

# EL CONCEPTO DE DERECHO

por

H. L. A. HART

Profesor de Filosofía del Derecho  
en la  
Universidad de Oxford

SEGUNDA EDICION  
(Reimpresión)

TRADUCCIÓN DE  
GENARO R. CARRIO

ABELEDON-PERROT  
BUENOS AIRES  
1968

CAPITULO VIII  
JUSTICIA Y MORAL

Para elucidar características distintivas del derecho como medio de control social, hemos creído necesario introducir elementos que no pueden ser elaborados a partir de las ideas de un orden, una amenaza, obediencia, hábitos, y generalidad. Mucho de lo que es característico del derecho queda desfigurado por el esfuerzo de explicarlo en estos términos simples. Creímos necesario distinguir, así, entre la idea de hábito general y la de regla social, y subrayar el aspecto interno de las reglas manifestado en su uso como pautas o criterios de conducta orientadores y críticos. Distinguimos luego entre las reglas primarias de obligación y las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación. El tema principal de este libro es que son tantos los actos distintivos del derecho y tantas las ideas constitutivas de la estructura del pensamiento jurídico que requieren para su elucidación la referencia a uno o a ambos de estos dos tipos de reglas, que su unión puede ser considerada con justicia como la "esencia" del derecho, aunque los dos tipos de reglas no siempre aparezcan juntos dondequiera se use correctamente la palabra "derecho". Nuestra justificación para atribuir a la unión de las reglas primarias y secundarias este lugar central no es que ella desempeña allí el papel de un diccionario, sino que tiene un gran poder explicativo.

Debemos examinar ahora la pretensión que, en el perenne debate sobre la "esencia" o la "naturaleza" o la "definición" del derecho, ha sido opuesta con más frecuencia a la teoría simple del imperativo que hemos considerado inadecuada. Se trata de la afirmación general de que entre el derecho y la moral hay una

conexión en algún sentido "necesaria", y que es esto lo que merece ser considerado como central en cualquier intento de analizar o elucidar la noción de derecho. Quienes abogan por este punto de vista pueden no tener interés en controvertir nuestras críticas a la teoría imperativa simple. Hasta podrían conceder que ellas constituyen un progreso útil; y que la unión de reglas primarias y secundarias es en realidad un punto de partida más importante para la comprensión del derecho que las órdenes respaldadas por amenazas. Su argumento sería, sin embargo, que eso no basta: que aun dichos elementos tienen importancia subordinada, y que mientras la relación "necesaria" con la moral no sea hecha explícita y no se advierta su importancia central, las nieblas que durante tanto tiempo han circundado la comprensión del derecho no podrán ser disipadas. Desde este punto de vista los casos cuestionables o controvertibles de derecho no serían simplemente el derecho de las sociedades primitivas o el derecho internacional, que han sido considerados dudosos en razón de la falta de legislatura, de tribunales con jurisdicción compulsiva, y de sanciones legalmente organizadas. Mucho más cuestionable, desde este punto de vista, es el título que, para ser tratados como derecho, tienen aquellos sistemas nacionales que exhiben el atuendo pleno de *juge, gendarme et législateur* pero no satisfacen ciertas exigencias fundamentales de justicia o moral. Con palabras de San Agustín<sup>1</sup>, "¿qué son los estados sin justicia, sino bandas de asaltantes a escala mayor?".

La pretensión de que hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral tiene muchas variantes de importancia, no todas ellas conspicuas por su claridad. Hay muchas interpretaciones posibles de los términos claves "necesaria" y "moral" y ellas no siempre han sido distinguidas y consideradas separadamente por los partidarios o por los críticos. La forma más clara de expresión de este punto de vista, quizás porque es la más extrema, es aquella asociada con la tradición tomista del derecho natural. Ella comprende una tesis doble: primero, que hay ciertos prin-

<sup>1</sup> Confesiones, IV.

principios de verdadera moral o justicia, descubribles por la razón humana sin la ayuda de la revelación, aun cuando tienen origen divino. En segundo lugar, que las normas o leyes humanas que contradicen esos principios no son derecho válido. "Lex iniusta non est lex". Otras variantes de este punto de vista general ven de modo diferente el *status* de los principios de la moral y las consecuencias de la contradicción entre el derecho y esta última. Algunos conciben a la moral no como principios inmutables de conducta, descubribles por la razón, sino como expresiones de actitudes humanas frente a conductas que pueden variar de sociedad a sociedad o de individuo a individuo. Las teorías de este tipo usualmente sostienen también que el conflicto entre el derecho y las exigencias de la moral, aun las más fundamentales, no es suficiente para privar a una regla de su *status* jurídico; esas teorías interpretan de manera diferente la conexión "necesaria" entre el derecho y la moral. Sostienen que para que exista un sistema jurídico tiene que haber un reconocimiento ampliamente difundido, aunque no necesariamente universal, de una obligación moral de obedecer el derecho, si bien esta obligación puede ser desplazada en casos particulares por una obligación moral más fuerte de no obedecer normas particulares moralmente inicuas.

El examen crítico completo de las diversas variedades de teorías que afirman una conexión necesaria entre la moral y el derecho nos adentraría demasiado en el campo de la filosofía moral. Pero sin llegar tan lejos es posible dar a un lector reflexivo material suficiente como para que se forme una opinión razonada de la verdad e importancia de tales pretensiones. A este fin lo que más falta hace es separar e identificar algunos problemas, confundidos desde hace mucho tiempo, que consideramos en este capítulo y en el próximo. El primero de ellos apunta a la distinción, dentro de la esfera general de la moral, de la idea específica de justicia y de las notas especiales que dan cuenta de su conexión peculiarmente íntima con el derecho. El segundo se refiere a las características que distinguen las reglas y principios morales no sólo de las reglas jurídicas sino de todas las otras formas de reglas sociales o criterios de conducta. Estos dos proble-

mas constituyen el tema de este capítulo; el tercero, que es el tema del próximo, se refiere a los muchos sentidos y maneras diferentes en que puede decirse que las reglas jurídicas y la moral están relacionadas.

### 1. PRINCIPIOS DE JUSTICIA

Los términos que los juristas usan con más frecuencia para ensalzar o censurar el derecho o su administración, son las palabras "justo" e "injusto", y muy a menudo los autores razonan como si las ideas de justicia y moral fueran coextensivas. Hay por cierto muy buenas razones para que la justicia ocupe un lugar de máxima prominencia en la crítica de las estructuras jurídicas; sin embargo, es importante advertir que sólo se trata de un segmento de la moral y que las normas jurídicas y su administración pueden tener o no tener excelencias de tipos diferentes. Basta muy poca reflexión sobre algunos tipos comunes de juicio moral para mostrar este carácter especial de la justicia. De un padre que ha tratado con crueldad a su hijo se dirá por lo común que ha hecho algo moralmente *malo*, o aun *malvado*, o que ha transgredido su *obligación* o deber moral frente a su hijo. Pero sería extraño que se criticara su conducta como *injusta*. Esto no es porque la fuerza condenatoria de la palabra "injusto" sea demasiado débil, sino porque la crítica moral en términos de justicia o injusticia por lo común es diferente de (y más específica que) los otros tipos de crítica moral general que se adecúan a este caso particular y se expresan mediante palabras como "incorrecto", "malo" o "malvado". "Injusto" sería apropiado si el padre hubiera elegido arbitrariamente a alguno de sus hijos para aplicarle un castigo más severo que a otros de ellos culpables de la misma falta, o si hubiera castigado al niño por algún desaguizado sin tomar los recaudos necesarios para cerciorarse que éste era realmente el autor. Del mismo modo, si pasamos de la crítica de la conducta individual a la crítica del derecho, podemos expresar nuestra complacencia con una ley que obliga a los padres a enviar a sus hijos a la escuela diciendo que es una buena ley, y nuestra dis-

conformidad con una ley que prohíbe la crítica al gobierno, llamándola una ley mala. Normalmente tales críticas no se formulan en términos de "justicia" e "injusticia". "Justa", por otra parte, sería la palabra apropiada para expresar nuestra complacencia con una ley que distribuye la carga impositiva de acuerdo con la riqueza. De la misma manera, "injusta" sería la palabra apropiada para expresar nuestra disconformidad con una ley que prohibiese a la gente de color utilizar los medios de transporte públicos o los parques. Que "justo" e "injusto" son formas más específicas de crítica moral que "bueno" y "malo" o "correcto" e "incorrecto", resulta obvio del hecho de que podríamos inteligentemente sostener que una norma jurídica es buena porque es justa, o mala porque es injusta, pero no que es justa porque es buena, o injusta porque es mala.

