

REGLAMENTO DE LA UNIVERSIDAD

Art. 79. "Ni la Universidad, ni el Presidente de Tesis, ni el tribunal, ni el jurado examinador, serán responsables de las ideas emitidas por el alumno en su trabajo".

"El derecho puede ser injusto pero es derecho en tanto que su sentido es ser justo... El problema que se plantea no es, cuándo un derecho es justo, sino cómo un derecho puede ser aprehendido con certeza".

GUSTAVO RADBRUCH
Filosofía del Derecho

"El derecho no es la cosa más alta que haya en el mundo, no es un fin en sí mismo. Es solamente un medio al servicio de un fin. Este fin consiste en la existencia de la sociedad".

R. VON IHERING
El fin en el Derecho

"Frecuentemente se considera como principios jurídicos eternos lo que es solamente la cristalización eventual de un prejuicio colectivo".

SIR OLIVER WENDELL HOLMES
(cita de Recaséns)

"Siendo la ciencia un producto del espíritu humano, recordemos que es ley de éste quedar siempre abierto para su infinita autocreación".

CARLOS COSSIO
La Plenitud del Orden Jurídico

EXPLICACION INICIAL

El trabajo que hoy presento como tesis de grado tiene un propósito, cabalmente expresado en el título: consiste en unos apuntes, elaborados con algún afán sistemático, que aspiran a ser la base para una obra de mayor alcance, sobre una materia que entre nosotros necesita aún carta de presentación.

En efecto, hasta hace poco tiempo se dictaba en nuestras facultades, bajo la denominación de "Introducción a la Ciencia del Derecho" una cátedra que cumplía la única función de anticipar al alumno una serie de conceptos propios de las disciplinas jurídicas particulares y que eran luego objeto de amplia elucidación en los respectivos cursos. Significaba entonces una duplicidad de esfuerzos injustificada. Esa visión no respondía a las innovaciones que en ese sentido se habían operado en las Universidades europeas desde las primeras décadas del siglo y en las más importantes de América a partir de 1.930, aproximadamente. Conforme a la nueva concepción, la Introducción al Estudio del Derecho tiene como finalidad esencial el examen de nociones y categorías fundamentales que constituyen la vértebra de la ciencia misma del derecho y no de esta o aquella derivación especial.

Se trata, no ya de entregar al principiante un poco de la materia que deberá moldear —sin indicarle la técnica apropiada— sino de armarlo con los instrumentos necesarios para tratar adecuadamente el material que luego se le suministre. Se trabaja más con formas que con contenidos, pues a éstos sólo se apela por vía de ensayo, para probar la eficacia de aquéllas y la destreza con que se las maneja. Se está entonces en el campo de la teoría del derecho y no en el de las ciencias jurídicas especiales.

Tal es la orientación que he querido impartir a la cátedra que me ha encomendado la Universidad —quizá prematuramente— y a la que me he aplicado, al menos con una gran pasión, y con un deseo inmenso de responder dignamente a tan honroso encargo.

Trato en ocho capítulos una serie de temas, fundamentales a mi juicio, y generalmente abordados en los buenos textos sobre la materia, cuya concatenación se descubre con facilidad, así: el derecho es una ciencia normativa (I); la normatividad jurídica es una normatividad específica, como que regula la conducta humana de un modo distinto a como lo hacen la moral (II) y los usos sociales (III); la norma jurídica (signada con sus notas distintivas) debe enjuiciarse lógicamente como

un pensamiento prescriptivo (IV); extrae su juridicidad de los procesos que la generan (V) y no de un contenido específico (VI). Se incrusta en un ordenamiento jerarquizado, que la categoriza en un determinado estrato, conforme a su mayor o menor generalidad (VII) y consta siempre de dos partes fundamentales (supuesto y consecuencia) vinculados por un nexo imputativo. El supuesto puede ser un hecho natural, un acto humano o una situación de pura creación legislativa, y la consecuencia consiste siempre en creación, modificación o extinción de facultades (derechos subjetivos, categorizados en reales y personales) y obligaciones (deberes jurídicos), los cuales derechos y deberes son referidos siempre a un centro de imputación —sujeto de derechos— (VIII).

Como puede advertirse, toda la problemática propuesta gira en torno a la norma jurídica, que constituye el objeto de la ciencia del derecho.

Como la materia tiene un indiscutible entronque con la filosofía del derecho, he omitido deliberadamente el tratamiento de aquellos problemas que son encarados a fondo en dicha cátedra, tales como la plenitud del orden jurídico y la técnica jurídica en particular, pues considero inconveniente y redundante la repetición de unos mismos asuntos en diferentes cursos.

Quizá algunos temas aparezcan tratados de manera demasiado esquemática, pero al respecto debe tenerse muy presente la observación inicial, en el sentido de que en esta disciplina se da prelación deliberada al manejo de formas, sobre los contenidos, pues éstos constituyen objeto de estudio de las disciplinas jurídicas particulares. Por vía de ejemplo podemos citar algunos casos: para nuestro propósito no importa el estudio detallado del proceso legislativo (propio del Derecho Constitucional). Si hacemos referencia a él es para ilustrar mejor el tema de las fuentes formales del derecho, con el ejemplo que se tiene más a la mano; el acto jurídico se analiza con profundidad en derecho civil y en derecho administrativo. En el curso de Introducción sólo interesa saber que es un supuesto normativo. Y otro tanto cabe decir de los derechos reales y personales.

En síntesis, se puede afirmar que bajo el dominio de esta materia caen las formas necesarias del pensamiento jurídico y no los datos contingentes de la realidad jurídica, que sólo son mentados por vía de ilustración, para que no se piense que se trata de meras especulaciones sin la menor posibilidad de incidencia en las realidades empíricas.

Medellín, Diciembre 15 de 1.965

ALINDAMIENTO DE LOS CAMPOS CAUSAL Y NORMATIVO

1.- *Planteamientos iniciales.*- A la entrada de toda disciplina científica se hallan siempre dos problemas fundamentales: determinación y ubicación de su respectivo objeto. La ciencia jurídica los formula así: ¿qué es el derecho?, ¿qué sitio ocupa en la esfera del conocimiento? Responder por la naturaleza del derecho —definirlo— es de una importancia básica pero ofrece dificultades sin cuento como que implica a su vez múltiples cuestiones cuyo esclarecimiento resulta problemático. De allí que sobre el punto no se haya logrado unidad de criterio y cada tratadista postule su propia definición, a tono con su postura filosófica originaria. Más aún, se ha llegado a negar la posibilidad de emitir un juicio determinativo pleno que encierre al objeto jurídico dentro de su género próximo y su diferencia específica. Así lo ha hecho Fritz Schreier en la obra "Conceptos y formas fundamentales del derecho", considerando que para la elucidación de esta clase de problemas resulta inadecuado el método aristotélico (1).

Es el derecho simple modalidad de la fuerza física o un sistema prescriptivo (ético) regulador de la conducta humana? Si sus reglas son obligatorias de dónde derivan tal obligatoriedad? Les basta ajustarse a ciertas exigencias de forma o deben hallarse axiológicamente fundadas? ¿Cómo es posible distinguir la normatividad jurídica de la moral? Todos estos escollos con que tropieza fatalmente quien se introduce en el ámbito jurídico, deben ser salvados con éxito si se quiere llegar a la noción del derecho. Allí late implícito el problema de la norma y sin dilucidarlo no es posible absolver satisfactoriamente las dos cuestiones que en el comienzo nos hemos planteado.

