

## EL DERECHO Y LA MORAL

Por

MARTIN T. RUIZ MORENO

Profesor Adjunto Interino de Filosofía del Derecho

~~UNIVERSIDAD~~

1. — Prácticamente no hay obra general de filosofía del derecho que no se ocupe de manera obligada del problema del derecho frente al orden moral; ninguna fuera cual fuere su orientación doctrinaria, puede soslayar un planteo que se presenta como haciendo a la esencia misma de aquello que es jurídico frente a lo que se ha dado en llamar los "imperativos morales". La bibliografía es así muy amplia en torno a este tópico. La mayoría de las obras y trabajos comienzan reseñando las tentativas que se han hecho en el pasado en procura de un criterio de distinción que permita advertir, con la debida nitidez, aquello que es propio de lo jurídico, por necesidad conceptual, de lo que debe quedar reservado al dominio de lo moral, pero sin fuerza jurídica, aunque en ciertos casos particulares aparezca, sin ulterior análisis, como contrario o por lo menos chocante a las reglas morales más universales.

La cuestión es hoy clásica; y es compleja; Ihering decía de ella que era el Cabo de Hornos de la ciencia del derecho, y Croce, que era el cabo de los naufragios. En nuestra larga enseñanza en esta Facultad, le hemos dedicado además de las exigencias anuales del desarrollo del programa de la materia, un tratamiento en forma especializada, en diversos cursos. La generalidad del planteo cobra insospechado interés no sólo académico sino práctico, cuando aparece referido a aspectos del derecho con características propias. Lamentablemente, lo difícil de encontrar en el país en su idioma original y lo costoso de las obras extranjeras generales

sobre Filosofía del Derecho, y el agotamiento de muchas de ellas, así como el retraso (que viene de antigua data y no de ahora) en que se encuentra la biblioteca de nuestra Facultad en tener al día la bibliografía de esta materia, no permiten a los estudiantes acceder a una información lo más completa deseable. De las obras generales que pueden conseguirse en las buenas librerías en idioma español, o existen en la biblioteca de la Facultad, recomendamos la siguiente breve lista:

RECASENS SICHES, *Vida Humana, Sociedad y Derecho* (México, 1945, pág. 148-182).

RECASENS SICHES, *Tratado General de Filosofía del Derecho* (México, 1959, pág. 171-198).

LEGAS Y LACABERRA, *Filosofía del Derecho* (Barcelona, 1953, pág. 251-263).

DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho* (Barcelona, 1950, pág. 294-312).

RADBRUCH, *Filosofía del Derecho* (Madrid, 1933, pág. 53-64).

RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho* (México, 1951, pág. 53-56).

STAMMLER, *Tratado de Filosofía del Derecho* (Madrid 1930, pág. 88-102).

CATHERIN, *Filosofía del Derecho* (Madrid, 1926, pág. 268-286).

RENARD, *Introducción filosófica al estudio del Derecho* (Buenos Aires, 1947, T. 3º, pág. 292-299).

KELSEN, *Teoría Pura del Derecho* (Buenos Aires, 1960, Cap. II).

2. — Parece existir opinión unánime que el primitivo derecho (digamos griego, romano, mesopotámico) no distinguió la órbita específica de lo jurídico, del campo propio de la moral. A la sanción y aplicación de las leyes se mezclaban, eso sí, consideraciones éticas en torno a la equidad, pero sin una pronunciación técnica discriminatoria entre ambos dominios. Por lo demás la equidad, o por mejor decir lo que recién los romanos denominaron *aequumitas* (y no *aequitas*) si bien representa una propensión ética, un modo de obrar virtuoso, no contiene de por sí una especificidad moral total, sino es tan solo un medio y no un fin que sirve para conferir realidad a otros valores.

Lo cierto es que los romanos no concibieron la norma jurídica "en tanto que norma", como lo ha advertido la teorización contemporánea sobre ciencia del derecho. Lo que ellos llamaban *derecho*, era, hasta por razones etimológicas, (*rectum*, recto, derecho) lo que hoy llamamos *derecho justo*. Nuestra teoría académica del

derecho injusto no fué siquiera imaginada por los ciudadanos de Roma. Para un jurista o un simple ciudadano de la época de Cicerón, por ejemplo, hablarle de derecho-injusto, sería lo mismo que hablarle de círculo-cuadrado. Por eso en las mal llamadas definiciones del derecho de los romanos, aparecen confusas alusiones a situaciones éticas. Tal la máxima que el derecho es "el arte de lo bueno y de lo equitativo; o las tres conocidas máximas: "vivir honestamente, no dañar a los demás, dar a cada uno lo suyo (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*) que se refieren ante todo a un complejo de justicia básica como contenido de todo derecho.

3. — En el pensamiento teológico cristiano de la edad media, tampoco se encuentra una diferenciación técnica entre la moral y el derecho. La verdad es que esa diferenciación, así como pretendemos hacerla en nuestros días, desde un ángulo técnico-conceptual, no cupo que fuera hecha por los teólogos puros ni por los teólogos juristas. La razón era que para el pensamiento cristiano tanto el derecho como la moral se encuentran englobadas en una ley ética general, y no puede concebirse ningún derecho que no sea justo, porque, como quedó establecido desde los primeros tiempos del cristianismo, *lex iniusta non est lex*. Una ley moralmente inícuca dejaba, para cualquier cristiano, de tener fuerza obligatoria de derecho y podía ser resistida.

Mas cabe hacer resaltar que apareciendo así el derecho como objeto de la justicia, es esta última la que emerge como el necesario paradigma en el planteo moral-derecho. En este sentido el pensamiento tomista dejó afincado un concepto muy importante, que se anticipa de manera muy nítida a los criterios modernos de diferenciación, cual es la noción de la bilateralidad del derecho (entendido, repetimos, como objeto de la justicia). "La naturaleza de la justicia es referirse a otro; y así la justicia propiamente dicha no existe sino de un hombre a otro" explica Santo Tomás, en la Segunda parte, sección segunda, cuestión 58, art. I de la *Suma Teológica*.