Las características distintivas de la justicia y su conexión especial con el derecho comienzan a surgir si se observa que la mayor parte de las críticas hechas mediante el uso de las palabras "justo" e "injusto", podrían ser expresadas casi igual mediante las expresiones "equitativo" ("*fair*") y "no equitativo" ("*unfair*"). Obviamente el concepto de equidad (*fairness*) no es coextensivo con el de moral en general; las referencias a la equidad son relevantes principalmente en dos situaciones en la vida social. Una de ellas ocurre cuando nuestro interés no se dirige a una conducta individual aislada, sino a la manera en que son tratados *clases* de individuos cuando una carga o beneficio tiene que ser distribuido entre ellos. De aquí que lo que es típicamente "equitativo" o "no equitativo" es una "participación". La segunda situación ocurre cuando se ha causado algún daño y la víctima reclama una compensación o indemnización. Estos no son los únicos contextos en los que se hacen estimaciones en términos de justicia o equidad. No sólo aludimos a las distribuciones o a las compensaciones como justas o "equitativas"; también decimos que un juez es justo o injusto, que un proceso es "*fair*" o "*unfair*"; y que una

\* Las palabras "*fair*" y "*unfair*", cuando son usadas para calificar un procedimiento judicial, carecen de equivalente simple en español. Por lo menos yo no he podido o sabido hallarlo. Un proceso *fair* es aquél en que se han

persona ha sido condenada justa o injustamente. Estas son aplicaciones derivadas; son explicables una vez que se entiende la aplicación primaria de la noción de justicia a cuestiones de distribución y compensación.

El principio general latente en estas diversas aplicaciones de la idea de justicia es que los individuos tienen derecho, entre sí, a una cierta posición relativa de igualdad o desigualdad. Esto es algo que debe ser respetado en las vicisitudes de la vida social, cuando hay que distribuir cargas o beneficios; también es algo que debe ser restablecido cuando ha sido alterado. Por ello es que la justicia es tradicionalmente concebida como que mantiene o restablece un *equilibrio* o *proporción*, y su precepto principal se formula con frecuencia diciendo: "tratar los casos semejantes de la misma manera"; aunque es necesario añadir "y tratar los casos diferentes de diferente manera". Así, cuando, en nombre de la justicia, protestamos contra una ley que prohíbe a la gente de color el uso de los parques públicos, esta crítica se centra en que dicha ley es mala porque al distribuir los beneficios de las ventajas o facilidades públicas entre la población discrimina entre personas que, en todos los aspectos relevantes, son iguales. A la inversa, si una ley es elogiada como justa porque, por ejemplo, elimina algún privilegio o inmunidad de que gozaba un grupo o clase especial, el pensamiento guía es que no existe tal diferencia relevante entre la clase privilegiada y el resto de la comunidad como para que aquélla merezca un tratamiento especial. Estos ejemplos simples bastan, sin embargo, para mostrar que, aunque "tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera", es un elemento central en la idea de justicia, en sí es incompleto y, mientras no se lo complementa, no puede proporcionar ninguna guía determinada para la conducta. Esto es así porque cualquier conjunto de seres humanos se asemejarán entre sí en algunos aspectos y diferirán entre sí en otros y, mientras no se establezca qué seme-

observado ciertos cánones mínimos (notificación al demandado o acusado, oportunidad de defensa y de prueba, tribunal imparcial, etc.). [N. del T.].

janzas y qué diferencias son relevantes, "tratar los casos semejantes de la misma manera" será una forma vacía. Para llenarla tenemos que saber cuándo, para los fines que se tienen en mira, los casos han de ser considerados iguales y qué diferencias son relevantes. Sin este suplemento no podemos criticar normas jurídicas u otras estructuras sociales como injustas. No es injusto que el derecho, cuando reprime el homicidio, trate a los homicidas pelirrojos de la misma manera que a los otros; por cierto que si los tratara en forma diferente sería tan injusto como si no tratara en forma diferente al cuerdo y al insano.

Hay por lo tanto una cierta complejidad en la estructura de la idea de justicia. Podemos decir que consiste en dos partes: una nota uniforme o constante resumida en el precepto "tratar los casos semejantes de la misma manera", y un criterio cambiante o variable usado para determinar cuándo, para un determinado propósito, los casos son semejantes o diferentes. En este aspecto la justicia es como las nociones de lo que es genuino, o alto, o caluroso, que contienen una referencia implícita a un criterio que varía según la clasificación de la cosa a la que esas palabras se aplican. Un niño alto puede tener la misma estatura que un hombre bajo, un invierno caluroso tener la misma temperatura que un verano frío, y un diamante falso puede ser una antigüedad genuina. Pero la noción de justicia es mucho más complicada que estas otras nociones, porque el criterio variable de semejanza relevante entre cosas diferentes incorporado a ella, no sólo cambia con el tipo de objeto al que se aplica, sino que también puede estar abierto a impugnación aun respecto de un único tipo de objetos.

En ciertos casos, en verdad, las semejanzas y diferencias entre seres humanos que son relevantes para la crítica de las estructuras jurídicas como justas e injustas son completamente obvias. Tal es el caso, en grado preeminente, cuando apuntamos no a la justicia o injusticia del derecho, sino a la de su aplicación en casos particulares. Porque aquí las semejanzas y diferencias relevantes que debe tener en cuenta el que administra el derecho,

están determinadas por el derecho mismo. Decir que la norma que reprime el homicidio es aplicada justamente, es decir que se la aplica con imparcialidad a todos aquellos, y sólo a aquellos, que tienen en común haber hecho lo que dicha norma prohíbe. Ningún prejuicio ni interés ha impedido que el administrador los trate "con igualdad". En concordancia con esto los principios procesales tales como "*audi alteram partem*" o "nadie debe ser juez en causa propia", son concebidos como exigencias de justicia, y en Inglaterra y en Estados Unidos se alude a ellos, a menudo, llamándolos principios de Justicia Natural. Esto es así porque se trata de garantías de imparcialidad u objetividad, dirigidas a asegurar que el derecho es aplicado a todos aquellos, y sólo a aquellos, que son iguales en los aspectos relevantes señalados por el derecho mismo. La conexión entre este aspecto de la justicia y la noción misma de proceder según una regla, es obviamente muy estrecha. En verdad, podría decirse que aplicar con justicia una norma jurídica a distintos casos es simplemente tomar en serio la afirmación de que lo que debe aplicarse en los distintos casos es la misma regla general, sin prejuicio, interés o capricho. Esta conexión estrecha entre la justicia en la administración del derecho y la noción misma de regla ha tentado a algunos pensadores famosos a identificar la justicia con la conformidad con el derecho. Esto es, claramente, un error, a menos que "derecho" reciba algún significado especialmente amplio; porque tal versión de la justicia deja sin explicar el hecho de que la crítica en nombre de la justicia no se limita a la administración del derecho en los casos particulares, sino que las leyes mismas son a menudo criticadas como justas o injustas. En realidad nada hay de absurdo en admitir que una ley injusta, que prohíbe el acceso de la gente de color a los parques, ha sido administrada con justicia, en el sentido de que únicamente han sido condenadas las personas genuinamente culpables de transgredir la ley, tras un proceso "*fair*".

Cuando pasamos de la justicia o injusticia de la administración del derecho a la crítica del propio derecho en esos términos, es obvio que el derecho no puede por sí mismo determinar ahora qué semejanzas y diferencias entre los individuos tienen que ser

admitidas para que sus reglas traten los casos semejantes de la misma manera, y sean así justas. Aquí, por lo tanto, hay mucho lugar para la duda y la disputa. Diferencias fundamentales de enfoque general, en el plano moral y en el político, pueden conducir a diferencias y desacuerdos irreconciliables sobre qué características de los seres humanos deben tomarse como relevantes para criticar el derecho como injusto. Así, cuando en el ejemplo previo calificamos de injusta una ley que prohíbe a la gente de color el acceso a los parques, lo hicimos sobre la base de que, por lo menos en la distribución de tales ventajas o facilidades, las diferencias de color son irrelevantes. Por cierto que en el mundo moderno, el hecho de que los seres humanos, cualquiera sea su color, pueden pensar, experimentar sentimientos y guiar su conducta, es considerado generalmente, aunque no en forma universal, como algo que crea semejanzas cruciales entre ellos, que el derecho debe tomar en cuenta. Por ello es que en la mayoría de los países civilizados hay concordancia amplia de que tanto el derecho criminal (concebido no sólo como límite a la libertad sino también como protección frente a diversos tipos de lesiones), y el derecho civil (concebido como fuente de compensación por el daño sufrido), serían injustos si para distribuir estas cargas y beneficios discriminaran entre las personas en base a características tales como el color o la creencia religiosa. Y si en lugar de basarse en éstos bien conocidos focos de prejuicio humano, el derecho discriminase sobre la base de cosas tan obviamente irrelevantes como la altura, el peso o la belleza, sería a la vez injusto y absurdo. Si los homicidas miembros de la iglesia oficial fueran eximidos de la pena de muerte, si sólo los miembros de la nobleza pudieran querellar por injurias, si las agresiones a las personas de color fueran castigadas con penas menos severas que las agresiones a los blancos, en la mayor parte de las comunidades modernas las normas jurídicas serían condenadas como injustas, sobre la base de que *prima facie* los seres humanos deben ser tratados con igualdad y que esos privilegios e inmunidades no reposan en fundamentos relevantes.