2.- *Leyes naturales y normas de conducta.*- Tomando como punto de partida la oposición, postulada por Kant, entre ser y deber ser, como categorías del conocimiento, es posible establecer claras diferencias entre las ciencias causales y las normativas o, lo que es lo mismo, entre las leyes que rigen la naturaleza y las reglas de la conducta humana. Se resumen así: las ciencias naturales o físicas presuponen relaciones de necesidad, fatales, que se cumplen siempre de idéntica manera. Se dan entonces al conocimiento en forma de juicios enunciativos que describen el acontecer causal, es decir, "expresan relaciones constantes entre fenó-

(1) Schreier: "Conceptos y formas fundamentales del Derecho". Pgs. 25 y ss. Ed. Losada S. A. Buenos Aires, 1.942.

menos". Y tales juicios son verdaderos en la medida en que se acomodan a la realidad, o sea, describan los hechos naturales tal como acontecen. A las leyes físicas se llega por inducción como que sólo pueden formularse válidamente después de observar y comprobar en forma detenida y sistemática un gran número de casos particulares. La inviolabilidad en su característica esencial, pues una sola transgresión destruiría la validez del principio. Por ser descriptivas de lo que sucede, de lo que es, se les llama *leyes del ser*. Se designan bajo la fórmula general, *si A es, B es*, o de otro modo: Si la condición A se realiza, la consecuencia B se producirá. A, representa la causa y B el efecto. Ejemplo: Si un metal es expuesto al calor, se producirá el fenómeno de la dilatación.

Las ciencias normativas, en cambio, descansan en el supuesto de la libertad, es decir, en la posibilidad de elegir una entre muchas conductas factibles ante situaciones idénticas. No son descriptivas como las ciencias físicas, sino *prescriptivas*, es decir, no enuncian hechos que ocurren sino señalan comportamientos que deben observarse. De las normas de conducta, cuya estructura lógica se estudiará más adelante, no cabe predicar verdad sino obligatoriedad, en la medida en que sea valiosa la conducta prescrita. Se llega a su formulación por vía deductiva —a partir de postulados a priori— pero nunca por el método inductivo o de experimentación, pues de que siempre se observe una conducta no se sigue que sea debida. Del simple análisis de un hecho pueden desprenderse sus causas pero no su fuerza vinculante. De que el fuerte someta al débil no se infiere que deba someterlo; de que a diario se atente contra la vida ajena no se sigue que sea debido tal comportamiento. Es lo que quiere significar el kantismo cuando afirma que "del ser no se sigue nunca el deber ser".

Finalmente, a diferencia de las leyes físicas que son por naturaleza inviolables, es esencial a las normas la posibilidad de ser transgredidas, puesto que el hombre —su destinatario— puede elegir entre acatarlas y desatenderlas. Una norma de conducta deja de ser tal si no es posible su desobedecimiento, pues la fatalidad sólo es propia del mundo físico. Aunque respetar la vida ajena constituye una obligación, siempre será posible atentar contra ella. En cambio la dilatación de los cuerpos por el calor no es obligatoria sino ineludible, fatal.

La norma cumple una función esencialmente imperativa en la medida en que postula formas de comportamiento que vinculan a los destinatarios. Tales vinculaciones normativas se denominan *obligaciones* y aquellos cuya conducta es objeto de normación, *sujetos obligados*. Cumplir una obligación es, pues, ajustar una conducta a la norma que la fi-

ja; pero ha de subsistir siempre la posibilidad de no cumplirla. Allí se manifiesta el carácter no necesario del vínculo obligacional, que deja intacta la facultad electiva, y se expresa bajo la fórmula genérica. Si A es, debe ser B.

Las líneas que siguen harán más ininteligible lo que hasta aquí se ha dicho.

3.- *Los imperativos kantianos.*- Kant, llamó imperativos a las normas reguladoras de la conducta humana y las clasificó en dos categorías: unas que ordenan incondicionalmente y otras que lo hacen bajo condición. A las primeras las nombró *imperativos categóricos* y a las segundas *imperativos hipotéticos*. (2)

Los *imperativos categóricos* son, pues, aquellos preceptos que mandan una conducta como buena en sí misma y, por ende, intrínsecamente obligatoria. Pueden ser expresados positiva o negativamente, esto es, en la forma de mandatos o de prohibiciones. Sus fórmulas son, entonces: *A debe ser; A no debe ser*. Ejemplos: debes ser honesto; no debes mentir. Se les llama también mandatos de la moralidad o postulados apodíctico-prácticos.

Los *imperativos hipotéticos* (para Kant) prescriben que en caso de buscarse un determinado fin, debe observarse cierto comportamiento que constituye el medio. Se expresan así: "si pretendes alcanzar tal objetivo debes proceder de este modo". Ejemplo: si quieres ser abogado debes estudiar la ciencia del derecho.

Pero dentro de esta categoría distingue el pensador de Koenigsberg, *reglas técnicas*, o sea modos de proceder con habilidad (principios problemático-prácticos) y *advertencias* de circunspección para la vida práctica (imperativos pragmáticos o asertórico-prácticos). En el primer caso podría ejemplificarse así: si quieres construir bien, observa los principios de la arquitectura. Y en el segundo: si quieres gozar del favor social, pórtate decorosamente.

De acuerdo con lo anterior, Kant incrusta en el campo normativo los principios reguladores de las artes —bellas o útiles—. No obstante, tal modo de pensar ha sido vigorosamente combatido incluso por autores adscritos a la filosofía kantiana. Es el caso del brillante catedrático hamburgués *Rudolf Laun*, quien impugna la tesis en cuestión. Dice Laun que el error consiste en que Kant no distinguió —y debió hacerlo— las reglas que postulan un *deber condicionado* de las que indican una *nece-*

(2) Kant: "Fundamentación de la metafísica de las costumbres". Pgs. 60 y ss. Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1.963.

sidad condicionada. Un incorrecto empleo del lenguaje ha originado y propiciado el desacierto. (3)

Cuando se prescribe una conducta como única posible para alcanzar un fin, la obtención de éste queda condicionada a la observancia de la conducta prescrita. La regla que postula tal comportamiento no es una norma, stricto sensu, pues ninguna obligación impone. Pero si alguien se propone la consecución de ese fin, fatalmente tendrá que observar el comportamiento que la regla indica. Así por ejemplo, los principios de ejecución musical no constriñen a nadie para que se haga músico, pero si una persona quiere serlo, *necesariamente* tendrá que aprenderlos. No son imperativos, no postulan deberes, sino que expresan una necesidad (saberlos) condicionada (si alguien desea ser ejecutante). En ocasiones puede lograrse por varios medios el objetivo propuesto, pero es necesario, fatal, echar mano de uno de tales medios para conseguir el fin buscado. Proponerse una persona la realización de algo y elegir el medio para hacerlo, son actos libres. Pero llegar a lo que se busca por el camino que allí conduce, no es ya asunto de elección sino de necesidad.

Lo que expresan las reglas técnicas es, pues, una relación de finalidad (teleológica) que en su etapa culminante deviene necesaria. Porque, repitámoslo, si la *elección de fin* y la *selección de medios* son actos de voluntad (libres), en la fase de realización surge un vínculo necesario entre éste y aquél. Es esto lo que quiere significar *Nicolai Hartmann* —a quien cita García Maynez— cuando expresa, con todo rigor, que "En el período de la realización, todo proceso finalista puede ser causalmente interpretado" (4).

De tal suerte que las reglas técnicas pueden ser enunciadas con la misma fórmula genérica que atrás consignamos para las leyes de la naturaleza —causales—: *Si A es, B es*; si una persona quiere ser ejecutante de música necesariamente tiene que aprender los principios de ejecución musical.

Erró, pues, Kant al incluir dentro de los imperativos que son normas de conducta, las reglas técnicas que llevan signo de fatalidad y resultan, así, completamente exóticas en el campo normativo.

La confusión nace, como al principio se dijo, de no distinguir con claridad el deber condicionado (implícito en todo imperativo hipotéti-

(3) Rudolf Laun: "Derecho y Moral", Pgs. 8 y ss. Ed. Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1.959.

(4) N. Hartmann, citado por Eduardo García Maynez, "Introducción al Estudio del Derecho". Pag. 12. Ed. Porrúa. México, 1.958.

co) de la necesidad condicionada, que sólo puede darse en el mundo causal.

Una norma prescribe un deber condicionado (y es entonces auténtico imperativo hipotético) cuando subordina el nacimiento de ese deber a la existencia previa de determinados supuestos. Fuera de las circunstancias contempladas en el precepto, no puede generarse la obligación. Es la modalidad prescriptiva propia del derecho. El deber jurídico se halla siempre enlazado a hechos o situaciones específicos mentados por la norma, en relación de absoluta dependencia.

