamental (*regula aurea*) es que se debe hacer a los demás lo que queremos que se haga a nosotros y no debemos hacer a los demás lo que no queremos que se nos haga a nosotros<sup>14</sup>.

Tomás de Aquino (1225-1274) cambia fuertemente esta visión aportando la *laicidad* y la especificidad de *amoralidad subjetiva* de lo jurídico<sup>15</sup>, en el marco de un objetivismo cognitivo en sede moral o intrinsecismo deontológico que aporta limitadamente sus contenidos a la vida jurídica y que también recibe de ella<sup>16</sup>.

Respecto a lo primero distingue claramente entre la ley natural y la ley divino positiva; aquella reside en la razón humana en cuanto conoce el orden natural establecido por la ley eterna en la creación, es disponible

---

<sup>12</sup> *Contra Faustum* XXII, 27: «lex vero aeterna est ratio divina vel voluntas Dei». *Epistula* 157 III, 15: «lex est etiam in ratione hominis ... naturaliter in corde conscripta est». *Sermo* 81 2: «... nihil esse iustum atque legitimum, quod non ex aeterna lege homines sibi derivaverint».

<sup>13</sup> Cf. FILÓN, *De vita Mosis* II,14; ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías* II,10; V,3-4.

<sup>14</sup> Cf. GRACIANO, *Decretum* I dist. 1 canon 1, dictum. Dicha regla se encuentra en *Tob* 4, 15; *Lv* 19, 18, *Mt* 7, 12 y *Lc* 6, 31. Nótese que si bien se remite al Evangelio, toma de éste un precepto de por sí claramente razonable en un nivel de horizontalismo social con prescindencia de la fe cristiana; aunque en ésta posea una dimensión trascendental de mayor envergadura.

<sup>15</sup> Cf. G. GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, p. 43-80; E. KACZYNSKI, *La legge nuova. L'elemento esterno Della legge nuova secondo san Tommaso*. Roma, Lief, 1974; E. HAMEL, *Loi naturelle et loi du Christ*. Paris, Desclée de Brouwer, 1964; M. VILLEY, *El pensamiento iusfilosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*. Buenos Aires, Gherzi, 1981.

<sup>16</sup> Cf. S. TOMÁS, *S. Th.* I-II, q. 95 a. 3; q. 96 a. 2; a. 4.

para cualquier inteligencia y para su conocimiento no requiere de por sí ninguna remisión metafísica ni teológica. Ésta, en cambio, es un mandato revelado cognoscible solamente por la fe; es cierto que la Biblia incluye algunos preceptos de ley natural pero lo hace para facilitar su conocimiento y consiguientes aceptación y cumplimiento; sin embargo hay otros mandatos que son exclusivamente de moral revelada<sup>17</sup>.

Respecto a lo segundo sostiene que la obra justa en cuanto importa al juicio jurídico puede realizarse aún con un ánimo contrario, es decir injusto, por cuanto puede prescindir de la consideración de la subjetividad del agente<sup>18</sup>. Por ello la conducta legalmente justa puede ser en su propio nivel algo imperfectamente justo (la *ipsa res iusta* es un *opus iustum* pero un *iustum imperfectum*), en cambio la perfección de la obra justa requiere la adhesión de la voluntad: demanda la virtud de la justicia.

El giro occamiano del nominalismo quitó las bases del reconocimiento de una ley natural inaugurando el *voluntarismo* como sede de la doble legalidad: la ley positiva divina y la ley positiva humana. Éstas se ocupan respectivamente de la interioridad moral y de la exterioridad jurídica del hombre. Aquí comienza el *exclusivismo* como desvinculación objetiva entre derecho y moral trabajosamente sostenida por grandes autores<sup>19</sup>. El exclusivismo nace del voluntarismo porque al quitar la pertenencia de la esencia del contenido de la norma jurídica al ámbito de la inteligencia, éste pierde la pertenencia a otro posible juicio como el moral. Por ello son dos actos separados el acto jurídico y el acto legal.

El mismo Francisco Suárez (1548-1617) que defendía la pertenencia de una interioridad antropológica al acto jurídico por su condición de acto humano,<sup>20</sup> al deslizar el núcleo del contenido de la ley de su carácter racional al de producto de la voluntad soberana de la autoridad,<sup>21</sup> entiende nuevamente que la ley natural y la moral son actos de la voluntad divina y que la ley humana mantiene con ella una relación extrínseca pero siempre buscada.

---

<sup>17</sup> Cf. S. TOMÁS, *S. Th.* I-II, qq. 91-108.

<sup>18</sup> Cf. S. TOMÁS, *S. Th.* II-II, q. 57 a. 1.

<sup>19</sup> Cf. PH. ANDRÉ-VINCENT, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*. Buenos Aires, Ghersi, 1978

<sup>20</sup> Cf. F. SUÁREZ, *De legibus* III, 11, 7; III, 12, 10-11; III, 13 2-3, 8.

<sup>21</sup> F. SUÁREZ, *De legibus* I, XII define la ley como «praeceptum commune, justum, stabile, satis promulgatum».

Los *racionalistas* como Grocio (1583-1645),<sup>22</sup> Pufendorf (1632-1694), Tomasio (1655-1728) y Wolf (1759-1824) aunque elaboran un “derecho natural” sin base teológica (*etsi daremos Deus non esse*), aceptan la disociación entre el campo interior y el exterior y la transmiten orgánicamente. Sin embargo todos ellos tuvieron una seria preocupación por influir de contenido moral extrínsecamente al derecho.

La más clásica sistematización del dualismo exclusivista entre moral de la interioridad y derecho de la exterioridad procede de Kant. La primera es autónoma en cuanto los motivos de la voluntad no son otros que el puro “deber” que la propia razón pura práctica le da a la voluntad como una máxima que puede ser universalmente válida. El segundo, en cambio, es heterónomo en cuanto es concebido como el «conjunto de condiciones bajo las cuales se puede armonizar el arbitrio de uno con el arbitrio de otro según una ley universal de libertad». La exterioridad es el ámbito de la legalidad.

Pero advierte Kant que, si bien lo que procede de fuente jurídica (heterónoma, voluntad del legislador) sólo es exteriormente exigible por otro, el vínculo de la obligación jurídica es interno, es decir moral.

