

## CAPITULO III

### EL DERECHO Y OTROS SISTEMAS NORMATIVOS

1. Normas técnicas y normas éticas. 2. Derecho y moral. 3. Derecho y norma del trato social.

#### 1. Normas técnicas y normas éticas

En oportunidad de estudiar el tema de la normatividad como dimensión de los fenómenos jurídicos dijimos que las normas humanas son prescripciones dirigidas a regular la conducta libre del ser humano. También señalamos que dentro de las normas humanas podían distinguirse dos formas enunciativas: las normas técnicas y las normas éticas. Retomemos el tema para profundizar un poco más en él.

Es conocida la distinción entre normas técnicas y éticas. Según ella, las **normas técnicas** son las reglas que indican la manera de obrar para alcanzar un fin concreto y determinado de lo que resultaría que, como los fines que puede proponerse el hombre son infinitos y con frecuencia contrarios entre sí, se necesita de ciertas normas directoras que le señalen qué fines debe preferir y que fines debe sacrificar; tal sería la función de las **normas éticas**. En realidad no es la norma sino la conducta la que persigue fines; la norma sólo regula la conducta y siendo ésta una sola puede ser susceptible de una consideración técnica y de una consideración ética.

Es decir, todo acto de comportamiento humano es susceptible de un enjuiciamiento, técnico y ético. La conducta humana es un todo y no es posible por tanto hacer un corte tajante que separe a un lado lo técnico y al otro lo ético, pero si es posible enjuiciar, a partir de cada uno de esos dos planos distintos, cualquier acción humana.

Es cierto que una misma conducta puede ser juzgada desde dos planos

diferentes, pero también es cierto que el juzgamiento se realiza sobre la base de criterios absolutamente distintos. Si juzgo el asalto a un banco, puedo juzgarlo desde el punto de vista técnico como excelente, impecable o perfecto, pero si lo juzgo desde el punto de vista ético puedo considerarlo como prohibido, reprochable o inconveniente.

En el primero de los casos -enjuiciamiento técnico- lo estoy haciendo en función de que si la conducta es o no adecuada para obtener un fin inmediato y concreto -asaltar un banco-, en cuyo caso estoy analizando la conducta en relación a los medios, adecuados o inadecuados, para obtener determinado fin de voluntad concreta. En el segundo de los casos -enjuiciamiento ético- lo estoy haciendo en función de si la conducta es o no adecuada a determinados valores -robar es malo- que se quieren alcanzar como fin general de perfección individual, grupal o social. De tal modo que si bien estoy produciendo dos tipos de enjuiciamiento distintos sobre una misma conducta, estoy también reconociendo o afirmando que el enjuiciamiento ético final me permite seleccionar los comportamientos técnicos de que me valgo para obtener resultados concretos.

Nuestro interés se centra lógicamente en las normas éticas, en cuanto mantienen un juicio valorativo de los comportamientos humanos y en cuanto suponen un mandato imperativo u obligatorio tendiente a lograr ciertos fines.

En efecto, toda norma ética, en cuanto juicio de valor, prescribe una conducta que se reclama obligatoria. Todas las reglas sociales, sean morales, de trato social o jurídicas, ordenan una conducta exigida imperativamente, algo que debe ser y no algo que inexorablemente tenga que ser.

En la medida que va dirigida a seres libres, supone también la posibilidad de su violación -a diferencia de las leyes del mundo físico-, pues aunque parezca paradójico, la norma ética exhibe su mayor funcionalidad en el momento en que es transgredida.

Las normas éticas implican así una regulación o medida de las conductas eventuales, una limitación del obrar humano, un límite de lo que podemos o no

hacer, sea cual sea la formulación doctrinal que reciban.

El Derecho es un fenómeno normativo y como tal participa de las características comunes a todas las normas éticas. Pero el Derecho es, también, un fenómeno normativo específico y, como tal, hay que estudiarlo examinando las notas típicas y las características que lo identifican y, a la vez, lo distinguen de los otros fenómenos normativos. De allí que debamos introducirnos en el análisis de las distinciones del derecho frente a las otras reglas de regulación del comportamiento humano.

De allí que en este punto debamos limitarnos a una exposición sencilla de la problemática y de los criterios esenciales que permitan las diferenciaciones.

## **2. Derecho y Moral**

Hemos dicho que las normas éticas pueden ser, a su vez, normas morales, del trato social y jurídico. Nos abocaremos en este punto al estudio de las diferencias entre Derecho y Moral.