Saquemos un ejemplo del ordenamiento positivo colombiano. Dice el art. 2.356 del código civil: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta". La disposición reproducida prescribe un deber: reparar el daño ocasionado, pero siempre que la conducta nociva del agente pueda ser calificada de negligente o maliciosa. Sólo en esa hipótesis surge el vínculo obligacional caracterizado en la norma transcrita. Del supuesto, pende el deber jurídico. Por eso, las reglas de esta clase sí quedan rigurosamente expresadas en la fórmula general normativa: *Si A es, debe ser B*.

Dentro del pensamiento kantiano los preceptos jurídicos revisten siempre la forma de imperativos hipotéticos, mientras las normas morales se presentan como imperativos categóricos que no condicionan el deber prescrito: no matarás, no hurtarás, no mentirás. Mientras los primeros pregonan una obligatoriedad relativa, los segundos reclaman una absoluta capacidad vinculante.

Pero examinando el problema con algún detenimiento se advierte que también la obligatoriedad de los preceptos morales, que se formulan abstractamente, pende de condiciones concretas. (5) Retomando los ejemplos propuestos, se tiene: existe una norma que impone el deber de respetar la vida ajena. Pues bien: aunque la norma en cuestión se formula de un modo categórico, el cumplimiento de la obligación que prescribe se halla condicionado por circunstancias concretas. O, al revés, pueden presentarse ciertas situaciones en que el destinatario del precepto queda excusado de cumplirlo. Así, el deber de respetar la vida ajena deja de ser tal, cuando la propia se halla gravemente amenazada y es necesario dar muerte a otro para eliminar el riesgo. Es lo que ocurre en la legítima defensa y en el estado de necesidad, instituciones le-

(5) Kant: Ob. cit. Pgs. 69 y ss.

gales que encuentran pleno respaldo en la ética. Y otro tanto acontece con los preceptos que prohíben hurtar y mentir, cuya observancia también está dispensada en determinadas situaciones, cuando se trata de poner a salvo ciertos valores supremos como la vida y la libertad, siempre que su tutela sea imaplazable.

Conforme a lo anteriormente expuesto (y mirando las cosas de contraluz) se concluye entonces que aún los deberes prescritos por aquellas normas formuladas categóricamente, se encuentran siempre condicionados en su cumplimiento, así los supuestos condicionantes permanezcan más o menos velados. O sea que, en el fondo, todo mandato implícito en una regla de conducta es hipotético aun cuando sea categóricamente expresado. La diferencia queda circunscrita al terreno lingüístico y, por tanto, aún los pretensos imperativos categóricos quedan incluidos en la fórmula genérica *Si A es, debe ser B*, en la cual A representa el supuesto y B la conducta adecuada a la situación.

Pero podríamos decir que mientras en el imperativo hipotético el supuesto se determina positivamente, en el categórico tal determinación se hace por exclusión. O mejor aún: en el primero se caracterizan las situaciones que generan el deber y en el segundo las que dispensan de su cumplimiento. Ejemplos: 1º) Si por malicia o negligencia ocasionas un daño (A), debes repararlo (B); 2º) Si tu vida no se encuentra gravemente amenazada (A), debes respetar la vida ajena (B); o de otro modo: si tu vida se encuentra gravemente amenazada (A) estás exento del deber de respetar la ajena (B). El ejemplo 1º corresponde al imperativo hipotético y el 2º al categórico en su doble posibilidad de formulación.

No obstante, de todo lo que hasta aquí se ha dicho no puede colegirse la existencia de un solo tipo de normas reguladoras de la conducta humana, sino tan sólo la ineptitud del criterio propuesto inicialmente (obligatoriedad condicionada e incondicionada) para establecer en base a él una división esencial de dichas normas. Precisa entonces apelar a otro enfoque, a fin de delimitar correctamente el campo normativo e indicar con precisión las notas específicas de los diversos ordenamientos que lo integran, si es que tal fenómeno se da. En otros términos, se trata ahora de averiguar si la distinción entre moral y derecho es científicamente fundada, por corresponder uno y otro término a diferentes modalidades de regulación.

LA MORAL Y EL DERECHO

Circunscritos ya al campo normativo, vamos a enfrentar el difícil problema de las relaciones entre el derecho y la moral. Lo haremos, siguiendo en este punto a Giorgio Del Vecchio, desde el doble ángulo de la historia y de la sistematización doctrinaria, a fin de obtener la imagen más completa posible de tan espinoso asunto. (1)

1 - *El problema en la historia.* El proceso de diferenciación —en el terreno puramente fáctico— se ha ido desarrollando lenta y paulatinamente, pudiendo destacarse tres momentos esenciales. Se sintetizan así:

a) *De indiferenciación ética.* Corresponde el estadio en cuestión a las sociedades primitivas, donde las relaciones interpersonales se revelan aún muy incipientes. Su característica más notable es la regulación consuetudinaria de la conducta interindividual. No es posible establecer con claridad si la normación del comportamiento humano se hace en función de convicciones subjetivas más o menos caprichosas o de principios dotados de alguna validez objetiva. Tampoco se puede precisar en qué grado las reglas integrantes de tan ambiguo ordenamiento, vinculan a los miembros del grupo en que se dan. Religión, moral y derecho se entreveran confusamente y constituyen un orden normativo que Del Vecchio llama, con todo acierto, “costumbre indistinta”. Por parte alguna aparecen los caracteres específicos capaces de individualizar y concretar los distintos modos de regulación de la conducta humana.

b) *De distinción empírica.* En esta segunda fase, que situamos en la cultura antigua*, comienzan ya a insinuarse las fronteras del derecho y la moral, aunque de manera todavía muy difusa. El deslinde se ensaya un poco arbitrariamente. Es la intuición, más que la sistematización teórica, la que marca aquí la pauta. Se vislumbran notas diferenciales de los dos ordenamientos normativos, se distinguen en la práctica las reglas jurídicas de las morales, pero no se logra ganar un criterio seguro (teórico) que permita formular, con pretensiones de universalidad, las caracte-

(1) G. Del Vecchio: “Filosofía del Derecho”, Pgs. 344 y ss. Ed. Bosch, Barcelona, 1.953.

* Incluimos en ese ciclo a Grecia y Roma, acogiéndonos a la clasificación y terminología spenglerianas.

terísticas especiales de unas y otras. Inútil buscarlo en Grecia, pues ni siquiera a pensadores tan finos y penetrantes como Platón les es dado encontrarlo. Las normas estatales son miradas más bien como consejos de conveniencia. Y en Roma, donde el derecho positivo alcanzó su más vigoroso desarrollo, tampoco se llegó a un sistema a partir del cual pudiera recabarse la individualidad y autonomía del ordenamiento jurídico, por contraposición a la ética. Si bien Paulo sentenciaba con todo rigor que no todo lo que es jurídicamente permitido es conforme a la moral, juristas como Celso mantenían la confusión definiendo el derecho por conceptos morales: “ars boni et aequi”. Lo cierto es que, en la práctica, su maravillosa intuición jurídica los puso a salvo de toda equivocación al respecto. Tampoco la patrística ni la escolástica suministran el criterio que venimos rastreando. En ellas sólo se opera un fenómeno de subsumción del derecho en la moral.

c) *De distinción teórica.* Sólo a comienzos del siglo XVIII —momento muy avanzado de la cultura occidental— es abordado científicamente el problema. Factores de orden político estimulan ese tipo de especulaciones. Acosado por el autoritarismo estatal, Christian Tomasio intenta, con afán sistemático, el hallazgo de un criterio distintivo, y cree descubrirlo en aquel ámbito de la conducta que a cada ordenamiento toca regir. Reivindicando la libertad de pensamiento contra las pretensiones absolutistas del Estado, sostiene Tomasio que la conciencia individual (forum internum) sólo puede ser regida por preceptos morales y que al derecho incumbe únicamente la regulación exterior del comportamiento (forum externum) para asegurar la paz social, la convivencia. La obra “Fundamenta iuris naturae et gentium”, en que expone el autor la doctrina en referencia, jalona así, de manera inconfundible, esta tercera etapa.