La moral exige de mí que adopte por máxima el conformar mis acciones al derecho. Por consiguiente, la ley universal de derecho: *obra exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal*, es, en verdad, una obligación<sup>23</sup>.

Se satisface este deber moral cumpliendo lo externo, no requiere un fin interno (querer el deber por el deber). En cambio lo que procede de fuente moral (autónoma, razón pura práctica) es internamente exigible en el ámbito interno y externo del sujeto (querer el fin del deber por el deber y querer realizar la obra externa). Por ello en la moral se distinguen deberes de derecho (*officia iuris*) y deberes de virtud (*officia virtutis seu ethica*), respectivamente<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Cf. M. VILLEY, *Los fundadores de la escuela moderna del derecho natural*. Buenos Aires, Gherzi, 1978.

<sup>23</sup> I. KANT, *Principios metafísicos de la ciencia del derecho*. Méjico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, p. 33.

<sup>24</sup> Cf. I. KANT, *Principios metafísicos de la ciencia del derecho*, 43-47. Un análisis en R. MACIA MANSO, “Derecho y moral en Immanuel Kant”, *Anales de la Cátedra F. Suárez* 28, Universidad de Granada (1988) 353-410.

Por su parte Hans Kelsen ha buscado separar netamente derecho y moral, en el marco de un definido escepticismo moral donde resulta "irracional" toda remisión de lo jurídico a lo moral y a la justicia. Esto se debe a que concibe la moral fuera de los límites de lo racional, como algo puramente decisional sin procedimientos racionales e intersubjetivos. Ahora bien, puesto que hay veces en que coinciden los contenidos de una norma jurídica con una norma moral, el criterio de distinción lo establece en la coacción enlazada a la conducta opuesta a la buscada, como diferencia específica de la norma jurídica.

En el esfuerzo por lograr una separación neta, rechaza Kelsen que el ordenamiento jurídico descansa en un principio moral que manda observar todo lo que prescribe el ordenamiento vigente (tesis admitida por muchos positivistas). Para él, la validez deriva de una norma no positiva (*Grundnorm*, la "norma básica") que dispone que lo que un orden coactivo eficaz dispone "debe ser" realizado. No se trata de una norma moral sino de un "presupuesto epistemológico" de la ciencia del derecho. Los juristas teóricos la aceptan hipotéticamente, pero los jueces no tienen porqué hacerlo, así es como pueden dejar de aplicar una norma por razones "morales".

Una posición exclusivista rígida desde el positivismo analítico representa Vernengo. Este autor sostiene que es lógicamente imposible vincular las proposiciones morales y las jurídicas de modo inclusivo por cuanto las últimas tienen caracteres de identidad diversos en cuanto proceden de una fuente positiva determinada, no así las primeras.

*Habermas* (1929) distingue en la sociedad dos niveles: el "sistema" y el "mundo de la vida". La acción comunicativa sucede siempre en el mundo de la vida. El sistema como sociedad, incluye los aspectos del dinero, la lógica de la acumulación de capital, la racionalidad burocrática, en sí, lo económico-administrativo. Habermas menciona que el sistema coloniza al mundo de vida, y es precisamente a partir de esto que plantea la acción comunicativa como una meta de la sociedad, donde el sujeto (personalidad) es auto-crítico y puede abstraerse de la acción estratégica (poder-manipulación), todo ello a partir de la racionalidad comunicativa, donde la interacción simbólica se dé partiendo de la buena fe de los hablantes, de la comprensión y entendimiento de las actitudes y símbolos de los mismos, buscando finalmente el consenso.

Habermas reconoce que este principio y los postulados de respeto a la dignidad humana son un legado de raíces cristianas, que pertenecen al patrimonio cultural de Occidente y que basta tomar noticia de él para adoptarlo como horizonte epocal de moralidad sin necesidad de remitirse

a su fundamento metacultural. El vínculo entre moral y derecho, manteniendo su no-identidad, radica en que el núcleo del derecho (especialmente el moderno) está constituido por normas morales fundamentales que han recibido fuerza jurídica, liberando así a los destinatarios de los problemas de fundamentación, obtención y aplicación de esas normas; de ello se hace cargo el Estado (con sus recursos institucionales propios) como consecuencia del debate político. Si bien en esta relación lo jurídico muestra una superioridad respecto a la moral, sin embargo la coherencia entre el derecho en una sociedad democrática y la moral comunicacional se halla en la misma formalidad procedimental; por esta vía la moral consensual le otorga legitimidad a la legalidad de la voluntad general<sup>25</sup>.

Para no extendernos más tengamos presente las teorías críticas originadas por Marx, Nietzsche y Foucault. Para Marx el derecho es una expresión de la estructura económica de alienación, por ello «la contraposición entre el comunismo y el derecho, tanto el político como el privado y, bajo la forma más general de todas, la de derecho humano»<sup>26</sup>; de allí que el derecho está destinado a desaparecer en la evolución última de la sociedad comunista. A su vez Nietzsche plantea la inadecuación entre el derecho y la justicia, entendida ésta como verdad de la voluntad de poder más profunda del hombre; por ello lo jurídico expresa la moral débil como negación de lo vital<sup>27</sup>. Para Foucault la modalidad propiamente jurídica del poder es siempre negativa, es pura prohibición, «el poder es esencialmente aquello que dice tú no debes»<sup>28</sup>. En estas denuncias totales del poder en todo el ámbito jurídico

---

<sup>25</sup> Cf. J. HABERMAS, "Derecho y moral. Dos lecciones", en D. SOBREVILLA (comp.), *El derecho, la política y la ética*. Méjico, Siglo XXI, 1991, p. 14-74. Habermas es crítico de la tesis weberiana de que una conexión interna entre derecho y moral es destructora de la racionalidad del primero. El error weberiano sería no haber tomado en serio el formalismo ético y sus virtualidades respecto al contrato social. Para mayor claridad digamos que mientras Weber niega la conexión por pensar en una legitimidad moral de contenidos, Habermas sólo la considera de modo consensual procedimental; con las dificultades que ello encierra. Mientras para Weber la moral aporta contenidos (sociológicamente establecidos) y el derecho en cambio es meramente procedimental, para Habermas ambos son puramente formales procedimentales.

<sup>26</sup> Cf. C. MARX - F. ENGELS, *La ideología alemana*. Buenos Aires, Ediciones Pueblos Unidos, 1973, p. 34.

