

Miguel Reale

CATEDRÁTICO DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE SÃO PAULO

Al lector



INTRODUCCIÓN AL DERECHO

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO

N.º REGISTRO 39.69

SIGNATURA

FIL 20790

D. 45.472

K: 725.168



Ediciones Pirámide, S. A. - Madrid

5

Derecho y Moral

SUMARIO:

- La teoría del mínimo ético.
 - El cumplimiento de las reglas sociales.
 - Derecho y coacción.
 - Derecho y heteronomía.
 - Bilateralidad atributiva.
 - Breves datos históricos.
 - Comparación con las normas de trato social.
-

Nos encontramos, ahora, ante uno de los problemas más difíciles y también más bellos de la Filosofía Jurídica: el de la distinción entre Moral y Derecho. No pretendo, ahora, agotar el tema, sino más bien dar algunos elementos necesarios para no confundir ambos conceptos, aunque sin llegar a confundirlos. No raras veces el avanzar en el conocimiento de la verdad radica en distinguir las cosas sin separarlas. Al hombre de poca cultura le basta con percibir una diferencia entre dos seres para inmediatamente oponerlos; pero los más experimentados conocen el arte de distinguir sin separar, siempre que no haya razones esenciales que justifiquen la contraposición.

Muchas son las teorías acerca de las relaciones entre el Derecho y la Moral. Nos limitaremos a tratar algunos puntos de referencia esenciales, teniendo en cuenta de modo especial el papel que desempeñaron en el desenvolvimiento histórico de la problemática que el tema presenta¹.

1. La teoría del mínimo ético

En primer lugar, recordemos la teoría del «mínimo ético» ya expuesta de alguna manera por el filósofo inglés Jeremías Bentham y desarrollada, más tarde, por varios autores entre los que se cuenta el gran jurista alemán de fines del siglo pasado y principios de éste, Georg Jellinek.

La teoría del mínimo ético consiste en afirmar que el Derecho representa el mínimo de Moral necesario para que la sociedad pueda sobrevivir. Como no todos pueden ni quieren cumplir de una manera espontánea las obligaciones morales, se hace indispensable dolo de fuerza ciertos preceptos éticos para que

¹ Para mayores desarrollos vease nuestra *Filosofía do Direito*, 7.^a edición, cit., vol. II.

la sociedad no zozobre. La Moral, dicen los partidarios de esta doctrina, se cumple de manera espontánea; pero como las violaciones son inevitables, es necesario que se castigue con más vigor y rigor la transgresión de los dispositivos que la comunidad considera indispensables para la paz social. Así, el Derecho no aparece como algo diverso de la Moral, sino que es una parte de ésta, protegida por garantías específicas.

La teoría del mínimo ético puede esquematizarse a través de la imagen de dos círculos concéntricos de los cuales el mayor corresponde a la Moral y el menor al Derecho. De esta suerte aparecerá un campo de acción común a ambos, estando el Derecho comprendido dentro de la Moral. Conforme con este símil podríamos decir que «todo lo que es jurídico es moral, pero no todo lo que es moral es jurídico».

¿Son aceptables los principios de esta doctrina? ¿Será correcto afirmar que todas las normas jurídicas se contienen dentro del plano moral? El bien social ¿se realiza siempre que se alcanza la plena satisfacción de los valores de la subjetividad, es decir, el bien personal de cada uno?

Observemos que fuera de la Moral existe lo «inmoral»; pero existe también lo «amoral». Una regla de circulación viaria —por ejemplo, aquella que exige que los vehículos circulen por la derecha— es una norma jurídica. Pero si mañana el legislador, obedeciendo a imperativos técnicos, opta por la izquierda ¿podrá decirse que esta decisión influye en el campo moral? Evidentemente, no. El Derecho Procesal establece que el demandado debe contestar a la demanda dentro de un plazo determinado. Y ¿por qué no otro? Si fuese otro ¿podríamos decir que el cambio influiría en la vida moral? Evidentemente, no. El artículo 1.301 del Código Civil establece que la acción de nulidad de los contratos cuando adolezcan de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley (art. 1.300) «sólo durará cuatro años». ¿Por qué no un plazo de cinco años o de tres años y medio? Son razones puramente técnicas, de utilidad social, las que resuelven muchos problemas de carácter jurídico. Por tanto, no es exacto decir que todo lo que sucede en el mundo jurídico sea dictado por motivos de orden moral.