La diferenciación propuesta por Tomasio, con su inocultable interés en sacar airoso ciertos postulados políticos, resultó exagerada. En efecto: para el derecho no pueden ser irrelevantes ciertos fenómenos vivenciales como el dolo, la premeditación y la buena fe, ni pueden serlo para la ética los actos exteriores. Pero su doctrina señaló con agudeza y genio un derrotero que más tarde —como veremos luego— resultaría fecundo.

El anterior enfoque fue mantenido por Kant sin mayores enmiendas. Posteriormente Teófilo Fichte sostuvo la separación tajante y radical de moral y derecho. A juicio del teórico alemán, tales ordenamientos no sólo no se confunden sino que se oponen, como que el derecho protege acciones que la moral condena. Así: es lícito, desde un ángulo estrictamente jurídico, el comportamiento despiadado del acreedor con su deudor mo-

roso (que puede quedar en la ruina) y en cambio esa misma conducta es repudiada inexorablemente por la moral.

Se produjo luego una marcada tendencia entre los doctrinantes a acentuar más los puntos coincidentes de los dos órdenes normativos, que sus necesarias divergencias. En esta vertiente descollaron Ahrens y Trendelenburg, autor este último de una obra llamada "El derecho natural sobre la base de la ética".

Y Schopenhauer, en un intento más por despejar la incógnita, destacó el signo positivo de la moral frente a la negatividad del derecho, que se reduce, según él a un "neminem laedere". El criterio en cuestión, tal como lo anota Del Vecchio, se hace insostenible desde el momento en que se advierte la existencia —en buena cantidad— de normas jurídicas que imponen obligaciones positivas (dar alimentos, verbigracia) y de reglas morales negativas como aquélla que prescribe el deber de la templanza.

Como puede inferirse de lo expuesto, la preocupación por una respuesta sistemática al problema que venimos tratando, surge con toda su vitalidad en la tercera etapa del proceso histórico esquemáticamente trazado, la que tiene como punto inicial de referencia el ensayo de Christian Tomasio (1.705). Pero la teoría completa sólo ha sido formulada en época relativamente próxima, ordenando materiales dispersos y reelaborándolos a fin de ponerlos a tono con los avances logrados por la ciencia jurídica y por la ética.

2.- *La solución teórica en la actualidad.* La distinción entre derecho y moral se hace girar hoy en torno a caracteres diferenciales bien definidos, específicos y contrapuestos, que dejan magníficamente delimitados el modo de creación, la esfera de acción y la modalidad reguladora de cada ordenamiento. Veámoslos:

a) *Exterioridad e interioridad.* Kan (2) predica la interioridad como nota distintiva de la ética —y nota esencial—, significando que una conducta sólo puede ser valorada como buena, cuando el sujeto obra no únicamente conforme al deber sino por el deber mismo, sin otro propósito que acogerse al mandato normativo, conocida su intrínseca bondad. Así: supongamos como exigencia moral la ayuda al necesitado. Si alguien observa ese precepto por motivos exteriores al mismo, su comportamiento carece de todo valor ético aun cuando aparezca como bueno. De esa manera contrapone la ética de las intenciones, regida por imperativos ca-

(2) Kant: Ob. cit. págs. 36 y ss.

tegóricos, a la moral pragmática que se rige por imperativos hipotéticos y mide el mérito de la conducta en razón del resultado.

La legalidad (juridicidad), en cambio, puede decirse de una conducta que externamente se conforma al mandato, con prescindencia absoluta del móvil. En eso consiste la exterioridad del derecho.

Tal criterio, lo hemos dicho en líneas anteriores al referir a Tomasio, que es el primero en exponerlo, sólo resulta adecuado si se fija en términos menos absolutos que los de su formulación inicial. Es lo que ha hecho Gustavo Rádrbruch (3), quien ha puesto las cosas en su punto, al expresar que ese modo distintivo debe mantenerse pero únicamente para señalar la "dirección de intereses" de la moral y el derecho y no para separarlos de manera tajante. La moral no se ocupa sólo de valorar las intenciones sino de que éstas se traduzcan en resultados concretos. Y al derecho, a su vez, no importan solamente las actitudes externas sino también (en múltiples ocasiones) las motivaciones del comportamiento. Sería estéril una moral de meros buenos propósitos, desentendida por completo de las obras. Pero es lo cierto que el aspecto de la conducta que más interesa al ordenamiento ético, es el interno.

De otra parte, el derecho no se agota en la regulación de la conducta externa, como ya lo hemos anotado. Así: ciertos fenómenos psicológicos tienen marcada significación en el campo penal (es preciso averiguar y esclarecer si se ha delinquido por dolo o culpa o si el hecho de apariencia delictual fue ajeno a esos supuestos) y en el campo civil la buena y la mala fé generan consecuencias jurídicas distintas. Pero los hechos psíquicos, y en particular las motivaciones, sólo atañen al derecho, ordinariamente, en la medida en que se traducen —o al menos pueden traducirse— en manifestaciones externas, incidentes en las relaciones interpersonales. Además, es cierto que muchas veces el jurista o el juez se hallan desprovistos de medios idóneos que les permitan descubrir inequívocamente la intención o el motivo determinante, pero de allí no se sigue que éstos sean extraños al enjuiciamiento jurídico. En otros términos: las dificultades de hecho dejan intacta la construcción teórica.

Sobre el punto que venimos de exponer, trata el magnífico pasaje de Rádrbruch que transcribimos enseguida: "La experiencia jurídica conoce... una multitud de conductas internas jurídicamente relevantes, tanto en la forma de una conducta interna decisiva para la calificación de la conducta externa a que va unida (por ejemplo, clases de culpa, buena fé), bien, ocasionalmente, en la forma de una conducta interna que clama por sí misma efectos jurídicos; tal, cuando la situación de peligro de

(3) Gustavo Rádrbruch: "Filosofía del Derecho", págs. 52 y ss.

la "salud espiritual" de un niño, lleva a una ordenación de los cuidados educativos del Estado. Y así como el juicio jurídico no se limita sólo a las acciones externas, el juicio moral, a su vez, no se limita únicamente a la conducta interna; al contrario, le está precisamente sustraída. Parejamente a como no cuentan para el mérito los "deseos piadosos" nunca realizados, y los "buenos propósitos" con que está empedrado el camino del infierno, no debe, consecuentemente, encontrarse culpa en el deseo perverso, la tentación y la tentativa. La vida pasiva de los impulsos es, por sí misma, irrelevante; moralmente relevante lo es sólo la voluntad activa que con ellos se enfrenta..." (4)

Con Rádbruch, concluimos que no hay dominio de las acciones humanas que no esté sometido tanto a la valoración moral como a la jurídica, y que lo que antes marcaba una distinción absoluta entre moral y derecho, subsiste como criterio indicativo de la dirección en que se mueven sus respectivos intereses.

La conducta externa interesa a la moral primordialmente como reflejo de sus motivaciones íntimas, mientras que éstas, por regla general, son objeto de valoración jurídica solamente en cuanto informan un comportamiento externo. La moral es más imperiosa que el derecho, y más que él se regocija en la indagación del móvil. Por eso la juridicidad está, ordinariamente, comprendida dentro de la moralidad, pero no a la inversa.

b) *Alteridad o bilateralidad y unilateralidad.* Se dice que las normas de la moral son unilaterales, porque en frente del sujeto a quien obligan, no hay otro autorizado para exigir el cumplimiento de tal obligación. Prescriben una conducta, cuya observancia nadie puede demandar legítimamente. Y de las normas jurídicas se predica bilateralidad, porque los deberes que prescriben comportan facultades correlativas. Caracterizan y regulan, al menos, la conducta de dos sujetos. Es decir: que mientras la norma moral sólo resiste un enfoque (el deber), la jurídica ofrece una doble perspectiva (deber y facultad). Así: El precepto moral que manda socorrer al menesteroso, a nadie faculta para exigir ayuda a otro; en cambio, la norma legal que obliga al vendedor a transferir el dominio de la cosa vendida, confiere, a la vez, al comprador, la facultad de reclamar en derecho.