### **2.1 Terminología**

Para comenzar, creemos oportuno hacer al menos, dos aclaraciones terminológicas. La primera referente al uso de los vocablos "ética" y "moral" ya que muy frecuentemente, sobre todo en el lenguaje común, se los asimila y utiliza como sinónimos. Es prudente señalar que dicha asimilación no es incorrecta ya que la raíz etimológica de los términos *-mos*, en latín, y *ethos* en griego- nos remiten a una explicación unitaria en cuanto ambos aluden a la costumbre como modo de comportamiento normativo. No obstante preferimos aquí seguir el uso técnico de la filosofía que le otorga al vocablo "ética" un sentido genérico -como disciplina que rige el obrar general del hombre en cuanto ser libre- y al vocablo "moral" un sentido específico - como disciplina que se ocupa del comportamiento subjetivo de hombre-. Así la Moral es solo una parte de la Ética.

La segunda aclaración, referida al alcance que se le dará aquí al vocablo "moral", ya que se trata de una palabra muy manoseada y utilizada con diversos significados. A veces se utiliza el término moral con el significado de "moral social". Partiendo de que en toda comunidad existen una serie de ideas más o menos uniformes sobre la conducta que le corresponde seguir a un individuo, ideas que le son inculcadas fundamentalmente en su etapa de socialización y a través de la presión del medio ambiente social, se entiende por "moral" un sistema objetivo de normas predominantes en un medio social determinado. Así, suele calificarse como inmoral a la conducta individual desaprobada, en función de esas ideas básicas, en cuanto no coincide con ellas. No es este el significado que queremos otorgarle al término.

Nosotros queremos darle a la expresión un sentido de norma individual, sin dejar de reconocer que en toda comunidad existen ideas, más o menos uniformes, sobre las conductas que deben seguirse. Sin dejar de reconocer el origen social y externo de todas esas normas, entendemos que algunas de ellas adquieren su propia especificidad en la medida que su aprobación o desaprobación quedan en última instancia libradas a un acto de decisión individual e íntimo de cada sujeto.

Así, cuando aquí hablamos de moral, nos referimos a aquellas normas que el individuo decide por sí mismo en conciencia, de manera que sea posible admitir la existencia de distintas morales individuales que coexistan dentro de una misma comunidad; así podrá suceder que el juicio moral de una persona difiera del de otra e, inclusive, de la "moral social" predominante.

La palabra "moral" toma así, definitivamente, un sentido subjetivo en la medida que designa el conjunto de normas con las cuales una persona juzga su propia conducta en la búsqueda de su propio perfeccionamiento.

La distinción entre Derecho y Moral no siempre fue aceptada o planteada como una cuestión fundamental; si realizamos un rápido recorrido histórico vamos a llegar a la conclusión de que la dicotomía tal como hoy la concebimos es, en verdad, una conquista reciente del pensamiento moderno.

En los pueblos de la antigüedad, todas las conductas humanas buscaban

regirse por un conjunto de reglas de profundo contenido religioso que se manifestaban a través de lo que ha dado en llamarse la **costumbre indiferenciada**. Esa costumbre cumplía al mismo tiempo la función de norma religiosa, moral y jurídica, de tal modo que lo que estaba permitido o prohibido lo estaba tanto por mandato divino y humano.

En Grecia el ambiente psicológico-social no varió sustancialmente ya que la mentalidad popular se regía prioritariamente fundada en los mismos esquemas de todo pensamiento antiguo. Inclusive, entre sus grandes filósofos no aparece un intento nítido de separación entre los dos órdenes. Es que en cuestiones jurídicas y políticas, están sumergidos en la experiencia totalitaria de la **polis**, donde la comunidad como un todo orgánico está siempre por encima del individuo. Algo similar sucede en Roma donde el sentido práctico de su reflexión, hizo aparecer algunas ideas que podrían considerarse como un intento de distinción entre Derecho y Moral, pero del análisis de las distintas definiciones que los jurisconsultos clásicos nos han dejado sobre el Derecho y sobre sus principios fundamentales, se extrae que la distinción no es tan clara.

En la Edad Media, la influencia de la Iglesia Católica Apostólica y Romana, organizada como una estructura de poder temporal autónoma o vinculada a los otros poderes políticos, hizo sentir su autoridad sobre las conductas humanas. La concepción del derecho natural de origen divino hacían imposible pensar en la separación del orden moral y jurídico, fundados, ambos, en un férreo y autoritario pensamiento religioso. Quizás ninguna otra etapa histórica revele con más claridad la profunda identificación entre Derecho y Moral que ésta.

Habría que esperar el fin de la Edad Media y el advenimiento de las ideas renacentistas del humanismo para que pudiera empezar a pensarse en la necesidad de separar ambos órdenes. No obstante fue recién a comienzos del siglo XVIII cuando el tema empezó a tratarse de manera teórica y sistemática.

THOMASIIUS, filósofo y jurista alemán, hacia 1705, planteaba por primera vez que la Moral se refiere exclusivamente a la conciencia individual -"fuero interno"- mientras que el Derecho se preocupa de las acciones exteriores del hombre -"fuero externo"-. Con esto, pretendía plantear una

distinción práctica a fin de proteger la libertad de pensamiento y de conciencia frente a la acción de los poderes públicos. El Estado no puede ingresar en el "fuero interno" del individuo ya que la Moral no es objeto de coerción y debe limitarse a regular el "fuero externo" de la persona en cuanto instrumento de coexistencia social.

