

RELACIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO

Víctor M. Pérez Valera

El tema de la relación entre Moral y Derecho ha apasionado a lo largo de la historia, tanto a teóricos como a filósofos del Derecho. Al tratar de esbozar en este ensayo los lineamientos esenciales de esta temática, no pretendemos ser exhaustivos, sino esclarecer conceptos, explicar las concepciones básicas y asumir una posición intermedia entre las concepciones extremas, que arroje algo de luz en esta importante problemática.

En primer lugar, conviene aclarar los conceptos de Moral y Ética. Los expertos no se ponen de acuerdo sobre la diferencia entre estos dos términos. Para algunos la Moral sería el estudio de las costumbres, que en relación a la bondad o maldad de las acciones humanas se dan en una comunidad determinada. La Ética, en cambio, sería la *reflexión teórica, filosófica, en torno a la bondad o maldad de los actos humanos*. Para no entrar en una polémica interminable, en este ensayo utilizaremos la palabra Ética en el sentido que acabamos de señalar, y utilizaremos como sinónimo de ésta, el término Moral filosófica o simplemente Moral. Cuando aludamos a las normas de conducta religiosa utilizaremos el término Moral religiosa.

Más que trazar una historia detallada sobre las diversas posiciones en torno a nuestro tema, quisiéramos destacar las tres posiciones básicas. La primera sería la tesis de la *inclusión*, en ella se sostiene que todo el Derecho está incluido en la Moral. En segundo lugar tendríamos la tesis de la *separación*, en la que la Moral y el Derecho no serían sólo dos normatividades distintas, sino completamente separadas. En tercer lugar tendríamos la tesis de la *vinculación*, en la que se sostiene que existe en algún grado un área común entre Moral y Derecho y que ambas normatividades mutuamente se influyen, conservando su identidad propia y su mutua distinción.

Al abordar este tópico debemos aclarar que más que discutir si la convicción ética del legislador influye en el Derecho, o si la Ética tiene un papel muy importante en el comportamiento profesional concreto del abogado y del juez,¹ trataríamos de reflexionar sobre la relación conceptual que existiría entre ambas ciencias. En otras palabras, nos

¹ Cfr. Garzón Valdés Ernesto, Derecho y Moral, en *El Derecho y la justicia*, Ed. Ernesto Garzón Valdés, Francisco J. Laporta. Ed. Trotta, Madrid, 2000, pp. 397-421. Tampoco se trataría de discutir la equivalencia entre Derecho y Justicia. Esto último tocaría, no la problemática de conjunto, sino sólo un aspecto, aunque importante de la mencionada relación. A este respecto es claro en el pensamiento de Tomás de Aquino, el cual aunque sostiene que la ley injusta no es ley, defiende la distinción entre Moral y Derecho, cuando admite que no todo lo inmoral lo debe sancionar el Derecho. Cfr. 1-2q.96 a. 2.

preguntamos si en la construcción del Derecho es imprescindible utilizar algunos ingredientes de la Moral.

Sostenemos que como un ordenamiento destinado a la convivencia entre seres racionales y libres, el Derecho no puede prescindir de la Ética, y que también debe estar atento a respetar los ordenamientos de la Moral religiosa. Además, el método trascendental de Lonergan que es muy adecuado para abordar la Teoría del Derecho como lo hemos mostrado en otros ensayos, postula que ninguna ciencia puede prescindir del ámbito de los valores.²

Hemos afirmado que la relación entre Moral y Derecho es un problema importante, pero también complejo, al grado que ha sido denominado por Jhering “el cabo de hornos” de la Filosofía del Derecho. Con esta metáfora se indica que es un tópico en donde se han dado turbulencias y naufragios doctrinales. Un breve esbozo histórico de las diferentes etapas por las que pasó la relación entre Moral y Derecho puede ser muy ilustrativo.

Tesis de la Inclusión

En las sociedades antiguas se dieron con alguna frecuencia normatividades religiosas que unían las exigencias morales y jurídicas. El caso más típico en la antigüedad, lo encontramos en la legislación mosaica del pueblo hebreo.