Quien se halla moralmente obligado no tiene frente a sí un sujeto que lo exija (la exigibilidad de una conducta no es materia de regulación moral), mientras que el jurídicamente vinculado lo es siempre con respecto a alguien, cuya conducta queda también determinada en la

(4) *Ibidem*, págs. 53 y 54.

norma. Es lo que expresan los escolásticos al afirmar que la moral es "ab agenti" mientras el derecho es "ad alterum" (5).

La norma jurídica coloca, pues, en situación de enfrentamiento, a un sujeto pasivo de la relación (obligado), y a un sujeto activo de la misma, llamado también derecho-habiente o pretensor, que legítimamente puede exigir del primero, la observancia de la conducta definida en el precepto. Lo que es mandato para el uno es atribución para el otro. Por eso dice, con todo rigor, León Petrasizki (6) que las reglas morales son simplemente imperativas a diferencia de las jurídicas que son imperativo-atributivas.

Vista la relación jurídica por el aspecto pasivo se revela como un deber, mientras mirada por el activo se manifiesta como una facultad, entendida ésta como la posibilidad de hacer u omitir legítimamente algo. Posteriormente se elaborará más sobre el punto, a propósito del derecho subjetivo.

En conclusión: la norma moral es puro y simple deber, y la jurídica, en cambio, es deber y facultad a un tiempo, pero no como funciones que se excluyen sino que se corresponden e implican mutuamente.

c) *Coercibilidad e incoercibilidad.* De las notas específicas atribuidas al derecho para distinguirlo de la moral, ninguna ha suscitado controversias tan encendidas, y en ocasiones fecundas, como la coacción, entendida ésta como el empleo efectivo de la fuerza para obligar al cumplimiento de la prescripción normativa. Mientras que algunos juristas consideran que es esa nota la que fija de una vez por todas la esencia de la norma de derecho, otros la relegan a calidad secundaria y aún le niegan toda incidencia en la especificación de lo jurídico. La discusión aún no ha terminado.

Es Tomasio el primero en mencionarla, y luego Kant. En el siglo pasado aparece como una constante de las doctrinas empiristas y positivistas (Austin, Picard), y en el presente se continúa esa tradición, depurada, en la teoría pura del derecho. En efecto: el ilustre pensador y jurista Hans Kelsen (7) concibe el derecho como un conjunto de normas reguladoras de la coacción. Dentro de su sistema, una norma sólo puede signarse como jurídica cuando asocia a un hecho condicionante (conducta humana o cualquiera otro supuesto) un acto coactivo, cumpliendo el deber ser la función de cópula. Si no acusa esa estructura,

(5) Cfr. G. Rádbruch, *ob. cit.* pg. 56.

(6) Petrasizki León, citado por García maynez, pg. 16.

(7) Kelsen: *Teoría pura del derecho*, págs. 70 y ss., Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1.960.

será moral o de otro orden pero nunca jurídica. El derecho no hace otra cosa que regular el empleo de la fuerza en las relaciones intersubjetivas; determina quiénes, en qué forma y bajo qué condiciones deben ejercitar contra otros la coacción. Tales individuos dotados de facultad coactiva son los llamados "órganos de la comunidad", en cuyo favor el ordenamiento jurídico establece el monopolio de la fuerza.

De otro lado, quienes se oponen, en el punto, a la doctrina positivista, arguyen que el derecho es generalmente observado sin necesidad de coacción alguna y que a ésta sólo se apela en una última y desesperada instancia, cuando ya la transgresión se ha producido. Y observan, entonces, que el ejercicio de la potencia coactiva resulta siempre extemporáneo. Dentro de esta vertiente cabe destacar a León Petrasizki (8) quien ha urdido una ingeniosa argumentación destinada a desacreditar la coacción como característica diferencial del derecho. Aduce el autor precitado que, siguiendo la línea del positivismo, se llegaría al absurdo de verificar, forzosamente, una serie infinita de normas, para poder constatar la juridicidad de una sola. Porque —según la dialéctica de la escuela criticada— una norma es jurídica cuando su inobservancia determina el ejercicio del poder coactivo; y si el encargado de ejercitarlo no lo hace, debe, a su vez, ser objeto de un acto de coacción contemplado en una norma diferente, que debe hallar su respaldo en una anterior, igualmente coactiva, y ésta a su turno en otra de idéntica naturaleza, y así sucesivamente.

Pero la objeción de Petrasizki es tan sofisticada como sutil. En efecto: de que realizando un excursus retrospectivo por el ordenamiento jurídico (de la norma más individualizada a la más general) se llegue necesariamente a una primera norma no jurídica y por ende no coactiva, no se sigue que las demás carezcan como ella de ese carácter específico. Porque el derecho positivo es un sistema lógico, un eslabonamiento de normas que en último término deben ser referidas a una norma fundamental que no ha sido *puesta* (no es positiva), sino *supuesta* como jurídicamente válida, y que si se asume como tal, confiere juridicidad a todas las que ella se desprenden. Esa hipótesis básica es la que llama Kelsen "constitución en sentido lógico-jurídico" y puede enunciarse así: "la coacción debe realizarse por los órganos que designe el soberano y bajo la forma y condiciones que él mismo determine". Por lo demás, esta modalidad cognoscitiva no es insólita en el campo normativo, sino propia y peculiar de él. También los preceptos morales particulares son

(8) Petrasizki León, citado por Juan Llambías de Azevedo: "Eidética y Apodéctica del Derecho", pgs. 70 y ss., Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1.958.

extraídos de postulados supremos, que son objeto de aceptación o rechazo mas no de demostración. "Los supremos preceptos del deber son indemostrables, axiomáticos, no susceptibles de conocimiento, sino tan sólo de creencia", dice Rádbruch con inigualable precisión (9). Y a partir de esos "preceptos indemostrables", y sólo a partir de ellos, se construyen los sistemas éticos.

Con gran acierto, Del Vecchio (10) prefiere hablar de *coercibilidad* para aludir al carácter diferencial de que venimos hablando. Y tiene por tal, no ya el empleo efectivo de la fuerza para hacer valer el derecho cuando ha sido violado, sino la posibilidad de usarla a fin de sancionar la transgresión de la norma jurídica o constreñir a su cumplimiento. La variación —que no es simplemente terminológica— conlleva indudables repercusiones positivas. Porque si se predica la coacción (uso efectivo de la fuerza) como rasgo específico del derecho, bastará con que se advierta un caso en que la coacción no se cumpla (y no es difícil susstraerse a la consecuencia sancionatoria de la norma), para que toda la doctrina se derrumbe.

Que la moral es incoercible significa, simplemente, que su observancia es espontánea y absolutamente libre. En el momento en que alguien sea constreñido al cumplimiento de una norma moral (o siquiera exista esa posibilidad), su comportamiento carecerá de toda significación ética. Porque el acto moral es esencialmente voluntario, queda desprovisto de sentido si su ejecución es forzosa.

Pero en el ámbito de lo jurídico las cosas suceden de otro modo: el derecho regula el empleo de la fuerza, para lograr la concordancia de las conductas que rige con las prescripciones que impone, y esta posibilidad de constreñir a la observancia de la norma, no quita el sello de juridicidad a la conducta, sino que lo destaca, porque el derecho —insistimos—, en razón de los intereses que tutela, exige de modo preferente —casi exclusivo— la conformidad externa de la conducta con la norma.

No debe entenderse la noción de coercibilidad en el sentido de sanción, sino en el anteriormente expresado de "posibilidad de usar la fuerza para compeler al acatamiento de la norma". Es que si se entiende como sanción, nada se ha ganado en el campo del deslinde, pues también la moral tiene las suyas aunque, ciertamente, de índole distinta. Coercibilidad, como nota distintiva del derecho, significa, pues, que el cumplimiento de la norma puede no ser espontáneo. En cambio, como la

(9) Rádbruch, ob. cit. pg. 17.