4. — Las bases tomísticas en torno al derecho y a la justicia fueron posteriormente desarrolladas y enriquecidas por el teólogo-jurista español Francisco Suárez (1548-1617), en su magna obra *Tratado de las leyes*. En el capítulo 13 del libro tercero sienta las bases de una concepción que se anticipa a largo plazo, en cierto modo, a la de Tomásio y sobre todo a la Del Vecchio. En claros pasajes de ese y otros sitios de aquella obra, curiosamente ignorados por los autores europeos no españoles, escribe lo siguiente en los apartados 1 y 2: "El acto humano es doble, como consta de la 1, 2 p. 18 y siguientes: interior y exterior; los cuales, de tal manera se relacionan entre sí, que el exterior no puede estar sin el interior, pues de él tiene como de forma moral que sea humano y

moral. De donde, el acto exterior humano es como un compuesto de acto exterior del cuerpo v. pr. (por hablar ahora así), y de interior acto de la voluntad, como de materia visible y de forma de suyo invisible. . . De donde juntamente convendrá también inquirir, si el acto exterior es mandado por la ley humana en cuanto es voluntario, o solamente en cuanto es acto exterior. Y bajo el nombre de acto, como muchas veces advertí, comprendemos la omisión de todo acto humano; pues, consta que esta es también mandada por la ley negativa o prohibida por la ley afirmativa; pues, el que manda un acto prohíbe consiguientemente su omisión. . . La ley meramente humana no puede mandar un acto puramente interno, directamente y de suyo”.

5. — Se acepta comunmente que fué Cristián Tomasio (1655-1728), quien cumplió la primera real diferenciación técnica entre el derecho y la moral. Tomasio señaló que el ámbito exclusivo de la moral residía en el fuero interno de las personas, sin que fuera lícito al derecho intervenir ni interferir para nada en él; mientras que el campo privativo del derecho comprendía —en forma no menos excluyente— el fuero externo, las acciones exteriores y visibles, por acción u omisión, de las personas. Esto, como planteo primario. Sin embargo, para asimilar cabalmente el origen y el sentido de tal distinción, señalemos que Tomasio, si bien jurista y docente de profesión, fué políticamente un liberal militante, el primer periodista moderno de Alemania, que entre otras cosas combatió los abominables procesos judiciales por brujería y se opuso a la incontrolada intervención del poder gobernante en la vida privada de los individuos. Por eso, su clásica distinción no fué en realidad bipartita sino tripartita; el propósito de Tomasio no fué separar el derecho solo de la moral, sino también de la política, y quizá haya sido esta su intención esencial.

Distingua entre la moral, la política y el derecho, expresando su peculiar naturaleza y funciones, en tres máximas a las que correspondían otras tantas virtudes: la moral se encuentra bajo el signo de lo *Acquiescat*, y se expresa diciendo: hazte a ti mismo lo que quisieras que los demás se hicieran a sí mismos; a la política corresponde el *decorum* y su máxima es: haz a los demás lo que quisieras que ellos te hicieran a ti; el derecho sigue el precepto de lo *iustum* y dispone: no hagas a los otros lo que no quisieras que ellos te hagan a ti. Como se advierte, el derecho consiste en una prohibición, en un *no-deber-hacer*, concepto limitativo que se encuentra en el fondo de buena parte del pensamiento alemán.

6. — Las definiciones de Tomasio, si bien históricamente muy valiosas como punto de partida para una tarea que habría de llevar un largo esfuerzo hasta arribar a la moderna ciencia del derecho de la primera mitad del siglo XX, han sido superadas por una

crítica que ha puesto de relieve sus fallas esenciales. En primer lugar, es falso que las acciones internas, siquicas, no interesen al derecho, como lo permite advertir, sin más, la teoría de la culpa. Como contrapartida, y en segundo lugar, no es menos inexacto que las acciones externas escapen al sentido y motivación de lo moral, si se piensa en el gran capítulo de la ética que describe los deberes del real obrar para con los semejantes. En tercer término, no existe antítesis necesaria ni lógica en el contenido de ambas formas de conducta, pues el derecho no contradice aquello que la ética exige, y hasta en muchos casos resulta su principal soporte.

7. — De todos modos, el planteo de Tomasio tuvo enorme gravitación, en el pensamiento alemán, principalmente. Un siglo después de este jurisconsulto, Kant (1724-1804), cuando abordó la serie de cuestiones filosóficas que presentan las costumbres, el derecho y la ética, lo retomó dándole una versión más fuertemente expresiva. Mantuvo el criterio de que al derecho competen en exclusivo las acciones del obrar externo, y a la moral las motivaciones internas, pero añadió la nota de coactividad como específica de derecho que no se encuentra en la moral; y señaló las máximas o definiciones que corresponden a uno y a otro. Al derecho: "Obrar exteriormente de modo que el libre uso de tu arbitrio pueda conciliarse con la libertad de todos según una ley universal" (*Principios metafísicos del derecho*, Introducción, párrafos C y E). A la moral: "Obrar de tal modo que la máxima de tu voluntad pueda valer en todo tiempo como principio de legislación universal" (*Crítica de la razón práctica*, primera parte L. 1ª, cap. I, párrafo 7 y escolio).

8. — Fichte (1762-1814) continuó después de Kant la línea del idealismo alemán dándole un acento subjetivo. Llevó a su más radical extremo las oposiciones que el maestro había dejado planteadas, en lo atinente al conocimiento científico teórico como al obrar práctico; y ocurrió que la descripción kantiana del derecho y la moral circunscriptas a los sendos dominios de lo externo y lo interno, fué exagerada por Fichte, al punto de concebir al derecho como separado y opuesto a la moral. Resulta así la posición de este filósofo, la del disenso más extremo entre todas las soluciones propuestas. Afirmaba que la ley jurídica solamente permite, pero jamás obliga.

He aquí de qué modo explica uno de los mejores docentes de filosofía del derecho en Alemania, en el segundo tercio del pasado siglo, F. J. Stahl, cómo llegó Fichte a este resultado aparentemente excesivo. La moral — señala — engendra para aquel filósofo, según una actividad determinada, finita, de tal o cual manera y no siguiendo un desarrollo lógico que le viene desde afuera. La razón (en cambio) no se contradice exigiendo la posibilidad de una coacción en la esfera jurídica, aunque los deberes legales se

hallaren implicados por la moral. La ley obligatoria no tiene ningún poder sobre los hombres, sino que depende de su libre arbitrio el cumplirla o no". La coacción jurídica no encuentra ninguna raíz moral que la sustente, a la que viene a resultar así opuesta, sino que la coacción se deriva de la libertad originaria del yo. Aun el Estado de derecho no posee ninguna garantía moral que le sirva de apoyo (*Histoire de la philosophie du droit*, trad. francesa, París 1880, libro 3, secc. III, cap. IV).

9. — El positivismo sociológico y jurídico, así como prácticamente todas las formas del empirismo jurídico, que se enseñorearon después de la ciencia del derecho durante casi todo el siglo XIX, pusieron de lado las especulaciones teóricas en torno al derecho y la moral. Siguió aceptándose, de una manera general, y bastante indiscriminada, que el fuero interno de los seres humanos era el reducto propio e inviolable de la vida moral; al derecho competía la vida de relación de los individuos, su quehacer frente a otros seres, inmersos como están todos en la vida social. El empirismo y el positivismo desplazaron del campo científico y filosófico las formas tradicionales de idealismo, para levantar a primer plano de importancia el valor del hecho real, positivo. Se hizo necesario un fuerte viraje de la dirección de la cultura en el sentido de un renacer idealista, para que muchos viejos problemas, irresolutos todavía, volviesen a ser enfocados bajo la égida del prefijo neo.