Actualmente en algunos pueblos de religión islámica que aplican a la vida civil las legislaciones del Corán. Estas legislaciones, en cierto modo subrayan la unidad del ser humano y tratan de positivizar algunos preceptos que podrían ser catalogados como de “derecho natural”.³

Rechazamos esta posición ya que el fin del Derecho no es directamente ético-religioso, pues no pretende de suyo la perfección moral, ni la santidad del ciudadano, sino el bien común temporal de la sociedad. Ahora bien, no negamos que para lograr esa finalidad sea necesario tener en cuenta que algunos preceptos de la moral coadyuvan a ese bien común temporal.

Hacia una sana distinción

Sin embargo, con Platón y Aristóteles se comienza poco a poco a distinguir los diferentes ámbitos de la actividad humana. Ellos, asignaban lo jurídico al ámbito político-comunitario, sin negar que hubiera prescripciones religiosas y otros mandatos que fluyeran del fondo de la naturaleza humana.

2 Una explicación más detallada de este método puede verse en, Pérez Valera Víctor M. *Deontología Jurídica, La ética en el ser y quehacer del abogado*, Ed. Oxford University Press, México, 2002, pp.17-45.

3 Cfr. Podría añadirse entre los códigos en los que esta totalmente el Derecho incluido en la Moral el Código de Manú, en el que se refleja el ideal brahmánico de las castas. Su redacción data probablemente del siglo II a. C. no es un código en el sentido moderno de la palabra, sino una compilación de preceptos religiosos, morales y jurídicos que deben observar las distintas castas. Truyol y Serra A., *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*, Alianza Editorial, 7ª. ed., Madrid, 1982, p.81.

Con todo, la diferenciación de estas dos normatividades no dejaba de subrayar su mutua relación. Así, la justicia que para Platón y Aristóteles debe estar indisolublemente unida al Derecho, se consideraba de carácter moral.

El Derecho romano al avanzar en la técnica jurídica va a distinguir la Moral del Derecho. La expresión de Paulo es muy clara al respecto: “*non omne quod licet honestum est*” (no todo lo que es lícito es honesto). Sin embargo, no obstante la distinción, no dejó de subrayarse la unidad del ser humano, y por lo tanto la inspiración profunda que ejerce la Moral sobre el Derecho, tal como se expresa en el Digesto I, tit. I, 10, 1: *Iuris precepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* (los preceptos del derecho son estos: vivir honestamente, no dañar al otro, dar a cada quien lo suyo).⁴

También, en el pensamiento cristiano de los Padres de la Iglesia, en general, no se pugnó por una “legalización de la moral”, sino manteniendo el aspecto comunitario y de alteridad del Derecho, se colocó a lo jurídico bajo el rubro de la santificación humana.

Tomás de Aquino, con mayor precisión, concibió el Derecho con las notas de *alteridad* y *objetividad*, dirigido al *bien común* y con cierta *coactividad*. Esto por un lado delimita lo jurídico y lo distingue de otras normatividades, y por otro, no crea un divorcio entre la justicia estricta y las demás virtudes, ni restringe el orden moral, que abarca todo el actuar humano, tanto los aspectos personales como los sociales.⁵

La armónica relación de estas normatividades domina, en general, en todo el ámbito político y jurídico de la Edad Media, aunque no se reconoció la libertad de conciencia y la libertad religiosa de la modernidad. La Moral y el Derecho se relacionaban como vasos comunicantes, pero con el Renacimiento se dará un cambio radical, se convertirán en compartimentos estancos.

La vinculación entre Moral y Derecho sería mantenida por Vives, Vitoria, Suárez y Leibniz entre otros, pero algunas corrientes del Renacimiento y la Reforma darían al traste con esta vinculación armónica.