También existen actos jurídicamente lícitos que no lo son desde el punto de vista moral. Tomemos, por ejemplo, el caso de una sociedad mercantil de dos socios, uno de los cuales se dedica totalmente a los objetivos de la empresa, mientras que el otro descansa en el trabajo ajeno prestando de tarde en tarde una débil colaboración a fin de justificar su participación en los beneficios sociales. Si el contrato social establece para cada socio una compensación igual, ambos recibirán la misma cantidad. Cabe preguntar: ¿es esto moral? Hay, pues, un campo de la Moral que no se confunde con el campo jurídico.

El Derecho llega a tutelar muchas materias que no son morales. Un hecho concreto puede provocar nuestra repulsa íntima sin que, acaso, pueda ser objeto de reclamación jurídica. Muchas relaciones amorales o inmorales se realizan al amparo de la ley, creciendo y desenvolviéndose sin que aparezcan

obstáculos jurídicos a las mismas. La aspiración constante de que el Derecho tutele sólo lo «lícito-moral» no es plenamente realizable en la práctica; a pesar de todas las providencias posibles, siempre permanece un residuo inmoral que es tutelado por el Derecho. Hay, pues, que acotar una esfera dentro del campo jurídico que si no es inmoral, al menos es amoral y que induce a representar al Derecho y a la Moral como dos círculos secantes. Podemos decir que estas dos representaciones —la de los dos círculos concéntricos y la de dos círculos secantes— corresponden a dos concepciones: la primera, referida a la concepción ideal, y la segunda mirando a la concepción real o pragmática de las relaciones entre el Derecho y la Moral. Si bien las representaciones gráficas tienen sus venlujas y sus desventajas —entre estas últimas está la de simplificar excesivamente los problemas—, sin embargo, sirven, al iniciar los estudios, de puntos de referencia para ulteriores investigaciones.

El cumplimiento de las reglas sociales

Si analizamos los hechos que generalmente suceden en la sociedad o los que nos rodean en nuestra vida cotidiana, podemos comprobar que existen reglas sociales que son cumplidas de manera espontánea. A su lado existen otras reglas que los hombres solamente cumplen en determinadas ocasiones cuando son forzados a ello. Hay, pues, una distinción entre cumplimiento espontáneo y cumplimiento obligatorio o forzado de las reglas sociales.

¿A cuál de estas categorías pertenece la Moral? Podemos decir que la Moral es el mundo de la conducta espontánea, el mundo del comportamiento que encuentra en sí mismo su razón de existir. El acto moral indica la adhesión del espíritu al contenido de la regla. Sólo tenemos Moral auténtica cuando el individuo, por un movimiento espiritual espontáneo, realiza el acto enunciado por la norma. No es posible concebir acto moral fruto de ía fuerza y de la coacción. Nadie puede ser bueno por la violencia. Sólo es posible practicar el bien en sentido propio cuando él nos atrae por lo que en sí mismo vale y no por la interferencia de terceros o por la fuerza que venga a consagrar la utilidad o la conveniencia de una actitud. Aun cuando haya reparos a poner a la ética kantiana por su excesivo formalismo —ética que pretende el cumplimiento riguroso de «el deber por el deber»—, queda fuera de duda que Kant vislumbró una verdad esencial cuando puso en evidencia la espontaneidad del acto moral.

La Mora! para realizarse auténticamente debe contar con la adhesión de los obligados. Quien practica un acto, consciente de su moralidad, se adhiere por lo mismo al mandamiento que acata. Si respeto a mi padre, practico un acto en la plena convicción de su intrínseca valía, coincidiendo el dictamen de mi conciencia con el contenido de la regla moral. ¿Acontecerá lo mismo con el Derecho? ¿Habrá siempre una adecuación entre mi manera de pensar y obrar y el fin que, en abstracto, prescribe la regla jurídica? En el plano de la Moral,

como ya hemos dicho, esta coincidencia es esencial. Pero esto mismo no ocurre en el mundo jurídico.