10. — El movimiento de retorno a Kant iniciado en Alemania entre 1860 y 1866, por obra, entre otros, de Kuno Fischer, Liebmann y Lange, que se conoce con el nombre de neokantismo, trajo al derecho, por obra de un jurista filósofo eminentísimo, Rudolf Stammler (1856-1938), de la Escuela de Marburgo, una renovación metodológica profunda. Puede afirmarse que la filosofía del derecho contemporáneo comienza con este maestro. Stammler resumió los resultados científicos de su copiosa obra, en 1921, en su *Manual de Filosofía de Filosofía del Derecho* (*Lehrbuch der Rechtsphilosophie*), en especial de su monumental *Teoría de la Ciencia del Derecho* (*Theorie der Rechtswissenschaft*) que publicó en 1911, y que a su vez condensa su larga enseñanza desde la cátedra universitaria y numerosos trabajos anteriores. En lo que atañe al problema que nos ocupa, cambia por completo el planteo que venía en su origen, puede decirse, desde los tiempos de Tomasio. Lo aborda ahora bajo la mirada de un riguroso formalismo criticista. (Véase su *Tratado de Filosofía del Derecho*, trad. española, Madrid 1930, pág. 88-102).

Señala que los conceptos de moral y social son contrapuestos, teniendo en común el de ser ambas formas de la voluntad humana. Su criterio distintivo no puede residir en su bondad o malicia intrínseca, sino en la manera como los individuos se relacionan;

esto es, teniendo en cuenta su tipo o manera de vinculación. Una voluntad es vinculatoria cuando enlaza varias voluntades, de tal manera que los medios y los fines de ellas se tomen como medios y fines recíprocos en sus relaciones. En cambio una voluntad es aislada, cuando sus fines y sus medios no encuentran frente a sí otros que se los contrapongan con ese mismo carácter, o sea, como fines y medios a su vez; esto es lo que sucede con la moral, que no necesita sujeto pasivo para darse plenamente. En vez, el derecho constituye un tipo de voluntad vinculatoria, que es lo que permite la conformación de lo que se llama la relación jurídica, pues ésta solo puede presentarse y producirse, cuando se dan fines y medios que se toman como tales en una forma recíproca. De ahí que Stammler defina al derecho, en su universalidad lógica, como "un modo de voluntad vinculatoria", agregando las notas de autarquía e invisibilidad para completar sus atributos lógicos. En su condición de kantiano, afirma Stammler que las dos primeras notas que así integran el concepto universal del derecho, o sea las de voluntad y vinculación, son de carácter formal y a priori, son de una necesidad lógico-formal; residen en la forma lógica necesaria de pensar lo que es una relación jurídica, frente a las voluntades, actos o situaciones morales.

11. — El planteo formalista stammleriano hecho sobre otras bases metodológicas que las usuales hasta entonces, representó un vuelco completo en la doctrina, y asentó el viejo problema sobre más científicas y discernibles. Giorgio Del Vecchio siguió vías similares, pero dándoles un acento eticista, y elaboró un esquema propio que ha tenido considerable influencia en el pensamiento filosófico contemporáneo. En un trabajo hoy clásico en nuestra materia, que data de 1906, titulado *El concepto del derecho*, traducido a los principales idiomas e incorporado en lo sustancial a todas las ediciones de su gran *Filosofía del Derecho*, niega de plano que la vieja distinción de las acciones humanas en acciones internas y acciones externas, tenga una validez absoluta. "Cada acción por sí misma —explica— es externa e íntera al mismo tiempo; no puede existir una actividad puramente externa, porque, si a un fenómeno le faltara todo contenido síquico, no podría ser atribuible a un sujeto, y, por lo tanto, no sería en modo alguno, una acción; ni puede darse una actividad meramente interna, porque obrar significa exteriorizarse a sí mismo, y nada, ni aun en el orden síquico, puede de hecho existir sin correspondencia o correlación con el mundo externo".

Los pensamientos que solo permanecen como tales sin exteriorizarse para nada, son, en realidad, simples ideas, meros momentos circunstanciales de su esencia, y nada más; para que se conviertan en acciones (activas o por omisión) deben ser conocidas de alguna manera, pues tanto el derecho como la moral no

actúan ni podrían actuar sobre estos fantasmales sino sobre conductas reales de los hombres; "así, cuando se afirma que un acto del pensamiento no es posible, claramente se entiende que nos referimos a un acto del pensamiento conocido, porque en otro caso se afirmaría una vacuidad desprovista de sentido". Por otra parte, como los actos interiores del pensamiento no están prohibidos, no podrían ser castigados, porque lo que no está prohibido es jurídicamente lícito.

Del Vecchio, como Stammler, sostiene que lo que permite en realidad percibir con nitidez de necesidad lógica lo que cae dentro del campo de la juridicidad, y puede y debe, por lo tanto, estar sujeto a una imposición coactiva, por oposición a las acciones cuyo incumplimiento escapa, por su naturaleza a toda sanción de carácter legal, como son las acciones morales o de simple uso social, es la manera como las acciones se entrelazan entre sí. Dos son esas maneras para el maestro italiano.

La primera, cuando la acción de un sujeto se realiza o no se realiza con relación al mismo agente, es decir, que frente a su posible hacer se presenta, o puede presentarse, un omitir por parte de él mismo. Ejemplo, el dar o no dar una cantidad para fines de caridad; aquí la interferencia entre esas dos posibilidades se produce dentro del propio agente: la interferencia es, por lo tanto, subjetiva. La segunda manera es cuando mi posible hacer u omitir se presenta, actual o potencialmente, frente a otro u otros sujetos, y entonces la acción que yo pueda intentar ya no quedaría enervada por mi propio omitir, sino por un tapar de los demás, y es aquí, entonces, que nos encontramos en el campo del derecho, el que se visualiza, de tal suerte, mediante una relación objetiva, que resulta de ese modo intersubjetiva.

Toda acción interesa y cae por igual dentro de la órbita del derecho como de la moral. Lo que hace que una acción deba ser considerada como jurídica o como moral, es la forma como ella se coordina. Ni el derecho ni la moral tienen un campo más restringido el uno frente al otro. En síntesis, Del Vecchio define el derecho como "la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina, excluyendo todo impedimento". El agregado "según un principio ético que las determina", es para dar sentido racional, es decir humano (en pos de la realización de algún valor social, que para él consiste en la justicia), a la interferencia intersubjetiva, porque si bien se mira, en la llamada ley de la selva también se dan relaciones objetivas.

