

## MORAL Y DERECHO

JUAN FARINA

Abogado.

Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional del Litoral.  
Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Notarial Argentina,  
de la Universidad Austral y de la Facultad de Derecho de Rosario.

### SUMARIO

1. La moral base de toda convivencia humana: 1. La moral en la convivencia en sociedad;
2. La moral que atañe al derecho; 3. Los criterios morales básicos como esencia inexcusable del derecho;
4. El derecho de refiere a la actuación del hombre; 5. El homo jurídico.

## I. LA MORAL BASE DE TODA CONVIVENCIA HUMANA

### 1. La moral en la convivencia en sociedad

Advierte Alasdair MacIntyre que los historiadores de la moral se inclinan con mucha facilidad a admitir que las costumbres morales y el contenido de los juicios morales pueden variar de tiempo en tiempo, de sociedad a sociedad y de persona a persona; pero admiten que diferentes conceptos morales se han ido asimilando por lo que así terminan reconociendo que, aunque lo que se considera como correcto o bueno no es siempre lo mismo en todo lugar y en toda época, de un modo general los mismos conceptos básicos de correcto y bueno son universales. *"La comprensión del mundo moral -señala este autor- y su transformación están lejos de ser tareas incompatibles. Los conceptos morales que son objeto de análisis para los filósofos de una época quizá sean a veces lo que son, en parte, gracias al examen de los filósofos de una época anterior".* Así en *"la sociedad reflejada en los poemas homéricos, los juicios más importantes que pueden formularse sobre un hombre se refieren al modo en que cumple la función social que le ha sido asignada. Hay un uso para expresiones como asertivo, valiente y justo porque ciertas cualidades son necesarias para cumplir la función de un rey o de un guerrero, de un juez o de un pastor"*.

Las consideraciones sobre la naturaleza humana y lo que para los hombres significa vivir en sociedad, contribuye a determinar una concepción de la moralidad pues permite delimitar el contenido de lo que puede ser considerado moral. En sentido opuesto hallamos al hombre **amoral**, quien es un verdadero parásito pues no puede haber convivencia humana en sociedad sin reglas morales. El amoral considera útiles a su favor tales reglas morales, pero no para ser cumplidas por él. La Justicia (así con mayúscula) debe ser entendida como la valla de contención a comportamientos de esta naturaleza. Y, así deben considerarla los jueces pues de otro modo sus decisiones serán contrarias a la moral.<sup>2</sup>

Es necesario que en la conciencia social vibre un fuerte anhelo de justicia. Y esto depende de la imagen de una organización de justicia que sea ejemplo de moral y de valor cívico. De no ser así *la conducta social se degrada*, los hombres prefieren una buena prebenda a una recta conducta, si aquélla sirve para inflar el rango o su patrimonio y ésta apenas para acrecentar el mérito. Una organización judicial indiferente a la moral es una grosera ficción de justicia pues pone como paradigma a

<sup>1</sup> MACINTYRE, Alasdair. *"Historia de la Ética"*. 5ª edición. Barcelona: Paidós, 1994. Pg. 11.

<sup>2</sup> WILLIAMS, Bernard. *"Introducción a la Ética"*. Madrid: Ediciones Cátedra (colección Teorema), 1987. Pg. 38.

los arribistas, inescrupulosos, carentes de principios morales y hasta se llega a cubrir de privilegios a los holgazanes y a los ignorantes. *"Es por falta de justicia que los Estados se convierten en confabulaciones de favoritos y de charlatanes, dispuestos a lucrarse de la patria, pero incapaces de honrarla con obras dignas"*<sup>2</sup>.

La traición, la simulación, la mentira, mortificar o recurrir a cualquier medida tendiente a debilitar la resistencia moral del sujeto. Peor aún, es cuando invocando tal finalidad aparentemente lícita el verdadero objetivo perseguido es la ventaja que pueda lograrse al utilizar cualquiera de estos medios anti-éticos como un fin en sí mismo; y la supuesta finalidad, aparentemente lícita, no es más que una excusa tendiente a justificar el empleo de medios reprobables.