En realidad, tan profundamente arraigado está en el hom-

bre moderno el principio de que *prima facie* los seres humanos tienen derecho a ser tratados con igualdad, que es casi universal que cuando las normas jurídicas discriminan en base a factores tales como el color y la raza, al menos se sigue rindiendo aún amplio tributo verbal a aquel principio. Si tales discriminaciones son atacadas, se las suele defender afirmando que la clase discriminada no tiene, o no ha desarrollado todavía, ciertos atributos humanos esenciales; o se sostiene que, aunque resulta lamentable, hay que desatender las exigencias de justicia que reclaman un tratamiento igualitario para preservar algo que se considera de mayor valor, y que peligraría si no se hicieran tales discriminaciones. Sin embargo, aunque rendir tributo verbal al principio de igualdad está hoy generalizado, es ciertamente posible concebir una moral que no apelara a estos recursos, a menudo no sinceros, para justificar la discriminación y las desigualdades, sino que abiertamente rechazara el principio de que *prima facie* los seres humanos deben ser tratados de la misma manera. En lugar de ello, los seres humanos podrían ser concebidos como pertenecientes en forma natural e inalterable a ciertas clases, de modo que algunos fuesen naturalmente aptos para ser libres y otros para ser esclavos o, como decía Aristóteles, instrumentos vivientes de los demás. Aquí faltaría la idea de la igualdad *prima facie* de los seres humanos. Algo de este modo de ver se halla en Aristóteles y en Platón, aunque, aun allí, hay más de una alusión a que cualquier defensa integral de la esclavitud implicaría demostrar que los sometidos a ella carecen de capacidad para la existencia independiente, o se diferencian de los hombres libres en cuanto a su capacidad para realizar algún ideal de vida plena.

Resulta claro, en consecuencia, que los criterios de semejanzas y diferencias relevantes pueden variar a menudo en función del enfoque moral fundamental de una determinada persona o sociedad. Cuando ello ocurre, las estimaciones sobre la justicia o injusticia del derecho pueden enfrentar contra-afirmaciones inspiradas por una moral diferente. Pero a veces una consideración del fin que reconocidamente la norma jurídica en cuestión persigue, puede aclarar las semejanzas y diferencias que una nor-

ma justa debería admitir, y puede ocurrir entonces que respecto de ellas no quepan prácticamente controversias. Si una norma jurídica acuerda ayuda a los pobres, la exigencia del principio de que "los casos semejantes deben tratarse de la misma manera", ciertamente importará tomar en cuenta las necesidades de los diversos postulantes. Un similar criterio de necesidad está implícitamente reconocido cuando la carga tributaria se adecúa, mediante un impuesto progresivo a las rentas, a la situación económica de los contribuyentes. A veces lo relevante son las *aptitudes* de las personas para una función específica, a la que puede referirse la ley en cuestión. Las normas que no acuerdan derechos electorales a los menores o a los insanos, o que no les reconocen la facultad de otorgar testamentos o celebrar contratos, son consideradas justas, porque esas personas carecen de la aptitud, que se presume que poseen los adultos cuerdos, de emplear racionalmente esas posibilidades de acción. Tales discriminaciones están basadas en fundamentos que son obviamente relevantes, mientras que las discriminaciones, en estas materias, entre personas de diferente sexo o color no lo están; aunque, por supuesto, se ha argumentado en defensa del sometimiento de las mujeres, o de los negros, que unas y otros carecen de la aptitud del hombre blanco para el pensamiento y la decisión racional. Argumentar de esta manera es, por supuesto, admitir que la igualdad de aptitud para una función particular es el criterio de justicia en el caso de una ley como la que nos ocupa, aunque en ausencia de toda prueba de que las mujeres o los negros carecen de esa aptitud, la adherencia al principio importa, únicamente, rendirle un tributo verbal.

Hasta ahora hemos considerado la justicia o injusticia de normas jurídicas que pueden ser vistas como que *distribuyen* cargas y beneficios entre los individuos. Algunos de los beneficios son tangibles, como la ayuda a los pobres, o las raciones de alimentos. Otros son intangibles, como la protección frente al daño corporal acordada por el derecho criminal, o las ventajas o facilidades que otorgan las leyes que regulan la capacidad para testar, contratar, o votar. No debemos confundir la distribución,

justicia  
W. K.

en este sentido amplio, con la *compensación* por los daños causados por una persona a otra. Aquí la conexión entre lo que es justo y el precepto central de justicia, "tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera", es por cierto menos directa. Sin embargo, no es demasiado indirecta: puede ser exhibida del siguiente modo. Las normas jurídicas que establecen que una persona debe compensar o indemnizar a otra por actos ilícitos civiles, pueden ser consideradas injustas por dos razones diferentes. Por una parte pueden establecer privilegios o inmunidades "no equitativos". Así ocurriría si sólo los miembros de la nobleza pudieran querellar por injurias, o si ningún blanco fuera responsable por una agresión a un negro. Tales normas jurídicas violarían, de manera directa, los principios de distribución "equitativa" de los derechos y deberes de compensación. Pero dichas normas podrían también ser injustas de una manera completamente diferente; porque aun sin hacer discriminaciones arbitrarias podrían no acordar, en forma absoluta, un remedio para ciertos tipos de daños causados por una persona a otra, aun cuando se entendiera que moralmente la compensación es debida. En este aspecto el derecho podría ser injusto aunque tratara a todos por igual.

El defecto de tales normas jurídicas no sería, pues, hacer una mala distribución, sino negar a todos por igual la compensación de daños que la moral prohíbe causar a otros. El caso más grueso de tal injusta negativa de compensación sería el de un sistema en que nadie pudiera obtener indemnización por daño físico causado irresponsablemente. Vale la pena observar que esta injusticia subsistiría aun cuando el derecho penal impusiera un castigo por tales ataques. Es difícil hallar ejemplos de algo tan tosco, pero la circunstancia de que el derecho inglés no acuerde indemnización por las invasiones a la intimidad (*privacy*), circunstancia que suelen hallar ventajosa quienes se dedican a actividades publicitarias, ha sido criticada a menudo de esta manera. No acordar compensación en los casos en que moralmente se la considera debida también es, empero, el cargo de injusticia que se formula contra ciertos aspectos técnicos de la regulación de los

actos ilícitos civiles o de los contratos, que permiten el "enriquecimiento injusto" a expensas de otro mediante una acción considerada moralmente incorrecta.

La conexión entre la justicia e injusticia de la indemnización por daños, y el principio "tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera", consiste en el hecho de que, al margen de lo que las normas jurídicas prescriben, existe la convicción moral de que las personas sometidas al orden jurídico tienen derecho a que los demás se abstengan de ciertos tipos de conducta dañosa. Tal estructura de derechos y obligaciones recíprocos, que proscriben por lo menos las formas más groseras de daño, constituye la base de la moral de todo grupo social. Su efecto es crear entre los individuos una igualdad moral, en cierto sentido artificial, para contrarrestar las desigualdades de la naturaleza. Porque cuando el código moral prohíbe a un hombre robar o recurrir a la violencia en perjuicio de otro, aun cuando su mayor fuerza o astucia podrían permitirle hacerlo con impunidad, el fuerte y el astuto quedan colocados en el mismo nivel que el débil y el torpe. Sus situaciones quedan moralmente igualadas. Por ello se considera que el hombre fuerte que no observa la moral y se aprovecha de su fuerza para dañar a otro, ha roto ese equilibrio u orden de igualdad establecido por las reglas morales; la justicia requiere entonces que este *status quo* moral sea restablecido de inmediato por el transgresor. En los casos simples de robo esto importa simplemente devolver la cosa sustraída; la compensación de otros daños es una extensión de esta noción primitiva. Se piensa que quien ha dañado físicamente a otro, en forma intencional o por negligencia, ha quitado algo a su víctima; y aunque literalmente no ha hecho eso, la imagen no es del todo descaminada: porque él ha sacado provecho a expensas de su víctima, aunque más no sea satisfaciendo su deseo de dañarlo, o no sacrificando su comodidad al deber de tomar precauciones adecuadas. De modo que cuando las normas jurídicas acuerdan compensación en los casos en que la justicia la reclama, ellas reconocen indirectamente el principio de "tratar los casos semejantes de la misma manera" al disponer que se restablez-

ca el *status quo* moral en el que la víctima y el transgresor se encuentran en un pie de igualdad. Es concebible, por otra parte, que pueda haber un enfoque moral que no coloque a los individuos en un pie de igualdad recíproca en estas cuestiones. El código moral podría prohibir a los bárbaros atacar a los griegos, pero permitir que los griegos atacasen a los bárbaros. En tales casos se podría pensar que un bárbaro está moralmente obligado a indemnizar a un griego por los daños inferidos, pero que no tiene derecho a tal compensación. El orden moral sería aquí un orden de desigualdad, en el que la víctima y el transgresor serían tratados en forma diferente. Dentro de tal enfoque, por repulsivo que pueda resultar para nosotros, el derecho sólo sería justo si reflejara estas diferencias y tratara en forma diversa los casos diferentes.