12. — Siguiendo antiguas y clásicas vías kantianas, otros autores han hecho fincar su criterio distintivo en un planteo formalista que, como tal, se busca sustentar en una necesidad lógica. Para ello han recurrido a la distinción de los actos humanos, en



autónomos y heterónomos. La filosofía general enseña que actos autónomos son los que el agente realiza dándose a sí mismo el principio de su acción, y actos heterónomos en los que ese principio, regla, fundamento, orden, le viene al sujeto de afuera, es decir, que no lo crea ni decide él mismo. Según esto, los actos morales, la moral, sería el reino de lo autónomo, mientras que el derecho, como se advierte, sería un conjunto de normas heterónomas; en otros términos, y tal como algunos han acostumbrado a decir, la moral es autónoma, el derecho es heterónimo. Como resulta evidente, arguyen, cada uno encuentra el derecho ya legislado, la costumbre jurídica establecida aún antes de venir cada uno al mundo, las cartas políticas fundamentales sancionadas por otras personas y poderes, y, en consecuencia, la norma de derecho le es impuesta sin que él la elabore ni la decida personalmente en cada caso. En cambio, moralmente hablando, esa misma persona puede o no, según los dictados de sus convicciones íntimas, dar cumplimiento a un acto moral, porque solo él tiene la decisión en cada caso para obrar de una manera o de otra.

Tal enfoque, que a primera vista parece de una aceptable conveniencia, sufrió, empero, una fuerte revisión a raíz de los trabajos de Nikolai Hartmann sobre la ética. La crítica fundamental que se ha hecho a la teoría de la autonomía de las normas morales es de que, en realidad, ninguna norma, por el solo hecho de ser norma, puede aparecer con carácter de autónoma, lo que contradeciría la esencia misma de la norma. Todas las normas son heterónomas, o no serían normas. Si ellas dependieran de la iniciativa del agente para tomar nacimiento, carecerían de aquello que las erige justamente en "reglas" o "cánones" de conducta (que son de naturaleza totalmente objetiva) para resultar simples motivaciones volitivas de este o de aquel sujeto en particular. El obrar o no de acuerdo con la moral, en cada caso, no significa otra cosa que se cumple o no con una norma moral perfectamente objetiva. Cabe señalar, sin embargo, que Radbruch invierte los términos de esta solución, como veremos más adelante, sosteniendo que todas las normas sin excepción, aún las jurídicas, deben ser consideradas como autónomas, porque la obligatoriedad externa del derecho no significaría otra cosa que el haber sido aceptado por la conciencia moral de cada uno su complejo de normas.

13. — Una solución intermedia entre lo autónomo y lo heterónimo, ha sido propuesta por el jurista y sociólogo Georgas Gurvitch, quien arguye que el derecho es un fenómeno social particularmente complejo, que presenta un carácter intermedio entre lo autónomo y lo heterónimo, entre lo puramente normativo y lo fáctico real. Define el derecho así: "Un orden positivo que representa un ensayo de realizar en un medio social dado, la Justicia (en tanto que conciliación previa de valores transpersonales y

personales a base de logicación del ideal moral, al que sirve de medio indispensable y dato a priori) por un conjunto de reglas multilaterales de carácter imperativo-atributivo, que constituyen una interdependencia estrictamente determinada entre deberes y pretenciones correspondientes, sacan su fuerza obligatoria de los hechos normativos, y en ciertos casos admiten la posibilidad de ser cumplidas por coacción, aunque sin exigirle necesariamente (*L'Idée droit social*, París 1932, pág. 111. Ver también nuestra *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires 1944, pág. 459).

14. — La dirección neokantiana que se conoce con el nombre de Escuela de Badén, no se consagró como la de Marburgo, a la que pertenece Stammler, a las investigaciones logicistas y el empleo del método trascendental de Kant. Insistió particularmente sobre los aspectos valorativos y éticos. Gustavo Radbruch (1878-1948) fué su más eminente representante en el campo de la filosofía del derecho, y sus doctrinas, de fundamental raíz kantiana, se hallan fuertemente impregnadas de sentido axiológico. En este aspecto se encuentra emparentado con el pensamiento de Del Vecchio.

Como este maestro y también como Stammler, cree falaz la antigua distinción del fuero externo como dominio propio de lo jurídico, y del fuero interno como región privativa de la moral. "No hay ningún dominio de acciones internas o externas que no puede someterse a valoración tanto jurídica como moral". (*Filosofía del Derecho*, trad. española, Madrid 1933, pág. 54). La función específica del derecho es la de enunciar imperativos en forma de mandatos o prohibiciones determinantes para la voluntad humana. La distinción entre moral y derecho "es simplemente una distinción de sustrato, pues la primera tiene como objeto al individuo con sus motivaciones, y el derecho al contrario, la vida en común en la que solo cuenta la conducta externa (la interna solo mediatamente) del individuo y no sus motivaciones" (pág. 57).

Lo radical de la aportación de Radbruch, reside en que considera a la moral, como la única capaz de fundar la fuerza obligatoria del derecho. El derecho lisa y llanamente toma su validez y sanción de la ley moral, la que viene a constituir así el fin del derecho. "El derecho sirve a la moral, no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza; está vuelto hacia la moral el lado de los derechos y no por el de los deberes".

En su más reciente obra introducción a la *Filosofía del Derecho*. (Trad. española, México 1961), retoma estas ideas y las precisa aún más: "La diferencia esencial entre el derecho y la moral estriba en que el derecho tiene por objeto las relaciones entre personas, mientras que la moral recae sobre el hombre en cuanto individuo. De aquí que los deberes jurídicos sean siempre deberes de un sujeto de derecho para con otro. A todo deber jurídico co-

responde un derecho subjetivo; uno de los sujetos se halla jurídicamente obligado por el simple hecho de que el otro ostenta una facultad. El deber jurídico implica, además, una obligación; no como el deber moral que es un deber puro y simple, pues no aparece frente a él nadie que pueda reclamar su cumplimiento. El derecho tiene, pues, un carácter imperativo-atributivo; la moral, por el contrario, es puramente imperativa". Este último concepto está tomado de L. Petrazycki (1867-1931), que profesó en la antigua Universidad de San Petersburgo de la época zarista en Rusia.