KANT, filósofo de Koenisberg, acentuaría la delimitación, sosteniendo que la Moral exigía como presupuesto que sus actos -acciones Internas- fueran **libres**, ya que lo que interesa es la intención que procura cumplir el impulso de conciencia. La moral no proviene de una orden exterior ya que el sentimiento del deber está en nosotros mismos. El Derecho, en cambio, no tiene por qué ocuparse de los móviles que determinan una conducta sino de ésta misma en cuanto es exteriorizada. La obediencia de la norma jurídica no proviene del sentimiento del deber sino de la **coacción**, mientras que la norma moral proviene del sentimiento de deber y no puede ser sometida a coacción.

Las teorías de THOMASIVS y KANT son fruto del pensamiento de los siglos XVII y XVIII y de su reacción contra el absolutismo monárquico que pretendía regir lo más íntimo de la vida personal y, como tales, representan un aporte significativo al tratamiento del tema; aunque algunos autores posteriores hayan señalado cierto exceso en la separación de fuero interno y fuero externo, lo central de sus pensamientos siguen vigentes. No obstante, continúan apareciendo frecuentemente algunos intentos teóricos que, aunque con ropajes distintos, son de alguna manera reproducciones de la antigua y totalitaria identificación entre Derecho y Moral.

A pesar de que algunas concepciones han intentado una nueva identificación entre los términos, la mayoría de las doctrinas jurídicas contemporáneas, a veces con razonamientos y fundamentos muy diferentes, mantienen la distinción.

### **2. 3. La distinción entre Derecho y Moral**

El tema es sumamente controversial. Sus implicaciones filosóficas hacen necesario no perder de vista la perspectiva jurídica de la cuestión, sin pena de

incurrir en graves distorsiones o en inútiles divagaciones teóricas. Nos proponemos aquí plantear los distintos criterios técnicos que, desde el interés de la ciencia jurídica, creemos, separan uno de otro orden ético.

Moral y Derecho son dos tipos de regulación que se dirigen a la conducta humana, en tanto que humana. Por consiguiente, parece obvio que Moral y Derecho se habrán de inspirar en valores éticos. O lo que es lo mismo, la Etica, en sentido amplio, en tanto que consideración de los problemas fundamentales del comportamiento humano, habrá de ocuparse no sólo de la Moral, sino también del Derecho. No obstante, sucede que, aún siendo éticos los valores hacia los cuales apunta el Derecho y en los cuales éste debe inspirarse, tales valores que deben orientar lo jurídico son diversos de los valores pura y estrictamente morales. Por esta razón, necesariamente son diversos el sentido de la moral y de la norma jurídica.

Pasemos así a examinar las concretas distinciones entre estos dos órdenes normativos.

#### **a) Plenitud del enjuiciamiento moral y parcialidad del enjuiciamiento jurídico**

La norma moral enjuicia la conducta humana teniendo en cuenta la **finalidad de perfeccionamiento individual**. La bondad o maldad de un comportamiento determinado será juzgado tomando en cuenta la significación que dicho acto tenga respecto de la escala de valores del propio individuo. En tal sentido, cuando una persona realiza una acción que auto-juzga como moralmente mala, no puede evitar sentirla como un acto total y pleno de inmoralidad; cuando una persona realiza una acción que cataloga como moralmente buena, no puede hacerlo sin que necesariamente la sienta como algo que contribuye plenamente a su perfeccionamiento o realización humana. Por eso no puede decirse que una conducta pueda juzgarse, desde el punto de vista moral, parcialmente. El acto moralmente malo o moralmente bondadoso afecta totalmente la auto-consideración del individuo.

Por el contrario, la norma jurídica enjuicia la conducta humana

exclusivamente en la medida que ha interferido en otros. En principio, no le interesa al Derecho la bondad o maldad del sujeto, ni le preocupa el significado que para el actor pueda tener su conducta, sino que tiene solamente en cuenta hasta que punto ha afectado a sus semejantes. Por eso cuando se juzga jurídicamente sólo se juzga el comportamiento concreto y en que medida afecta a otro.

A título de ejemplo, y poniendo en consideración un caso que ocupó la atención de los medios de comunicación locales hacía años, si una persona mata para proteger la pureza de las aguas de los ríos, la valoración del motivo mismo que llevó a realizar la conducta homicida pasa a un segundo plano. Aunque desde el punto de vista moral, el propio individuo pueda justificarse su conducta, desde la perspectiva del Derecho esa misma conducta es reprochable.

De tal modo, que el hecho de que una persona realice un acto antijurídico no quiere decir que sea una persona "jurídicamente mala" sino que dicha conducta concreta es "jurídicamente ilícita".