Otro ejemplo viene a esclarecer la cuestión. Es un ejemplo traído de mi experiencia profesional y que puede repetirse con cualquiera de los oyentes u lo largo de esta vida llena de imprevistos y de dramas que nos dejan perplejos. Cierta vez fui llamado a una residencia de ancianos que me expusieron MI angustiosa situación económica, carentes como estaban de los más elementales medios de subsistencia. Como decían los romanos en su comprensión realista de la vida, la vejez es la peor de las dolencias. Los ancianos me revelaron que un industrial de gran capacidad económica, poseedor de fábricas y establecimientos comerciales, no solamente se negaba a prestarles toda asistencia, sino que también prohibía a sus familiares y deudos que lo hicieran. Ahora bien, el Código Civil brasileño, como el de todas las naciones civilizadas, consagra el principio de solidaridad económica entre los cónyuges y los parientes. En ese sentido, los descendientes no pueden descuidar la asistencia debida a los padres y abuelos cuando éstos se encuentran en dificultades económicas por motivos que no puedan ser superados. Se trata evidentemente de un precepto de orden jurídico que es, al mismo tiempo, de orden moral. Es el principio de solidaridad humana, o mejor todavía de solidaridad familiar, que dicha regla jurídica consagra en los Códigos; si la ley civil establece la obligación de prestar alimentos, la ley procesal asegura a los necesitados los remedios indispensables para la realización de este desiderátum, gracias a í > intervención del juez.

Como en el caso concreto que me fue dado conocer como abogado, demos por hecho que el hijo no ceda a razones y se niegue obstinadamente a prestar asistencia a sus progenitores. No quedará a los padres más que un camino: el de ejercitar una acción procesal para urgir la obligación de dar alimentos. Realizada la prueba demostrando la carencia económica de los interesados y de la suficiencia del hijo para pagar la cantidad señalada por los peritos, el juez dictó sentencia condenando al hijo a pagar una pensión alimenticia mensual. Esta sentencia, después de la apelación pasó a cosa juzgada, esto es, se convirtió en sentencia ante la cual no cabía ya recurso alguno. Sentencia firme es aquella contra la cual no es posible recurso; es una sentencia que se hace exigible porque los órganos del poder judicial se han pronunciado de una manera definitiva. Estábamos, pues, ante una sentencia y podíamos promover su ejecución respondiendo los bienes del hijo como garantía de que se realizaría lo dispuesto por el juez.

El hijo hizo efectivo el pago de la pensión, pero de mala gana: vencido, pero no convencido. Yo me pregunto: ¿hasta qué punto la regla moral coexiste en este caso con la regla jurídica? ¿hasta qué punto el pago pudo convertirse en una acción moral? La regla moral de asistencia a los ascendientes no coincide con la regla jurídica desde el momento en que se hace indeclinable el recurso a la fuerza a través del poder judicial. En el momento en que los padres

Comparecieron ante el juez para interponer la acción a fin de lograr la prestación del deber filial, la regla moral no acompañó a la regla jurídica, sino que quedó momentáneamente eclipsada por falta de apoyo en el plano de la conciencia del obligado; en realidad, el Derecho se pone al servicio de la Moral para suplir la falta de adhesión espontánea a su imperativo de solidaridad humana.

La Moral es incompatible con la violencia, con ía fuerza, o sea, con la coacción; incluso cuando la fuerza se manifiesta como fuerza jurídicamente organizada. El hijo que mensualmente paga la prestación alimenticia obligado por el imperativo de la sentencia sólo practicará un acto moral el día en que se convenza de que no está cumpliendo una obligación impuesta, sino que está practicando un acto que le enriquece espiritualmente, enriquecimiento que será mas valioso cuanto menos piense en el cálculo de sus intereses.

Derecho y coacción

El cumplimiento obligatorio de la sentencia satisface al mundo jurídico, pero continua ajeno al campo propiamente moral. Esto nos demuestra que existe, entre el Derecho y la Moral, una diferencia básica que podemos indicar con esta expresión: la Moral es incoercible y el Derecho es coercible. Lo que distingue al Derecho de la Moral, es, por tanto, la coercibilidad. Coercibilidad es una expresión técnica que sirve para mostrar la plena compatibilidad que existe entre el Derecho y la fuerza.