<sup>27</sup> Cf. F. NIETZSCHE, *Más allá del bien y del mal*, 259 (Madrid, Alianza, 1994, p. 221); Id., *La voluntad de poder*. Madrid, Edaf, 1981, párrafo 59. También M. HEIDEGGER, *La metafísica de Nietzsche*. Barcelona, Destino, 2000.

<sup>28</sup> Cf. M. FOUCAULT, *La red de poder*. Buenos Aires, Almagesto, 1993, p. 52.

reconocemos de nuevo las antiguas denuncias de Carnéades y Trasímaco con su visión negativa del derecho como una agresión mutiladora del hombre. Si buscamos la fuente más profunda desde donde se ejerce esta crítica veremos reaparecer una pretensión de moralidad en lo jurídico, aunque no sea materialmente la de las morales que también denuncian estos autores.

### Los asuntos del debate

Después de este panorama histórico veamos qué podemos decir nosotros acerca de la relación entre los dos juicios, el moral y el jurídico respectivamente. El primer interrogante a despejar es si se trata de una identidad real entre ambos juicios. Puesto que la conducta jurídica es una conducta social, que realiza lo debido a otro, la relación entre derecho y moral se remite a la moral social: *¿será entonces el derecho idéntico a la moral social?*

Recordemos que la conducta justa debida se identifica con *lo suyo* objetivo en la convivencia, es decir con aquello que pertenece a la integridad estricta del otro como presupuesto de su posibilidad de su libre realización de su integridad en y a través de la convivencia.

Esa conducta le pertenece al destinatario por ello es titular del poder que llamamos derecho subjetivo, en cambio al deudor le pertenece como deber en razón de un título. El origen de esta ecuación deber-derecho está en el ajuste de los miembros de la sociedad, por ello la formalidad propia o especificidad del derecho como conducta es la justicia.

En el análisis de las virtudes morales si bien es claro que el derecho no es el objeto de la fortaleza ni de la templanza ni de la prudencia, que son virtudes que regulan la vida de la persona en sí misma, también resulta que no se identifica con el objeto de la virtud social de la caridad que supera el ámbito de la justicia. Entonces el interrogante se puede precisar mejor: *¿se identifica el derecho con los actos de la virtud de la justicia?*

Inicialmente tenemos que reconocer una coincidencia, pues la virtud de la justicia se define como el «hábito de voluntad de dar a cada uno lo suyo»<sup>29</sup>. Es decir que el hombre justo cumple sus deberes realizando las conductas que lo ajustan con el otro en la convivencia. Pero también es cierto que si el fin de la

---

<sup>29</sup> ULPIANUS, *Digesta* 10, L, 1: «Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi», también IUSTINIANUS, *Instituciones* I, 1. ALFONSO X, *Partida* III, a, 1: «virtud que dura siempre en las voluntades de los omes justos e da e comparte a cada uno de su derecho igualmente».

conducta jurídica es ponerlo al otro en su estricta integridad dándole lo suyo, lo que importa en el derecho es la conducta en cuanto sale al otro. El derecho objetivo (la conducta justa debida) mira al acreedor titular del derecho subjetivo para ponerlo en la situación en que libremente pueda cumplir su fin.

De allí que *el derecho en su cumplimiento pueda soslayar la disposición de ánimo del agente*. No importa directamente al orden social que el deudor cumpla de buen o mal talante, mientras lo haga en el tiempo y modo debidos. Cumplida la conducta en cuanto afecta al otro, la disposición de la voluntad del agente no es lo que está bajo análisis jurídico y hasta puede ser obvia. No ocurre lo mismo con el juicio moral.

Pero esto no significa que el *juicio moral* atienda sólo a la interioridad pues la realización externa le agrega bondad o malicia al acto (no es lo mismo tener la intención de matar que cometer realmente un homicidio); ni que el *juicio jurídico* prescindiera absolutamente de la interioridad, pues no se trataría entonces de conducta humana. No existe un mandato jurídico que diga que se obre de tal modo sólo exteriormente, sin participación alguna de la interioridad.

Hay actos humanos puramente interiores (amor, odio, pensamientos, etcétera) que los juzga la moral pero no hay actos humanos puramente exteriores. En la escuela del ya citado Tomasio se sostenía que por la exclusión de la interioridad no sólo quedaban fuera de la apreciación jurídica los pensamientos en sí mismos sino también el pensamiento expresado; sin advertir suficientemente que la expresión de los pensamientos ya ingresa en el ámbito de las relaciones sociales y puede interesar a la justicia (por ej. una calumnia, una apología del delito, etcétera). La moral juzga lo interior y lo exterior; pero lo referido a la justicia es juzgado no sólo moralmente sino también jurídicamente.

El juicio jurídico no atañe a todas las acciones que considera el juicio moral sino sólo a las de justicia y soslayando a veces la intención (*non considerato qualiter ab agente fiat*, sin tomar en cuenta de qué manera lo haga el agente). En cambio el juicio moral alcanza a todas las acciones jurídicas en su exterioridad e interioridad.

El juicio moral siempre considera la intención. El juicio jurídico *puede* prescindir de ella en algunos casos. Para la justicia objetiva del acto no se requiere necesariamente y siempre tener en cuenta la intención (v.gr. el caso del deudor que paga por coacción o temor a la deshonra).

No siendo esencial al derecho la intención justa, es pertinente considerarla cuando la mala intención o la falta de intención pueden afectar la justicia objetiva dañando a los miembros de la relación o al Bien Común, por ejemplo para determinar si hubo culpa o dolo, si hubo premeditación, buena o mala

fe, etcétera. Pero siempre se la conoce por signos exteriores, lo que encierra importantes límites. Lejos de constituir un timbre de sapiencia o de destreza jurídica, es una corrupción de lo jurídico hacerlo apoyarse en la duplicidad entre interioridad y exterioridad, jugando con las ficciones jurídicas o con los actos simulados, donde se oculta expresamente la verdadera intención. Tolerar el tipo de ruptura entre interioridad y exterioridad que constituye el fraude es un principio ruinoso del orden jurídico (*fraus omnia corrumpit*)<sup>30</sup>.