## 2. La moral que atañe al derecho

George Ripert sostuvo enfáticamente a principios del siglo XX que *"no hay en realidad entre la regla moral y la regla jurídica ninguna diferencia de dominio, de naturaleza y de fin. No puede haberla, pues el Derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo es una idea moral"*<sup>3</sup>.

Esta equiparación ha merecido reparos en la doctrina porque si bien las reglas morales y las reglas jurídicas tienen de común el estar destinadas a encauzar la conducta humana bajo el control de la razón y la amenaza de merecer una sanción adecuada a su fines en caso de incumplimiento, cuentan en cambio con caracteres que son propios y que claramente las distinguen. Pero lo cierto es que el derecho se emplea para regular la conducta de los hombres en sus relaciones entre sí y esta conducta debe actuarse con criterio moral. No nos estamos refiriendo a los principios morales que ha de observar el individuo en la esfera interna de sus convicciones, pues la justicia, si bien es una virtud, no lo es referente a la perfección del sujeto en su esfera íntima.

Cuando hablamos de la base moral del derecho nos estamos refiriendo a aquella conducta del sujeto que repercute en la esfera de intereses de otro individuo y de la sociedad en general para cuya solución el juez ha de aplicar la ley teniendo en cuenta que el derecho exige que la ley y los hechos que motivan el proceso sean interpretados con un criterio moral en el sentido de no soslayar comportamientos que bajo la apariencia de ajustarse a normas jurídicas éstas, en realidad, son usadas para fines arteros o valiéndose de medios ardidosos para obtener ventajas indebidas, lograr el sometimiento de una persona y todo otro recurso que demuestran un comportamiento reñido con los criterios éticos de una comunidad.

Por ello estimamos que, lejos de entrar en la polémica sobre cuáles son las diferencias entre moral y derecho o si se trata de dos especies del mismo género, debemos considerar que un derecho extraño a la moral, en el aspecto arriba referido, es un *no derecho*. Debemos considerar las exigencias jurídicas y morales como base coordinadas para evaluar la conducta de los justiciables.

Conforme a lo que hemos venido desarrollando, y siguiendo a Rawls<sup>4</sup>, podemos pensar que *"ningún estudio del desarrollo de las ideas morales y de las diferencias que existen entre ellas es más pertinente que el análisis de los conceptos morales fundamentales de los que el sentido de justicia tiene que depender"*.

<sup>2</sup> INGENIEROS, José. "Los ángeles caídos". Buenos Aires: Editorial Porrua, 1992. Pá. 27.

<sup>3</sup> GEORGES, Ripert. "La règle morale dans les obligations civiles". 2ª edición. Paris, 1927, num. 6, pág. 11

<sup>4</sup> RAWLS, John. "La Justicia como Equidad". Madrid: Editorial Tecnos, 1996.

Sin embargo no ha sido ni es fácil explicar la vinculación necesaria, la imbricación entre justicia y moral pues hay muchos jueces y hasta juristas reacios a esta exigencia fundamental.

Enseña Ballesteros<sup>4</sup> *“que pese a que la experiencia griega tenía perfecta conciencia de la conexión entre derecho y ética, y, por consiguiente, del carácter educativo, pedagógico del primero, no tuvo siempre igual comprensión de los elementos diferenciales del derecho respecto a la totalidad de la vida ética”*. Junto a la nota de la relevancia social de la acción que tenga interés para el derecho (alteridad), Aristóteles intuyó también como característico del derecho la dimensión de la reciprocidad, es decir, del respeto mutuo, como elemento.

No debe suponerse que la falta de una disposición prohibitiva expresa implique la libertad para obrar de modo inmoral. Si consideramos a las leyes en términos morales, el mejor argumento a favor de la aplicación de la ley es de carácter moral: lo que diga la ley, ha de entenderse que debe impedir la conducta inmoral.

