

C.Y

Nº 11
SEPTIEMBRE - 1989



DERECHO Y MORAL

Clase magistral con que el profesor
Don Antonio Bascañan abrió el año
Académico de 1989.

PRESENTACION

Como ya es habitual, los Cuadernos de Análisis Jurídico editan la Clase Magistral con que se inaugura el año académico en la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales. El de mil novecientos ochenta y nueve estuvo centrado en el tema de Derecho y Moral, a cargo del profesor y ex-Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad de Chile, don Antonio Bascuñán Valdés.

En conjunto con el Comité Editorial de la Revista, recientemente constituido, tenemos entonces el agrado de poner a vuestra disposición este nuevo ejemplar de los Cuadernos de Análisis Jurídico.

El Comité Editorial, integrado por los miembros que se individualizan en la página anterior fue designado por la Asamblea Anual de Profesores de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales celebrada en el mes de Enero de 1989. Una de sus primeras resoluciones fue la de distinguir colecciones de estos Cuadernos, constituyendo desde luego las de "Conferencias", "Seminarios" y "Monografías". El presente cuaderno pertenece a las primeras.

CUADERNOS DE ANALISIS JURIDICO
ISSN 0716 - 727 K

Publicación editada por la Escuela de Derecho
de la Universidad Diego Portales.

Director Responsable: Jorge Correa Sutil
Comité Editorial: Jorge Correa,
Fernando Fueyo, Mario Garrido,
Carlos Peña, Agustín Squella y
Mario Verdugo.

Las colaboraciones y solicitudes de ejemplares pueden hacerse llegar al Director
responsable a: Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales. República 105.
Santiago, Chile.

Diseño Portada: Raquel Sánchez.

PALABRAS DEL DECANO DE LA FACULTAD
DON JORGE CORREA SUTIL

Señor Rector de la Universidad Diego Portales
Señor Vice-Presidente del Directorio
Señor Profesor Don Antonio Bascuñán
Señores Profesores
Alumnas y Alumnos presentes.

Un peculiar carácter me parece marca a la Universidad y su quehacer: los alumnos, uno de sus actores fundamentales, son en ella transitorios o transeúntes. Lo veremos ilustrado con tanta claridad cuando con orgullo y alegría despedamos a 12 de vuestros ex-compañeros. Los doce primeros Licenciados de esta Escuela. Para ellos, pero también para muchos de quienes hemos sido sus profesores será un momento de mucha emoción. Pero sin abandonar nuestros sentimientos no nos quedemos demasiado en ellos. Es este un momento inicial de un nuevo Año Académico en que nos reunimos para detener por instantes nuestra rutina a fin de observarla. Queremos así adquirir mas conciencia de nuestro propio quehacer, de nuestro propio ser como universitarios y del ser de la Escuela que constituimos. Llamaba recién la atención acerca del carácter transeúnte del estudiante universitario. No se trata ya del viajero medieval que se detiene por un tiempo en los centros del saber. Se trata de la paradoja de los estudiantes que entran a la Universidad para salir de ella. Esta característica consustancial e inevitable a la Universidad, cuando se exagera desnaturaliza su verdadero ser. Así cuando el alumno asume su paso por ella como una carrera, cuando solo quiere se le entregue una plataforma que lo habilite para la profesión, desaprovecha la experiencia y no pocas veces fracasa en ella, precisamente por querer transformarla en un instrumento. Cuando la Universidad, por su parte, solo pretende preparar profesionales también se traiciona a sí misma y termina fracasando incluso en cumplir adecuadamente esta meta. Los invito, al iniciar este año, a meditar esta cuestión, para que los estudios que algunos inician y otros retoman sea, no una carrera, sino un paseo, un viaje significativo y alegre. Una experiencia que debe transformar profundamente a quien la vive. Solo abriéndose, solo dejándose cuestionar por ella será relevante y eficaz.

Nuestra Escuela pretende precisamente, luego de esta primera etapa que cumple al Licenciar a sus primeros alumnos, aumentar su

quehacer de investigación y presencia en la comunidad Jurídica Nacional. Se hace indispensable acrecentar así la permanencia de profesores que puedan vivir cada vez mas de ella y para ella.