En este breve esquema de la noción de justicia, hemos considerado únicamente algunas de sus aplicaciones más simples para mostrar las específicas virtudes atribuidas a las normas jurídicas que son estimadas justas. No sólo esto es distinto de otros valores que las normas jurídicas pueden tener o no tener, sino que a veces las exigencias de justicia pueden entrar en conflicto con otros valores. Esto puede ocurrir cuando un tribunal, al condenar a un determinado transgresor por un delito que se ha difundido, dicta una sentencia más severa que las dictadas en otros casos similares, y admite que lo hace "como una advertencia". El principio que prescribe "tratar los casos semejantes de la misma manera" se sacrifica aquí en aras de la seguridad general o del bienestar de la sociedad. En los casos civiles, un conflicto similar entre la justicia y el bien general se resuelve a favor del último, cuando el derecho no acuerda remedios para alguna transgresión moral porque imponer una indemnización en tales casos podría importar grandes dificultades de prueba, o sobrecargar la labor de los tribunales, o interferir indebidamente con el esfuerzo privado. Hay un límite para la cantidad de imposiciones jurídicas que una sociedad puede soportar, aun cuando todas tiendan a remediar transgresiones morales. A la inversa, el derecho puede, en nombre del bienestar general de la sociedad, imponer una com-

pensación a quien ha dañado a otro, aun cuando moralmente, como cuestión de justicia, podría pensarse que esa compensación no es debida. Se suele decir que tal es lo que ocurre cuando la responsabilidad civil extracontractual es objetiva, es decir, independiente de que haya habido intención de dañar o de que se hayan omitido las precauciones debidas. A veces se defiende esta forma de responsabilidad diciendo que la "sociedad" tiene interés en que sean compensados quienes sufren daños accidentales; y se sostiene que la forma más sencilla de conseguirlo es colocar la carga sobre aquellos cuyas actividades, por cuidadosamente controladas que estén, producen tales accidentes. Ellos tienen, por lo general, amplios recursos y oportunidades de asegurarse contra esos riesgos. Cuando se hace esta defensa, en ella va implícita una apelación al bienestar general de la sociedad que, aunque puede ser moralmente aceptable e incluso ser calificada de "justicia social", difiere de las formas primarias de justicia que se ocupan simplemente de restablecer, en la medida de lo posible, el *status quo* entre dos individuos.

Debe señalarse un importante punto de enlace entre las ideas de justicia y bienestar social. Muy pocos cambios sociales o normas jurídicas son satisfactorios para todos los individuos por igual o promueven el bienestar de todos por igual. Sólo las normas que proveen a las necesidades más elementales (protección policial, construcción de caminos, etc.), se aproximan a ello. En la mayor parte de los casos el derecho acuerda beneficios a una clase de la población a expensas de privar a otras de lo que prefieren. La ayuda a los menesterosos sólo puede hacerse con los bienes de otros; la enseñanza primaria obligatoria no sólo puede significar pérdida de libertad para quienes desean educar privadamente a sus hijos, sino que es posible que únicamente pueda ser costeadada reduciendo o sacrificando inversiones de capital en la industria o en las pensiones para la vejez, o en los servicios médicos gratuitos. Cuando se hace una elección entre tales alternativas en conflicto ella puede ser defendida diciendo que está guiada por el "bien público" o el "bien común". No resulta claro que signifiquen estas frases, puesto que parece no haber una escala

resp. obj.  
y bienestar  
general

no lo es  
responsabi-  
lidad  
presunta  
s:taaciu  
sa del cu  
causa  
3-1

para medir las contribuciones de las diversas alternativas al bien común e identificar la más importante. Resulta claro, empero, que una elección efectuada sin considerar previamente los intereses de todos los sectores de la comunidad sería criticable por parcial e injusta. Escaparía, sin embargo, a esta imputación si las pretensiones de todos fueran imparcialmente consideradas antes de dictar las normas, aun cuando en el resultado los reclamos de un sector quedaran subordinados a los de otros.

Algunos podrían en verdad argüir que todo cuanto puede significar realmente la pretensión de que al elegir entre las pretensiones en conflicto de diferentes clases o intereses se tuvo exclusivamente en mira "el bien común", es que todos los reclamos fueron imparcialmente examinados antes de la decisión. Sea esto verdad o no, parece claro que la justicia en este sentido es, por lo menos, una condición necesaria que debe satisfacer toda elección legislativa que diga estar guiada por el bien común. Tenemos aquí un nuevo aspecto de la justicia distributiva, que difiere de las formas simples que hemos examinado. Porque aquí lo "distribuido" con justicia no es cierto beneficio específico entre una clase de postulantes al mismo, sino la consideración imparcial de pretensiones en conflicto respecto de beneficios diferentes.

## 2. OBLIGACION MORAL Y JURIDICA

La justicia constituye un segmento de la moral que no se refiere primariamente a la conducta individual sino a las formas cómo son tratados *clases* de individuos. Es esto lo que da a la justicia su especial relevancia para la crítica del derecho y de otras instituciones públicas o sociales. Es la más pública y la más jurídica de las virtudes. Pero los principios de justicia no agotan la idea de moral; y no toda la crítica del derecho hecha sobre fundamentos morales es formulada en nombre de la justicia. Las normas jurídicas pueden ser condenadas como moralmente malas simplemente porque exigen de los hombres acciones particulares que la moral prohíbe, o porque les exigen abstenerse de acciones que son moralmente obligatorias.

Por lo tanto, es necesario caracterizar, en términos generales, aquellos principios, reglas, y criterios, relativos al comportamiento individual, que pertenecen a la moral y que hacen que una conducta sea moralmente obligatoria. Aquí aparecen dos dificultades relacionadas entre sí. La primera es que la palabra "moral" y todas las otras asociadas a ella o casi sinónimas de ella, como "ética", tienen su considerable área de vaguedad o "textura abierta". Hay ciertas formas de principios o reglas que algunos calificarían de morales y que otros no. En segundo lugar, aun cuando haya acuerdo sobre este punto y se acepte que ciertas reglas o principios pertenecen indubitablemente a la moral, puede subsistir un gran desacuerdo filosófico en cuanto a su *status* o a su relación con el resto del conocimiento y experiencia humanos. ¿Son principios inmutables, que constituyen parte de la trama del Universo, que no son elaborados por el hombre, sino que están allí para ser descubiertos por su intelecto? ¿O son expresiones de cambiantes actitudes, elecciones, exigencias o sentimientos humanos? Estas son formulaciones toscas de dos posiciones extremas en la filosofía moral. Entre ellas se encuentran muchas variantes complicadas y sutiles, que los filósofos han desarrollado en su esfuerzo por elucidar la naturaleza de la moral.

En lo que sigue trataremos de eludir esas dificultades filosóficas. Más adelante<sup>2</sup>, bajo los rótulos "Importancia", "Inmunidad al cambio deliberado", "Carácter voluntario de las transgresiones morales", y "Formas de presión moral", identificaremos cuatro características cardinales que constantemente aparecen juntas en los principios, reglas, y pautas o criterios de conducta que más comúnmente son considerados "morales". Estas cuatro características reflejan diferentes aspectos de una típica e importante función que tales pautas cumplen en la vida social o en la vida de los individuos. Esto solo bastaría para justificar que agrupemos todo cuanto presente esas cuatro características para considerarlo en forma separada, y sobre todo, para contrastarlo y compararlo con el derecho. Además, al sostener que la moral tie-

<sup>2</sup> *Infra*, pág. 215.

ne esas cuatro características no tomamos partido entre las teorías filosóficas rivales sobre su *status* o carácter "fundamental". Ciertamente la mayor parte de los filósofos, si no todos, estarán de acuerdo en que esas cuatro características son notas necesarias de toda regla o principio moral, aunque explicarán o interpretarán en formas muy diferentes el hecho de que la moral las posee. Puede en verdad objetarse que estas características, aunque *necesarias*, sólo son necesarias y no son suficientes para distinguir a la moral de ciertas reglas o principios de conducta que quedarían excluidos de ella si se aplicara un criterio más estricto. Nos referiremos a los hechos en que se basan tales objeciones, pero adheriremos al sentido más amplio de "moral". Nuestra justificación para ello radica en que ese sentido amplio está de acuerdo con buena parte del uso y que lo que en dicho sentido la palabra designa desempeña una importante y distinguible función en la vida social e individual.

Consideraremos primero el fenómeno social aludido a menudo como "la moral" de una sociedad dada, o la moral "aceptada" o "convencional" de un grupo social concreto. Estas frases aluden a pautas o criterios de conducta que son ampliamente compartidos en una particular sociedad, y que deben ser contrapuestos a los principios o ideas morales que pueden regir la vida de un individuo, pero que éste no comparte con ningún número considerable de aquellos con quienes convive. El elemento básico de la moral compartida o aceptada de un grupo social, consiste en reglas del tipo que hemos ya descrito en el capítulo V, cuando nos ocupamos de elucidar la idea general de obligación, y que llamamos allí reglas primarias de obligación. Estas reglas se distinguen de otras, tanto por la seria presión social que las sustenta, como por el considerable sacrificio de interés o inclinación individual que su cumplimiento trae aparejado. En el mismo capítulo trazamos también el cuadro de una sociedad en una etapa en que tales reglas son el único medio de control social. Vimos que a esa altura podría ser que no hubiera nada que correspondiese a la clara distinción que, en sociedades más desarrolladas, se hace entre reglas jurídicas y morales. Posiblemente podría encontrar

se alguna forma embrionaria de esta distinción si hubiera algunas reglas mantenidas primariamente mediante amenazas de castigo para el caso de desobediencia, y otras mediante la apelación a un presunto respeto a las reglas o a sentimientos de culpa o de remordimiento. Cuando se supera esta etapa primitiva, y se da el paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico, de modo que los medios de control social comprenden ahora un sistema que contiene reglas de reconocimiento, de adjudicación y de cambio, la distinción entre las reglas jurídicas y las otras se convierte en algo definido. Las reglas primarias de obligación identificadas por medio del sistema oficial se distinguen ahora de las otras reglas, que continúan existiendo al lado de aquéllas. En la realidad, en todas las comunidades que alcanzan esa etapa, hay muchos tipos de reglas y pautas sociales que están fuera del sistema jurídico; solamente algunas de ellas son usualmente consideradas y llamadas morales, aunque ciertos teóricos del derecho han usado la palabra "moral" para designar a todas las reglas no jurídicas.