Hay tres posturas diferentes respecto de la relación entre Derecho y fuerza. Una *primera teoría*, imbuida de eticismo absoluto, sostiene que el Derecho nada tiene que ver con la fuerza, ni en su aparición ni en su realización. Según los partidarios de esta doctrina habría, con referencia al Derecho, la misma incompatibilidad que hay con la Moral. Esta teoría idealiza el mundo jurídico, perdiendo de vista lo que efectivamente sucede en la sociedad.

En el campo diametralmente opuesto, tenemos *la teoría de la coacción*, que ve en el Derecho una efectiva expresión de fuerza. Para Jhering, uno de los mayores juristas del siglo pasado, el Derecho se reduce a «norma+coacción», lo cual fue seguido con entusiasmo por Tobías Barreto que lo definió como «la organización de la fuerza». Según esta concepción, podríamos definir el Derecho como la ordenación coercitiva de la conducta humana. Ésta es la definición masiva del Derecho dada por uno de los grandes maestros contemporáneos, Hans Kelsen, que, aun nonagenario, se mantuvo siempre fiel a sus principios del normativismo estricto.

A título de ilustración cabe recordar que Jhering simbolizaba la actividad jurídica con una espada y una balan/a: el Derecho no sería el equilibrio de la balan/a si no estuviese garantizado por la fuerza de la espada. Idea que está en

consonancia con lo expuesto por él en su famoso libro *La lucha por el Derecho*, que mi generación leía con entusiasmo.

La teoría de la coacción logró larga adhesión en la época del predominio positivista, siendo después objeto de críticas aceradas comenzando por la observación fundamental de que generalmente se da el cumplimiento espontáneo del Derecho. Millares de contratos se ejecutan espontáneamente, siendo muy reducido el número de los que engendran conflictos sujetos a la decisión judicial. No se puede definir la realidad jurídica en función de lo que excepcionalmente acontece.

Por otro lado, la coacción ya es, en sí misma, un concepto jurídico, dándose la interferencia de la fuerza en virtud de la norma que la prevé, la cual, a su vez, presupone otra manifestación de fuerza y, por consiguiente, otra norma superior; y así sucesivamente hasta llegar a una norma pura o a la pura coacción. Fue esta objeción la que Hans Kelsen procuró superar con su teoría de la norma fundamental, teoría que estudiaremos más adelante.

Lo que hay de verdad en la doctrina de la coacción es la verificación de la compatibilidad del Derecho con la fuerza, lo que ha dado lugar a la aparición de una tercera teoría que pone el problema en términos más rigurosos: es la *teoría de la coercibilidad*, según la cual el Derecho es la ordenación coercible de la conducta humana.

La diferencia está en un adjetivo, pero es fundamental. Para unos la fuerza está siempre presente en el mundo jurídico, es inmanente al mismo y, por tanto, le es inseparable. Para otros, la coacción en el Derecho no es efectiva, sino potencial, representando una segunda línea de garantía de la ejecución de la norma cuando se revelan insuficientes los motivos que, comúnmente, impulsan a los interesados a cumplirla.

La teoría de la coercibilidad, cierta en cuanto revela la posibilidad de la existencia de ejecuciones jurídicas compulsorias sin que esto comprometa su juridicidad, nos deja en el vestíbulo del problema, pues surge inmediatamente la pregunta: ¿qué es lo que explica esta compatibilidad entre el Derecho y la fuerza?

Derecho y heteronomía

Por los ejemplos dados hasta ahora se ve que podemos obedecer o no a las normas de Derecho de las cuales somos los destinatarios. Éstas son puestas por el legislador, por los jueces, por los usos y costumbres, siempre por terceros, pudiendo coincidir o no sus mandamientos con las convicciones que nosotros tenemos sobre la cuestión.

Podemos criticar las leyes de las cuales disentimos, pero debemos obrar en conformidad con ellas, les demos o no la adhesión de nuestro espíritu. Esto significa que ellas valen objetivamente, independientemente y a despecho de la opinión y del querer de los obligados.