15. — La Escuela de Baden tuvo también en Max E. Mayer un distinguido representante, cuya inspiración valorativa eticista se vió influida posteriormente por la doctrina neohegeliiana. Ve también en la concepción aquello que, al menos exteriormente, diferencia la moral del derecho. Pero en el proceso de estructuración de ambas formas de conducta, advierte que mientras el ideal moral es libre eticidad, el derecho tiende a perfeccionarse en la unidad de los conceptos, a buscar patrones fijos, mientras que la moral los huye. El derecho tiene por función propia la guarda de aquello que constituye el "mínimo ético" a que aludía Jellinek, por medio de la coacción si fuera necesario, ya que la mayoría de los hombres temen más a la prisión que a los reproches de la conciencia. Los medios externos de que dispone son superiores a los de moral. "Habida cuenta de esta notable superioridad de los medios, el derecho constituye un máximo ético en fuerza, en eficacia y en resultado". (*Filosofía del Derecho*, trad. española, Madrid 1937, pág. 141).

16. — En el magno y comprensivo panorama de ciencia del derecho positivo que el esfuerzo de Hans Kelsen nos ha ofrecido en conocidas obras y monografías de uso universal, encuentra también su ubicación el viejo y célebre debate. El punto de vista de este maestro ha variado, si no en su esencia, en la presentación y matices que lo enmarcan.

La primera época de su pensamiento está contenida en la edición de 1934 de su *Teoría Pura del Derecho*, cuyas ideas comenzó a desarrollar a principios de la segunda década de este siglo. (Hay traducción española de la Editorial Losada, Buenos Aires, 1941). En el cap. II, apartado 8, destaca en forma enfática que lo que importa ante todo es desligar, de entrada, el viejo contacto en que desde antiguo fué puesto el derecho con la moral. La oposición derecho-moral debe presentarse en un disyuntivo más ajustado a los términos que la específica realidad del derecho requiere; y es así que assevera que como categoría moral el derecho equivale a la justicia. "El anhelo de justicia es —psicológicamente considerado— el eterno anhelo del hombre por la felicidad, que, como ser individual, no puede encontrar, y, por lo tanto, busca en la sociedad. Llámase justicia a la felicidad social". En una pala-

tra, reemplazó, frente al derecho, la moral por la justicia, y como contenido con aspiración absoluta, le da una perfección social, identificándola con la felicidad.

Es la última y probablemente definitiva versión de su doctrina, publicada con el mismo título en Neuchâtel, Suiza, en 1833, deja de lado, aunque sin eliminarlo, este planteo, y aborda directamente la posición del derecho positivo frente a la moral. (La Editorial Universitaria de Buenos Aires, EUDEBA, ha lanzado a la circulación en abril de 1960, una copiosa y palcra versión castellana de esta obra). Nada mejor que la propia límpida prosa del maestro para transmitir de la manera más adecuada su pensamiento. (Ver cap. II, págs. 55-57):

"Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra "debe" ninguna significación moral. Que tal conducta sea prescrita por el derecho no significa que lo sea igualmente por la moral. La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, solo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo. Sin duda, el derecho positivo puede en ciertos casos autorizar la aplicación de normas morales. Es decir que delega en la moral el poder de determinar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica, adquiere por tal circunstancia el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral prescriba la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que el delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo".

Los juicios de valor que pueden emitirse sobre un derecho diciéndo que es bueno o malo —lo que consiste en pronunciar un juicio de carácter moral— son enteramente subjetivos que no se fundan en una moral positiva, sino en el supuesto en que el sujeto que los pronuncia se coloca, de que el valor jurídico que adopte para juzgar, es el de rango supremo frente a los demás valores sociales.

Los sistemas jurídicas como los sistemas morales positivos, son órdenes normativos y tienen la misma forma lógica; de modo que hay que buscar en su contenido la diferencia que los distin-

que. Kelsen, siguiendo en esto la tradición positivista del siglo XIX, ve en la concepción el trazo distintivo que los caracteriza. Las normas jurídicas son siempre y necesariamente coactivas, mientras las normas morales no prescriben sanciones con relación a los actos de conducta humana. Esta es una distinción que no tiene ningún carácter formal, sino que es el resultado de un estudio empírico comparatista de lo que es el derecho en inúmeros sistemas legales a través de la historia.

La misma diferencia que entre moral y derecho existe entre obligación moral y obligación jurídica. El que cumple una norma moral, cumple simplemente la obligación moral que prescribe que debe conducirse de una manera determinada; mientras que, por el contrario, no hay obligación jurídica que prescriba el conducirse de una manera determinada, salvo el caso de que se establezca una sanción para reprimir coactivamente la conducta contraria.

17. — Para retomar la expresión final y más extrema del idealismo, llamada del idealismo absoluto, debemos hacer obligada referencia a Hegel (1770-1831). El sistema dialéctico de este filósofo engloba de una manera coherente todos los aspectos del conocimiento referidos tanto a las ciencias abstractas como a las naturales y las del espíritu. Su proceso o método dialéctico, que ha sido llamado de las «triadas hegelianas», se desarrolla en tres instancias dialécticas: tesis, antítesis y síntesis; debiendo entenderse muy claramente que no se trata de tres momentos en el tiempo, sino de tres instancias lógicas; es decir, es un acontecer paramental lógico-conceptual sin realidad exterior alguna. O sea, la antítesis no se produce "después" de la tesis en el tiempo, sino que simplemente es su opuesto lógico. (Para ver en forma de cuadros sinópticos este complicado proceso y su explicación, consúltase nuestra *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires 1944, página 314).

La dialéctica del espíritu tiene tres momentos o instancias: espíritu subjetivo (tesis), espíritu objetivo (antítesis) y espíritu absoluto (síntesis). El derecho se encuentra en el espíritu objetivo, y a su vez tiene tres formas o momentos: derecho abstracto (tesis), moralidad subjetiva (antítesis) y eticidad objetiva (síntesis).

El derecho abstracto es irreal, y su contrapuesto como antítesis es la moralidad, que también es irreal puesto que consiste nada más que en un momento dialéctico. Se unen en la realidad en la síntesis de ambos, que Hegel denomina el *ethos*, o eticidad "objetiva"; que es la "vita social" o se ve así que "el verdadero no tiene autonomía ni como puro pensamiento frente a la moral, con la que se integra como actividad de igual categoría en su exteriorización como relación social.

18. — El movimiento denominado neohegelianismo, que tuvo en los pensadores italianos Croce y Gentile dos de sus más altos corifeos, dijo también su palabra sobre la vezada queocstio.

Benedetto Croce (1866-1952), desde fines del pasado siglo, introdujo en la filosofía general el concepto de la actividad económica como forma autónoma del espíritu, por contraposición a la actividad teórica, y es un trabajo que originó una célebre polémica con Del Vecchio (1907), sostuvo que la filosofía del derecho se reduce a la filosofía de la economía. Las dos formas en que se da la actividad práctica, es la económica y la ética; y la actividad jurídica es específicamente actividad económica práctica, al punto que ambas son sinónimas.