Si tanto las normas jurídicas como las morales están dirigidas a conducir el obrar humano en procura de su mejor comportamiento, va de suyo que no puede existir oposición, en sentido de contrariedad o repugnancia, entre el precepto moral y el jurídico, y es por ello que con razón se ha dicho que *“es una utopía, desde luego indeseable, querer, particularmente en materia de responsabilidad, cerrar las fronteras entre la moral y el derecho”*<sup>5</sup>

La norma jurídica es menos trascendente que la norma moral desde que en lugar de dirigirse únicamente a la conciencia del individuo **en procura de su más acabada perfección**, su destino es alcanzar la armonía social, *“establecer un equilibrio entre los intereses en conflicto en vista de asegurar el orden esencial al mantenimiento y el progreso de la sociedad humana”*<sup>6</sup>.

### 3. Los criterios morales básicos como esencia inexcusable del derecho

Quien se proponga rechazar toda idea moral en el quehacer judicial recurrirá a la tesis que sostiene que las concepciones morales son “meramente subjetivas” y por tanto relativas. Sin embargo, como señala Bernard Williams<sup>7</sup>, si bien existen rasgos inherentes a la moralidad que se aplica solamente a determinado grupo, el elemento de la universalización está presente en toda moralidad; y, progresivamente, llega a hacerse extensiva a todos los seres humanos. Dicho de otra manera, es esencial a la moralidad y a su papel en toda sociedad que ciertas clases de reacciones y motivaciones queden fuertemente internalizadas y éstas no pueden evaporarse sin más por el hecho de que uno se vea confrontado con seres humanos de otra sociedad. Así hallamos en los seres humanos, salvo excepciones, alguna propensión a decir la verdad o a cumplir las promesas incluso cuando no le viene bien, estar dispuesto a rechazar formas de acción en razón de que son deshonestas o son egoístas o

<sup>4</sup> BALLESTEROS, Jesús. *“Sobre el sentido del Derecho”*. Madrid: Editorial Tecnos, 1994. Pg. 96.

<sup>5</sup> SAWTIER, René. *“Fuerza de la responsabilidad civil en droit français”*. París, 1939 t. I, núm. 28, pág. 30. Cfr.: HENI y LEÓN MAZEAUD. *“Inni théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle”*. 2a edición. París, 1994, t. I, núm. 7, pág. 5. *“El derecho y la moral—esciben ellos—no son dos disciplinas distintas, arbitrariamente extraídas una de la otra. Por el contrario, pensamos que la regla de derecho carecería de fundamento si no se conformara a la regla de moral; que, por consiguiente, las personas juegan por el jugador en el dominio de la responsabilidad, como en todo otro sistema de juego”*.

<sup>6</sup> ACUNA ANZURENA, Arturo. *“Tratado de Derecho Civil Argentino”* (Hechos típicos) de Raymundo M. SALVAT, Buenos Aires 1992. Pg. 5.

<sup>7</sup> WILLIAMS, Bernard op. Cit. Pg. 30.

consisten en una simulación para sacar ventaja o constituyen una traición.

No se trata de que el juez a través de su sentencia se halle en la búsqueda de una regla moral de valor universal y que frente a lo infructuoso de su búsqueda termine por considerar que moral y Derecho son incompatibles. Lo que se plantea es que el juez debe tener en cuenta tanto en el comportamiento y pretensiones de las partes como en su sentencia **los valores morales de nuestra comunidad** pues a ella va dirigida la consecuencia ética de su pronunciamiento.

Como advierte Bernard Williams, determinadas conductas sometidas a decisión judicial implican una inmoralidad y, por tanto, deben merecer la reprobación del órgano jurisdiccional aun cuando tal comportamiento no está sancionado explícitamente en normas legales, pero que se hallan ínsitas en nuestro ordenamiento jurídico a través de los principios generales del derecho. Tal el caso de la deslealtad, la traición, la manifiesta falta de solidaridad, fingir un sentimiento, un afecto o una desgracia para obtener de la otra parte una ventaja que de otro modo no se habría logrado, aprovecharse de la ingenuidad o buena fe aun cuando no se encuadre en la figura de la lesión; observar un comportamiento abusivo; pedir la quiebra del supuesto deudor como modo de forzarlo a pagar sin discutir; ocultar la verdad, aprovechar la firma en blanco para lograr ventajas indebidas, etcétera. Esto ilustra, el hecho obvio de que una persona que así se comporta es un parásito del sistema moral, y que ni él ni sus satisfacciones podrían existir en la forma en que lo hace si los otros no operaran de forma diferente. Pues, en general, no puede haber sociedad sin algunas reglas morales, y esa persona necesita de la sociedad.