Teniendo estos propósitos en mente nada parecía más adecuado que inaugurar este año con el tema del Derecho y la Moral. El paso por la Universidad —decíamos ha de ser una experiencia. Una experiencia de reflexión profunda que asiente una formación sólida para las decisiones que todo ciudadano y que todo profesional del Derecho ha de asumir en sus tareas. No pienso solo en las decisiones que toma el Legislador —creador por naturaleza— de entre las que razonablemente le permiten alcanzar los fines constitucionales. También pienso en el Juez y también en el Abogado que con él colabora en la decisión jurisdiccional, aquel profesional del Derecho que fiscaliza y en el que asesora en la realización de actos y contratos. Todos ellos se encuentran inexorablemente con la necesidad de tomar decisiones entre alternativas que aparecen como igualmente válidas al interior de los marcos que la legalidad establece. Las Escuelas de Derecho no pueden entonces —si quieren realmente constituirse en experiencia formativa— quedarse en la mera transmisión del saber acerca de las normas que limitan las decisiones que los profesionales han de tomar. Les resulta indispensable detenerse en la reflexión de los criterios que han de orientar ese inescapable grado de libertad que las normas dejan. Y, a no dudar, uno de los criterios que han de orientar esa libertad, es el Moral.

Me alegro sinceramente de que, para ilustrarnos y fortalecer nuestra reflexión en este tema, el Profesor Antonio Bascuñán haya aceptado la invitación del Consejo de la Escuela para dictar esta Clase Inaugural. El, como pocos en nuestro medio, ha reflexionado estas cuestiones; y, lo que resulta más maravilloso, no pregona, y estoy convencido hoy tampoco lo hará, soluciones dogmáticas. Acuciará, me permito suponer, la libertad de cada uno para asumir la inescapable responsabilidad de continuar siendo concientemente libres.

DERECHO Y MORAL

CLASE MAGISTRAL CON QUE EL PROFESOR DON ANTONIO BASCUÑAN
ABRIO EL AÑO ACADEMICO DE 1989

Señor Rector
Señor Decano
Señores Profesores
Señores Alumnos de la Escuela de Derecho
de la Universidad Diego Portales.



Agradezco sinceramente la invitación que me hiciera el Sr. Decano don Jorge Correa para dictar esta clase inaugural del año académico 1989. Me es muy grato colaborar con él en las actividades de esta Universidad.

Hemos convenido con el Sr. Decano que en esta oportunidad la clase se refiere al tema "Derecho y Moral", tema de suyo complejo y que ha perdurado como objeto de estudio por mas de dos mil años en la cultura occidental.

El tema ha dado origen a diversas posiciones. Yo asumo una, la que, en mi concepto, mejor explica la vinculación entre esos dos conceptos.

El objeto que persigo, mas que entregar conocimientos, es abrir una vez mas la inquietud, la oportunidad de meditar y eventualmente de debatir las diversas relaciones entre el Derecho y la Etica.

La exposición la he dividido en cuatro Escenas; Escenas correspondientes a la realidad, acaecidas en épocas y lugares diversos. Escenas, muchas veces dramáticas, que nos hacen patente el problema y que ciertamente están vinculadas entre sí.

A continuación de cada Escena formule un comentario, comentario en el cual desarrollo, o al menos insinúo, algunos de los muchos problemas que dichas Escenas dan origen.

Finaliza el trabajo con un epílogo —¿sólo Arte o Escena Quinta? — puente entre la Cuarta Escena y el desenlace o conclusión.

Basta de preámbulos y entremos de lleno al tema.

ESCENA PRIMERA

Atenas, año 399 antes de Cristo. El Presidente del Tribunal pronunció su sentencia: "Sócrates es culpable de no reconocer como dioses a los dioses de la ciudad y de tratar de entronizar, por el contrario, otros falsos. Asimismo, es culpable de corromper la juventud". (1) Por todo ello, el Tribunal, en voto de mayoría, lo condena a la pena de muerte.

Antes de la ejecución de la sentencia, en la prisión, su buen amigo Kritón propone a Sócrates que se evada. Sócrates le contesta: "No debemos responder a la injusticia con injusticia ni hacer daño a nadie, ni tan siquiera a quien nos lo haya hecho".

Y, dialogando imaginariamente con las leyes del Estado, éstas le expresan: "¿Crees tu que un Estado puede subsistir, que no es destruido, cuando las sentencias recaídas son anuladas y cuando los particulares pueden desvirtuar su efecto y destruirlas? El deber siempre y en todas partes manda ejecutar lo que el Estado y la Patria ordenen".