Llegados a este punto debemos recordar que el ámbito de lo moral es el de las conductas normadas en cuanto racionalmente dirigidas a la integridad completa del hombre en su actuar, la cual se llama *bondad* en el sentido pleno de *honestidad*. Se distingue así de las *bondades* parciales, como son la utilidad, la belleza, la verdad, el placer, la fama; pero las incluye a todas. Por ello se puede decir que la moral se ocupa del cumplimiento del fin último del hombre o sea de su felicidad<sup>31</sup>. De aquí derivan el carácter absoluto<sup>32</sup> de sus principios y el ámbito de autonomía desde donde imperan.

La *absolutez* de los mandatos morales es totalizadora respecto a la vida de la persona, por ello no admite la exclusión de algún campo de la actividad humana. Propuestas como «los negocios son los negocios» o «son razones políticas» y otras semejantes, al pretender trazar zonas antropológicas de exclusión para el juicio moral marcan una inferioridad del mandato moral que contradice su propia especificidad de *no-disponible* para el individuo.

A su vez la *autonomía*, como ámbito donde reside el mandato moral, emerge como una dimensión antropológica irreductible para cualquier determinación extrínseca<sup>33</sup>. De allí que la justicia como *virtud* atienda no sólo al cumplimiento de lo justo respecto al otro sino también a la disposición de ánimo del agente, ella *rectifica la voluntad del deudor*. Si no hay rectitud en la voluntad la conducta justa no lo perfecciona al agente en su integridad relativa interna y externa, aunque sí al destinatario (acreedor) en su exterioridad que es lo único que jurídicamente pertenece.

En cuanto a la moral le importa la perfección de los hombres por sus conductas, le interesa a la moral tanto la perfección del deudor como la del

---

<sup>30</sup> Cf. H. BATAIFFOL, *Filosofía del derecho*. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1964, p. 113.

<sup>31</sup> Cf. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I.

<sup>32</sup> Es por su *absolutez* que los principios morales suelen vincularse con lo religioso.

<sup>33</sup> Cf. J. R. MÉNDEZ, "Emergencia y sentido del hombre en la reflexión ética de la *Summa contra Gentiles*", *Sapientia* 43 (1988) 51-58.

acreedor. Pero lo principal, el fin mismo de la conducta justa, está definido por la integridad objetiva que hace posible la perfección del acreedor, por ello puede darse el objeto de la justicia aún sin la perfección subjetiva del deudor (con ausencia de su hábito virtuoso) pero no con una conducta que no se adecue a la perfección del acreedor. Por la conducta justa se pone en su integridad al acreedor y correlativamente se ubica en su posición el deudor: en este sentido se perfeccionan ambos en su convivencia objetiva, aún con prescindencia del ánimo del obligado.

He aquí que en el núcleo mismo del derecho, y en la plena vigencia de la primacía de su politicidad, surge que *el contenido de la conducta jurídica es de índole moral*, es decir aquello que integra, en sus límites, la perfección de los miembros de la relación jurídica. Por ello, la *ley*, como causa formal extrínseca imperativa, en cuanto prescribe la conducta jurídica prescribe algo moral: aquello que ajusta los miembros de la sociedad en la convivencia. De allí que no sea contenido de la ley una conducta que se alce contra la perfección, contra el fin último de los ciudadanos y por tanto atente contra su integridad. *Lo injusto no es materia de la ley* porque no tiene modo de ubicarse en la proyección de la integridad humana.

*Respecto a la materia de las conductas en la perspectiva de la Justicia, la valoración moral y la valoración jurídica se identifican.* En este orden lo inmoral es lo injusto y no hay norma que pueda imponer consistentemente lo injusto: una ley tiránica no sería propiamente ley en sentido pleno sino una perversión de la ley. De lo dicho podemos concluir que hay una coincidencia entre derecho y moral en el *aspecto objetivo* en cuanto ajusta la convivencia de los mismos sujetos en orden a la integridad que llamamos Bien Común. Pero el ámbito de lo jurídico tiene sus *límites* de índole subjetivo y objetivo, por lo cual si bien no se opone (por definición) a lo moral, no se identifica en toda la extensión de la consideración moral.

En efecto, por una parte queda para el juicio más amplio de la moral *la plenitud de la Justicia como virtud* en cuanto su acto requiere la rectitud de voluntad del agente. Pero advertimos que si bien lo jurídico como tal puede (y en algún caso debe) prescindir del fuero interno de los ciudadanos, el orden jurídico (la justicia operada) sólo estará asegurado cuando se dé plenamente la justicia virtud como fuente interior constante de ese tipo de conductas sociales.

La *coacción*, como propiedad de lo jurídico y no de lo moral, asegura el mínimo de justicia en la adecuada posición de la convivencia; sea por la amenaza al deudor (coacción psicológica), sea por su suplantación (coacción física), sea por la invalidación de los actos (coacción jurídica pura).

Por otra parte, si bien se puede atacar la validez de una norma que prescriba lo inmoral o injusto, *no todo lo inmoral puede ser evitado o combatido por la ley positiva* sea porque permanece en el fuero interno de los sujetos y así no tiene alcance político, sea porque en su concretez escapa al legislador. La exterioridad y la generalidad son siempre limitaciones esenciales de lo jurídico. Asimismo, como un corolario de lo anterior, *la materia de lo jurídico* si bien ha de ser moral en cuanto “justo”, *ha de ser capaz de resistir la posible prescindencia de la voluntad virtuosa del obligado*. Por estas mismas limitaciones, el mínimo de moral que adquiere dimensión jurídica reclama para su funcionamiento un mayor clima ético. El Bien Común, fin de todas las leyes, no se construye solamente con las leyes.

Que aún entre los sostenedores del exclusivismo entre derecho y moral se plantee una relación extrínseca entre ambos órdenes y que se admita que no sólo los legisladores sino aún los jueces tienen una esfera de juicio moral desde donde pronunciarse, no sólo denota la dificultad del esfuerzo fallido por la exclusión total sino que nos remite a una consideración ulterior. La vida jurídica pertenece a la vida política y ésta incluye visiones morales que se nutren de distintas fuentes (tradiciones, convencionalismos, convicciones religiosas, convicciones personales y sociales, ideologías, etcétera). Por ello el diseño normativo y el funcionamiento real de la vida jurídica son el destinatario de la proyección de esas visiones político-morales, lo que se advierte en los encendidos debates que originan los temas más radicales de la vida y de la convivencia humana.