Rechaza la antigua descripción de coacción y exterioridad como confusa para caracterizar el derecho, pues sostiene que éste, en pura teoría, no requiere el concepto de la coacción, la que, por lo tanto, no es una nota científica sino vulgarmente empírica. No cree que los términos moral y derecho deban ser contrapuestos, pues ambos son especies iguales dentro del mismo género y están unidos. El derecho no puede ser nunca inmoral, es decir injusto, sino simplemente *avocet* (*Filosofía Práctica*, trad. española, Madrid 1928, pág. 343). Un derecho injusto no puede ser derecho. Invernaente, no resulta posible teóricamente, ni claro en la realidad de los hechos, resolver por completo y sin residuos el derecho en la moral. La lógica —es decir, la actividad teórica— es inaplicable al derecho y sus problemas, el cual en realidad ni existe ni puede comprenderse en la cabal riqueza vital que atesora, con el mero texto de las leyes ni con su lectura, sino viéndolo funcionar en los casos individuales, concretos y continuamente nuevos.

19. — Giovanni Gentile (1875-1944) filósofo general también, continuador de las doctrinas de Hegel aunque apartándose de su dialéctica de una suma metafísica, hace más real y tangible al sujeto pensante. Su idealismo aparece como más "visualizado" en la actividad del espíritu. Considera al espíritu como una actividad práctica y ve una identidad entre ella y la realidad moral. Como Hegel, que lo que en realidad buscaba era mostrar y explicar las formas necesarias de la idea en su desenvolvimiento dialéctico, Gentile busca por su parte situar al derecho en el mundo del espíritu en lo que, para el conocimiento, tiene de acto puro. Es en este sentido que se opone a considerar la coacción como un elemento necesario e intrínseco del derecho: "Ahora la coacción no importa ya exterioridad del poder constructivo, sino interioridad y real presencia (inmanente a la conciencia del sujeto) del poder mismo" (*Los fundamentos de la Filosofía del Derecho*, trad. española, Buenos Aires 1944, pág. 123).

Para captar cabalmente la posición de Gentile, no es ocioso

recordar que para él, a fuer de hegeliano, "la realidad no es lo pensado, sino el espíritu como realidad pensante; pensamiento que viene en el acto como acto y en la ejecución del acto". El derecho no se reduce a forma logicificada alguna, sino que consiste en un querer actual (igual que para Croce) como forma de una pura actividad del espíritu. Pero como éste también es el reino de la moralidad, como voluntad que es, viene a resultar que el derecho es moral, es una forma de la moralidad. La diferencia entre ambos órdenes en su apariencia positiva, consiste, en suma, en que el derecho es querer ya querido mientras que la moral es querer actual.

20. — Las aproximaciones de los hegelianos del derecho a la moral lo fueron, como ha podido advertirse, por vías abstractas o espirituales puras que entre otros efectos tuvieron el de no ver en la sanción coactiva una nota esencial del derecho. Pero la fusión directa, total y completa entre lo moral y lo legal, solo fué hecha, así, de plano, seca y sentenciosamente, por un empirista, por Augusto Comte (1798-1857) el fundador del positivismo. Decía Comte, que "el positivismo no reconoce a nadie otro derecho que el de cumplir con su deber". No habría, pues, otro patrón de conducta social que la conciencia moral de cada uno en lo que aparece como más agudo y profundo: el deber moral. Sería la versión jurificada más perfecta de lo que se ha llamado "la moral del deber". Este breve pero profundo pensamiento de Comte no surgió posteriormente en Francia, especulaciones de tipo genuinamente filosófico, pero fué el punto de arranque de la escuela solidaria francesa, que constituyó y constituye una de las aportaciones más destacadas de aquel país a la sociología universal.

El ideal —quizá de remota antigüedad y acaso latente siempre en algunos espíritus selectos— de fusionar de una manera total y sin residuos el deber jurídico en el deber moral, tiene otras expresiones. Una de las más características y rotundas es la de León Tostoi (1817-1875), quien afirmaba que la sociedad puede vivir sin leyes, bastando para su normal existencia la solidaridad del amor entre sus miembros. Como es sabido, el gran escritor ruso a poco de cumplir sus cincuenta años, experimentó un súbito e intenso viraje hacia el misticismo, que impulsó su espíritu hacia lo irracional y las explicaciones emocionales. Débese advertir, empero, que este ideal cristiano del amor al prójimo está presente en forma insospechada, en autores que por su rígido formalismo parecerían muy alejados de esa concepción. Tal el caso de Kant, que llegó a decir que "la justicia sin el amor es vana".

Stammler en su obra *El Juez* (trad. española, La Habana 1941, pág. 125), recuerda en un pasaje las ideas del juez Carlos Federico Göschel (nacido en 1784), su compatriota, figura un tanto remota para nosotros, a la que ensalza por la originalidad y pro-

fundidad de algunas aportaciones que dejó para la ciencia del derecho, y que nos parece interesante transcribir en este lugar porque se anticipa de modo muy claro a la inspiración de Tolstói. "Los esfuerzos todos de Góschel —relata el maestro de Berlín— giraban en torno a un punto central: la incorporación de la idea del amor a los problemas del derecho y la justicia. Para él, no existe derecho sin amor. Con un razonamiento un tanto teológico, invoca, en apoyo de su tesis, la analogía con la Trinidad. Así como en esta Dios está sobre nosotros, con nosotros y dentro de nosotros, la senda del derecho es: obediencia, libertad, amor. La humanidad, compuesta por una multitud de personas, aparece unida en único ser: aquí es donde radica el concepto de la personalidad, que se da por igual entodes los individuos y los une en derechos y deberes. Por este camino de razonamiento llega nuestro escritor a la tesis de que "el Derecho se identifica con el amor".

21. — Como ya se vió más atrás (Nº 3), la filosofía teológico-cristiana desde los primeros tiempo tuvo su enfoque preciso del problema. En el transcurso de los tres o cuatro primeros siglos de nuestra era, el choque de la ética cristiana con el *ius* de los romanos debió ser de un dramatismo cuya intensidad humana apenas si podemos intuir hoy. Los primeros padres de la Iglesia no concentraron demasiado su atención en un problema que recién en los tiempos modernos ha sido considerado como técnico. Lo que les interesaba era el hombre y su alma en su unidad y su integridad; ¡y qué importaba, entonces, que él, en su conducta obrase como sujeto de negocios jurídicos, actividades económicas, o políticas, o de simples relaciones sociales, particularidades todas éstas que no podían apartarse de los supremos imperativos éticos que deben regular la conducta de los seres humanos? De modo que el pensamiento cristiano afirmó siempre (con particular énfasis la doctrina católica romana) que hay una ley ética general que engloba tanto al derecho como a la moral, y que aunque ambas aparezcan con fines específicos, particulares, no difieren por su esencia.