Tales reglas no jurídicas pueden ser distinguidas y clasificadas de muchas maneras diferentes. Algunas tienen un ámbito muy limitado pues se refieren únicamente a una esfera particular de conducta (por ejemplo, el vestir), o a actividades para las cuales sólo hay oportunidades discontinuas, creadas deliberadamente (ceremonias y juegos). Algunas reglas son concebidas como que se aplican al grupo social en general; otras a subgrupos especiales dentro de él, separados por ciertas características como clase social distinta, o por su propia decisión de unirse o asociarse para propósitos limitados. Algunas reglas son consideradas obligatorias por virtud del consentimiento mutuo y pueden permitir el retiro voluntario; otras son concebidas como que no se originan en el consentimiento mutuo ni en ninguna otra forma de elección deliberada. Algunas reglas, cuando son transgredidas, pueden dar lugar a una simple afirmación o advertencia de lo que es "correcto" hacer, (por ejemplo: las reglas de etiqueta, o las del habla correcta); otras, a un serio reproche, o al desprecio, o a una exclusión del grupo más o menos prolongada. Aunque no se puede construir ninguna escala precisa, la concepción de

la importancia relativa atribuida a estos diferentes tipos de reglas, se refleja tanto en la medida de sacrificio del interés privado que ellas exigen, como en el peso de la presión social en procura de la conducta regular.

En todas las sociedades que han desarrollado un sistema jurídico hay, entre sus reglas no jurídicas, algunas a las que se atribuye importancia suprema, y que a pesar de diferencias cruciales, tienen muchas semejanzas con sus normas de derecho. Con mucha frecuencia el vocabulario de "derechos", "obligaciones", y "deberes" usado para expresar las exigencias de las reglas jurídicas se emplea con el agregado del adjetivo "moral" para designar los actos u omisiones exigidos por aquellas otras reglas. En todas las comunidades hay una parcial superposición de contenido entre la obligación jurídica y la obligación moral, si bien las exigencias de las reglas jurídicas son más específicas y están circunscritas por excepciones más detalladas que las exigencias de las correspondientes reglas morales. Característicamente la obligación y el deber moral, como muchas reglas jurídicas, se refieren a lo que ha de hacerse o no hacerse en circunstancias que se repiten constantemente en la vida del grupo, y no a actividades raras o intermitentes que tienen lugar en ocasiones deliberadamente elegidas. Lo que tales reglas exigen son omisiones o acciones simples, en el sentido de que no hace falta ninguna habilidad o inteligencia especial para cumplir con ellas. El cumplimiento de las obligaciones morales, como el de la mayor parte de las obligaciones jurídicas, está dentro de lo que puede hacer cualquier adulto normal. La observancia de estas reglas morales, como la de las reglas jurídicas, es considerada cosa corriente, de modo que mientras que la transgresión provoca una censura seria, el cumplimiento de la obligación moral, como la obediencia al derecho, no motiva elogios, salvo en aquellos casos en que aparece caracterizado por una escrupulosidad excepcional, por una fortaleza fuera de lo común, o por una excepcional resistencia a una tentación especial. Pueden hacerse diversas clasificaciones de las obligaciones y deberes morales. Algunos corresponden a papeles o funciones relativamente distinguibles, de carácter duradero, que no todos

los miembros de la sociedad cumplen. Tales son los deberes que respecto de su familia tiene un padre o un esposo. Por otra parte, hay obligaciones generales que —se piensa— tienen todos los adultos normales a lo largo de la vida (por ejemplo, la de abstenerse de la violencia), y obligaciones especiales que cualquiera de tales miembros puede asumir al entrar en relaciones especiales con otros (por ejemplo, la de cumplir las promesas hechas, o la de retribuir los servicios recibidos).

Las obligaciones y deberes reconocidos en las reglas morales de este tipo más fundamental pueden variar de sociedad en sociedad o, dentro de una misma sociedad, en épocas diferentes. Algunos de ellos pueden reflejar creencias totalmente erróneas; o aun supersticiones, sobre qué es lo que la salud o la seguridad del grupo exige; en una sociedad la mujer puede tener el deber de arrojar a la pira funeraria de su marido, y en otra el suicidio puede ser una transgresión a la moral común. Hay una diversidad entre los códigos morales que puede resultar de las necesidades peculiares, pero reales, de una sociedad dada, o de la superstición y de la ignorancia. Sin embargo la moral social de las sociedades que han alcanzado la etapa en que ella puede ser distinguida de su derecho, incluye siempre ciertas obligaciones y deberes que exigen un sacrificio de la inclinación o interés particular que es esencial para que sobreviva cualquier sociedad, en la medida en que los hombres y el mundo que nos rodea conserven algunas de sus características más familiares y evidentes. Entre tales reglas obviamente exigidas por la vida social se encuentran aquellas que prohíben, o al menos restringen, el libre uso de la violencia; las que exigen ciertas formas de honestidad y veracidad en el trato con los demás, y las que prohíben la destrucción de cosas tangibles o su apoderamiento en perjuicio de otros. Si la observancia de estas reglas elementalísimas no fuera concebida como cosa corriente en cualquier grupo de individuos que viven en proximidad vecina los unos con los otros, vacilaríamos en describir a ese grupo como una sociedad, y tendríamos la certeza de que no podría durar mucho tiempo.

Las reglas morales y jurídicas de obligación y deber tienen,

1  
ab / (1)  
eclio (2)  
(3)  
pues, ciertas notables semejanzas que bastan para mostrar que su vocabulario común no es accidental. Tales semejanzas pueden ser resumidas como sigue. Unas y otras reglas son concebidas como obligatorias con independencia del consentimiento del individuo obligado y están sustentadas por una seria presión social en procura de la conducta regular; el cumplimiento de las obligaciones morales y el de las obligaciones jurídicas no es considerado digno de encomio, sino una contribución mínima a la vida social, que ha de tomarse como cosa corriente. Además, tanto el derecho como la moral incluyen reglas que rigen la conducta de los individuos en situaciones que se repiten constantemente a lo largo de la vida, y no en ocasiones o actividades especiales, y aunque ambos pueden incluir mucho de lo que es peculiar a las necesidades reales o imaginadas de una particular sociedad, tanto el derecho como la moral formulan exigencias que, obviamente, tienen que ser satisfechas por cualquier grupo de seres humanos para poder convivir. Por ello es que en ambos hallaremos algún tipo de prohibición de la violencia a las personas o a la propiedad, y algunas exigencias de honestidad y veracidad. Sin embargo, a pesar de estas semejanzas, a muchos les ha parecido evidente que hay ciertas características que el derecho y la moral no comparten, aunque en la historia de la teoría jurídica se ha comprobado que ellas son muy difíciles de formular.

de / (1)  
de / (2)  
El intento más famoso de expresar de manera sumaria la diferencia esencial es la teoría que afirma que mientras las reglas jurídicas sólo prescriben conducta "externa", y no atienden a los motivos, intenciones u otros elementos "internos" del obrar, la moral, por su parte, no prescribe acciones externas específicas, sino sólo una buena voluntad o una intención correcta. Esto equivale realmente a la sorprendente afirmación de que las reglas jurídicas y las reglas morales, propiamente entendidas, nunca podrían tener el mismo contenido; y aunque esta teoría encierra un atisbo de la verdad, tal como se la formula es profundamente equívoca. Se trata, en efecto, de una inferencia, si bien de una inferencia errónea, hecha a partir de ciertas importantes características de la moral, y particularmente de ciertas diferencias entre

el reproche moral y el castigo jurídico. Si alguien hace algo prohibido por las reglas morales, u omite hacer lo que ellas prescriben, el hecho de que haya obrado sin intención de transgredir y poniendo el mayor cuidado, es una excusa frente al reproche moral; mientras que un sistema jurídico puede incluir reglas de "responsabilidad objetiva", según las cuales quienes han transgredido las reglas sin intención de hacerlo y sin "culpa" pueden ser castigados. Así, mientras que la noción de "responsabilidad objetiva" en la moral es lo más parecido a una contradicción en los términos que puede hallarse en esta esfera, es una noción que simplemente puede ser criticable cuando aparece en un sistema jurídico. Pero esto no significa que la moral exige únicamente buenas intenciones, buena voluntad o buenos motivos. En verdad, como veremos más tarde, argüir así es confundir la idea de una excusa con la de una justificación de la conducta.