Por eso decimos que el enjuiciamiento jurídico es parcial, pues sólo le interesa un sector especial de la conducta: la conducta concreta que objetivamente interfiere en otra.

Pongamos un ejemplo. Si un padre impulsado por una imperiosa necesidad roba para dar alimento a su hijo, dicha conducta puede ser juzgada moral y jurídicamente. El enjuiciamiento moral que realizará el padre de su propia conducta girará sobre su propia escala valorativa, de tal modo que si considera moralmente bueno salvar la vida de su hijo afectando la propiedad ajena, el juicio pleno lo pondrá en contacto con la totalidad de su vida moral inspeccionada. En cambio, si juzgamos externamente la conducta del padre, debemos analizar en que medida está autorizada o no jurídicamente. Así entraremos en el análisis objetivo de la figura del estado de necesidad y en la posibilidad objetiva que el padre tenía para evitar su conducta, que daña intereses ajenos concretos. De tal modo que aunque el padre juzgue su conducta como moralmente buena, el Derecho podría considerarla inconveniente al no



reunirse los requisitos objetivos del estado de necesidad.

De la afirmación de que el enjuiciamiento jurídico es un enjuiciamiento parcial, se extrae también otra importante conclusión: lo que el Derecho juzga es sólo una determinada conducta -y no a la persona como tal- de modo que no pueden hacerse recaer consecuencias jurídicas más allá de la conducta reprochada. Si el padre roba, será alcanzado con las sanciones que prevé la legislación penal -prisión- y civil -responsabilidad por daño ocasionado- pero no se le podrán afectar otros derechos ni imponer otras consecuencias que modifiquen situaciones jurídicas ajenas.

En su oportunidad la Sala Constitucional, declaró la inconstitucionalidad de una norma de Ley Orgánica del Poder Judicial que sancionaba con la pérdida de la pensión al funcionario judicial que había cometido un delito; entendió la Sala que dicho texto legal acarreaba consecuencias jurídicas distintas a las propias derivadas del ilícito penal. La propia Sala ha cuestionado seriamente la figura de la reincidencia como agravante de los delitos, entendiendo que al entrarse en la consideración de otras conductas anteriores -sobre la cuales el sujeto ya ha respondido- lo que se juzga no es la conducta en sí, sino a la persona misma - a su "historia" -.

Todo lo anterior nos advierte que una conducta puede ser considerada moralmente mala y jurídicamente lícita, moralmente buena y jurídicamente ilícita, o buena moralmente y lícita jurídicamente. Esto porque estamos en presencia como ya lo hemos afirmado, de juzgamientos diferentes.

De ninguna manera pretendemos plantear una separación absoluta entre estos dos campos. Lo que queremos decir es que los comportamientos humanos pueden tener distintas relevancias para el Derecho y la Moral. A veces ambos sistemas exigen la misma conducta -matar es generalmente malo tanto desde el punto de vista moral como jurídico-; otras veces exigen conductas distintas -no todo lo que moralmente bueno es jurídicamente lícito y viceversa-; a veces el Derecho deja un ámbito de libertad para que se ejerciten las distintas opciones morales - cuando, por ejemplo, consagra la libertad de cultos o, mejor, cuando de manera

genérica, como lo hacen la mayoría de las constituciones modernas, se impide al Estado penetrar en las esferas íntimas de los sujeto -.

En realidad, la Moral puede encontrarse respecto del Derecho en tres tipos de posiciones: como materia u objeto de deberes, como facultad o derecho subjetivo o como conducta libre y garantizada sin alcance jurídico; en este último sentido es que está utilizada en el texto constitucional.

#### **b) Unilateralidad de la Moral y bilateralidad del Derecho**

Hemos observado en el punto anterior que la Moral considera a los actos en relación con el sujeto que lo realiza, de tal manera que el juzgamiento sólo puede hacerlo el propio individuo a partir de una selección de conductas posibles. Basta la presencia de un solo individuo para poder realizar un juzgamiento moral.

Si Robinson Crusoe, teóricamente solo, en el medio de su isla, mata a un animal exclusivamente para divertirse, él podrá juzgar moralmente su propia conducta sin que necesariamente haya afectado a alguien. Por otra parte, el Derecho enjuicia, como también lo hemos afirmado, la conducta de una persona en cuanto afecta a otra, en cuanto interfiere en otra. Así se requiere, al menos, la presencia de dos sujetos y a esto llamamos **bilateralidad o alteridad**.

La Moral considera los actos humanos en relación con el sujeto que los realiza y dentro del ámbito individual de éste, determinando entre las conductas posibles cuál es la debida y cuál la indebida. En cambio, el Derecho pone en referencia los actos de una persona con los de otra persona (u otras), estableciendo una coordinación objetiva bilateral o plurilateral entre el obrar de uno y el obrar de los otros. Así, la posibilidad debida jurídicamente o lícita de un acto en un sujeto supone la facultad de éste de impedir todos aquellos comportamientos de los demás que resulten incompatibles con el acto que él puede o debe lícitamente realizar. Y viceversa, la prohibición para un sujeto de cierto comportamiento se funda en que tal comportamiento resulta incompatible con la conducta debida o lícita de otras personas.