(10) Del Vecchio, ob. cit. págs. 371 y ss.

regla moral debe siempre observarse espontánea y libremente, se dice de ella que es incoercible.

d) *Heteronomía y autonomía*. Fue Kant (11) quien primero planteó la elucidación de estos conceptos en sus especulaciones éticas. *Conducta heterónoma* es la que obedece a un precepto que no deriva de su albedrío, sino que le es impuesto por una voluntad extraña. Autónomo es, por el contrario, aquel proceder que obedece a normas que el sujeto se ha impuesto a sí propio, convencido de su universal validez. Es éste un fenómeno de autolegislación, como que son uno solo el creador de la norma y su destinatario. Autonomía, entonces, vale tanto como autodeterminación. En las reglas heterónomas, en cambio, legislador y destinatario se mantienen como sujetos distintos. Frente al primero hay siempre un individuo o grupo de individuos que se le someten.

Conforme a la doctrina kantiana, las normas morales son autónomas, pues sólo obligan en la medida en que el individuo les da su asentimiento, es decir, las valora positivamente y las estima válidas para toda la humanidad. Las jurídicas son heterónomas, pues su obligatoriedad depende de una voluntad externa, ajena a los destinatarios, que se les impone sin pulsar su consenso. Reclaman sujeción, independientemente de las íntimas convicciones del obligado.

Laun (12), no obstante su adhesión a la filosofía kantiana, rechaza vigorosamente la separación de moral y derecho planteada desde este ángulo, arguyendo que la imposición de una conducta mediante la amenaza de la fuerza, es puro y simple poder, y nada tiene que ver con la obligación, que ha de ser siempre libre si se la quiere mantener como tal. El llamado "derecho positivo", en su sentir, no es otra cosa que la capacidad efectiva de los detentadores del poder, de imponer a los súbditos (gobernados) reglas de comportamiento que en conciencia pueden no vincularlos. La "norma" jurídica no es, en esencia, una auténtica norma, pues no envuelve un deber condicionado sino una necesidad condicionada, excluyente de toda posibilidad normativa. La imposición por la fuerza mata el deber, transformándolo en conducta forzosa sustraída a toda valoración ética.

La certeza en tales razonamientos exige, incluso, un cambio terminológico, pues no parece honesto, ni científicamente riguroso, encubrir un simple fenómeno de fuerza con un falso carisma de moralidad. "Por tal razón —escribe Laun— sería más exacto no hablar nunca del "derecho del más fuerte" o del vencedor, sino siempre del "poder del más

(11) Kant, ob. cit. págs. 90 y ss.

(12) Laun, ob. cit., págs. 7 y ss.

fuerte" o del vencedor y, en consecuencia, preferible sería también no hablar nunca del "derecho positivo", sino siempre del "poder positivo", en cuyo caso podría perfectamente suprimirse la palabra "positivo".

"Pero desde antaño —continúa Laun— es costumbre aplicar el título honorífico de "derecho" a los preceptos heterónomos, porque en todos los tiempos los detentadores del poder han sabido presentar su voluntad como si fuera el "derecho" mismo. En la actualidad no podemos todavía suprimir ese uso del lenguaje, pero no por ello debemos dejarnos engañar por la palabra. Tenemos que estar seguros de que *del poder no es posible derivar ningún deber, ni aún en el caso de que se llame "derecho" a la fuerza*.

"Por tal razón deberíamos —al menos en la ciencia— hablar siempre del "derecho positivo" o introducir designaciones como —por ejemplo— "derecho heterónimo" o "derecho de la fuerza", para evitar, en estos giros, toda apariencia de consagración moral".

Reconocemos en la tesis de Laun —expuesta en términos tan sugestivos— hondura y rigor lógico excepcionales, además de un acendrado fervor ético. Pero distamos mucho de compartirla, en razón de las siguientes consideraciones: asume el profesor hamburgués, como postulado intangible, que sólo del fuero interno individual es originario el deber y que, por ende, la expresión "norma heterónoma" envuelve una contradicción insalvable. Tal modo de discurrir, a nuestro juicio, sólo es válido cuando se aplica a la obligación moral, mas no cuando de la obligación jurídica se trata, pues ésta, que es de naturaleza diferente, requiere distinto tratamiento. Nosotros afirmamos la vida comunitaria (co-existencia) como hecho y valor a un tiempo, y el derecho como un instrumento necesario para su realización.

Las normas morales tienen por destinatario al individuo como tal, y, en consecuencia, los deberes que contienen deben ser referidos a esa individualidad como fuente única o, en todo caso, como suprema instancia de obligatoriedad. A la conciencia de cada uno quedan diferidas su aceptación y observancia. De una norma cabe predicar autonomía no sólo cuando emerge originariamente de la conciencia del propio destinatario, sino también, cuando siendo creada por una voluntad extraña, es aceptada y obedecida en vista de su intrínseco valor. En cierto modo la conciencia del obligado la re-crea.

Las normas jurídicas, en cambio, conforman la conducta del individuo como miembro de una comunidad —en el presente, la estatal es

la más perfecta y comprensiva— cuya existencia *debe ser* mantenida en beneficio de los mismos que la integran, y cuya supervivencia no es posible sin un ordenamiento objetivo que garantice su estabilidad. A la vez, la obediencia a dicho ordenamiento no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues, si tal ocurriera, al orden, que sustenta la vida comunitaria, se sustituiría la anarquía que la destruye. Porque es necesario admitir, que dentro de la comunidad pueden darse diversos modos de enjuiciamiento de la conducta humana, que se traducen en valoraciones discordantes, cada una de las cuales reclama para sí un título de prioridad. Es preciso, entonces, que alguien, asumiendo una actitud personificadora de la comunidad misma, establezca un esquema cierto e indiscutible, a partir del cual sea posible calificar el comportamiento humano, en cuanto comportamiento comunitario, como debido o indebido. El esquema en cuestión es la norma jurídica, y la conformidad con ella, la juridicidad.

La conducta prescrita es el deber jurídico, y su inobservancia, el hecho condicionante de un acto coactivo. Por eso es presupuesto indispensable que quien dicta la norma esté en posibilidad de ejercitar la coacción. En otros términos, que esté respaldado por el poder.

Se ve entonces cómo de la norma, instauradora del orden, que es supuesto de la vida comunitaria, surge el deber ser jurídico, que no destruye la libertad, como pretende Laun, sino que la confirma al brindar una nueva posibilidad de elección: o se acata la prescripción normativa y ningún daño habrá de soportarse, o se la transgrede y se provoca entonces, en detrimento propio, el ejercicio de la coacción, en calidad y grado previsibles de antemano.

No puede, pues, admitirse que la heteronomía, y más específicamente aún la coercibilidad, maten el deber transformándolo en pura necesidad. El mandato contenido en la norma jurídica es auténtico deber, distinto, eso sí, del deber moral, por su modalidad vinculante: mientras este último postula un comportamiento bueno por esencia y aceptado como tal por la conciencia del individuo, que estampa en él la impronta de obligatoriedad (validez moral), el primero sólo prescribe la observancia de una cierta conducta, escogida entre muchas posibles, como la única que ha de ligar a los miembros de una determinada comunidad, y que al ser garantizada por ésta, a través de los órganos que la personifican, es consagrada como socialmente obligatoria o, lo que es lo mismo, jurídicamente debida.

EL DERECHO Y LAS NORMAS DEL DECORO

1.- *Presentación del problema.* Hemos sentado en el capítulo anterior, que tanto las normas morales como las jurídicas regulan la conducta humana en su integridad, aunque su modalidad normativa es diferente. Pero existen además ciertos preceptos —no reductibles a la moral ni al derecho— que constituyen pautas valorativas del comportamiento en su nivel más superficial. No alcanzan el sentido ético de la conducta, sino califican su forma de presentación. Podemos decir, con alguna licencia, que compendian la “estética” de la conducta, caprichosamente modelada por factores sociales variables, que determinan una vigencia normativa un tanto precaria y en exceso circunstancial. Es decir: el quehacer humano no sólo debe ser moral y jurídico sino también *decoroso*. A este último aspecto atienden los preceptos en cuestión, que integran un ordenamiento llamado indistintamente usos o convencionalismos sociales, reglas del trato o normas del decoro.