La tesis de la separación

El movimiento religioso de la Reforma protestante, con la postulación del “libre examen” incide en los fundamentos de la unidad religiosa y en los fundamentos de lo jurídico. Ante el primado de la fe, para los reformadores, las obras pasan a segundo término. Para Lutero y Calvino tanto la ley moral como la jurídica pierden importancia. Lutero, en concreto, en sus *Memorias* además de exaltar el eterno contraste entre ley y gracia, hace una fuerte contraposición entre Ley y Moral: “El Derecho es una bella novia, siempre que permanezca en su lecho nupcial; porque si se pasa a otro lecho y pretende gobernar a la Teología, es una gran ramera... La ley es sin duda necesaria, pero... es un verdadero laberinto que sólo logra trastornar las conciencia, y su justicia es una pura ficción...”⁶

4 Cfr. Ruiz-Giménez Joaquín, *Derecho y vida humana (Algunas reflexiones a la luz de Santo Tomás)* 2ª. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p.p. 138-140.

5 Cfr. Ruiz-Giménez, p. 142.

6 *Memoires de Luther*, Trad. francesa por J. Michelet, Paris, Flammarion, s. f., p.329, citado por Ruiz-Giménez, p.10.

Al comenzarse a separar la Moral del Derecho se dio un gran cambio que propició, con Maquiavelo la separación de la Moral y la Política. Maquiavelo no niega la moral cristiana, pero la reduce al plano individual: el aumento y la conservación del poder son las finalidades del Príncipe y se va a justificar todo lo que ayude a esa finalidad. Siglos más tarde los nacientes imperialismos van a actuar con la misma política. Un poco después la economía se va también a emancipar de la Moral y va a encontrar como aliado al Derecho individualista, que juntos propiciarán la inhumana explotación de la Revolución industrial.

En este clima de "laicización" se explican muy bien las teorías de un "Derecho natural" que prescinde de Dios en Grocio, Hobbes y Puffendorf, los cuales apoyándose en la ideología del protestantismo y en el racionalismo cartesiano van a separar las categorías jurídicas de las morales. Esta corriente culminará con Christian Thomasius que en su obra *Fundamenta iuris naturae et gentium* (1705), va a establecer una dicotomía entre lo justo y lo honesto. Para defender la libertad de pensamiento y de conciencia en una época en la que se daba la persecución religiosa, distinguió la Moral del Derecho: éste se reducía al foro externo, aquella al foro interno.⁷ Posteriormente Kant va a esquematizar la Moral en los fríos imperativos categóricos, y llevará la distinción entre Moral y Derecho a sus últimas consecuencias. Por un lado está la legislación interna o ética destinada a producir la libertad interior que domina los impulsos sensibles, por otro lado, la legislación exterior o jurídica que pretende lograr la libertad exterior, comunitaria. Para Kant la diferencia de *finis* justifica la contraposición de *fuentes y fundamentos*: los preceptos éticos derivan de los imperativos éticos de la razón, los jurídicos, en cambio, derivan de la autoridad social con poder coactivo. El *modo* de cumplimiento también es diverso, para lo jurídico basta la obediencia externa, para lo ético hay que añadir el motivo del deber.

De este modo, en el planteamiento kantiano el orden ético y el jurídico, ni deriva uno del otro, ni se desarrollan en mutua interacción, sino que se encuentran en continua oposición y contraste. Sin embargo, según Alfredo Poggi, Kant no desliga totalmente la Moral y el Derecho, sino que ve en éste el medio que tiene el Estado para mantener la moralidad del hombre, a lo cual ayuda el aspecto coactivo que viene en apoyo de la debilidad de la naturaleza humana.⁸

El tema que venimos tratando apasionó a juristas y filósofos en la primera mitad del siglo XX, y se llegó en algunos casos a enconadas polémicas. Sin embargo, poco a poco, autores de muy diversas tendencias como Le Fur, Walz, Del Vecchio y Recaséns Siches, entre otros, propugnaron por una aproximación del Derecho y la Moral, de modo que actualmente, sin confundir las dos normatividades, se observa la necesidad de una progresiva "eticización" del Derecho. El Derecho no se enriqueció cuando se desvinculó de las otras normatividades, antes bien quedó empobrecido y sujeto a la veleidad de las arbitrariedades políticas, o bien, perdió su brújula y naufragó víctima de las dictaduras.