Para expresarlo modernamente con Cathrein: "Toda verdadera ley es una norma moral, es decir, una pauta del obrar obligatorio en conciencia. Esto mismo vale de la ley de Derecho. No toda ley moral es una ley jurídica, pero si toda ley jurídica es una ley moral. La ley jurídica no es tan sólo una medida coercitiva o una amenaza de castigo, sino un precepto obligatorio en conciencia que no se puede atropellar sin violar el deber y cargar a la conciencia con una culpa. Desde el momento en que una ley no obliga en conciencia, no es una verdadera ley, y esto mismo vale respecto de la ley jurídica". (*Filosofía del Derecho*, trad. española, Madrid 1926, pág. 274).

De este planteo surge la doble consecuencia de que la coacción



no es un elemento esencial del derecho, y de que un derecho, para que sea efectivamente tal, debe ser justo, porque sino, por su esencia, dejaría de ser derecho. Lo cual se proyecta, a su vez, sobre multitud de aspectos tanto del derecho público como del privado, en especial en lo relativo al orden de la familia, ciertos aspectos económicos, las relaciones laborales y muchos otros.

El derecho no acampa en el territorio de la moral pero no es distinto a ella; está impregnada de ella. No reglamentada todas las relaciones de los hombres para con los demás, sino en lo que se refiere a lo suyo de cada uno, lo que no excluye que la moral se ocupe de otros deberes de los hombres para con los demás, consigo mismo y con Dios. La zona en que ambas, derecho y moral, coinciden en un ajuste perfecto hasta el punto de resultar sinónimos, es en el concepto de ley natural, que por poseer el carácter de ser fundamentalmente justa, resulta el paradigma obligado para el derecho positivo. La moderna neoescolástica y los juristas de inspiración católica han realizado profundizadas apariciones en torno a estos temas.

22. — En todo lo tratado anteriormente se ha tenido a la vista, en exclusivo, el binomio derecho-moral. Pero frente al derecho se alzan otras formas de actividad humana social, como los usos y costumbres y la política, cuya incidencia sobre las concepciones jurídicas no pueden soslayarse en el debate que nos ocupa, por hallarse ciertas ideologías políticas en una relación de autoridad y predominio tan íntimo con la moral social, que para lo jurídico se le presentan como planteos doctrinarios de pura ética. Su examen, somero, es por lo tanto requerido.

Carlos Marx (1818-1883) fué quien echó las bases del socialismo que llamó científico, por oposición a las anteriores concepciones socialistas que, según él, se basaron en utopías sin correspondencia con la realidad. Federico Engels (1820-1896) su discípulo, colaborador y continuador, desarrolló y completó lo que a partir de él se llamó doctrina del materialismo histórico. Según ella, el factor económico, las formas de la producción, determinan en relación de causa a efecto en la vida social, el derecho, la economía, las costumbres, la política y hasta ciertas formas del culto religioso. Como dijo Marx en un pasaje célebre de su *Crítica de la Economía Política*: "El modo de producción de la vida material determina, de una manera general, el proceso social, político e intelectual de la vida. No es la conciencia del hombre lo que determina su existencia, sino su existencia social lo que determina su conciencia". De modo que, si bien no se niega la influencia de factores ideales tales como las ideas morales, religiosas, de justicia etc., el factor preponderante y decisivo es siempre de naturaleza económica material.

De aquí resulta que si el tipo político del Estado responde, o debe responder, a una subestructura determinada por una forma económica dada, lo jurídico dentro de él, tanto como lo moral, están asimismo determinados por la vida material. Derecho y moral vienen a ubicarse como dos especies dentro de un mismo género que las comprende. Tanto el derecho como la moral encuentran su fundamento en las condiciones de la vida material que determinan, necesariamente, un tipo de organización política.

Pero Marx, en aquella obra, fué más explícito y llegó más lejos, prediciendo que las formas de la socialización derramarían un gran caudal de riqueza y de bienestar para todos, garantizando para siempre la satisfacción plena de las necesidades económicas, con lo cual ya no serían necesarias las formas de la coacción jurídica, pues los males sociales (que él imputaba a fallas económicas) desaparecerían. Y Engels, siguiendo esta línea dialéctica, auguró la desaparición futura del Estado. ¿Qué debemos pensar, entonces, con semejante planteo, acerca de la suerte que correrían el derecho y la moral en tal género de organización social?

Resulta claro que si desapareciera el aparato coactivo del Estado, se desvanecería el concepto de lo propiamente jurídico tal como lo concibe en forma casi unánime la moderna ciencia del derecho. Y si, en definitiva, la moral social —englobando en sí las concepciones de lo justo y lo injusto, lo bueno y lo malo— se halla determinada por las condiciones de la vida económica, la línea conceptual que distingue ambos órdenes normativos (derecho y moral) quedará sensiblemente borrosa y como en una penumbra, para emerger por sobre ella un tipo de convivencia de base materialista determinado desde arriba por un tipo político de organización del Estado, y aún a falta de cualquier esquema de organización del Estado.

23. — En nuestra época, siguiendo una línea de pensamiento que tuvo su origen en Hegel, se estila calificar de totalitaria toda realización política que concentra en el poder público en forma prácticamente discrecional, toda valoración tanto jurídica como de cualquier orden humano, relativa tanto al ser humano individual como a los intereses del Estado. Y fué justamente en Alemania, durante el régimen impuesto por el nacionalsocialismo, que se sostuvo que la estructura jurídica del Estado englobaba dentro de sí, superando cualquier dualismo, lo moral como lo político; lo que suscitó en Legaz y Lacambra la observación de que...<sup>17</sup> es inadmisibile desde todos los puntos de vista decir, con los escritores alemanes de los años anteriores a 1945, que sólo en el Estado alemán se llega a la superación del dualismo de moral y política, porque en él una y otra se identifican pura y simplemente, pues toda ética social es política y ninguna ley, ni siquiera la ley divi-

na, podrá aspirar a valides contra las leyes del Estado" (*Filosofía del Derecho*, Barcelona 1933, pág. 289).

El fascismo italiano propugnó la superación de la tensión entre individuo y Estado, sustentando la tesis de que el individuo solo encuentra su plena integración en el Estado. La Carta del Lavoro trae explícitas disposiciones al respecto; aunque no refunde de manera tan explícita y categórica como en la filosofía política alemana, lo moral y lo político. Aquí se advierte una latitud mayor en la órbita específicas tanto de la moral como del derecho (público o privado) frente a la estructura política.