Advertimos –como lo hemos dicho– que no pretendemos que el juez entre a juzgar las condiciones morales de un individuo invadiendo la esfera de sus convicciones íntimas sino el comportamiento de este individuo en los hechos que originan el pleito. El juez siempre hallará dentro del ordenamiento positivo la norma que le permite condenar la conducta inmoral (artículos 21º, 953º, 530º, 1071º y 1198º entre otros, del Código Civil Argentino).

#### 4. El derecho se refiere a la actuación del hombre

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, el juez debe tener en cuenta que el Derecho va dirigido al hombre concreto, no a una abstracción. *“La justicia muere –ha dicho A.J. Heschel– cuando se deshumaniza; independientemente de la actitud con que se practique. La lógica del derecho puede parecer impersonal, pero el interés por la justicia es un acto de amor”*<sup>10</sup>.

Debemos tener muy en presente, nos dice José Luis De los Mozos<sup>11</sup> que la vida humana en sociedad que constituye el fundamento y la finalidad del Derecho, se halla estructurada en aquel *triplex autem ordo in hominem debet esse* que decía Tomás de Aquino y que indica la tendencia permanente de la humanidad hacia la *sociabilidad*, de una parte, ya hacia el *bonum*, la *amicitia*, la *pietas* o la *fides*; de otra, y que, teórica y la experiencia jurídica. Poniendo de relieve que detrás de la política y del Derecho existe también un cierto orden moral y, sobre todo, una dimensión espiritual y trascendente del hombre que no se debe olvidar.

La vida en comunidad exige, pues, la vigencia de normas jurídicas a fin de

<sup>10</sup> HESCHEL, A.J. *“The Prophets”*. Tl. Harper and Row, N.Y., 1996, págs. 206/1.

<sup>11</sup> DE LOS MOZOS, José Luis. *“Derecho Civil. Métodos, Sistemas y Categorías Jurídicas”*. México: Editorial Civitas S.A., 1988. Pp. 69.

permitir ciertas reglas orientadas a obtener de los habitantes de una comunidad política la observancia de determinadas reglas de conducta. Desde este punto de vista podemos decir que de un modo u otro todas las relaciones humanas son susceptibles de ser encuadradas dentro de las normas jurídicas aun cuando los sujetos, en el momento de establecerlas no tengan ese propósito ni se lo imaginen; pero la vigencia de la norma jurídica se pone de resalto cuando de ese hecho surge un conflicto que exige se determine cuál de las partes cuenta con el derecho que le otorga la normativa vigente. He aquí que quien, por ejemplo, suponía realizar un acto de solidaridad o de amor, se halle de pronto sometido a proceso por aplicación de tal o cual norma que no imaginó que pudiera haber existido. Hoy por hoy, a gran parte de los jueces en materia de derecho privado poco importa la intención que animó al sujeto, su calidad personal, etcétera, si la norma jurídica abstracta le permite al juez suponer que debe ser condenado.

En conclusión, la verdadera grandeza del hombre, y sus posibilidades de todo tipo, lo mismo que de la humanidad, sólo se entiende, o si se prefiere, únicamente llega a comprenderse, desde el conocimiento de sus limitaciones.

Es responsabilidad de los juristas como estudiosos de las ciencias sociales que éstas sean propiamente humanas y que sirvan, al menos, para algo. Los juristas deben comprender que no tratan con poleas, con ácidos o con piedras, sino con hombres que deben sentirse moralmente comprometidos.