"La virtud, la justicia, las leyes y la legalidad son las cosas más estimables del mundo. Abandonando hoy la vida, la dejas condenado injustamente, no por nosotras, las leyes, sino por los hombres. Al contrario, si te evades respondiendo vergonzosamente a la injusticia por la injusticia, el mal por el mal y violando tus propios compromisos y lesionando lo que menos debías lesionar, o sea, a tí mismo, a tus amigos, a tu patria y a nosotras mismas, en fin, entonces nos irritaríamos contra tí, sabiendo que en lo que ha estado en tus manos tratastes de destruirnos".

Al no poder responder Kritón tal argumentación, Sócrates concluye: "Mejor, Kritón, hagamos pues, lo que yo digo, puesto que es el camino que el dios nos indica" (2).

Tomó la cicuta y dió así cumplimiento al fallo injusto.

Comentario

El gesto de Sócrates ha sido éticamente enalzado.

(1) Platón: "Apología de Sócrates"

(2) Platón: "Kritón"

Si observamos con detención, el real conflicto que se nos plantea es entre la injusticia de un fallo particular impulsado por la envidia, el rencor y la mediocridad de los acusadores y sentenciadores y la justicia general del propio sistema que ha sido capaz de dar orden, paz, educación, bienestar y libertad a los ciudadanos.

El incumplimiento del fallo, a su vez, sería un hecho injusto frente a los valores generales del sistema legal, de allí que —siendo las leyes lo más estimable del mundo— no pueden ser puestas en peligro de destrucción, alzándose en su contra.

Claramente resulta de este pasaje clásico, que la obediencia al sistema legal es un problema moral.

ESCENA SEGUNDA

Ginebra, año 1553. Miguel Servet ha logrado escapar del tribunal de la Inquisición de Lyon y se ha refugiado en Ginebra. Sin embargo, ha sido reconocido y arrestado. A instancias de Calvino, el Consejo de la ciudad lo procesa. Veredicto: Culpable. Culpable de herejía y Servet muere en la hoguera a las puertas de Ginebra. Miguel Servet, español, había estudiado en Toulouse, Francia, y se había distinguido como hombre del renacimiento en áreas tan diversas como medicina, geografía, derecho y teología. Era un hombre brillante. Su delito, haber publicado la obra de Trinitatis Erroribus donde discutía la doctrina de la santísima trinidad, de un Dios trino y uno a la vez.

Comentario

Desarrollemos el razonamiento que inspira el fallo.

Toda ley deriva de Dios.

La ley humana sólo es ley si deriva de la ley de Dios.

La ley humana contraria a la ley de Dios no es ley.

La ley humana no puede permitir la herejía, porque ello es un atentado a la ley de Dios.

Quien comete herejía debe ser sancionado.

Servet negó en su libro verdades de la fe, por lo que su libro es herético.

Servet debe ser sancionado.

Habiendo logrado el Cristianismo el año 313 la tolerancia oficial con el Emperador Constantino, a principios del siglo V ya como religión oficial del Imperio Romano, iniciaba el uso de la coacción punitiva del poder secular para proscribir el paganismo y las distintas sectas religiosas heréticas que se desmembraban de la autoridad oficial de la Iglesia, lo que se prolongará por toda la Edad Media. Santo Tomás afirmaba que a los herejes "se les debe obligar, incluso físicamente, a cumplir lo que han prometido". Para los escolásticos "el error no tenía derechos, porque la negación de la verdad no puede coexistir con ella".

El protestantismo acentuó esta posición. Escuchamos a Calvino, a quien lo hemos visto participar en la denuncia de Miguel Servet:

"Pero si hay espíritus malvados que intentan socavar los fundamentos de la religión, que profieren horribles blasfemias contra Dios y pronuncian abominables discursos, que actúan como mortal veneno para arrojar las almas a la corrupción, en pocas palabras: que ponen todo su empeño en apartar la comunidad de la pura teoría de Dios, entonces es necesario recurrir a medios extremos para que el mal no se siga expandiendo" (3).