Esta validez objetiva y transpersonal de las normas jurídicas que, por así decirlo, se sobreponen a las pretensiones de los sujetos de una relación superándolas en la estructura de un querer irreductible al querer de los destinatarios, es lo que se denomina *heteronomía*. Fue Kant el primer pensador que enunció esta nota diferenciadora, afirmando que la Moral es *autónoma* y el Derecho *heterónimo*. No todos pagan los impuestos de buen grado; el Estado no pretende que al pagar un tributo el contribuyente lo haga con una sonrisa en los labios, le basta con que el pago se haga en las fechas determinadas. Nada más absurdo y monstruoso que la idealización de un *homo iuridicus*, modelado según el Derecho y destinado a practicarlo con rigurosa fidelidad a las estructuras normativas.

En el Derecho se da un cierto carácter de «extranjería» del individuo con relación a la regla, ya que decimos que el Derecho es *heterónimo* por ser puesto por terceros aquello que jurídicamente estamos obligados a cumplir.

Se dirá que los terceros son el Estado y que el Estado está constituido por la sociedad de los hombres, de manera que, en último análisis, nos estamos gobernando a nosotros mismos. Es una satisfacción poder pensar que nos estamos autogobernando y dictando las reglas que debemos obedecer. Con todo, no siempre existe esta aquiescencia, porque podemos estar en espíritu contra la ley y, al mismo tiempo, estar obligados a obedecerla. La ley puede ser injusta e inicua, pero en cuanto no ha sido revocada o no ha caído en desuso manifiesto, obliga y se impone contra mi voluntad; lo cual no impide que se deba, en la medida de lo posible, neutralizar o atenuar el rigor del Derecho injusto². El carácter de heteronomía es, por tanto, mucho más profundo de lo que a primera vista parece. De ahí que podamos dar un paso más y decir que el *Derecho es la ordenación heterónoma y coercible de la conducta humana*.

Llegados a este punto, surge la siguiente pregunta; el Derecho, ¿es coercible y heterónimo como razón última o se presenta así en virtud de otro requisito que es esencial?

Bilateralidad atributiva

Durante mucho tiempo los juristas, bajo la influencia de la escuela positivista, se contentaron con la presentación del problema en términos de coercibilidad. Pronto renunciaron a la «teoría de la coacción en acto», para aceptar la «teoría de la coacción en potencia»; o sea, después de ver al Derecho como *coacción efectiva* pasaron a apreciarlo como posibilidad de coacción, pero nunca aban-

² Queremos llamar la atención sobre la importancia del problema de la obligatoriedad o no obligatoriedad del llamado «Derecho injusto» que hoy, como ayer, tanta relevancia tiene en la construcción de un orden social justo que miele los derechos fundamentales humanos. El pensamiento iusfilosófico español, clásico y actual, puede aportar elementos muy valiosos, dentro de variadas encrucijadas históricas, para salvar el esencial contenido de justicia que debe poseer todo auténtico Derecho. (N. del T.)

donaron el elemento coercitivo. Éste permaneció como elemento último en la determinación del Derecho. Podemos decir que el pensamiento jurídico contemporáneo no se contenta con el concepto de «coacción potencial», sino que, con mayor profundidad, procura penetrar más al interior de la experiencia jurídica para descubrir la nota distintiva esencial del Derecho. Ésta es, según nuestro criterio, la *bilateralidad atributiva*.

La teoría de la bilateralidad atributiva, a la cual he dado desarrollo propio, corresponde a la posición de otros iusfilósofos contemporáneos. Así, por ejemplo, Del Vecchio dice que la Moral se distingue del Derecho por el elemento de «bilateralidad», «alteridad» o «intersubjetividad», dando a estos términos un sentido tal vez equivalente al que enunciamos con el adjetivo «atributivo». Un jurista polaco integrado en la cultura rusa del siglo pasado, Petrazinski, emplea la expresión «imperatividad atributiva». Por otro lado, no podemos olvidar los antecedentes de la doctrina contenidos en los conceptos de «relación» de Aristóteles, de «alteritas» de Santo Tomás, de «exterioridad» desarrollado por Christian Thomasius, y en el de «heteronomía» expuesto por Kant, o en el del «querer entrelazante» de Stammler, etc.³.