7 Legaz y Lacambra Luis, *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1961, p. 410.

8 Cfr. Rufz-Giménez, o.p., p. 151, nota 1.

Entre las consecuencias negativas que se seguirían para el Derecho de una radical separación entre éste y la Moral podemos enunciar los siguientes: a) Carecería de fundamento el Derecho Internacional, como ampliamente lo ha demostrado Walz en su libro *Esencia del Derecho internacional y crítica de sus negadores*. Sin una actitud ética todo se reduciría a una política de fuerza entre los Estados⁹, b) Se favorecería el predominio del voluntarismo jurídico, c) La obligación de la obediencia a las leyes sería muy débil, sólo externa, no existiría la obligación en conciencia, d) Se retrocedería en Derecho fiscal y aduanero a las “leyes meramente penales” e) Se quitaría el sustento de la objeción de conciencia y la desobediencia civil que se va abriendo paso en las modernas legislaciones.

Las dicotomías de Kant

Analicemos ahora las dicotomías que señala Kant y que lo llevaron a establecer una total separación entre Moral y Derecho. La primera dicotomía se refiere al ámbito de los ordenamientos, la moral se ocuparía de lo interno del ser humano y el Derecho de lo externo. Ante todo, observemos que el actuar humano no puede desgarrarse de modo tan tajante. Los actos humanos no son meramente externos, como ejecutados por un robot. Si así fuera no existiría responsabilidad jurídica. Por lo demás, el Derecho tiene que considerar la intención o su carencia, en los delitos preterintencionales, en los actos en que existe premeditación o en los que son ejecutados con dolo o con la mala fe. Todos estos actos internos fincan la gravedad del delito. La Moral, en cambio, si bien regula algunos actos internos como los pensamientos y deseos, se ocupa también de las acciones externas, así, por ejemplo, en la Moral Social se exigen acciones de solidaridad y subsidiaridad entre otras.

A este respecto son muy interesantes los comentarios de Giorgio del Vecchio. A veces se afirma —él observa— que al Derecho no le interesan los motivos, los aspectos psíquicos del actuar o las acciones internas. Pero no puede aceptarse que los elementos psíquicos sean indiferentes para el Derecho, ya que eso sería afirmar que el Derecho no considera los actos en su integridad. Si el Derecho debe valorar las acciones tiene que tomar en cuenta los motivos que las informan y determinan. Incluso mientras más progresa el Derecho más se atiende a este elemento psíquico del actuar. En los pueblos primitivos apenas si se atendía a los motivos, pero a medida que se desarrolló la conciencia jurídica se le dió a estos una mayor importancia. Esto es particularmente relevante en el ámbito del Derecho penal. Así, encontramos en el Digesto XLVII, 8, Fr. 14: “*In maleficiis voluntas expectanda non exitus*”, (En los actos malos hay que atender a la voluntad no al resultado). “*Non ex eventu dumtaxt, sed ex consilio quoque*”, (No hay que atender sólo al caso sino también a la deliberación). Otro ejemplo muy claro a este respecto lo constituye la figura del delito preterintencional. También en el Derecho civil, por ejemplo en los contratos, un principio básico de la interpretación de estos es que se

⁹ Walz Gustav Adolf, *Esencia del Derecho Internacional y crítica de sus negadores*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.

debe atender a la intención de los contrayentes, que debe prevalecer sobre la letra del contrato: "*In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*" (Se ha establecido que en las convenciones se atiende a la voluntad de los contratantes más bien que a las palabras) Papiniano, Dig. L, 16 Fr. 219. También en la teoría de la posesión y la distinción de sus grados (simple, legítima, de buena fe) es básica la consideración del *animus rem sibi habendi* (la intención de poseer la cosa).

Los que sostienen que al Derecho no le interesan los "actos internos" —continúa del Vecchio— aducen la fórmula de Ulpiano (Dig. XLVIII, 19 Fr. 18: *Cogitationis poenam nemo patitur*: Nadie debe ser sancionado por su pensamientos), sin embargo, una cosa es que algo no sea punible y otra que sea indiferente para el Derecho. De hecho la libertad de pensamiento es tutelada por el Derecho, aunque no siempre fue reconocida por éste en otros tiempos. En otras palabras, el que el Derecho exima de sanción a los pensamientos es ya una prueba de que el Derecho se ocupa de ellos.¹⁰