Sin embargo, hay algo de importancia caricaturizado en este argumento confuso; la idea vaga de que la diferencia entre el derecho y la moral se conecta con un contraste entre el carácter "interno" de la una y el carácter "externo" del otro, es un tema demasiado recurrente en la especulación sobre el derecho y la moral para carecer de todo fundamento. En lugar de dejarlo a un lado, lo consideraremos como una abreviatura de cuatro características cardinales relacionadas entre sí, que en forma colectiva sirven para distinguir a la moral no sólo de las reglas jurídicas sino de otras formas de reglas sociales.

(i) Importancia. Decir que una característica esencial de toda regla o pauta moral es que se la considera como algo cuya observancia es muy importante, puede parecer a la vez perognallescico y vago. Sin embargo esta característica no puede ser omitida en ninguna descripción fiel de la moral de un grupo social o de un individuo, ni puede ser formulada con más precisión. Se manifiesta de muchas maneras: primero, en el hecho simple de que las pautas o criterios morales son observados en contra del impulso de las fuertes pasiones que ellos limitan, y al costo de sacrificar considerable interés personal; en segundo lugar, en las serias formas de presión social ejercida no sólo para obtener con-

formidad en los casos individuales, sino para asegurar que las pautas o criterios morales sean enseñados o transmitidos como cosa corriente a todos los miembros de la sociedad; en tercer lugar, en el reconocimiento general de que si las pautas o criterios morales no fueran generalmente aceptados, ocurrirían cambios considerables, y poco gratos, en la vida de los individuos. En contraste con la moral, las reglas de la compostura, de las buenas maneras, de la vestimenta, y a veces, aunque no siempre, las reglas de derecho, ocupan un lugar relativamente bajo en la escala de importancia. Ellas pueden ser tediosas, pero no exigen gran sacrificio; no se ejerce una gran presión para obtener conformidad, y no sobrevendrían grandes alteraciones en otras áreas de la vida social si no se las observara o si se las cambiase. Mucha de la importancia atribuida al acatamiento de las reglas morales puede ser explicada muy simplemente de acuerdo con líneas gratamente racionalistas; porque si bien ellas exigen el sacrificio de intereses privados, su observancia asegura intereses vitales en los que todos participan por igual. Los asegura protegiendo directamente a las personas frente al daño evidente, o bien preservando la estructura de una sociedad ordenada y tolerable. Pero si bien la racionalidad de buena parte de la moral social en cuanto protección frente a daños evidentes puede ser defendida de esa manera, este enfoque utilitario simple no siempre es posible, ni cuando lo es, debe ser tomado como representativo del punto de vista de quienes viven con arreglo a cierta moral. Después de todo, una parte destacadísima de la moral de cualquier sociedad consiste en reglas sobre el comportamiento sexual, y dista de ser claro que la importancia atribuida a ellas esté conectada con la creencia de que la conducta que prohíben perjudica a otros; tampoco podría demostrarse que realmente tales reglas tienen siempre esta justificación. Aun en una sociedad moderna que ya no considera que su moral es algo establecido por la divinidad, el cálculo del perjuicio a otros no explica la importancia atribuida a la regulación moral del comportamiento sexual, como, v. gr., el común veto a la homosexualidad. Las funciones y los sentimientos sexuales son asuntos de tanta entidad e interés emocional para todos,

que las desviaciones de las formas aceptadas o normales de expresión resultan fácilmente investidas de un intrínseco "pudor" o importancia. Se las desprecia no por la convicción de que son socialmente nocivas, sino simplemente como "contrarias a la naturaleza" o repugnantes en sí. Sin embargo, sería absurdo negar el título de moral a vetos sociales enfáticos de este tipo; en verdad, la moral sexual es quizá el aspecto más destacado de lo que el hombre común piensa que es la moral. Por supuesto que el hecho de que la sociedad pueda ver a su propia moral de esta manera "no utilitarista", no significa que sus reglas son inmunes a la crítica o a la reprobación, cuando se considera que su acatamiento es inútil o demasiado costoso en moneda de sufrimiento.

Las reglas jurídicas, como hemos visto, pueden concordar con las reglas morales en el sentido de exigir o prohibir la misma conducta. Las que así lo hacen son consideradas, sin duda, tan importantes como las correspondientes reglas morales. La importancia, sin embargo, no es esencial al *status* de todas las reglas jurídicas como lo es al *status* de las reglas morales. Es posible que una regla jurídica sea generalmente concebida como algo cuya preservación carece de toda importancia; en verdad puede haber consenso general de que debiera ser derogada. Sin embargo, continúa siendo una regla jurídica mientras no se la derogue. Por otra parte, sería absurdo pensar que una regla forma parte de la moral de una sociedad aun cuando nadie la considerara ya importante o digna de ser conservada. Las viejas costumbres y las tradiciones que hoy se conservan nada más que por amor al pasado pueden haber tenido alguna vez *status* de reglas morales, pero ese *status* se ha esfumado junto con la importancia atribuida a su observancia y transgresión.

(ii) Immunidad al cambio deliberado. Es característico de un sistema jurídico el hecho de que pueden introducirse en él nuevas reglas, y modificarse o derogarse reglas anteriores, mediante sanción deliberada, aun cuando algunas normas puedan ser colocadas a cubierto de cambios por una constitución escrita que limite la competencia de la legislatura suprema. Por contraste, las reglas o principios morales no pueden ser implantados, modifica-

dos o eliminados de esa manera. Sostener que esto "no puede" ser, no es, sin embargo, negar que algún concebible estado de cosas sea realmente el caso, como lo sería la aserción de que los seres humanos "no pueden" alterar el clima. En lugar de ello, nuestra aserción apunta a los siguientes hechos. Es perfectamente sensato decir cosas tales como: "A partir del 1º de enero de 1960 será un delito del derecho penal hacer esto o aquello", o "A partir del 1º de enero de 1960 ya no será ilícito hacer esto o aquello", y sustentar tales enunciados haciendo referencia a normas que han sido aprobadas o derogadas. Por contraste, enunciados tales como: "Desde mañana ya no será inmoral hacer esto o aquello", o "El 1º de enero último comenzó a ser inmoral hacer esto o aquello", y los intentos de apoyar estos enunciados mediante referencia a sanciones deliberadas, serían sorprendentes paradojas, si no cosas sin sentido. Porque es incompatible con el papel desempeñado por la moral en la vida de los individuos, que las reglas, principios o pautas morales sean considerados, como lo son las normas jurídicas, cosas susceptibles de creación o cambio mediante acto deliberado. Las pautas o criterios de conducta no pueden recibir *status* moral, ni verse privados de él, por un *fiat* humano, mientras que el uso cotidiano de conceptos tales como los de sanción y derogación de normas jurídicas muestra que no ocurre lo mismo en el campo del derecho.

Buena parte de la ética está dedicada a explicar esta característica de la moral, y a elucidar la idea de que esta última es algo que "está allí" para ser reconocido, no algo creado por deliberada elección humana. Pero el hecho mismo, como cosa distinta de su explicación, no es una peculiaridad de las reglas morales. Tal es la razón por la cual esta característica de la moral, aunque sobremanera importante, no puede servir por sí para distinguir la moral de todas las otras formas de normas sociales. Porque en este aspecto, aunque no en otros, cualquier tradición es como la moral: una tradición tampoco es susceptible de ser adoptada o rechazada por un *fiat* humano. El efecto cómico de la historia, quizás apócrifa, de aquel *headmaster* de una nueva escuela pública inglesa que anunció que, a partir del comienzo del pró-

ximo período lectivo, sería una tradición de la escuela que los alumnos *senior* usaran cierta vestimenta, depende totalmente de la incompatibilidad lógica entre la noción de tradición y las de elección y sanción deliberada. Las reglas adquieren y pierden el *status* de tradición al crecer, ser practicadas, dejar de ser practicadas y decaer; y las reglas implantadas o eliminadas de manera distinta a este proceso lento e involuntario, no podrían, por lo tanto, adquirir o perder el *status* de tradición.

El hecho de que la moral y la tradición no pueden ser cambiadas directamente, como pueden serlo las normas jurídicas, mediante sanción legislativa, no debe ser confundido con la inmunidad a otras formas de cambio. En verdad, aunque una regla moral o una tradición no pueden ser dejadas sin efecto o modificadas mediante sanción o elección deliberada, la sanción o la derogación de normas jurídicas bien pueden figurar entre las causas de un cambio o decaimiento de alguna pauta o criterio moral o de alguna tradición. Si una práctica tradicional, tal como las celebraciones de la noche de Guy Fawkes, es prohibida por el derecho y castigada, la práctica puede cesar y la tradición desaparecer. A la inversa, si las normas jurídicas imponen el servicio militar a los miembros de ciertas clases sociales, puede llegar a desarrollarse en ellos una tradición que bien puede sobrevivir al derecho. Del mismo modo, las normas jurídicas pueden establecer niveles de honestidad y humanidad que eventualmente modifican y elevan la moral corriente; a la inversa, la represión jurídica de prácticas concebidas como moralmente obligatorias puede, a la larga, hacer que se pierda el sentido de su importancia y, con ello, su *status* moral; sin embargo, con mucha frecuencia el derecho pierde tales batallas con la moral imperante, y la regla moral continúa en pleno vigor al lado de normas jurídicas que prohíben lo que ella manda.