En orden a caracterizar lo que va a ser la «imperatividad atributiva», Petrazinski nos da un ejemplo que reproducimos con algunas modificaciones. Imaginemos que un hombre acomodado, al salir de casa, se encuentra con un viejo amigo de infancia que, impulsado por la necesidad, le pide una ayuda de cinco rublos, recibiendo una negativa formal y violenta. Acto seguido, la misma persona toma un coche para ir a determinado lugar. Al finalizar el trayecto, el cochero le cobra cinco rublos. La diferencia de la situación es muy grande entre el cochero que cobra cinco rublos y el amigo que solicitaba la misma cantidad. En el caso del amigo que pedía limosna había un nexo de posible solidaridad humana, de caridad; pero en el caso del cochero tenemos un nexo de crédito por efecto de la prestación de un servicio. En el primer caso, no hay vínculo de exigibilidad; lo que no sucede en el segundo, pues el cochero puede exigir el pago de la tarifa. Este ejemplo nos demuestra cómo el Derecho implica una relación entre dos o más personas según un cierto orden objetivo de exigibilidad.

Por los estudios que hemos desarrollado sobre la materia pensamos que se da bilateralidad atributiva cuando dos o más personas se relacionan según una proporción objetiva que les autoriza a pretender o a exigir algo con garantías. Cuando un hecho social presente este tipo de relación, decimos que es jurídico. Donde no existe proporción en el pretender, en el exigir o en el no hacer, no hay Derecho, de la misma manera que no existe éste si no hay garantía específica para tales actos.

³ Sobre estas perspectivas históricas, esenciales para la plena comprensión del tema, véase el párrafo siguiente y lo que hemos escrito en *Filosofado Direito*, cit., vol. II.

Bilaterialidad atributiva es, pues, una proporción intersubjetiva en función de la cual los sujetos de una relación son autorizados para pretender, exigir o hacer garantizadamente algo.

Este concepto se desdobra en los siguientes elementos complementarios:

- a) Sin una relación que una dos o más personas no se da Derecho (*bilaterialidad en sentido social, como intersubjetividad*).
- b) Para que haya Derecho es indispensable que la relación entre los sujetos sea *objetiva*, esto es, no susceptible de ser reducida unilateralmente a cualquiera de los sujetos de la relación (*bilaterialidad en sentido axiológico*).
- c) De la proporción establecida debe resultar la atribución garantizada de una pretensión o acción que se puede imitar a los sujetos de la relación o extenderse a terceros (*atribución*).

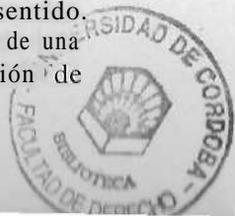
Es evidente que podríamos emplear otras expresiones para designar la nota distintiva del Derecho como, por ejemplo, *proporción atributiva*; pero lo esencial es comprender la sustancia de la cuestión captando el concepto de la misma en su concreción.

No estarán de más algunas consideraciones complementarias que sirvan también para deshacer algunos equívocos frecuentes en esta materia.

En un contrato de corretaje, por ejemplo, el propietario o el intermediario se relacionan para efectuar la venta de un predio, estando autorizado el corredor a prestar sus servicios con la garantía de una retribución proporcional al precio fijado. En éste, como en los demás vínculos contractuales, ninguna de las personas debe quedar a merced de la otra; la acción de ambas está subordinada a una *proporción transpersonal u objetiva* que se resuelve en una relación de prestaciones y contraprestaciones recíprocas.

Por esto no es esencial que la *proporción objetiva* siga el modelo de la *reciprocidad* propia de las relaciones contractuales. Basta que la relación se estructure según una proporción que excluya la *arbitrariedad* (que es el no-Derecho) y que represente la concretización de intereses legítimos según criterios de racionalidad variables en función de la naturaleza y la finalidad de la vinculación. Por ejemplo, un negocio puede ser aleatorio, asumiendo una de las partes deliberadamente el riesgo de la operación acordada.

No se diga que el concepto de bilaterialidad o proporción atributiva sólo es aplicable al plano de las relaciones privadas, y que no es conforme ni con la estructura de las relaciones entre los particulares y el Estado, ni para caracterizar, por ejemplo, las reglas de organización de un servicio público. Se afirma que en esta clase de normas no hay proporción ni hay atribución, cuando lo que hay que advertir es que estos términos no pueden emplearse aquí en sentido contractual. KM realidad, cuando se instituye un órgano del Estado o de una sociedad particular, es inherente al acto de organización la atribución de



competencias para que los agentes o representantes del órgano puedan obrar según el *cuadro objetivo* configurado en la ley. Tiene, por consiguiente, siempre *proporción y atribución*.