Como veremos más adelante entre Derecho y Moral existen más bien diferencias cualitativas, más que cuantitativas, ambos consideran la totalidad de las acciones, pero desde un punto de vista diverso. Ambos, Moral y Derecho se preocupan por lo interior y por lo exterior del acto humano, pero siguen un camino diverso; la dirección de la moral va de lo interno a lo externo, la del Derecho va de lo externo a lo interno. Gustavo Radbruch lo expresa de la siguiente manera: "La Moral se preocupa de los actos internos de la persona, y de los externos sólo en cuanto son consecuencia de la bondad o malicia de un proceder. El Derecho se preocupa de los actos externos y después de los de carácter íntimo, pero únicamente en cuanto poseen trascendencia para la colectividad".¹¹ De este modo se insinúa que el Derecho se preocupa de los aspectos de carácter íntimo, sólo en cuanto pueden constituir circunstancias atenuantes o agravantes del acto externo.

En segundo lugar, atendiendo a la raíz o fuente de los ordenamientos se dice que la Moral es autónoma y el Derecho heterónomo. Esto último, ni siquiera es admisible en la moral kantiana, pues el filósofo de Koenigsberg admite que el hombre no se da a sí mismo los preceptos morales, sino que los descubre en lo profundo de su yo. Esto en cuanto a la Ética o Moral filosófica, pero si consideramos la Moral religiosa, ésta también es heterónoma. Además, algunos principios del Derecho Natural se imponen en el ámbito jurídico, aunque, en general, para ser operantes necesitan de la positivación de la autoridad.

Un tercer elemento de diferenciación entre Moral y Derecho, según Kant, lo constituye la coactividad. Se dice que el Derecho es coactivo, y que la Moral, en cambio, no lo es. De nuevo en este aspecto conviene hacer varias matizaciones. Es oportuno observar que no todos los preceptos jurídicos son coactivos, y aunque pueda admitirse que la coactividad casi siempre acompaña al Derecho, no pertenece a su esencia. La Moral, a su vez, posee en ocasiones cierta coactividad. La educación de la conciencia moral en el niño y en el adolescente se da frecuentemente, con la amenaza de sanciones. Además no podemos olvidar que en no raras ocasiones, el comportamiento inmoral suele conllevar una sanción inmanente. A este propósito, podemos recordar el importante papel de Né-

¹⁰ Del Vecchio Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1991, pp. 314-315.

¹¹ Radbruch, Gustavo, *Filosofía del Derecho*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, p. 56.

mesis, que en la literatura griega simboliza la diosa vengadora que castiga el actuar humano equivocado. Más aún, Némesis es inexorable: Némesis no perdona. Por lo demás en la Moral religiosa se habla con frecuencia de dos aspectos de la falta, del *reatus culpae* y del *reatus poenae*. En este último se subraya que de algún modo la falta al precepto religioso conlleva una pena o castigo.

Discusiones contemporáneas

En un acucioso estudio sobre Moral y Derecho, Garzón Valdés nos presenta una síntesis de los enfoques modernos sobre este tópico. Seguiremos a grandes rasgos este ensayo, en su primera parte. Procuraremos, empero, añadir nuevos autores y ampliar la opinión de algunos de los que él presenta.¹²

H. L. A. Hart en su clásico estudio *El concepto de Derecho* distingue dos visiones del Derecho: el punto de vista interno y el punto de vista externo. Ambos son necesarios para acatar razonablemente el Derecho. El punto de vista interno supone una adhesión a las normas jurídicas por motivos morales. Este punto de vista es necesario en todo sistema jurídico positivo y, por consiguiente, para Hart existe una relación necesaria entre Moral y Derecho.