El tema de la **bilateralidad** del Derecho, ya sea bajo el nombre de alteridad o intersubjetividad, ha sido desarrollado por numerosos autores. REALE nos ha hablado contemporáneamente de **bilateralidad atributiva**, a la que considera la nota distintiva esencial del Derecho.

Así ha afirmado: *“El Derecho implica una relación entre dos o más personas según un cierto orden objetivo de exigibilidad... Se da bilateralidad atributiva cuando dos o más personas se relacionan según una proporción objetiva que le autoriza a pretender o exigir algo con garantías. Cuando un hecho social presente este tipo de relación, decimos que es jurídico”.*

De este modo es que puede hablarse, inclusive, de un **orden moral** - que debe producirse dentro de la conciencia, dentro de la intimidad del hombre- y de un **orden jurídico** -que se debe producir exteriormente, en sociedad-. El orden moral tendría como finalidad la **paz interior** del sujeto que se logra por la fidelidad a los propios principios; el orden jurídico busca la **paz social** en función de una especie de " fidelidad social".

### c) Interioridad de la Moral y exterioridad del Derecho

Otra diferencia, distinta a la anterior, pero profundamente ligada a ella, por resultar su consecuencia, es la de **interioridad** de la Moral y **exterioridad** del Derecho.

Hemos dicho que la Moral estima una conducta en función del valor que tenga para la propia persona, por eso es válida sólo para el propio sujeto; el Derecho valora la conducta en relación con las demás persona, su validez resulta así social. De allí que el desenvolvimiento moral se opera en el fondo íntimo del sujeto, donde son las **intenciones** las que resultan valoradas. El Derecho, en cambio valora los **resultados**, los efectos objetivos de la conducta.

Esto no significa que las intenciones carezcan de importancia para el Derecho; pero mientras que la Moral juzga las intenciones independientemente de los resultados, el Derecho mediatiza la intencionalidad haciendo prevalecer los resultados. Si alguien quiere matar, el juzgamiento moral es negativo,

independientemente de que se logre o no el propósito; el Derecho presenta otro tipo de razonamiento: primero se pregunta por el resultado -la muerte- y la cataloga como homicidio y; luego, se pregunta por la intencionalidad del actor -dolo o culpa - simplemente para calificar la conducta que produce el resultado. Inclusive en algunas ocasiones, como sucede en diversas formas de la responsabilidad civil, la intencionalidad es irrelevante; el que le causa un daño a otro debe repararlo -sea o no consecuencia de un acto intencional -.

#### **d) Derecho y Moral tienen distintas finalidades**

Como consecuencia de lo afirmado anteriormente, decimos que la finalidad de la Moral es el **perfeccionamiento individual**, es hacer el bien a la persona obligada, por lo que la norma moral va dirigida fundamentalmente al que tiene **deberes** morales; el Derecho, en cambio tiene una finalidad de **perfeccionamiento social** y va dirigida fundamentalmente al titular de **derechos** subjetivos es decir a quien tiene la facultad de exigir determinada conducta de otros.

De este modo, la Moral se compone sólo de deberes -no se puede hablar de "derechos" morales ya que no hay a quien exigirlos - ; el Derecho se compone de "derechos" y "deberes" -siendo éstos últimos sólo una consecuencia de la existencia de esos mismos derechos -.

#### **e) Libertad de cumplimiento de la moral y coactividad del Derecho**

La Moral supone y requiere **libertad**; los actos morales deben ser necesariamente actos libres, de tal modo que las conductas son moralmente válidas sólo si han sido libremente escogidas.

Las normas jurídicas, en cambio, están dadas para ser objetivamente cumplidas, con independencia del modo de sentir o pensar del sujeto, de ahí que deban imponerse incondicionalmente, coercitivamente, es decir, contando o no con la voluntad del obligado. En la medida que establece límites en el accionar humano y relaciones necesarias entre los sujetos en función de un orden externo y objetivo, su aplicación debe ser inexorable.

Aquí está para nosotros la nota típica del Derecho: la **coacción**, la coercitividad, la coactividad, la impositividad inexorable. El Estado crea o reconoce las normas jurídicas y las respalda con su poder, generando toda una organización cuya finalidad no es otra que su imposición coactiva, es decir su imposición por la fuerza, si fuere necesario.

#### **f) Autonomía de la Moral y heteronomía del Derecho**

La Moral es **autónoma** mientras que el Derecho es **heterónimo**. La Moral se genera por un acto de voluntad propio, el Derecho por una voluntad exterior y superior al sujeto.