Zorkinder, primer magistrado de Berna en la época, exponía a Calvino algunas reservas en relación a los excesos que se producían, no obstante concordar con la condena de Servet. "No son únicamente las lecciones de la antigüedad las que me predisponen contra la utilización de la fuerza, sino también los increíbles ejemplos de la persecución contra los anabaptistas en nuestros días. Presencí aquí como una mujer de ochenta años y su hija, madre de seis niños, eran conducidas a la muerte sólo porque, según las conocidas y usuales enseñanzas de los anabaptistas, no habían querido que los niños se bautizaran. Y esto sólo en su propio perjuicio, pues difícilmente se podría temer que dos ancianas fueran capaces de corromper al mundo con sus falsas enseñanzas. Mucho me

(3) Citado por Welzel, Hans. Mas allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico.

temo que las autoridades no castiguen con la pena de muerte exclusivamente a los destructores mas abominables de la fé y de la religión" (4).

Conviene explicar, por si no lo saben, que los anabaptistas constituían un grupo de cristianos surgidos en la época de la Reforma que negaban la necesidad o la validez del bautismo al recién nacido y que bautizaba o rebautizaban a los adultos, en la creencia de que dicho sacramento debías seguir y no preceder, a la profesión de fe individual. Dicha creencia, sin embargo, fue estimada que "alteraba la paz general, el amor fraterno y la armonía cívica y provocaba todo tipo de desgracias", siendo sus seguidores perseguidos y ajusticiados por hereéticos.

Prácticamente hasta la época moderna se hizo derivar la ley humana de la ley de Dios.

Para esta concepción el derecho forma parte de la moral, la que a su vez proviene de la razón o de la voluntad de Dios.

Una ley humana jamás puede oponerse y tener validez frente a una ley de la divinidad porque es necesario obedecer a Dios antes que a los hombres.

Santo Tomás, en el Tratado de la Ley, libro VI de la Suma Teológica, expresa:

"Las leyes humanas son o justas o injustas. Si son justas tienen poder para obligar en el foro de la conciencia, recibido de la ley eterna de la cual se derivan, conforme a aquellas palabras: "por mí reinan los reyes, y los jueces administran justicia".

Las leyes injustas "son mas bien violencias, porque, como dice San Agustín, "la ley, si no es justa, no parece que sea ley". Por eso, tales leyes no obligan en el foro de la conciencia sino para evitar el escándalo y el desorden". Por otra parte, "las leyes injustas por ser opuestas al bien divino, por ejemplo, las leyes de los tiranos que obligan a la idolatría o a cualquier cosa contraria a la ley divina, nunca es lícito observarlas porque "es necesario obedecer a Dios antes que a los hombres" (5)

Incluso en los siglos XVIII y XIX jusnaturalistas conservadores mantienen igual manera de pensar.

(4) Kamen, Henry: "Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa Moderna".

(5) Santo Tomás: Suma Teológica. Tratado de la ley. 1 - 2 q. 96 a 4.

Escuchemos ahora a Sir William Blackstone: "Las leyes de Dios son superiores en fuerza obligatoria a todas las otras leyes; ninguna ley humana debe ser tolerada si está en contradicción con aquellas; las leyes humanas carecen de validez si su contenido es contrario al de aquellas; todas las leyes válidas derivan su fuerza de aquel modelo divino" (6)

Consecuencia extrema de la posición expuesta es que ninguna ley humana, llámese Constitución, Código o ley de la República, tiene validez para permitir algo contrario a Dios como puede ser la idolatría, la herejía o la blasfemia. Quien atenta contra Dios, es lícito que deba ser castigado con sanciones externas, aplicables por el poder coactivo del Estado.

ESCENA TERCERA

Londres. Inglaterra, 1989. Salman Rushdie, escritor anglo-hindú se encuentra escondido. El ayatollah Jomeini ha dictaminado la pena de muerte en su contra: delito, blasfemia. Castigo expresamente previsto en el Corán, ley revelada por Dios a través de su profeta Mahoma: la muerte. Los Versos Satánicos son una blasfemia contra Alha. El culpable debe ser ejecutado. La orden de ejecución está pendiente.

Comentario

¿Qué ha pasado que muchos de nosotros rechazamos tal razonamiento? ¿Simplemente que no somos mahometanos? ¿O que el Dios verdadero es el Dios cristiano, por lo que en este caso no puede haber blasfemia? O, ¿ha habido un cambio en nuestra concepción de Dios y de la sociedad por la cual tal condena no nos resulta aceptable? ¿Por qué Inglaterra defiende al escritor? ¿Sólo por su nacionalidad anglo-hindú? ¿Por qué solidarizan con ella los países europeos? ¿Existe un derecho que permita incluso la blasfemia? ¿Puede extenderse la libertad de expresión o la libertad de prensa al extremo de que un individuo impunemente pueda afectar las creencias religiosas de millones de seres humanos? .