Al señalamiento de sus caracteres específicos nos aplicaremos en el presente capítulo. Pero antes debemos indicar que algunos autores, por cierto muy ilustres, discrepan fundamentalmente del anterior planteamiento, aduciendo que las reglas del trato no constituyen un sistema independiente, sino que son normas morales o jurídicas de estructura poco definida, que oponen, en consecuencia, dificultades para su clasificación. Presentaremos, en apretada síntesis, sus puntos de vista. Por otra parte, no nos conformaremos con enunciar escuetamente las notas esenciales —distintivas— que a nuestro juicio deben predicarse de esa categoría de reglas, sino que las extraeremos, a modo de conclusión, después que hayamos expuesto algunas de las doctrinas más importantes que sobre el tema se han elaborado. Apelaremos a esa modalidad expositiva, a fin de lograr una imagen lo más completa y nítida posible del asunto, todavía en disputa, y no por afán de vana erudición.

2.- *Doctrinas que niegan entidad autónoma a las reglas del trato.*

a) *Giorgio Del Vecchio.* Afirma el eminente jusfilósofo italiano (1), que la conducta humana está regida íntegramente por el derecho y la moral, y sólo por ellos, que no dejan resquicio a ninguna otra norma. La obligación que en un determinado momento vincula a una persona es moral o jurídica, sin que haya lugar a término medio. O la nor-

(1) Del Vecchio, ob. cit., pgs. 336 y ss.

ma que la impone es simplemente imperativa (valoración a parte subjecti) y hay que ubicarla entonces dentro de la moral, o es imperativo-atributiva (valoración a parte objecti), caso en el cual debe predicarse de ella la juridicidad. No obstante, lo admite el propio maestro italiano, nos encontramos a cada instante con infinidad de preceptos cuya naturaleza es difícilmente determinable. Pues bien: esas reglas de índole equívoca (en ocasiones aparecen como jurídicas y a veces como morales), no son otra cosa que normas de derecho cuyo carácter se ha menudado por derrumbamiento de su estructura bilateral (imperativo-atributiva) o, al revés, normas de moral, unilaterales, que aspiran a exhibir juridicidad.

En términos generales puede decirse que los convencionalismos o usos sociales pertenecen al ámbito de la moral, y quedan allí bien ubicados, pues a nadie facultan para exigir su cumplimiento. Y esto, en el sentir de Del Vecchio, vale también para los preceptos religiosos que "imponen deberes para con Dios, para con los semejantes y para consigo mismo", es decir, simulan a veces estructura bilateral y otras muestran, con toda nitidez, su carácter meramente imperativo. Integran un tipo de ordenamiento moral vinculado estrechamente con otro de carácter jurídico, cuyas sanciones pertenecen al reino de ultratumba.

b) *Gustavo Rádbruch*. El brillante filósofo y criminalista alemán, enfoca el problema de modo diferente (2). Los productos de la cultura están siempre signados por su tendencia hacia la realización de lo valioso (la impronta del neokantismo badense es fácilmente advertible). El arte, la religión, la moral, el derecho, son auténticos productos culturales pues su objetivo consiste en realizar la belleza, la santidad, la bondad, la justicia (valores). Pero si inquirimos a qué valor apuntan las reglas del decoro no encontraremos respuesta adecuada, lo que evidencia que, como productos culturales, carecen de entidad propia. Los usos sociales no hallan sitio en el campo de la cultura, pues para ubicar allí un objeto cualquiera es necesario descubrir previamente el valor a que se orienta. La moral está referida al valor bondad y el derecho al valor justicia. Pero, a qué valor refieren los usos sociales? Cualquier ensayo de respuesta resulta fallido. El carácter de tales preceptos es más bien interino o, como dice Rádbruch, simplemente "preparatorio del derecho y la moral".

Veremos luego cómo el citado autor, sin llegar a conclusiones positivas, ha indicado un derrotero metódico que parece promisorio.

(2) Rádbruch: ob. cit., 65 y ss.

3.- *Doctrinas que afirman la entidad autónoma de las reglas del trato.* a) *Rudolf Stammler*. Para Stammler (el primero en hacer una aplicación rigurosa de la gnoseología kantiana a la indagación jurídica), el asunto debe enjuiciarse a partir del grado de pretensión de validez que cada ordenamiento reclama (3). El derecho, en cuanto "voluntad autárquicamente vinculatoria", pretende vigencia absoluta, es decir, obliga sin consideración al consenso de los destinatarios. Es un ordenamiento normativo heterónimo, por oposición a la moral que extrae su fuerza vinculante del querer mismo del obligado, es decir, halla en la autonomía condición a priori de su validez. Los usos o convencionalismos sociales, en cambio, no obligan —strictis sensu— sino que "invitan" a observar cierta conducta, de acuerdo a las circunstancias, razón por la cual sólo en sentido lato puede predicarse de ellos normatividad. Al querer de cada destinatario queda diferido su cumplimiento y, en consecuencia, cabe atribuirseles autonomía.

En este último punto ciframos nuestra discrepancia con Stammler, pues no entendemos cómo pueda decirse autonomía de las reglas del trato, que en ningún caso son el resultado de un proceso autolegislativo (obra de la conciencia individual), sino imposición de un grupo social a los individuos que a él se integran, con toda su secuela de sanciones (peculiares), acarreadas por la transgresión.

b) *Hans Kelsen* (4). Asumiendo la heteronomía como rasgo común al derecho y a los usos sociales, y distintivo de ambos frentes a la moral, plantea Kelsen la diferencia en estos términos: mientras que las reglas del trato sólo pueden ser seguidas (observadas) o desatendidas, las normas jurídicas pueden además ser aplicadas. Eso significa que el ordenamiento jurídico implica y exige una organización externa coactiva (jueces y tribunales, en una palabra el Estado), encargada de actuarlo, con la ayuda de la fuerza, mientras que el ordenamiento de los usos sociales carece de órganos competentes para aplicarlo. El órgano de aplicación es inmanente al primero y extraño al segundo.

Fácilmente se advierte que la nota diferencial destacada por Kelsen como propia del derecho, no es otra que la coacción estatal (coercibilidad, para nosotros), ajena por igual a la moral y a las normas del decoro.

c) *Juan Llambías de Azevedo*. (5) Siguiendo el derrotero metódico indicado por Rádbruch, pero apartándose de éste en las conclusiones,

(3) Stammler: "Filosofía del Derecho", pgs. 102 y ss. ed. Reus S. A., Madrid, 1.930, p. 340. I S. 783. t.

(4) Kelsen: citado por Llambías de Azevedo, ob. cit., pg. 132.

(5) Llambías de Azevedo: Ob. cit., pgs. 123 y ss.

el señalado jurista y filósofo uruguayo ha elaborado una teoría aguda y sugestiva sobre el tema que nos ocupa.

Eligiendo como punto de perspectiva la distinción de valores (también elaboración suya), Llambías de Azevedo formula así su doctrina: todas las normas de conducta hallan su fundamento en los valores y sólo en ellos. Si alguien se pregunta "por qué debo hacer esto o aquello", sólo encontrará la justificación de ese deber ser fáctico en un deber ser ideal (valor). "Debo obrar de esta manera porque es bueno o porque es justo", o de otro modo, "porque así realizo el valor justicia o el valor bondad". (En los que echan sus raíces la moral y el derecho).