La objeción exclusivista de la imposibilidad de conectar lógicamente lo jurídico y lo moral, por carecer esto de la especificidad de la fuente positiva, pierde de vista que la común pertenencia al plano de la inteligencia y de la voluntad humana. En la primera es donde ambos se constituyen en primera instancia y donde se define la coherencia antropológica insoslayable. En la segunda, particularmente en el caso del legislador y del juez humano como fuente positiva, permanece la relación con el dictamen de su inteligencia, también con su reclamo de coherencia. El exclusivismo que rompe la común pertenencia lógica de derecho y moral postula una escisión antropológica insostenible.

### **Propuesta de articulación inclusivista**

Estas consideraciones pueden recogerse en algunas conclusiones que constituyen nuestro panorama de articulación inclusivista entre derecho y moral.

1. *La moral excluye materias de inclusión jurídica por vía negativa. No es congruente prescribir jurídicamente lo que está moralmente prohibido.* De lo contrario se afecta seriamente el núcleo antropológico donde residen el derecho y la moral. Ambas se dirigen a la inteligencia y a la voluntad del mismo sujeto en orden a una única conducta. Una contradicción entre las prescripciones significa que al mismo sujeto se le presentan en la misma circunstancia dos mandatos que se excluyen mutuamente: *no debe ser P* (moral) y *debe ser P* (jurídico). Esto resulta operativamente imposible para el sujeto. Por su amplitud (interioridad y exterioridad) originada en la autonomía<sup>34</sup> y por su referencia a principios absolutos la moral se presenta delimitando un campo de superioridad de prevalencia.

Hay prohibiciones morales que se reconocen como pertenecientes a un orden racional de justicia (derecho natural o derechos humanos) en un debate que puede resolverse cuando se lleva la cuestión al interrogante por el fundamento último de lo jurídico. En este caso el conflicto se sitúa y se resuelve en un ámbito propiamente *jurídico*, entre niveles de lo jurídico.

Pero hay otras prohibiciones morales que se originan en el ámbito religioso o en argumentaciones racionales finalmente definidas por una opción particular o comunitaria. Estas situaciones encuentran una solución más fácil cuando se trata de preceptos morales de la religión oficial en un estado confesional o cuando son generalmente compartidos en la sociedad, de tal manera que aún sin pronunciarse sobre el contenido de los mismos se reconoce que su violación no es beneficiosa para el Bien Común<sup>35</sup>.

En contextos en donde el caso planteado no se puede remitir a ese plano sociológico por tratarse de opciones más particulares en el marco

---

<sup>34</sup> Aquí tomamos la autonomía como ámbito de pertenencia antropológica de la moral, sin identificarla con ninguna de sus dos posibilidades en las escuelas éticas: *autonomía trascendente* (objetivismo, naturalismo, intrínsecismo deontológico) y *autonomía immanente* (subjetivismo, formalismo, extrínsecismo deontológico), respectivamente.

<sup>35</sup> La misma legislación positiva suele incluir expresiones al tipo de “la moral y las buenas costumbres” como una referencia superior. Por ejemplo en la *Constitución de la Nación Argentina* art. 19: «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». Siempre es una tarea de criterio judicial identificar lo que puede allí estar comprendido; un recurso frecuente es describir la “moral media” de la sociedad. Nótese que el acto propiamente jurídico no radica en establecer esa moral media sino en describirla; tampoco en fundamentarla sino en recogerla sociológicamente.

social de un pluralismo moral, pero también en contextos de un férreo positivismo o de un fuerte trasfondo de negación de la posibilidad de una moral objetiva, se ha abierto camino la llamada *objección de conciencia*<sup>36</sup>. Ésta no significa una modificación de la prescripción jurídica, tampoco una conducta colectiva sino particular y de tipo pasiva. A nuestro entender, su creciente reconocimiento en la jurisprudencia y en la misma legislación<sup>37</sup> se hace cargo de la necesidad de solucionar la contradicción antropológica en función del mismo Bien Común, fin de la vida jurídica, por cuanto éste incluye el bien de la persona y no su destrucción.

De este modo, la objeción de conciencia, que tiene su arraigo en la tradición clásica iusnaturalista o del objetivismo ético y en la religión, ha sido recuperada en los contextos de la autonomía de matriz subjetivista. Algunos autores han señalado la diferencia entre objeción *de la* conciencia, como tesis clásica del objetivismo ético, y objeción *de* conciencia como tesis surgida y reflejo del subjetivismo moral<sup>38</sup>. Sin embargo, como muestra de la novedad que significa y de la fisura que trae en el seno del exclusivismo, recordemos que Kant la rechazaba; tanto para el caso de pretender argüirla ante una moral filosófica como (con mayor razón) ante el derecho<sup>39</sup>.

Ahora bien, señalemos también que la objeción de conciencia tiene sus límites propios: a) no puede imponer ni exigir acciones u omisiones de terceros; b) no tiene lugar cuando la autoridad considera que lo prescrito es esencial para el Bien Común y, por tanto, no acepta su incumplimiento bajo razón alguna.

---

<sup>36</sup> Cf. J. NAVARRO FLORIA, *El derecho a la objeción de conciencia*. Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Desalma, 2004; J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*. Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 410; J. RAZ, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 339.

<sup>37</sup> En 1893 se sancionó en Inglaterra la cláusula de objeción de conciencia respecto al deber de vacunación introducido en 1853; con ocasión de la primera guerra mundial se difundió este planteo respecto al servicio militar obligatorio en algunos países europeos (Holanda 1922, Inglaterra 1939). En la actualidad se generaliza su previsión e invocación en casos referidos a algunas actividades profesionales del campo médico (por ejemplo la realización de abortos, venta de algunos productos farmacéuticos), reglamentaciones educativas y otros tópicos.

<sup>38</sup> Cf. S. COTTA, "Resistenza in nome di ché cosa?", en AA. VV., *Autonomia e diritto di resistenza*. Milano, Giuffrè, 1973, p. 284.

<sup>39</sup> Cf. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, Espasa-Calpe, 1973, p. 44-46.

Para que mantenga su sentido jurídico la objeción de conciencia necesita situarse dentro del ordenamiento legal, lo contrario sería la anarquía, que hace caer todo orden y también con él el reconocimiento de este derecho. Asimismo requiere que el objetor, en razón de su actitud, no sea discriminado en el ejercicio de su participación en el Bien Común de manera que su objeción no termine siendo neutralizada socialmente u originándole perjuicios. La figura de la objeción de conciencia salva al mismo tiempo la persona del ciudadano, que es exigida socialmente a algo que su conciencia no admite, y la de la organización social, que no se ve por ella desarticulada.