##### 5. El homo jurídico<sup>12</sup>

Existe el criterio de que el derecho actual –siguiendo una tradición que nos viene del derecho romano– exige una imagen particular de un *ser humano jurídico* que de ningún modo se compadece con el ser humano real. Podríamos hablar del *homo jurídico*. El *homo jurídico* para el derecho privado, como se lo concibe comúnmente, es un ser abstracto, ideal, a quien se le exige que actúe ajustándose estrictamente a un racionalismo absoluto, por cuyo motivo debe no incurrir en errores, no tener debilidades, no debe confiar en nadie, ha de ser astuto, estar permanentemente alerta dispuesto al ataque o al contraataque, pues como dijeron los romanos hace dos mil años, *propriam turpitudinem non allegans*. Se pretende que todo hombre debe conocer la ley en sus aspectos más duros, interpretarla cabalmente y que se ajuste a ella aunque sea injusta, por aquello que también dijeron los romanos hace dos mil años: *dura lex, sed lex*. El derecho dentro de esta concepción corriente no es para los contados, ni para los idealistas, ni para quienes practiquen la solidaridad o los de buena fe, los que creen en el amor, los pacíficos, ni menos para los débiles de espíritu pese a que para ellos es el reino de los cielos; no es para la persona sensible, solidaria. No; pareciera que el derecho exige que las personas sean inflexibles, duras y desconfiadas, astutas, agresivas, que no crean en la amistad ni en nadie y cuiden duramente sus intereses sin mirar al costado. Quien no actúa así queda desamparado jurídicamente, conforme al criterio dominante; es un marginado y debe soportar las consecuencias de su propia torpeza. Todos debemos ser gladiadores dispuestos a matar o morir en la arena de las relaciones humanas. ¿Pero realmente debe ser así o estamos ante una deformación de lo que el derecho debe ser?

He aquí donde el sistema judicial en materia de *derecho privado* falla. Ignora por común –no le importa– al hombre concreto cuyos derechos y cuya personalidad

<sup>12</sup> FARINA, Juan M. "Justicia, Piedad y Realidad". Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1987. Pp. 203.

está en juego en ese juicio. Los jueces por lo general hacen una total abstracción de ello. Cuando el juez prescinde de toda consideración sobre los valores humanos puestos en juego, sobre la moral y se ciñe a un razonamiento basado en una abstracta y vacía lógica papelerá para aplicar normas jurídicas (criterio "matematizante" del derecho), hay que aceptar que ha elegido un camino falso que conduce a la deshumanización del derecho. El menosprecio por los valores humanos quita sentido al derecho pues subestima el sentido que debe darse a la vida de los hombres conforme a pautas morales generalizadas. No puede admitirse un Derecho que olvide la importancia que la realización de los valores tiene (o debe tener) en toda vida humana.

Dice Jesús Ballesteros<sup>19</sup> que *"la filosofía jurídica debe plantear la cuestión del sentido del derecho en relación con los datos existenciales del ser del hombre, tales como la libertad, la alteridad, la temporalidad, etcétera, para indagar el por qué de la presencia de lo jurídico en la vida de los hombres"*. *"Ante todo parece claro que el orden jurídico en un orden de la praxis humana, algo que sólo tiene sentido en relación con el ser del hombre. Es, por decirlo con Bergson, un orden vital y no un orden geométrico, inerte y automático"*.

Lamentablemente no es fácil esperar que la administración de justicia en el ámbito del derecho privado tal como hoy se concibe en su funcionamiento, tenga en cuenta los aspectos y circunstancias personales del justiciable.

Nos estamos refiriendo —como ya lo hemos aclarado varias veces— a los juicios y decisiones judiciales referidas a litigios surgidos de relaciones económicas entre sujetos particulares. Por lo común en la justicia se trata de resolver éstos problemas olvidando que surgen de relaciones humanas: los jueces actúan aplicando la ley conforme a los cartabones genéricos y abstractos que ésta fija. No es frecuente hallar jueces que *para hacer justicia — si es eso lo que desean— procedan de tal forma que se sientan capaces de deshacerse de los férreos cartabones si ello violenta su buena conciencia de justicia*.

---

<sup>19</sup> BALLESTEROS, J. (p. 3). Pg. 33