Breves datos históricos

Ya en la más remota Antigüedad se intuyó que el Derecho no se confundió con la Moral. Desde los presocráticos hasta los estoicos, pasando por Platón y Aristóteles, las relaciones entre la Moral y el Derecho han sido enfocadas desde diversos ángulos. Aunque se den coincidencias entre estos autores y los que hemos estudiado antes, no se puede afirmar que, en Grecia, haya existido el propósito deliberado de determinar las notas distintivas del mundo moral y del mundo jurídico. Otro tanto puede decirse de los juristas romanos sobre todo al observar que *non omne quod licet honestum est* o que *cogitationis nemo poenam patitur*. Estas dos afirmaciones demuestran que los juristas romanos vislumbraron ía existencia del problema planteado acerca de la distinción entre Derecho y Moral.

Este problema, percibido desde la Antigüedad clásica, adquirió, en la Edad Moderna, un sentido más vital y pragmático especialmente después de los conflictos surgidos entre las diversas confesiones religiosas a partir de la Reforma protestante. Se produjeron luchas violentísimas en el mundo europeo con repercusiones también en el continente americano. Los protestantes se dividieron en diversas corrientes, de tal manera que no sólo hubo conflicto entre la Iglesia Católica y los protestantes, sino también entre éstos mismos. Cada Jefe de Estado se atribuyó el derecho a intervenir en la vida particular de los ciudadanos a fin de indagar sus convicciones religiosas: unos querían que sus subditos fueran católicos, otros que fuesen protestantes. Apareció entonces la necesidad de una delimitación clara de la zona de actuación del poder público, y se buscó a través de la distinción entre el mundo jurídico y el mundo moral y religioso. De esta forma, esta cuestión adquiriría un significado más profundo y urgente, impulsando a una toma de posición acerca del mismo.

El más notable de los estudiosos de esta materia fue el jurista alemán Thomasius que escribió su obra más importante entre 1700 y 1705. Este autor, que gozaba de la admiración de otra gran figura de la época, Wilhelm Leibniz, dirigió su atención al problema procurando presentar una diferencia práctica entre Derecho y Moral a fin de tutelar la libertad de pensamiento y de conciencia mediante una delimitación entre lo que llamó «fuero interno» y «fuero externo».

El Derecho, según él, sólo debe preocuparse de la acción humana una vez haya sido exteriorizada; la Moral, por el contrario, se refiere a lo que se realiza en el plano de la conciencia. Cuando una acción se desarrolla en el fuero interno, nadie puede interferirse ni obligar a hacer o a dejar de hacer. El Derecho, por consiguiente, rige las acciones exteriores del hombre, al paso que las acciones

íntimas pertenecen al dominio especial de la Moral. La Mora! y el Derecho quedaban así totalmente separados, sin posibilidad de invasión recíproca en sus campos, de suerte que la libertad de pensamiento y de conciencia recibía, a través de esta ingeniosa doctrina, una necesaria tutela.

La doctrina de Thomasius tuvo gran repercusión porque correspondía, en cierta forma, a una aspiración de la época. Basta recordar que Kant aceptó la teoría de Thomasius como casi todos sus contemporáneos. ¿Cuál es la resultante de esta teoría?

Si el Derecho sólo se cuida de las acciones exteriorizadas, solamente aquello que se proyecta en el mundo exterior se encuentra sujeto a una posible intervención del poder público. Ningún ciudadano puede ser procesado por el simple hecho de pensar, ni puede ser obligado a profesar tal o cual creencia. La coacción solamente surge en el momento en que la actividad del individuo se proyecta sobre la de los demás individuos pudiéndoles causar daño.