Estas expresiones no deben entenderse en sentido literal, ya que el sujeto no se da, en sentido estricto, a sí mismo ningún tipo de leyes, ni desde el punto de vista moral ni jurídico. En realidad por autonomía debe entenderse que el individuo acepta libremente la norma moral, por un acto de voluntad propio, mientras que, en el plano jurídico la voluntad se encuentra constreñida por otra voluntad ajena y superior a la suya. Esto no significa desconocer que a veces el Derecho se produce espontáneamente, ya sea porque el individuo entiende el deber jurídico también como un deber moral o por cualquier otro motivo que le impulse a obrar en ese sentido, lo cual no impide reconocer en la heteronomía una característica singular de lo jurídico.

Autonomía -afirmaba el Profesor Carlos J. GUTIERREZ- quiere decir tanto como " auto-legislación", "reconocimiento espontáneo de un imperativo creado por la propia conciencia". Heteronomía implica que la conducta es impuesta a los individuos sin demandar convicción o adhesión a la norma que se impone.

#### **g) La Moral como fenómeno individual y el Derecho como fenómeno colectivo**

Hemos tenido ya la oportunidad de explicar los conceptos de fenómenos individuales y colectivos. Sólo nos resta decir aquí que la Moral es la máxima expresión de la individualidad mientras que el Derecho es la máxima expresión de la colectividad. El interés de la Moral es por la conducta propia y personal del

sujeto, el interés del Derecho es por la función o rol que en esa sociedad se le asigna al individuo.

#### **2. 4. Necesidad de diferenciación entre Derecho y moral**

En apariencia, y debido a la cercanía entre los dos órdenes, nada más parecido al Derecho que la Moral pero, en realidad, nada más diferente en sus mecanismos operativos. Las formas morales y legales son muy similares porque ambas son formas de evaluación de las conductas y porque ambas sirven igualmente como mecanismos reguladores de la conducta humana, pero son diferentes en cuanto a su significado, como lo hemos estudiado en el punto anterior. Aunque es posible modelarlos e interiorizarlos uniformemente, debido a la estrecha relación entre la conciencia individual y social, logrando de ambos órdenes peticiones idénticas, frecuentemente se producen efectos de "debilitamiento", "atenuación " o "amortiguación" del Derecho, cuando la Moral hace peticiones contrarias. En cualquier país existe un único sistema global de Derecho, pero existen también distintos sistemas de moralidad individual.

Una cuestión seria se plantea ante la disparidad de criterios morales que pueden existir entre los miembros de una misma comunidad. Hay casos en que esos criterios son prácticamente unánimes en la medida que son reflejos de la moral social y el Derecho se limita entonces a respaldar la convicción generalizada (ej.: violación, homicidio, etc...). Pero en otros casos esa aceptación de principios comunes no existe (ej.: aborto, control de natalidad, eutanasia, matrimonio entre personas del mismo sexo, etc...) En tales circunstancias el Derecho cumple una de sus más típicas e importantes funciones, consistente en fijar autoritariamente normas válidas para todos, sean cuales sean las opiniones personales.

Es lógico que cada sistema jurídico se base y fundamente en una determinada concepción de la moral social, por eso algunos de sus aspectos son de general aceptación mientras que otros chocan con las creencias y criterios de grupos más o menos amplios, o de determinadas personas. Puede así aparecer el conflicto entre Moral y Derecho.

Esto sucede cuando el individuo se ve en la disyuntiva de tener que cumplir el deber jurídico o el deber moral. Son conocidos los casos producidos con motivo de las guerras donde algunos sujetos se niegan a incorporarse al ejército basados en objeciones de conciencia o los casos de ciertas religiones que se niegan a realizar transfusiones de sangre o transplantes de órganos en sus semejantes violando los deberes jurídicos de asistencia.

Si por exigencias del deber moral debe violarse el Derecho en una situación concreta, es algo que cada cual debe decidir en la intimidad de su conciencia. La sanción jurídica y la sanción moral que actúan en planos distintos, pueden también moverse en campos opuestos y el individuo debe necesaria e inevitablemente elegir entre respetar el Derecho soportando la sanción moral o mantener su criterio moral soportando la sanción jurídica. Justamente, las concepciones modernas y liberales de la sociedad, procuran reducir al mínimo estos conflictos, acentuando su distinción. De allí que la distinción entre Derecho y Moral no es sólo una disquisición teórica sino una profunda y necesaria distinción con notables efectos prácticos.

En realidad, una sociedad que se precie de ser democrática y pluralista debería tratar de reducir las intenciones "educadoras" o "moralizadoras" del Estado, típicas de las sociedades cerradas o totalitarias, tratando de reducir también la posibilidad de imponer criterios atentatorios de valores morales individuales.

Desde distintas posiciones ideológicas se asume que hoy el papel de la ley no puede ser reducido solamente a un instrumento del control social, sino que debe ampliarse suministrando las condiciones favorables para el desarrollo del hombre, garantizando jurídicamente a los sujetos, además de una medida de conducta, libertad de elección y de participación en la alteración creativa de las condiciones de vida y en la obtención de los bienes sociales.