La aceptación de la primacía de la moral de modo negativo (por sus mandatos negativos), aún en su forma restringida de la objeción de conciencia, distingue a los modelos jurídicos que respetan la libertad de la persona y se detienen ante ella sin por esto afectar el Bien Común. Más aún, se trata de reconocer que el Bien Común propiamente político incluye la integridad de las personas con su libertad.

Puesto que el Derecho se establece en razón de los hombres<sup>40</sup>, y precisamente porque el ámbito jurídico aborda la exterioridad, necesita reconocer que la persona humana actúa desde la interioridad y que la coacción no es el núcleo de lo jurídico sino una propiedad restrictivamente usable. De allí que esta primacía negativa de la moral cuide la unidad antropológica y busque mantener que la conducta exterior proceda de la interioridad y la prolongue.

2. *Lo jurídico está incluido en sentido positivo en lo moral pero de modo restrictivo. No es consistente prescribir jurídicamente todo lo prescripto de modo positivo en sede moral sino solamente lo racionalmente argumentable<sup>41</sup> en materia de justicia y con tres condiciones: exterioridad, politicidad y factibilidad<sup>42</sup>.*

Se puede juridizar solamente aquellas conductas *exteriormente cumplibles y verificables*. Respecto a sus aspectos interiores el juicio jurídico sólo considerará aquellos externamente cognoscibles. Esta amoralidad subjetiva se refleja en el principio clave de que el juez no puede ocuparse de la interioridad de la persona, como lo habría dicho Séneca (4-65 a. C.): *de internis non iudicat praetor*.

---

<sup>40</sup> HERMOGENIANUS, *Digesta* I, V, 2: «hominum causa omne ius constitutum est».

<sup>41</sup> Por este requisito, propio de la comunidad política, los preceptos morales de fuente religiosa o tradicional necesitan ser mediados por la argumentación racional para su posible juridización. Esta mediación puede no tratar el núcleo del precepto sino indirectamente, desde alguna repercusión social suya.

Entre las conductas justas externamente cumplibles y verificables, *la vida jurídica sólo recoge aquellas socialmente relevantes*. Esta condición prolonga la anterior y reduce aún más el mínimo de moral jurídicamente receptado según el criterio de *politicidad*, es decir, de atingencia al Bien Común de una sociedad histórica.

Otra condición, que se añade a las anteriores, es que sólo se puede prescribir jurídicamente aquello cuyo *cumplimiento es fácticamente presumible* en las condiciones sociohistóricas de lugar y de tiempo. Es decir que no resulte operativamente imposible o extremadamente difícil (*cum gravi incommodo*)<sup>43</sup>, ni que exista un consenso firme y sostenido en su contra. En ambos casos el previsible incumplimiento generaría la *desuetudo*, erosionando el principio de autoridad por la irrazonabilidad del mandato.

Estas restricciones en la coincidencia material entre derecho y moral pueden reflejarse en la tesis de que la vida jurídica recoge una *minima moralia*<sup>44</sup>, es decir un contenido moral reducido.

3. *No todo lo que está jurídicamente permitido es moralmente honesto (non omne quod licet, honestum est)*. Si bien jurídicamente todo aquello que no está prohibido está permitido<sup>45</sup>, las restricciones de juridización dejan fuera de este ámbito una amplísima gama de conductas moralmente reprobables, sea por no pertenecer al ámbito de la justicia sino a otras virtudes, sea por no cumplir las tres condiciones antes señaladas de exterioridad, politicidad y factibilidad. Ninguna moral aceptaría pronunciar un juicio de bondad a una persona que solamente cumpliera estrictamente los preceptos jurídicos.

4. *La prescripción jurídica introduce una prescripción moral en los casos en que ese contenido no esté prohibido ni ya prescrito por el juicio moral*. Esto

---

<sup>42</sup> Cf. S. ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías* II, 10; V, 21. S. TOMÁS, *S. Th.* I-II, q. 95 a. 3; q. 96 a. 2.

<sup>43</sup> Mientras el derecho romano privilegia el sentido político de la ley y entonces reclama su cumplimiento aunque sea una tarea ardua (*dura lex sed lex*), el derecho canónico acentúa el carácter personalista y soteriológico de los mandatos por ello para no provocar una rebeldía del obligado reconoce la excepción a la obligación en caso de extrema dificultad (*lex cum gravi incommodo non obligat*) Cf. Código de Derecho Canónico 1323, 4º y 1324, 1,5º. La anteriormente vista objeción de conciencia puede considerarse como un caso de versión secularizada del principio del grave incómodo, donde la incomodidad reside en el conflicto personal entre los deberes legales y morales respectivamente.

<sup>44</sup> Cf. G. DEL VECCHIO, *Diritto, società e solitudine*. Torino, 1957, 13.

<sup>45</sup> *Constitución de la Nación Argentina*, Art. 19: «Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe».

significa que una conducta puede resultar moralmente debida *porque* es jurídicamente debida. El fundamento de esta obligación se encuentra en la aplicación del precepto moral de obedecer a la autoridad legítima como algo justo y debido<sup>46</sup>.

Esta inclusión de lo jurídico en lo moral por el origen jurídico de la determinación de la conducta normada, es negada por la teoría de las leyes puramente penales (*leges mere poenales*), atestiguada ya en el siglo XIII. Ella sostiene que el contenido legal sólo procede de la voluntad del legislador por ello no implica una obligación moral racional a cumplirlo, sino solamente a cumplir la pena en caso de ser castigado. La tesis que aquí sostenemos significa que no es posible considerar éticamente honesto al que viola las prescripciones jurídicas moralmente admisibles.

5. *Las leyes jurídicas necesitan promover el desarrollo moral en sus obligados para asegurar un cumplimiento presumible y evitar la necesidad de recurrir a la coacción ni siquiera psicológica.* Aunque la formalidad jurídica esté cumplida en general en la exterioridad, sin embargo la adhesión interna a las obligaciones legales por la presencia de la virtud de la justicia en los obligados, garantiza una vigencia efectiva sin recurso a los tipos de coacción. Ordinariamente la vida jurídica de una sociedad se desenvuelve por esta espontaneidad voluntaria de sus miembros; cuando se hace necesaria la coacción, la articulación de los dinamismos sociales se ve dificultada.