Para el iusfilósofo inglés existen a la vez semejanzas y diferencias entre Moral y Derecho, entre las primeras él menciona la obligatoriedad de ambas normatividades: “unas y otras reglas son concebidas como obligatorias con independencia del consentimiento del individuo obligado y están sustentadas por una seria presión social en procura de la conducta regular; el cumplimiento de las obligaciones morales y el de las obligaciones jurídicas no es considerado digno de encomio, sino una contribución mínima a la vida social, que ha de tomarse como cosa corriente”.¹³ También alude Hart a la concordancia de ambas normatividades en algunos puntos: “tanto el Derecho como la Moral formulan exigencias que, obviamente, tienen que ser satisfechas por cualquier grupo de seres humanos para poder convivir. Por ello en ambos hallaremos algún tipo de prohibición de la violencia a las personas o a la propiedad, y algunas exigencia de honestidad y veracidad”¹⁴

La distinción entre Moral y Derecho que indica Hart podrían resumirse en cuatro aspectos 1) difieren en importancia: en ese aspecto la Moral tiene la primicia. Nosotros añadiríamos que este aspecto nos lleva a una relación importante entre Ética y Derecho: la observancia de los imperativos éticos ayudan a cumplir el Derecho. Este quizá sea el sentido de la frase *quid leges sine moribus* (de que sirven las leyes sin costumbres éticas) 2) difieren en cuanto a la mutabilidad: el Derecho es más modificable que la Moral 3)

12 Rebasaría los límites de este ensayo abordar la segunda parte del estudio de Garzón Valdés. En esta parte se aduce el pensamiento de algunos de los autores contemporáneos que defienden la tesis de la separación entre Moral y Derecho: Sartorius, Eugenio Bulygin, Laporta y Vernengo. Los argumentos que exponen son muy sutiles y de gran agudeza, lo cual revela, por un lado, la complejidad de esta temática, y por otro, la dificultad de esclarecer una discusión en la que la explicación de los términos y el estado de la cuestión no se plantearon claramente. La refutación que Garzón Valdés hace de estas posiciones son tan sutiles que en ocasiones son oscuras.

13 Hart, H. L. A., *El concepto del Derecho*, Traducción de Genaro R. Carrio. 2ª ed., Ed. Abeledo -Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 214.

14 Ibidem.

difieren en cuanto a la imputabilidad: las dos normatividades siguen en este punto diferentes reglas, y 4) la forma de presión para el cumplimiento de ambas normas es diferente: la jurídica más ligada a la amenaza de sanción física.

Tanto Hart como Lon L. Fuller han sugerido que el Derecho debe poseer un mínimo básico de contenido ético: para Hart esto sería el supuesto para la supervivencia humana, para Fuller, en cambio, el supuesto para la intersubjetividad humana, aspectos ambos que el Derecho debe proteger y fomentar. La idea de Fuller, en cierto modo concuerda con la Teoría del Derecho, que a partir del sujeto, postula David Granfield, y que consideraremos más adelante. En efecto, la comunicación humana requiere de la interioridad, del darnos cuenta de nuestras propias operaciones mentales para captar cabalmente el significado y el valor, y así poder compartirlos con los demás y llegar a un consenso que fundaría la comunidad, a saber la amistad y la fraternidad política.¹⁵

Vale la pena reseñar brevemente, aunque no lo considere Garzón Valdés, la posición de Lon L. Fuller. Él distingue entre Moral de aspiraciones y Moral del deber, que nos recuerda la distinción entre Moral abierta y Moral cerrada de Bergson: La Moral de aspiraciones busca la excelencia, la Moral del deber se ciñe a las normas básicas para un orden esencial de la sociedad. En cuanto a la relación entre Moral y Derecho, Fuller señala, con acierto, dos aspectos: a) el relativo a los fines morales del Derecho, y b) el de la Moral que hace posible el Derecho, la Moral interna del Derecho.

Al margen de los autores que sintetiza Garzón Valdés, conviene también aludir al pensamiento de David Granfield que estructura su estudio de Teoría del Derecho en cuatro esferas, en las que cada una amplía y especifica la esfera anterior. En la primera esfera, la Monósfera explica cuales serían las raíces profundas del Derecho, estudiando dos símbolos griegos, el eros o daimon jurídico y Némesis, la diosa vengadora. En la segunda esfera o Isósfera estudia el ámbito de la intersubjetividad consciente en la que se subliman las actitudes morales más fundamentales que brotan de la Monósfera. En la tercera esfera, la Koinósfera estudia la experiencia comunitaria del Derecho, basada en la benevolencia mutua y la amistad política que se hace operativa en la autoridad jurídica. Además en la última esfera la Teósfera en que estudia los aspectos trascendentes del Derecho y una visión moderna del Derecho Natural, el ámbito moral entra más plenamente. De este modo, para este autor las cuatro esferas del Derecho están relacionadas de manera esencial con la Moral.