Estos modos de cambio de la moral y de la tradición, en los que el derecho puede ser un factor causal, tienen que ser distinguidos del cambio o derogación por vía legislativa. Porque aunque la adquisición o pérdida de *status jurídico* por virtud de la sanción de una norma puede en verdad ser llamado el "efecto

jurídico" de esta norma, éste no es un cambio causal contingente como el efecto eventual de la ley sobre la moral y la tradición. Esta diferencia puede ser advertida simplemente en el hecho de que mientras que siempre es posible dudar que la sanción de una norma jurídica válida, de significado claro, conduzca a un cambio en la moral, no se puede tener una duda semejante sobre si la sanción de una norma jurídica válida, de significado claro, ha cambiado el derecho.

La incompatibilidad entre la idea de moral o tradición y la de cambio por sanción deliberada, tiene que ser distinguida también de la inmunidad otorgada a ciertas normas de derecho, en algunos sistemas, mediante cláusulas restrictivas incluidas en la constitución. Tal inmunidad no es un elemento necesario del *status* de una norma jurídica como tal, porque ella puede ser eliminada por enmienda constitucional. A diferencia de dicha inmunidad jurídica al cambio legislativo, la incapacidad de la moral o de la tradición para modos similares de cambio no es algo que varíe de comunidad en comunidad o de época en época. Forma parte del significado de estos términos; la idea de una legislatura moral con competencia para crear y cambiar la moral, tal como mediante la sanción de normas jurídicas se crea y modifica el derecho, es repugnante a toda la noción de moral. Cuando nos ocupemos del derecho internacional veremos que es importante distinguir entre la mera ausencia *de facto* de una legislatura, que puede considerarse un defecto del sistema, y la incompatibilidad fundamental que, como hemos subrayado aquí, está latente en la idea de que las reglas o criterios morales pueden ser creados o derogados por legislación.

(iii) Carácter voluntario de las transgresiones morales. La antigua concepción de que la moral se refiere exclusivamente a lo "interno", mientras que el derecho se refiere únicamente a la conducta "externa" es, en parte, una enunciación errónea de las dos características ya examinadas. Pero más a menudo se la trata como una referencia a ciertas características salientes de la responsabilidad moral y de la reprobación moral. Si una persona cuya acción, juzgada *ab extra*, ha transgredido reglas o principios

morales, consigue acreditar que lo hizo en forma no intencional y a pesar de todas las precauciones que pudo tomar, resulta excusada de responsabilidad moral y, en estas circunstancias, reprobación moral queda, por lo tanto, excluida, porque la persona ha hecho todo lo que podía hacer. En cualquier sistema jurídico desarrollado ocurre lo mismo hasta cierto punto; porque el requisito general de *mens rea* es un elemento de la responsabilidad penal dirigido a asegurar que sean excusados aquellos que actuaron sin negligencia, inconscientemente o en condiciones en que carecieron de capacidad física o mental para ajustar su conducta al derecho. Un sistema jurídico sería moralmente censurable si esto no fuera así, por lo menos en los casos de delitos serios que traen aparejados castigos severos.

Sin embargo, la admisión de tales excusas está condicionada, en todos los sistemas jurídicos, de muchas diferentes maneras. Las dificultades de prueba de los hechos psicológicos, reales o pretendidos, pueden hacer que un sistema jurídico no permita investigar los estados o aptitudes mentales efectivos de los individuos y, en lugar de ello, se valga de "criterios objetivos", según los cuales se considera que la persona acusada posee la capacidad de control, o la habilidad necesaria para tomar precauciones, que posee un hombre normal o "razonable". Algunos sistemas pueden negarse a reconocer incapacidades "volitivas", como cosa distinta de las incapacidades "cognoscitivas". Si lo hacen así, reducen el campo de las excusas a la falta de intención o a deficiencias de conocimiento. Por otra parte, el sistema jurídico puede imponer, para ciertos tipos de transgresiones, una "responsabilidad objetiva" y hacer que la responsabilidad sea completamente independiente de la *mens rea*, excepto quizás en lo relativo a la exigencia mínima de que el acusado posea control muscular normal.

Resulta claro, por lo tanto, que la responsabilidad jurídica no queda necesariamente excluida por la demostración de que el acusado no podía haber observado la norma que transgredió; por el contrario, en el campo de la moral "no pude evitarlo" es siempre una excusa, y la obligación moral sería totalmente dife-

rente de lo que es si el "deber" moral no implicara, en este sentido, un "poder". Es importante, sin embargo, advertir que "no pude evitarlo" es sólo una excusa (aunque una buena excusa), y distinguir entre excusa y justificación; porque, como hemos dicho, la pretensión de que la moral no prescribe conducta externa reposa en una confusión entre estas dos ideas. Si las buenas intenciones fueran una justificación para hacer lo que las reglas morales prohíben, nada habría que lamentar en la acción de un hombre que accidentalmente, y a pesar de haber tomado todas las precauciones, ha matado a otro. Consideraríamos esto del mismo modo que consideramos la muerte de un hombre por otro en legítima defensa. La última está justificada, porque matar en tales circunstancias es un tipo de conducta que el sistema no tiene interés en impedir y hasta puede estimular, aunque por supuesto es una excepción a la prohibición general de matar.

Cuando alguien es excusado porque ha transgredido una norma sin intención, la concepción moral subyacente no es que esta acción es del tipo de aquellas que el derecho permite o incluso acoge favorablemente; lo que ocurre es que cuando investigamos las condiciones mentales del transgresor concreto, nos encontramos con que no tenía la capacidad normal para ajustar su conducta a las exigencias del derecho. Por ello es que este aspecto del "carácter interno" de la moral no significa que ésta no es una forma de control de la conducta externa; sino solamente que es condición necesaria de la responsabilidad moral que el individuo tenga un cierto tipo de control sobre su conducta. Aun en el campo moral hay una diferencia entre "X no hizo nada malo" y "X no pudo evitar hacer lo que hizo".

(iv) La forma de presión moral. Otra característica distintiva de la moral es la forma peculiar de presión que se ejerce en su apoyo. Esta característica está estrechamente relacionada con la anterior y, como ella, ha contribuido poderosamente a la vaga idea de que la moral se refiere a lo "interno". Los hechos que han conducido a esta interpretación de la moral son los siguientes. Si siempre que alguien estuviera por transgredir una determinada regla de conducta únicamente se usaran para disua-

dirlo las amenazas de castigo físico o de consecuencias desagradables, sería entonces imposible considerar a tal regla como una parte de la moral de la sociedad, aunque no habría objeción alguna para tratarla como una parte de su derecho. En verdad, bien se puede decir que la forma típica de presión jurídica consiste en tales amenazas. En la moral, por su parte, la forma típica de presión consiste en apelar al respeto hacia las reglas, en cuanto cosas importantes en sí mismas, que se presume compartido por aquellos a quienes se dirige la exhortación. De tal modo la presión moral es ejercida en forma característica, aunque no exclusiva, no mediante amenazas o apelaciones al temor o al interés, sino mediante advertencias de la calificación moral que merece la acción que se tiene a la vista y de las exigencias de las normas morales. "Eso sería una mentira", "Eso sería violar su promesa". En el trasfondo hay, por cierto, elementos morales "internos" que corresponden al temor o al castigo; porque se presupone que las protestas despertarán en sus destinatarios un sentimiento de vergüenza o de culpa: ellos pueden ser "castigados" por su propia conciencia. A veces, por supuesto, tales apelaciones peculiarmente morales van acompañadas de amenazas de castigo físico, o de apelaciones al interés personal ordinario; las desviaciones del código moral encuentran muchas formas diferentes de reacción social hostil, que van desde las expresiones relativamente informales de menosprecio hasta el aislamiento u ostracismo. Pero las advertencias enfáticas de lo que las reglas exigen, las apelaciones a la conciencia, y la confianza en la eficacia de la culpa y el remordimiento, son las formas de presión características, y más salientes, usadas en apoyo de la moral social. Que ésta sea sustentada precisamente en estas formas es una consecuencia simple de la aceptación de las reglas y criterios morales como cosas cuya preservación tiene una obvia y suprema importancia. Las pautas o criterios de conducta que no están apoyados de estas maneras no pueden ocupar en la vida de la sociedad y de los individuos el lugar que distintivamente ocupa la obligación moral.