Ahora bien, por los presupuestos de distinción antes mencionados, esta promoción de la moral desde lo legal tiene un requisito fundamental de realización: no puede ingresar al fuero moral en sentido propio, sino que ha de actuar indirectamente. Esta acción indirecta tiene a su vez dos caminos: a) no apoyando las actividades consideradas inmorales, b) promoviendo las instituciones y acciones que favorecen la moralidad de los miembros de la sociedad.

Esta promoción de la moral desde la legalidad estatal no significa una confusión de órdenes según los modelos totalitarios o fundamentalistas, sino el reconocimiento realista de la unidad de la persona y de sus conductas, de manera que las distinciones formales entre la especificidad de lo jurídico y lo moral no conlleve una separación utópica, sino una lógica articulación para la plena vigencia del derecho en la paz, y la integridad antropológica de sus actores por la plenitud de la virtud de la justicia acompañada de otras virtudes en la unidad de la personalidad. Principalmente le interesa

---

<sup>46</sup> Cf. S. TOMÁS, *S. Th.* I-II, q. 96 a. 4.

a la vida jurídica que se promueva la virtud de la justicia, ordenadas a ésta las demás virtudes<sup>47</sup>.

La experiencia histórica de las culturas cristianas impulsadas por el universalismo de la caridad ha mostrado que el reconocimiento del otro, su acogida y la comunicación interpersonal con sentido de teleología común que hace nacer y funcionar mejor a la vida jurídica son más amplios que las razones de la pura justicia política<sup>48</sup>. Aunque para mantenerse en su especificidad lo jurídico no prescinda de la estrictez y de la dureza controversial de lo justo, y por ello no tenga la amplitud de la caridad, sin embargo ésta es un horizonte y un suelo fecundo para la justicia.

Antes que confiar en que las cárceles reeduquen a los delincuentes, es mejor promover que desde niño se aprenda a no robar ni matar, a respetar y cuidar los ancianos, a ayudar a los pobres, a cumplir los deberes y a ser generosos con los demás desde lo propio en la vida común. Por más que los principios morales valgan por sí mismos, sólo adquieren efectividad histórica cuando han sido asimilados por las personas y los pueblos al punto que llegan a parecer algo instintivo en ellos; la moral genera organizaciones pero ninguna organización de por sí genera una moral<sup>49</sup>.

6. *Los conflictos entre derecho y moral se plantean precisamente sobre el aspecto objetivo.* Si fuera realista la escisión entre interioridad moral y exterioridad jurídica el problema no existiría. El conflicto se verifica cuando hay contradicción propiamente dicha, una instancia manda lo que la otra prohíbe. El carácter absoluto y autónomo de la moral reivindica su superioridad ante el mandato jurídico que viene de fuera y es relativo porque procede de una voluntad humana que debiera también someterse al mandato moral<sup>50</sup>. Por ello es percibido como un ataque violento a la personalidad del obligado.

Históricamente se señalan casos paradigmáticos de *martirio* como el de Sócrates, los Macabeos, Jesús, Tomás Moro (1478-1535) y muchos cientos de miles que padecen el castigo sin ceder en la coherencia con los mandatos morales pero que no oponen al mandato legal otro vigor que la

---

<sup>47</sup> Cf. S. TOMÁS, *S. Th.* I-II, q. 96, a. 3.

<sup>48</sup> Cf. S. COTTA, *Prospettive di filosofia del diritto*. Torino, Giappichelli, 1979, p. 204-212.

<sup>49</sup> Cf. R. GUARDINI, *El poder*. Madrid, Cristiandad, 1982, p. 61-62.

<sup>50</sup> Recuérdese el claro principio de superioridad enunciado por ARISTÓTELES, *Política* III, 11 (1287 b 5), que había proclamado SÓFOCLES, *Antígona* 454-455. También CICERÓN, *De Republica* III, 22, 33.

autonomía del no obrar lo legalmente prescrito por reconocer la superioridad del mandato moral<sup>51</sup>.

Pero también el conflicto moral ha generado históricamente y lo sigue haciendo la cuestión de *la resistencia a la autoridad* cuando su mandato es injusto o inmoral. La reflexión filosófica ha tematizado diversos tipos de resistencia.

La forma más simple es la *resistencia pasiva o desobediencia*, que consiste en la no ejecución de la conducta prescrita. Cuando esta actitud no es sólo personal sino generalizada se suele hablar de *desobediencia civil*. Se trata no ya de un conflicto entre la norma y la conciencia individual sino entre aquella y una apreciación social sobre la moral política y sus exigencias jurídicas. Es decir que argumenta desde la base de legitimidad que alimenta al orden jurídico. Se trata de una acción pública (si fuera oculta sería más bien un *sabotaje*). Se dirige a la opinión pública, y desde ella a la autoridad, persiguiendo la modificación de las normas por la recepción operativa de los principios de justicia invocados.

Una segunda forma es la *resistencia activa no-violenta*, se trata de una conducta positiva de oposición a la norma legal cuestionada, actuando dentro del marco jurídico general y usando los medios que éste provee. Las dos primeras formas sólo cuestionan un determinado mandato legal.

En cambio la tercera ataca a la misma autoridad o al sistema legal de modo general, se trata de la *resistencia activa violenta*. Como recurso extremo requiere algunas condiciones para que moralmente se la pueda considerar pertinente, al menos las siguientes: a) que la injusticia sea constante e intolerable, b) haya un consenso generalizado y ponderado acerca de la gravedad de la situación, c) exista fundada esperanza sobre la posibilidad de éxito, d) no se prevea una consecuente situación peor que la primera.

Este camino revolucionario implica que la autoridad o el sistema han caducado en su legitimidad por su contenido objetivo y supone el principio jurídico-político de la racionalidad y razonabilidad del poder.

Ante el panorama del alcance que puede adquirir el conflicto entre moral y derecho cabe recordar la dificultad propia de la verdad en los juicios prácticos. En ellos resulta accesible la certeza en pocos principios y son más frecuentes la opinión y la duda en la generalidad de los casos. También cabe recordar el cuadro de oposición de las proposiciones para no tomar como contradictorias

---

<sup>51</sup> Cf. PLATÓN, *Apología de Sócrates* 29 b. Véase también 2 M 7. Jn 19, 11. Hch 5, 29.

las que en realidad sean contrarias o subcontrarias y, por tanto, no se excluyan necesariamente como cursos de acción en la vida social. De allí la necesidad de revisión responsable de la propia tesis moral y la ponderación de los reales alcances del conflicto por la jerarquía de los bienes en juego y de las consecuencias que se siguen para atacar el bien del orden por la desobediencia. Por ello no nos parece un camino tan fácilmente evidente y emprendible.