Regresando al estudio de Garzón Valdés observamos que otros autores señalan cómo la importancia esencial de la pretensión normativa del Derecho implica no ignorar algunas normatividades morales. Así Theodor Viehweg subraya la necesidad de que la estructura jurídica de una sociedad establezca dogmáticamente el contenido de lo que considera justo. El sistema jurídico de modo oficial valora la *intentio dogmatica* del Derecho, de cuya corrección ética no puede haber duda. La *intentio dogmatica* de Viehweg es llamada "pretensión de legitimidad" por Garzón Valdés. Esta "pretensión de legitimidad" que se presume sustentan las autoridades del sistema jurídico se basa en

¹⁵ Lon L. Fuller, *The Morality of the Law*, New Haven, Yale University Press, 1964, p. 186.

el supuesto de la corrección ética. Se caería en contradicción si se afirmara un sistema jurídico legítimo y al mismo tiempo se reconociera que es éticamente incorrecto.

R. Alexy se refiere a la “pretensión de corrección” como “un elemento necesario del concepto del Derecho”.¹⁶ Con esto admite este autor como necesaria la relación entre Moral y Derecho. Por lo demás, toda autoridad se pretende legítima y para que eso sea verdadero, como lo señala David Granfield debe fomentar el crecimiento (la etimología de autoridad deriva de *auctus* participio pasado de *augere*, aumentar, hacer crecer) de los ciudadanos, crecimiento que no puede prescindir de la Moral.¹⁷

Otro argumento para sostener la relación entre Moral y Derecho se basa en la pretensión de razonabilidad del Derecho. Es casi un lugar común hablar de Derecho como de un ordenamiento razonable. Esto llevaba a Hart a admitir en todo derecho “un mínimo de Derecho natural”; y a MacCormick a afirmar que en la base de la pretensión de razonabilidad se encuentra una clara relación entre Moral y Derecho.¹⁸

Así mismo, para C. S. Nino el que se diera una “relación de caso” entre las normas morales y jurídicas constituía un “teorema fundamental de la teoría general del Derecho”. El destacar que en algunos casos algunas normas jurídicas son normas morales y que toda norma jurídica que asuma el papel de razón operativa práctica es en cierta forma un juicio moral especial.¹⁹

Finalmente Brusiin y Garzón Valdés aducen un argumento muy sutil de la interrelación entre la seguridad jurídica y un mínimo de moralidad. En efecto, un elemento axiológico ineludible en todo ordenamiento jurídico positivo es la seguridad jurídica en el doble sentido, el de convivencia pacífica y el de saber a qué atenerse en las decisiones jurídicas. Así, por ejemplo, se da un caso paradójico con las leyes de Nuremberg sobre la nulidad de los matrimonios mixtos entre arios y judíos. Es obvio que el contenido de estas leyes era injusto, pero era una injusticia calculable, más soportable que la total arbitrariedad que es incalculable. En otras palabras una ley injusta marca un criterio de actuación y la gente sabe a qué atenerse, pero ante el terrorismo de Estado, por ejemplo, no existen reglas y la actuación de un régimen totalitario es impredecible.

Podemos concluir el breve análisis de los autores que defienden la necesaria relación entre Moral y Derecho con Giorgio del Vecchio (1878-1979). Él, como ya lo indicamos anteriormente, con meridiana claridad analiza la interioridad y exterioridad de la Moral y del Derecho. Para él las valoraciones jurídicas, partiendo del elemento exterior, llegan forzosamente al momento interior o psíquico, porque sin esto no se podría conocer integralmente de ninguna manera un acto. Análogamente, las valoraciones morales no se limitan a considerar sólo el elemento psíquico o sea la intención o el motivo de la conducta, sino que se extienden hasta abrazar también la realización de ésta, o sea, el hecho físico. Se trata, pues, sólo de un punto de partida, y no en modo alguno de una

16 Citado por Garzón Valdés o. c., p. 400.

17 Granfield David, *La experiencia interna del Derecho, una jurisprudencia de la subjetividad*, Trad. Armando J. Bravo, colaboración Víctor M. Pérez Valera y Miguel Romero Pérez, Ed. UIA-ITESO, México 1996, p. 181.