¿Puede la ley humana proteger y amparar, fundado en el

(6) Citado por Hart, H.L.A. Derecho y Moral.

derecho constitucional, la libertad individual de quien blasfema? ¿Qué ha ocurrido con el derecho del mundo occidental —evolución al parecer aún no producida en el ámbito del derecho con fundamento religioso del mundo musulmán— que permite diferenciar entre la ley civil y la ley moral (en este caso religiosa) y, por lo tanto, que permite efectuar un juicio de reproche moral por tal conducta sin exigir el retorno de la Inquisición para su ajusticiamiento mediante una sanción penal? ¿O es que la blasfemia ya no es, hoy, algo reprobable para la inmensa mayoría de los habitantes de los países europeos o para nosotros? .

Tres son, principalmente, los pasos que, a mi juicio, explican este cambio.

Primero:

Desde los tiempos modernos se ha producido la laicización del derecho. Ello, precisamente, como consecuencia de la reforma protestante, a partir de la cual la Iglesia Católica pierde la hegemonía cultural y política de Europa. Precisamente, las luchas religiosas, obligan a los pensadores a encontrar un fundamento del Derecho diverso a la ley de Dios, ley, esta última, motivo de discrepancia y conflicto. La Escuela Jusnaturalista racionalista, y concretamente Hugo Grocio, dará tal paso al afirmar que aunque Dios no existiera a él no se preocupase de los hombres, siempre existiría un derecho natural. Derecho natural fundado en la naturaleza racional del ser humano. Con ello el vínculo teológico había terminado.

Segundo:

Por la misma razón, durante las guerras religiosas que sacuden a Europa, se busca una segunda línea demarcatoria, que impida la aplicación de sanciones coactivas por parte del Poder Estatal a quien tenga un credo religioso diverso. Hasta entonces —como hemos visto— la validez del deber jurídico derivaba al igual que el deber moral del contenido de este último y era, por lo tanto, una obligación de conciencia. Cristián Thomasius, en su Fundamento de Derecho Natural y de Gentes de 1705, distingue por primera vez la obligación externa propia del derecho, del deber interno o deber ético. Sólo el deber interno de la ética es un deber de conciencia, el deber externo del derecho, por el contrario, es un deber coactivo basado en el temor a la sanción impuesta por otros hombres.

En "Carta sobre la tolerancia" escrita por John Locke, exiliado en Holanda, en 1685, se expresa:

"El cuidado de las almas no puede ser del gobernante porque la fuerza de éste es exterior. La religión, por el contrario, consiste en la persuasión de la conciencia, sin la cual nada puede agradar a Dios. La naturaleza del entendimiento es que no puede ser obligado por la fuerza externa. Confiscación, tortura, cárcel, todo esto es inútil para que la mente humana cambie su juicio sobre las cosas" (7).

La distinción entre derecho y moral hecha por Thomasius será reconocida y profundizada por Manuel Kant.

No se pueden ordenar jurídicamente obligaciones de conciencia o del ámbito interno. A su vez, la norma jurídica no exige la adhesión en conciencia al precepto impuesto. Cualquiera que sea el juicio moral del obligado respecto al deber impuesto por la norma, ésta imputará la sanción coactiva al infractor.

Con esta distinción se había logrado una característica exterior para definir el derecho y diferenciarlo de la moral. Se definía la norma jurídica por llevar consigo una sanción coactiva, independiente el contenido al cual ésta viniera asociada.

Tercera:

El paso siguiente lo dió la Doctrina Polítca al concebir el origen del derecho en un contrato o pacto social que permita a los hombres la organización de la vida en la sociedad y a las normas jurídicas como la manifestación de la voluntad soberana. Era el Legislador el autor del derecho y éste consistía en las expresiones de su voluntad. Las indiscutibles ventajas técnicas de la codificación, facilitarían la identificación del derecho como expresiones de la voluntad soberana mediante elementos formales: los códigos. Se podía definir el derecho como actos de la voluntad del Poder del Estado (Legislador) manifestados en forma de ley (legislación) capaces de imponer sanciones coactivas a quienes no los acaten, independientemente de sus contenidos.