Pues bien: los usos y convencionalismos sociales se fundan en valores de conducta que no son morales ni jurídicos —las reglas del trato no derivan de la justicia ni de la bondad— pero que tienen con ellos una estrecha vinculación. "Están colocados a la entrada y a la salida del reino de los valores éticos", por lo que puede llamárseles "*valores de acceso*". Tales valores no son independientes, pues presuponen ya la existencia de "*valores centrales*" —morales y jurídicos— a los que hacen referencia. Por ejemplo: el saludo es una forma de cortesía. Pero ésta no es un valor en sí (central), sino que sirve de acceso a otros que sí lo son. Así, si una persona saluda afablemente exterioriza una actitud pacífica, leal, amistosa. Y si por el contrario, a pesar de hallarse en circunstancias en que el saludo está prescrito, lo omite deliberada y notoriamente, no aparece como portadora de paz sino más bien de hostilidad, que es el reverso de la moneda, el valor negativo que halla su correlato en el primero. O sea: que los valores en que se fundan las reglas del trato, sólo constituyen una exteriorización de los valores éticos de que es alguien portador.

Ninguna sociedad puede estar regida únicamente por convencionalismos o reglas del decoro, lo que se explica por el carácter no independiente de los valores en que éstas se fundan.

d) *Recaséns Siches*. Luis Recaséns Siches, figura de primer orden en la filosofía del derecho hispanoamericana, ha elaborado un trabajo meritorio y completo acerca del problema que se viene exponiendo (6). Ensayo primero un alindamiento de los usos o convencionalismos frente a la moral, y luego los distingue de las normas jurídicas. En uno y otro caso señala con rigor no sólo los caracteres disímiles sino también los rasgos concordantes. Juzgamos que en el siguiente cotejo queda fielmente compendiado su pensamiento:

(6) Recaséns Siches: "Filosofía del Derecho", pgs. 199 y ss., ed. Porrúa S. A. México, 1.961.

I Moral y reglas del trato.

Conviene en las siguientes notas: 1) Ambos ordenamientos carecen de organización coactiva; 2) Sus sanciones no persiguen el cumplimiento forzoso de la norma violada.

Difieren en las siguientes facetas: 1) Las normas morales se dirigen al obligado como individuo, mientras los usos o convencionalismos sociales lo vinculan como miembro de un grupo; 2) La moral exige pureza en la motivación, y los convencionalismos —en cambio— se satisfacen con la exterioridad; 3) Las normas morales poseen validez ideal y las reglas del trato solamente vigencia social; 4) La normal moral es autónoma, los convencionalismos heterónomos.

II Derecho y reglas del trato

Acusan las siguientes *semejanzas*: 1) Uno y otras son hechos sociales; 2) Se satisfacen ambos con la conformidad externa de la conducta y la norma; 3) La heteronomía es rasgo que los caracteriza por igual.

Pero se anotan estas *discordancias*: 1) La naturaleza de sus sanciones y 2) El objetivo que ellas buscan. Así, la sanción jurídica tiende ante todo a obtener el cumplimiento forzado de la norma. En cambio la de los convencionalismos sociales, se traduce en una represalia del grupo que se siente afrentado con la inobservancia del uso, pero en manera alguna pretende forzar su cumplimiento.

Hay que reconocer lucidez y agudeza en el trabajo de Recaséns Siches, pero asimismo debe observarse que no es acertado por entero. En efecto, señala como rasgo común a la moral y a los usos sociales, el que sus sanciones no apuntan al cumplimiento forzoso de la norma infringida, como sí apunta la sanción jurídica. Pero cabe objetar que no siempre esta última tiende al cumplimiento forzado de la obligación. Muchos preceptos hay en el campo del derecho que imponen obligaciones de hacer, cuya transgresión acarrea tan sólo una indemnización a cargo del obligado, a quien no se le puede forzar al cumplimiento de la obligación primaria. En tales casos, la distinción propuesta por Recaséns de nada sirve, pues tampoco la sanción de derecho tiende al cumplimiento compulsivo de la norma violada. Tal criterio es, pues, acertado sólo parcialmente.

Cuando sí da en el blanco el profesor Recaséns Siches, de modo inobjetable, es al formular las diferencias entre la moral y los usos sociales y las semejanzas entre éstos y las normas jurídicas.

e) *García Maynez* (7). El distinguido tratadista mejicano Eduardo García Maynez, plantea la distinción entre las normas éticas (morales y jurídicas) y los convencionalismos sociales, en función de los conceptos antinómicos bilateralidad —unilateralidad y exterioridad-interioridad. De este modo: mientras los preceptos de derecho tienen estructura bilateral (imperativo-atributiva), las reglas del trato son unilaterales, pues sólo prescriben la obligatoriedad de una conducta en ciertas circunstancias, sin atribuir a nadie la facultad de exigir legítimamente su cumplimiento. No colocan, pues, frente al sujeto obligado un sujeto pretensor. Y en el momento en que así ocurriera, perderían su naturaleza de convencionalismos y devendrían normas jurídicas. Pero coinciden en la nota de exterioridad predominante, más acentuada aún en las reglas del trato, que sólo se interesan, decididamente, por el comportamiento externo del destinatario, sin intentar siquiera un escrutinio de las motivaciones. Así: cumple a cabalidad la norma de cortesía quien saluda a una persona que le es antipática, aunque lo haga contrariando sus más íntimos sentimientos.

Esa nota de exterioridad, de contera, delimita el campo de los usos sociales frente a las normas morales que, como ya se dijo, llevan el signo esencial de la interioridad, aunque ambos ordenamientos coinciden en la estructura unilateral de sus preceptos.

Por último, García Maynez traza la distinción entre normas jurídicas y reglas del trato, atendiendo a la naturaleza e intensidad de sus sanciones. Mientras el derecho determina anticipadamente la sanción aplicable en cada caso, y su intensidad, no es posible predecir cómo y con cuánto rigor sancionará la sociedad a quien menosprecie en determinado momento sus reglas convencionales. La represalia social se halla condicionada por circunstancias cambiantes, caprichosas, pues la violación de una misma norma provoca cada vez reacciones distintas.

4.- *A modo de conclusión.* La doctrina últimamente expuesta (la del profesor García Maynez) compendia con rigor los caracteres esenciales de las reglas del trato y permite afirmar su situación de independencia frente a la moral y al derecho. Autoriza para argüir en contra de Del Vecchio (y asumimos la réplica como inferencia nuestra), que no toda valoración a parte subjecti implica estimación moral. Queda la posibilidad de normas simplemente imperativas (unilaterales) que a nadie facultan para exigir legítimamente su observancia y que, a diferencia de las morales, regulan la conducta externa y no ya de modo

(7) García Maynez: Ob| cit. pg. 33.

preferencial —como lo hace el derecho— sino de manera exclusiva. Tales, las reglas del trato.

Signamos, además, el ordenamiento en cuestión como heterónimo e incoercible (caracteres opuestos en apariencia), pues si bien se lo impone al individuo el grupo social, carece este último de órganos específicos autorizados para ejecutar la coacción en caso de inobservancia.

Las coincidencias y discordancias de los órdenes normativos en examen, se precisan en el siguiente esquema, que los revela como maneras de normación diferentes:

Normas Jurídicas	{	Exterioridad (predominante) Alteridad Coercibilidad Heteronomía
Normas Morales	{	Interioridad (predominante) Unilateralidad Incoercibilidad Autonomía
Reglas del trato	{	Exterioridad (exclusiva) Unilateralidad Incoercibilidad Heteronomía

Lo que hasta aquí se ha expuesto nos permite concluir: el derecho pertenece a la esfera normativa y no al mundo físico. Se formula en reglas de deber ser y no en leyes causales. Ahora bien: dentro del campo normativo se halla claramente delimitado de otros ordenamientos reguladores de la conducta humana, como los preceptos morales y las reglas del trato.

Consiste pues, esencialmente, en normas de conducta de carácter bilateral imperativo-atributivo, que rigen de modo preferente el comportamiento externo, en las relaciones interpersonales, y que pueden ser impuestas coercitivamente por la autoridad estatal.

De dónde surgen tales normas, cuándo son formalmente válidas y cuándo lo son materialmente; quién ha de formularlas y en qué condiciones para que sean obligatorias, son problemas que se estudiarán en otros capítulos de este mismo curso.

(CONTINUARA)