18 Cfr. Garzón Valdés o. c., p. 401.

19 Cfr. *Ibidem*.

consideración exclusiva. El objeto de la valoración es y permanece siempre el mismo, esto es, el acto humano en su integridad. Sería absurdo concebir el Derecho como incompetente sobre la esfera psíquica.²⁰

También la coercibilidad de la Moral y del Derecho ha sido descrita muy bien por el iusfilósofo italiano "Tanto el Derecho como la Moral —él escribe— tienen sanciones propias, y son ambos perfectos en su respectiva esfera y a tenor de su modo propio. Si la coercibilidad es una sanción propia del Derecho, también la Moral posee por su parte otras sanciones: ante todo, el sentimiento de satisfacción o de remordimiento que sigue a la observancia o a la transgresión del deber moral; después, la sanción de la opinión pública, que en el fondo es el reflejo de aquel mismo sentimiento de satisfacción o de remordimiento de la conciencia individual"²¹

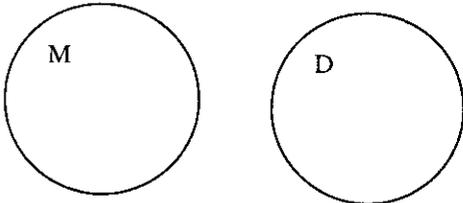
En suma, Giorgio del Vecchio concluye y esa es nuestra posición que entre Moral y Derecho existe distinción, pero no separación, y mucho menos, como pretendía Fichte, oposición.

Las características de la Moral y el Derecho, lo hemos indicado a lo largo de este ensayo, difieren de varios modos. Es obvio que son ordenamientos distintos, pero la sabia distinción no debe conducir a la separación. Y así como es un clamor mundial, en nuestra época, el que la Política debe regirse por la Ética, y que la Economía no debe distanciarse de la Moral, de igual manera se pide en el mundo moderno que el Derecho sea inspirado por la Moral, por los principios de justicia y bien común, certeza y seguridad jurídica.

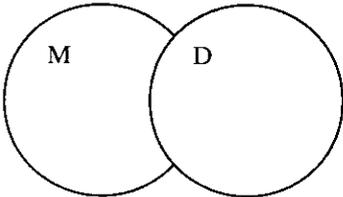
El siguiente esquema nos puede ayudar a comprender las tres tesis sobre la relación entre Moral y Derecho. En especial quisiéramos subrayar el segundo esquema que ejemplifica nuestra posición: cómo Moral y Derecho no son ámbitos separados, sino que como dos círculos secantes que tienen una parcela común, coinciden por lo menos en la materialidad del mandato. En pocas palabras, inspirándonos en una expresión de Luypen podemos afirmar que el Derecho es un mínimo de ética exigible. Sin embargo, la Moral y el Derecho no sólo poseen un área común de normas, sino además, como lo muestran Fuller y Granfield, existe una corriente interna de moralidad en todo derecho. Ella sustenta el deber de la obediencia en conciencia de las leyes, así como el consentimiento que es importante para el acatamiento de las normas jurídicas.

20 Pacheco G. Máximo, *Teoría del Derecho*, Ed. Temis, Chile, 1990.

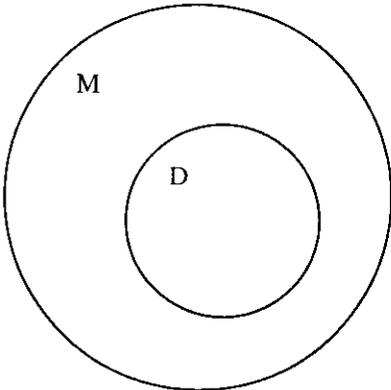
21 Del Vecchio Giorgio, o. c., pp. 334-338.



Tesis de la separación



Tesis de la vinculación



Tesis de la inclusión