Como siempre aparecen en las sociedades, aún en las más abiertas, gobernantes o administradores tentados de utilizar el Derecho como instrumento moralizador, es que debe tenerse en cuenta que la distinción entre Derecho y moral es una conquista irrenunciable que protege la dignidad humana siempre

amenazada por quienes desde el poder político quieren imponer sus propios criterios morales.

Un precioso texto sobre las funciones de los jueces, frente al problema de Derecho y Moral se encuentra en un voto salvado del Magistrado Rodolfo PIZA ESCALANTE, disintiendo de la opinión de sus colegas de la Sala Constitucional, al resolver un recurso de hábeas corpus en favor de un extranjero que había realizado un conducta gravemente reprochable desde el punto de vista de la moral social pero que no constituía un ilícito –tenencia de material de pornografía infantil-.

*“... No se trata, pues, de aprobar la conducta o preferencias del señor K., sino de determinar si estas caen dentro del ámbito de libertad que se atribuye a todo ser humano como derecho fundamental, libertad que dejaría de serlo totalmente si su ejercicio acarrearía un perjuicio o una sanción. La libertad implica, entre otras cosas, el ejercicio amplio y sincero de la tolerancia; tolerar no es transigir con la verdad, la belleza, la bondad o la justicia, sino precisamente con el error, la fealdad, la maldad o la injusticia; como juez constitucional no me corresponde aplaudir la conducta del señor K., sino solo defender su derecho a observarla, aunque me disguste, y la única intolerancia que debo exhibir es con la justicia...” (Voto N° 12- 89 del 6 de noviembre de 1989)*

Como lo ha afirmado CARBONNIER: *" Haría falta ser muy descuidado para confundir dos sistemas de mandatos, de los cuales uno arrastra tras sí todo el aparato de la coacción exterior manejada por la colectividad, mientras que el otro tiene como única sanción la voz puramente interior de la conciencia individual".*

### **3. Derecho y normas del trato social**

#### **3.1. Concepto. Terminología**

Bajo el nombre de convencionalismos sociales, usos sociales, reglas del trato externo, o normas del trato social –como preferimos hacerlo- aparecen una serie de prácticas admitidas en ciertos grupos sociales como de carácter



obligatorio -pero no coercitivo- que se desarrollan por imposición del medio. Llámense reglas de decencia, de decoro, de buena crianza, de buenas maneras, de cortesía, de gentileza, de amabilidad, de urbanidad, de moda, etc... siempre encontramos detrás de estas expresiones vagas la referencia a una serie de normas de considerable importancia cotidiana, cuya similitud con las reglas de Derecho es mayor aunque el de las normas morales. La extensión del concepto es tan grande que comprende desde el lenguaje que debe utilizarse en ciertas ocasiones hasta las conductas más insignificantes que se desarrollan en los diferentes sectores sociales -familiares, laborales, locales, nacionales, regionales, clases sociales, profesiones, etc. -.

Y es justamente el intento de comprender tan diferentes tipos de normas lo que ha llevado a la utilización de designaciones tan imprecisas. Particularmente creemos que la expresión "convencionalismos sociales" no se ajusta a la totalidad de las normas que pueden estar involucradas en el fenómeno ya que muchas de esas prácticas no son estrictamente "convencionales" -convenidas-, sino impuestas por la presión del medio social. Respecto a la expresión "usos sociales" tampoco nos parece conveniente en la medida que esa u otras similares son utilizadas en el campo jurídico con alcances muy precisos, lo que podría llevarnos más adelante a una confusión terminológica.

Preferimos hablar de "normas del trato social" porque, no obstante su inevitable imprecisión, debida a la naturaleza heterogénea de los fenómenos que pretende describir, constituye una expresión sencilla que permite reconocer la verdadera naturaleza de este tipo normativo.

De cualquier modo, la comprobación empírica, en nuestras sociedades, de la existencia de dos tipos de reglas exteriores, normas jurídicas y normas del trato social, nos obliga a buscar y señalar los verdaderos criterios que las distingue. Inclusive, creemos, que es en esta distinción donde radica con mayor especificidad la distinción entre la juridicidad y la no juridicidad de las relaciones sociales.

### 3. 2 . La distinción entre Derecho y norma del trato social

A los efectos de distinguir entre Derecho y norma de trato social, deberíamos hacer al menos una breve referencia a las características comunes ya que se tratan de dos modos de conductas sociales colectivas que se separan nítidamente de la moral en cuanto conducta individual. Así, podríamos sostener que tanto las normas jurídicas como las del trato social suponen un enjuiciamiento parcial, son exteriores y heterónomas. También las normas de trato social enjuician sectores de la conducta humana, se interesan por la conducta exteriorizada del hombre y le son impuestas desde fuera.