Ahora bien, por esta misma razón de la dificultad de los juicios prácticos se sigue una consecuencia para el ejercicio de la autoridad. Si bien es cierto que no es requisito de validez de las normas su aprobación por la conciencia de los obligados, sino que la misma se basa en su contenido, origen y forma, también es cierto que cabe el error en el juicio práctico de la autoridad, por ello ha de ponderar cuidadosamente lo que pueda ser justo en las circunstancias. El motor de la búsqueda deliberativa del contenido normativo para que sea justo reclama también, por tanto, que la voluntad del legislador y del juez esté animada (rectificada) por la virtud de la justicia.

Pero, además, es cierto que en el paso de la convicción interna al mandato externo para la sociedad, y no ya para sólo sí mismo, en el paso de su propia autonomía a la heteronomía en que consiste la autoridad social, se tiene la experiencia del valor de la instancia autónoma de la moralidad. Por ello es razonable que en el conflicto con la objeción de conciencia y las formas de resistencia, si correspondieran penas éstas no pueden ser jamás de carácter infamante (es decir que vulneren al condenado en sus convicciones morales o cuestionen su coherencia).

### **La coherencia del realismo**

En todas estas consideraciones hemos tratado de tomar en cuenta lo que ocurre en la vida jurídica cuando se la vive con la autenticidad de un filósofo o al menos de una convicción ética. La posición políticamente correcta de no mencionar cuestiones morales en la vida pública nos resulta una utopía en el sentido más estricto: algo que no tiene cabida en la realidad humana completa. Callar y negar los dinamismos de la eticidad es pretender mutilar la capacidad humana. Como siempre las verdaderas utopías resultan violentas y fundamentalistas, pero sobre todo no sustentables en un discurso responsable.

La experiencia humana de la eticidad consiste precisamente en el reconocimiento de normas de conducta que manifestándose en el interior del sujeto se le presentan superiores a él, por eso le resultan imperativas. Es

extraño a esta experiencia que los mandatos morales sean de disponibilidad arbitraria del sujeto. Por ello lo más adecuado a esta experiencia y al sentido espontáneo es, a nuestro parecer, el intrinsecismo deontológico que funda los absolutos morales<sup>52</sup> tras una larga y consistente argumentación, aunque para la cuestión de la relación con lo jurídico alcance cualquier sistema ético que respalde la determinación de un contenido de moralidad reconocible.

En cuanto la política se nutre de convicciones morales y las expresa tratando de trasladarlas al plano jurídico en el diseño normativo y en la jurisprudencia, no sólo es pertinente atender a las restricciones expresadas anteriormente para este pasaje en 3..2, sino también tener positivamente presente esta pertenencia. Decía *Gustav Radbruch* (1878-1949) que si bien el derecho no puede realizar directamente la moral pues ésta supone la libertad en todo su ejercicio, lo jurídico «es la *posibilidad* de la moral, con lo cual dicho está que es también la posibilidad de lo *inmoral*»,<sup>53</sup> en cuanto aquello que la conciencia puede descubrir como un *deber* al juridizarse adquiere el carácter de *obligación*: de un deber ante otros, habiendo humanamente quien reclame.

Con razón recuerda *A. F. Utz* (1908-2001) que el mundo jurídico necesita mantenerse consciente de su origen moral y que «una sociedad con elevado sentido ético puede introducir en su derecho un contenido de valores morales mayor que el de una sociedad que se halle a bajo nivel moral». Asimismo que la *minima moralia* susceptible de juridización no es el “ideal de la política jurídica”, sino que su horizonte es mayor<sup>54</sup>.

En efecto, las discusiones mayores en el campo legislativo y en la doctrina jurisprudencial se deben a cuestiones de origen moral. En estos casos debe advertirse que *todas* las posiciones en cuestión pertenecen al plano moral, si no fuera así no habría oposición<sup>55</sup>. Por tanto es necesario clarificar cuál es propiamente el asunto en debate, el ámbito epistemológico al que

---

<sup>52</sup> Cf. J. FINNIS, *Absolutos morales*. Barcelona, EUSA, 1992.

<sup>53</sup> G. RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*. Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1974, p. 56.

<sup>54</sup> Cf. A. F. UTZ, *Ética social* (t. 2). Barcelona, Herder, 1964, p. 124-127. Sin embargo sorprende en este autor que después de haber sostenido entre derecho y moral sólo una “distinción de razón” (124), niegue la identidad intrínseca para contenidos del derecho positivo (126).

<sup>55</sup> Una falacia argumental muy recurrente es la situar solamente a la otra parte en el plano de las definiciones morales, reivindicando para la propia una cierta neutralidad, verdaderamente inexistente. También es una falacia invocar solamente para sí la condición de argumentador moral, negándola para la contraparte.

pertenece y argumentar en esa sede antes de pasar a la decisión política. Ésta se constituye en el horizonte de una visión más amplia que lo jurídico, el ámbito de lo que es bueno para el hombre y en cuanto es bueno para los hombres de una sociedad concreta.

Las utopías políticamente correctas para nuestro tiempo desdeñan tomar en cuenta que la trama social está tejida de los hábitos de vida, que forman entre los coetáneos unos vínculos semejantes en su solidez a los que originan los lazos de sangre<sup>56</sup>. Si recogemos de la sociología la base de la trama social como una amistad compuesta de parentesco, hábitos morales y memoria común, tendremos el escenario y los personajes a quienes pertenece el libreto del diseño jurídico, con un realismo político que pueda hacerse cargo del dinamismo presente y tender hacia un futuro común.

Decíamos al principio que este problema ha sido llamado el cabo de Hornos o cabo de los naufragios, esperamos no haber naufragado en nuestro tratamiento de las relaciones entre derecho y moral, y si no hemos llegado a buen puerto al menos seguir remando.

Julio Raúl Méndez  
Universidad Nacional de Salta

---

<sup>56</sup> Cf. F. TÖNNIES, *Comunidad y asociación. Homo sociologicus*. Barcelona, Península, 1979, p. 247.