Aceptado que el derecho y la moral constituyen órdenes normativos diferenciados, ¿cuáles son las relaciones entre ellos? .

Algunas precisiones previas sobre varias acepciones de moral.

En una determinada sociedad la doctrina moral o moral nor-

(7) Locke, John: Carta sobre la Tolerancia y otros ensayos.

mativa, esto es, lo que se postula que debe ser éticamente correcto de acuerdo a principios filosóficos o religiosos y la moral positiva, lo que efectivamente se tiene por bueno, están en una permanente interacción. Además una doctrina moral permite evaluar una determinada moral positiva.

Por otra parte, cada individuo, formado dentro de una determinada moral positiva y en cierta doctrina moral, tiene su propia y personal conciencia ética, la que comunmente se llama moral autónoma o individual. Esta moral autónoma puede adecuarse o separarse de la moral positiva o de la doctrina moral predominante en la sociedad. Es la conciencia ética de cada individuo la que evalúa o valora positiva o negativamente tanto la moral positiva como los contenidos del derecho positivo.

Hechas tales precisiones, ¿cuáles son las relaciones entre derecho y moral? .

Habitualmente los contenidos de las normas promulgadas en leyes y a cuya infracción el Estado aplica sanciones coactivas (derecho), son coincidentes con las pautas que esa misma sociedad considera efectivamente como malas o reprobables (moral positiva) y, a su vez, con las creencias, reveladas o no, mayoritarias en esa sociedad de cómo los hombres deben comportarse (moral normativa).

Dada esta correspondencia entre los contenidos de los preceptos jurídicos y de la moral positiva, lo común y frecuente será que el individuo sienta junto al temor de una sanción, la obligación en conciencia de no comportarse de determinada manera. Frente a un no matar, no hurtar, cumplir lo pactado, o no causar daño a otro, etc., ambos mecanismos normativos operan psicológicamente sobre nosotros.

Sin embargo, como no todas las conductas consideradas malas o reprobables están incorporadas a la legislación, sino que, por el contrario, el derecho ha limitado el ámbito de las acciones que castigará coactivamente, el derecho permite la coexistencia en la sociedad de diferentes doctrinas morales y de diferentes morales positivas.

Esta es una característica importante del derecho moderno, no siempre suficientemente enfatizada. A diferencia de otras épocas o de otras regiones, el derecho contemporáneo de nuestros países permite una sociedad abierta y tolerante donde pueden coexistir y desarrollarse grupos humanos con diversas religiones, creencias y filosofías.

Esto garantiza que los individuos sólo pueden ser sancionados penalmente cuando infringen las normas legalmente establecidas por la autoridad pública y que se les reconozca su libertad, aún cuando el hecho cometido sea contrario a la moral o a la religión de algunos o de la mayoría.

Por otra parte, es muy importante señalar que existen ámbitos simplemente permitidos por el derecho cuyo contenido debe ser regido por la moral, incluso por mandato de éste.

Siguiendo la línea demarcatoria propuesta por Tomasio y Kant, Fichte ha afirmado no sólo la separación del derecho y la moral sino que entre ellos existe oposición.

El principal argumento es que hay casos en que el derecho permite lo que la moral prohíbe, así el acreedor tiene facultad para exigir el pago de su crédito, pudiendo en la ejecución llevar a la ruina al deudor, acción ésta última que la moral prohíbe.

En nuestro medio donde ha prevalecido en los últimos años una ética del éxito o de que es lícito todo lo económicamente ventajoso, bien vale la pena detenerse en el ejemplo de FICHTE.

El acreedor se adjudica en remate a vil precio la casa del deudor hipotecario; acto seguido, la vende al valor comercial dos o tres veces el valor de adjudicación, no obstante lo cual continúa ejecutando los demás bienes del deudor por el saldo total de su deuda. O, a la inversa, el deudor que a través de operaciones de papel esconde su patrimonio para eludir el pago de las deudas a sus acreedores.

Convendría que se pusiera mayor atención en las Facultades de Derecho y de Economía al principio de que **no todo lo que está permitido jurídicamente es éticamente lícito**. Lo permitido por el derecho puede y debe ser regulado por la ética.

Pero aún más, hay, casos en que la moral limita el ejercicio del derecho por remisión que este hace expresamente a aquella.