### 3. IDEALES MORALES Y CRÍTICA SOCIAL

La obligación y el deber moral son el basamento de la moral social, pero no son el todo. Antes de examinar otras formas consideraremos, sin embargo, una objeción a la manera en que hemos caracterizado la obligación moral. Los cuatro criterios que, en el último apartado, utilizamos para distinguirla de otras formas de pautas o reglas sociales (importancia, inmunidad al cambio deliberado, carácter voluntario de las transgresiones morales, y forma especial de la presión moral) son en cierto sentido criterios formales. Ellos no hacen referencia directa a ningún contenido necesario que las reglas o pautas deban tener para ser morales, ni a ningún propósito que deban servir en la vida social. Hemos insistido, en verdad, en que en todos los códigos morales hallaremos ciertas formas de prohibición del uso de la violencia sobre las personas o las cosas, y exigencias de veracidad, honestidad y respeto a las promesas. Estas cosas, concediendo únicamente ciertas verdades muy obvias respecto de la naturaleza humana y el carácter del mundo físico, pueden en efecto ser consideradas esenciales si es que los seres humanos han de vivir continuamente juntos en proximidad estrecha; por ello, sería extraordinario que las reglas que las prescriben no tuvieran asignado en todas partes la importancia moral y el *status* que hemos descripto. Parece claro que el sacrificio de interés personal que tales reglas exigen es el precio que hay que pagar, en un mundo como el nuestro, para vivir en sociedad, y que la protección que ellas acuerdan es el mínimo que, para ser como nosotros, hace que valga la pena vivir en sociedad. Estos hechos simples constituyen, como sostendremos en el próximo capítulo, un indiscutible núcleo de verdad en las doctrinas del Derecho Natural.

Muchos moralistas desearían introducir en la definición de la moral, como un nuevo criterio, además de los cuatro que hemos ofrecido, esta conexión, que parece tan clara, entre la moral y las necesidades e intereses humanos. Ellos estipularían que para que algo sea reconocido como parte de la moral tiene que poder superar la crítica racional en términos de intereses humanos, y

demostrar, así, que promueve estos intereses (quizá, incluso, de alguna manera equitativa o pareja) en la sociedad de que se trata. Algunos llegarán hasta negarse a reconocer como moral un principio o regla de conducta, a menos que los beneficios de las abstenciones y acciones que prescribe se extiendan, más allá de los límites de una sociedad particular, a todos aquellos que quieran y puedan respetar tal regla. Deliberadamente hemos adoptado, empero, un punto de vista más amplio sobre la moral, de modo que queden incluidas en ella todas las reglas y pautas sociales que en la práctica efectiva de una sociedad exhiben las cuatro características que hemos mencionado. Algunas de esas pautas superarían la crítica a la luz de los nuevos criterios sugeridos; otras no, y serían condenadas por irracionales u obscurantistas o aun por bárbaras. No hemos procedido así simplemente porque el peso del uso de la palabra "moral" favorece este significado más amplio, sino porque adoptar el punto de vista restringido, que excluiría a ciertas pautas, nos obligaría a dividir de una manera muy poco realista elementos de la estructura social que funcionan de idéntica manera en la vida de quienes viven según ellos. Las prohibiciones morales de actos que en realidad pueden no ser nocivos para los demás, no sólo son consideradas con el mismo respeto instintivo que las de actos que lo son; ellas, junto con las exigencias de reglas defendibles sobre bases más racionales, integran apreciaciones sociales de carácter; y, con ellas, forman parte del cuadro generalmente aceptado de la vida que se espera, y presupone, que los individuos vivan.

Sin embargo, es una verdad importante la de que la moral comprende mucho más que las obligaciones y deberes reconocidos en la práctica efectiva de los grupos sociales. La obligación y el deber son sólo el basamento de la moral, aun de la moral social, y hay formas de moral que van más allá de la aceptada moral común de sociedades particulares. Debemos destacar aquí otros dos aspectos de la moral. Primero, aun dentro de la moral de una sociedad particular, al lado de la estructura de obligaciones y deberes morales y de las reglas relativamente claras que los definen, existen ciertos ideales morales. La realización de éstos no es con-

siderada una cosa corriente —a diferencia del cumplimiento de los deberes— sino como un logro digno de alabanza. El héroe y el santo son tipos extremos de aquellos que hacen *más* que su deber. Lo que ellos hacen no es, como la obligación o el deber, algo que pueda serles exigido, y el no hacerlo no es considerado incorrecto o censurable. En un nivel más humilde que el santo y el héroe están aquellos que son reconocidos en una sociedad como dignos de encomio por las virtudes morales que exhiben en la vida diaria, como coraje, caridad, benevolencia, paciencia o castidad. La conexión entre esos ideales y virtudes socialmente reconocidos y las formas primarias de obligación y deber social es bastante clara. Muchas virtudes morales son cualidades que consisten en la capacidad y disposición para llevar adelante, más allá de la extensión limitada que el deber exige, el tipo de preocupación por los intereses ajenos o de sacrificio del interés personal que aquél reclama. La benevolencia y la caridad son ejemplos de esto. Otras virtudes morales como la templanza, la paciencia, el coraje o la escrupulosidad, son en cierto sentido accesorias: son cualidades de carácter que se evidencian en una excepcional devoción al deber o en la persecución de ideales morales sustantivos en circunstancias que importan una especial tentación o peligro.

Estas nuevas extensiones de la moral nos conducen, de maneras diferentes, más allá de los confines de las obligaciones e ideales reconocidos en grupos sociales particulares, hasta los principios e ideales empleados en la crítica moral de la sociedad misma; sin embargo aun subsisten aquí conexiones importantes con la forma primaria de moral social. Es siempre posible que al examinar la moral aceptada de nuestra propia sociedad o de otra hallemos mucho de criticable; puede presentarse, a la luz del conocimiento, como innecesariamente represiva, cruel, supersticiosa u obscurantista. Puede trabar la libertad del hombre, especialmente en la discusión y en la práctica de la religión o en el ensayo de formas diferentes de vida humana, en supuestos en que por esa vía sólo se obtienen para otras personas beneficios apenas per-

ceptibles. Por sobre todo, la moral de una determinada sociedad puede proteger sólo a sus propios miembros, o aun sólo a ciertas clases y dejar a una clase esclava o ilota a merced de los caprichos de sus amos. En este tipo de crítica que, (aun cuando se la rechazara), sería sin duda considerada como una seria crítica "moral", va implicada la presuposición de que las estructuras de la sociedad, incluida su moral aceptada, tienen que satisfacer dos condiciones formales, una de racionalidad y la otra de generalidad. Así, está implícito en tales críticas, en primer lugar, que las estructuras sociales no deben descansar en creencias cuyo error puede demostrarse y, en segundo lugar, que las protecciones frente al daño que la moral característicamente acuerda a través de las acciones y omisiones que requiere, debe extenderse por lo menos a todos los hombres que puedan y quieran aceptar tales restricciones. Así la crítica moral de la sociedad encerrada en lemas tales como libertad, igualdad, fraternidad, y la persecución de la felicidad, extrae su carácter moral del hecho de que invita a la reforma en nombre de algún valor o combinación de valores ya reconocidos (aunque quizás en una medida inadecuada) en todos los órdenes morales efectivos, o en nombre de una versión de éstos, refinada y extendida de modo de satisfacer la doble exigencia de racionalidad y generalidad.

Por supuesto que del hecho de que la crítica de la moral aceptada, o de otras estructuras sociales, en nombre de la libertad y de la igualdad, sea reconocida en sí misma como crítica moral, no se sigue que el rechazo de ella en nombre de otros valores no sea también moral. Una réplica a la denuncia de que se restringe la libertad consiste en sostener que está justificado el sacrificio de ella en aras de la igualdad o de la seguridad social o económica. Tales diferencias en el peso o énfasis que se asigna a diferentes valores morales pueden resultar irreconciliables. Ellas pueden importar concepciones ideales de la sociedad radicalmente diferentes, y constituir el fundamento moral de partidos políticos opuestos. Una de las grandes justificaciones de la democracia es que permite la experimentación y una elección revisible entre tales alternativas.

Finalmente, no es necesario que todas las extensiones de la moral más allá de las obligaciones e ideales generalmente reconocidos en una sociedad dada, asuman la forma de una crítica social. Es importante recordar que la moral tiene su aspecto privado, que se pone de manifiesto en el reconocimiento individual de ideales que no son necesariamente compartidos o considerados como fuentes de crítica al obrar ajeno, y mucho menos como fuentes de crítica a la sociedad como un todo. Las vidas humanas pueden estar consagradas a perseguir ideales heroicos, románticos, estéticos o académicos o, menos gratamente, a la mortificación de la carne. También aquí podría sostenerse que si hablamos de moral, lo hacemos porque los valores perseguidos por los individuos son por lo menos análogos a algunos de los valores reconocidos por la moral de su propia sociedad. Pero la analogía no es por cierto de contenido sino de forma y función. Porque tales ideales desempeñan en la vida de los individuos el mismo papel que la moral desempeña en una sociedad. Ellos son ubicados en un lugar de suprema importancia, de modo que su búsqueda es vivida como un deber ante el cual hay que sacrificar otros intereses y deseos; aunque son posibles las conversiones, la noción de que esos ideales pueden ser adoptados, cambiados o eliminados por una elección deliberada, es quimérica; y, finalmente, las desviaciones de tales ideales son "castigadas" por la misma conciencia, o culpa, y remordimiento a que apela primariamente la moral social.

Niveles de la moral:

- a) obligaciones
- b) ideales generales
- c) ideales personales

Hart no plantea en ninguno de  
esos niveles <sup>228</sup> la posibilidad de  
crítica del Ma. A. S. S.