Pero es precisamente esa similitud la que hace difícil diferenciarlas; pero si queremos extraer las verdaderas notas de la juridicidad debemos hacerlo pues aquí se encuentra verdaderamente el límite entre lo social jurídico y lo social no jurídico. A nuestro juicio, esos criterios de distinción son los siguientes:

#### a) Unilateralidad de la norma de trato social y bilateralidad del Derecho

Aun cuando las normas de trato social y las jurídicas son normas exteriores, la primera tiene una estructura **unilateral** y la segunda una estructura **bilateral**.

Las normas del trato social obligan a comportarse de determinada manera, pero no facultan a nadie a exigir ese comportamiento. Tenemos el deber social de saludar, pero nadie puede exigirnos que saludemos. En cambio las normas jurídicas -como ya lo hemos explicado- suponen una relación en donde, para un sujeto, la obligación de un determinado comportamiento deriva de la existencia de un derecho de otro a exigir ese comportamiento. Estamos obligados a pagar una deuda porque hay otro sujeto que puede exigirnosla.

En este sentido podríamos llegar a pensar que la interioridad de la norma de trato social es idéntica a la interioridad de la moral, pero esto es incorrecto. Mientras la interioridad de la moral supone necesariamente un asincramiento, o

mejor, una aceptación libre y plena de la norma, la interioridad de la norma de trato social no exige sinceridad ni libertad sino, simplemente, adhesión a la conducta exterior exigida.

Cumplimos con la norma de trato social, sencillamente, cuando realizamos la conducta debida, independientemente que esta conducta sea libre o sinceramente escogida.

### **b) El criterio de la coacción**

Si -en sentido amplio - entendemos por **coacción**, una fuerza que se ejerce desde afuera contra el individuo para obligarlo a comportarse de determinada manera, deberemos admitir que ella existe también en las normas de trato social. Pero, también deberíamos admitir que esa coacción no siempre tiene el mismo **origen** ni la misma **naturaleza**.

En cuanto al **origen**, si observamos atentamente, en las normas de trato social la coacción -generalmente psicológica - proviene del grupo social que la exige, mientras que la coacción de la norma jurídica - psicológica o física - proviene del Estado ya sea porque la norma se origina en él -como sucede con las normas legales -o porque él las reconoce -como sucede con las normas de Derecho consuetudinario-. Así, decimos que existe una coacción descentralizada en el caso de las normas de trato social, y una **coacción centralizada** -derivada del carácter monopolizador del Derecho -que permite una organización más o menos racional y uniforme de las conductas en sociedad.

Y en cuanto a su **naturaleza** también observamos diferencias, ya que no es lo mismo la amenaza de reprobación del grupo -exclusión, rechazo, bromas, rumores- que las amenazas jurídicas -privación de la libertad, pérdidas patrimoniales, etc. -. De ninguna manera pretendemos que la distinción radica en la gravedad de la coacción, pues podemos observar consecuencias más graves que se derivan de las normas de trato social que de las jurídicas, lo que si admitimos es que la distinta naturaleza de la sanción influye necesariamente en la distinta naturaleza de la coacción.

Ahora bien, si -en sentido estricto- reservamos el vocablo coacción sólo para designar la fuerza proveniente del Estado, llegamos a la conclusión que las normas de trato social -como las morales- carecen de coacción. En última instancia, se trata de un problema terminológico.

### c) La naturaleza de la sanción

Como hemos visto, mientras que la sanción que se encuentra detrás de la coacción estatal consiste básicamente en un cumplimiento forzoso de la norma, la sanción social se traduce básicamente por la reprobación del grupo -llegando inclusive a la exclusión del mismo -.

Por eso, a nuestro juicio, la nota determinante de la juridicidad, tanto frente a las normas morales como a las del trato social, sigue siendo la existencia de una normatividad centralizada que puede cumplirse aún contra la voluntad de los súbditos, aún mediante la aplicación de la fuerza física. Por ello la sanción jurídica es siempre una **sanción determinada** -en forma y en cantidad-, **objetiva** -que puede observarse a veces mediante la simple lectura de los textos legales-, **especializada** -ejercida por órganos especialmente autorizados- y **uniforme** -común para todo el conglomerado social -.

Frente a estas características, la sanción derivada del incumplimiento de la norma de trato social resulta **indeterminada** -una misma violación puede ser objeto de diferentes sanciones-, **subjetiva** -dependiente de circunstancias psicológicas grupales-, **no especializada** -por la inexistencia de órganos legitimados- y **dispersa** -pues se trata de normas culturales que siguen al grupo que las practica -.

### d) Distinta finalidad de las normas

En fin, como hemos anticipado, mientras las normas de trato social aspiran al perfeccionamiento del grupo que las prácticas, las normas jurídicas pretenden, en última instancia, el perfeccionamiento de la sociedad como un todo.