¿Qué decir a la postura de Thomasius? ¿Será exacto decir que el Derecho sólo cuida de aquello que se exterioriza sin tener en cuenta el mundo de la intención? En primer lugar, no es posible separar la acción de los hombres en dos campos estancos. Ella siempre es una y concreta, aunque pueda ser examinada en dos momentos sin descomponerse propiamente en dos partes. Por otro lado, si bien es cierto que el Derecho sólo aprecia la acción en cuanto esta se proyecta en el piano social, no es menos cierto que el jurista debe apreciar el mundo de las intenciones. El fuero interno es de suma importancia en la Ciencia Jurídica. En el Derecho Penal, por ejemplo, hacemos una distinción básica entre delitos dolosos y culposos. Dolosos son las infracciones a la ley penal que resultan de la intención premeditada del agente. El individuo que saca un arma con intención de herir a su enemigo, practica un crimen doloso, porque su acto es una concreción de su voluntad consciente. El delito culposo, por el contrario, es aquel mediante el cual alguien causa daño, pero sin la intención de realizarlo. Si una persona atropella a un transeúnte matándolo o hiriéndolo, existe evidentemente una infracción de la ley penal, infracción que no está acompañada de intención dolosa: es un delito culposo. Si se probase que el accidente se realizó intencionalmente o que el automóvil fue el instrumento de designio criminal, tendríamos un delito doloso. Estamos viendo que, en la esfera penal, es necesario tomar en consideración el elemento íntimo o Intencional.

De manera idéntica podemos decir que el Derecho Civil no prescinde del elemento intencional. Así, por ejemplo, el Código Civil parte del principio de que los contratos deben ser interpretados según la intención de las partes contratantes (arts. 1.281 y ss.). En el mismo Código Civil leemos: «Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo» (art. 1.265), requiriendo, siempre, para la existencia del contrato el consentimiento de los contratantes (art. 1.261). Hay actos jurídicos nulos de pleno derecho (los que nacen viciados de nulidad insanable) y hay actos jurídicos susceptibles de

anulación. La anulabilidad de los actos jurídicos está ligada, en gran parte, al examen de la intención.

Todavía es preciso observar que la doctrina de la «exterioridad del Derecho» contiene un elemento verdadero en el sentido de que presupone un hecho innegable y que ya hemos hecho resaltar, esto es, que el Derecho jamás cuida del hombre considerado aisladamente, sino del hombre en cuanto miembro de la comunidad, en sus relaciones «intersubjetivas», incluso cuando lo que se quiere tutelar es la subjetividad individual. Estamos viendo que la teoría de Thomasius nos reconduce a la doctrina de la bilateralidad atributiva que, como ya hemos dicho, echa sus raíces en la cultura clásica.

En la historia de la jurisprudencia la apreciación de este hecho fundamental aparece ya entre los filósofos griegos, especialmente por obra de Aristóteles al tratar en su *Ética a Nicómaco* del problema de la justicia. Aristóteles fue el primero en vislumbrar, en el fenómeno jurídico, el elemento de la *proporcionalidad*. Después de él encontramos la obra de San Agustín y, finalmente, la de Tomás de Aquino que, escribiendo sobre Teología, dejó páginas admirables sobre el problema de la ley y de la justicia. A propósito de la virtud de la justicia, afirmaba que ella se diferenciaba de las otras virtudes por ser *proportio ad alterum*, por ser una virtud objetiva en cuanto que implica siempre la relación de dos sujetos. Es propia del Derecho esta nota de «alteridad». *Alteritas* (de *cúter*) es una expresión bastante significativa: El Derecho es siempre alteridad y se realiza siempre a través de dos o más individuos según proporción. Hablaba Tomás de Aquino de la *alteritas*, que, según Del Vecchio, corresponde exactamente a la moderna palabra «bilateralidad».

En el mundo moderno otros pensadores renovarán el problema, como, por ejemplo, Grocio, que fue el consolidador del Derecho Internacional y, después, Leibniz que, además de ser gran matemático, científico y filósofo, dejó notables escritos sobre problemas jurídicos.

En el mundo contemporáneo, especialmente a partir de las últimas décadas del siglo pasado, la cuestión ha vuelto a adquirir nuevo interés, apareciendo un moderno criterio distintivo fundamental, según resulta de la doctrina de Rudolf Stammler sobre el Derecho como «forma de querer entrelazante, autárquico e inviolable».

Comparación con las normas de trato social

En la sociedad hay otra categoría de reglas y de hábitos aceptados socialmente, que son acatados por la fuerza de la costumbre o, como se dice impropriamente, en virtud de una «convención social». Son las normas de trato social, que van desde las regías más elementales del decoro a las más refinadas normas de etiqueta y de cortesía.

Según algunos autores, como Radbruch y Del Vecchio, este tipo de reglas no