24. — Habida cuenta de las coincidencias por una parte, y de las especificidades que distinguen al derecho de la moral, por la otra, cabe destacar ahora una serie de interrelaciones entre ellos en el plano puramente empírico. En la vida de los hombres en sociedad, las acciones buenas o malas, morales o inmorales, legales o ilegales, no juegan independientemente como ignorándose unas a otras, ya que su soporte, el sujeto o agente de ellos es uno solo —el ser humano— y de cuya decisión frente a un orden dado todas dependen. Esta relación empírica entre orden jurídico y ley moral puede resumirse en varias situaciones. E. Huber, el autor del Código Civil Suizo de 1907, sintetiza cinco casos de dichas situaciones, de la siguiente manera (*El derecho y su realización*, trad. española, Madrid 1927, t. 1 págs. 65-79):

*Primera:* La moral es afirmada por el derecho y aún protegida directamente gracias a su fuerza.

*Segunda:* Ciertas instituciones jurídicas suponen exigencias morales y que por lo mismo contribuyen a su realización. Así, "los contratos deben ser cumplidos" es un postulado que no pertenece solo al orden jurídico sino a la ley moral. "El propietario tiene derecho a la cosa no solo porque el derecho le protege en este señorío, sino también porque conforme a la ley moral, nadie puede aprovecharse de lo que pertenece a otro".

*Tercera:* El derecho demuestra a todos, en forma ineludible, la exigencia de la vida social, lo que puede llegar a imponer (por un principio de orden), mediante la fuerza jurídica. Consideraciones estrictamente morales imponen el deber de convivencia, y si el derecho protege la inexperiencia de la juventud, especialmente de la juventud femenina, no es solo por razones estrictamente jurídicas, sino aún por consideraciones morales.

*Cuarta:* El derecho engendra para cada una de sus instituciones, una zona de acción para su realización, en la que actúa el principio ético de la buena fe, el que puede estar seguro de su triunfo gracias a la fuerza del derecho.

Quieta: Y aún el que resulta obligado hacia otro a una determinada conducta, según principios de la ley moral, puede ser compelido a conducirse de determinado modo, si semejante proceder viene también exigido por el orden del derecho.

25. — Se ha debatido si ciertas normas sancionadas por el poder público, como el propio poder legislativo, siguiéndose las formas más ortodoxas y perfectas para la sanción de las normas jurídicas en un Estado de derecho, pero que no imponen clase alguna de sanción —ni expresa ni implícita— sino contengan solo consejos éticos o sentencias morales, son verdaderas y auténticas normas jurídicas. Para Jellinek se trataría, en cualquier caso, de leyes de tipo administrativo o político, mientras que para Kelsen, faltando la coacción, no serían textos legales sino simplemente morales. Asimismo Del Vecchio afirma que cualquier texto que se pretenda jurídico, aunque fuera sancionado por el poder legislativo, si no tiene imperatividad quedará circunscripto a un consejo o regla de carácter ético o moral para imponerse.

Recuerda que en algunos textos de las *festivitates* del derecho romano, se encuentran afirmaciones teóricas sobre derecho y hasta relatos de historia del derecho romano. La Ley del 18 Floreal del año II de la Revolución Francesa (1794) votada por una asamblea legislativa, rezaba: *Le peuple français reconnaît l'existence de Pétre suprême et l'immortalité de l'âme*. "Pero tales narraciones y enunciaciones, sin contenido imperativo (que a veces reaparecen en leyes modernas) en nada invalidan lo que se ha dicho sobre la naturaleza imperativa de la norma jurídica, porque no pertenecen propiamente al derecho aunque tengan una significación moral y política" (*Filosofía del Derecho*, trad. española, Barcelona 1960, pág. 320).

Kelsen no es menos explícito: "Una ciencia del derecho que formulara la norma fundamental sin introducir en ella la noción de acto coactivo fallará, pues, en su tarea primordial, que es la de hacer resaltar la diferencia esencial existente entre el derecho —como técnica social específica— y los otros órdenes sociales. El derecho es el único que tiene el carácter de orden coactivo" (*Teoría pura del derecho*, Buenos Aires 1960, pág. 81). Además, pensamos nosotros, si no fuera así, si no fuera requerida la sanción como condición de toda norma que deba ser calificada como jurídica, ¿cómo distinguir, entonces, el Estado como comunidad jurídica (la comunidad jurídica por excelencia) de una serie de otras comunidades constituidas por órdenes normativas? Para Kelsen el único tipo de Estado que puede llamarse "Estado de derecho", es aquel que tiene el monopolio de la coacción social-jurídica. Esto nos hace pensar (aun prescindiendo de afirmaciones de la doctrina kelseniana en otros tópicos) que cualquiera sea la fuerza de poder efectivo en el medio social, de los llamados

"grupos de presión", lo único que (según la célebre expresión de Stammler) puede conferir legitimidad a la vida social, es el derecho, las normas jurídicas, ya que hay otros tipos de normas como las morales, del trato social, económicas, religiosas, consuetudinarias, etc., que también en los hechos reales poseen y hasta logran sus tipos peculiares de sanción.

Hay que advertir, empero, que según una terminología muy en boga en el siglo XIX originada en la Revolución Francesa, hoy anticuada, algunas constituciones emplean la palabra "Declaraciones" en el lugar destinado a legislar sobre los derechos individuales. Así, la Constitución Argentina titula "Declaraciones, Derechos y Garantías" a la parte comprendida en el Capítulo Único de la Primera Parte, que abarca los artículos 1 a 35. Obviamente, aquí no se trata de simples declaraciones no jurídicas en el sentido que hemos dejado expuesto, sino de normas jurídicas constitucionales en toda su plenitud.

En cambio, la constitución vigente de la provincia de Neuquén, contiene una disposición que, a nuestro juicio, no configura el alcance de una verdadera norma jurídica. En el artículo 52 dispone que "el trabajo es un deber social y un derecho reconocido a todos los habitantes. Cada habitante de la provincia tiene la obligación de realizar una actividad o función que contribuya al desarrollo material, cultural y espiritual de la colectividad, según su capacidad y propia elección". El nobilísimo contenido de este precepto parece de imposible sanción coactiva en la parte que dispone la realización de una actividad cultural y espiritual, pues no se alcanza cómo podría ello lograrse en la realidad de los hechos. Se trata simplemente de la formulación de un principio de política jurídica, útil al futuro intérprete para resolver, por vía de ese principio general así estampado, sobre la legalidad de una ley especial o un acto administrativo.