Que el contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes es una norma jurídica (art. 1545 del Código Civil), pero ello es así siempre que su celebración se haya hecho de buena fé, sobre un objeto moralmente posible (art. 1461 C. Civil), con una causa lícita, entendiéndose por causa ilícita no sólo la prohibida por la ley sino también la contraria a las "buenas costumbres" (art. 1467 C. Civil). Dicho de otra

manera, no todo contrato obliga. Sólo obliga el contrato celebrado bajo condiciones éticas.

El art. 19 de la Constitución Política establece ciertos derechos fundamentales señalando sus límites. Observemos el mecanismo. Se garantiza, por ejemplo: "la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos" pero, oírgase bien, "que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público" (Nº 6). Iguales límites, en lo contrario a la moral, se advierten para la libertad de enseñanza (Nº 11 inc. 2º); el derecho de asociación (Nº 15), la libertad de trabajo (Nº 16) y la libertad económica (Nº 21).

Como vemos, derechos muy importantes establecidos en la Constitución Política encuentran sus límites en que no pueden ser ejercidos inmoralmente.

En resumen, la Escena Tercera dramáticamente planteada por el mundo musulmán a los países occidentales y cuya analogía con la Escena Segunda no puede olvidarse, tiene como respuesta la distinción alcanzada en Occidente entre el orden jurídico positivo y el orden moral, que ha permitido la tolerancia religiosa al no interferir el poder coactivo del Estado en estas materias.

Sin embargo, hay importantes ámbitos del comportamiento objeto de regulación por ambos sistemas normativos y hay casos en que el orden jurídico remite la regulación del asunto al orden moral.

ESCENA CUARTA

Santiago, 1989. Un juez, dentro del ámbito formal de atribuciones que la ley le otorga para investigar la comisión de un hecho delictivo, dicta una orden de incautación de determinados documentos. Un obispo resiste la orden judicial, porque considera que dicha incautación, lejos de servir para el propósito de la investigación a la que se solicita, resulta atentatoria al secreto que la Iglesia debe a quienes han confiado en ella y que de entregar la documentación, diversas personas podrían verse afectadas en su seguridad personal.

Comentario

¿Es lícito resistir una orden emanada de la autoridad que detenta el poder público? ¿Con qué fundamento?

Definido el derecho sólo por elementos formales y externos y no por sus contenidos éticos, necesariamente debemos aceptar la posible existencia de normas jurídicas contrarias a la moral o injustas. La injusticia de una norma jurídica no afecta su validez; ella no deja de ser jurídica por inmoral que nos parezca. Dicho de otra manera, tal forma de definir el derecho deja la posibilidad de valorar desde un punto de vista ético, positiva o negativamente, una determinada norma de un ordenamiento jurídico positivo.

Con esto estamos aceptando la separación del derecho que "es" del derecho que "debe ser" desde un determinado punto de vista ético. Como afirma Austin: "Una cosa es la existencia del derecho; otra su mérito o demérito. Un tipo de investigación conduce a saber si es o no es; para saber si se adecúa o no a un patrón asumido, hace falta una investigación diferente. Una ley que de hecho existe es una ley, aunque ocurra que no nos guste o aunque esté en desacuerdo con el texto mediante el cual regulamos nuestra aprobación y desaprobación" (8).

Desde esta posición, nada impide que uno pueda afirmar que las leyes humanas deben conformarse a las leyes divinas o que los legisladores humanos están obligados por las leyes divinas a hacer concordar las leyes que ellos sancionan con aquel patrón último, porque si no lo hacen, Dios los castigará, o que el legislador sólo debe legislar en persecución del bien común, todo esto atendiendo a una posición filosófica-religiosa; pero ello, entiéndase bien, es una postulación de Doctrina Ética acerca de cómo debe obrar el legislador, lo que no podría impedir reconocer también el carácter de norma jurídica válida de un ordenamiento a aquella en la que el legislador se ha alejado del imperativo último de la Divinidad o del Bien Común.

Pero, ¿es que podemos hablar de un "deber coactivo" como el que esta posición atribuye a derecho?

La mera fuerza que acompaña a una orden, como: "La bolsa o la vida" que manda el ladrón a su víctima apuntándole con un arma de fuego, ¿constituye para ésta un "deber" o estamos más bien frente a

(8) Citado por Hart en Derecho y Moral.

una situación de hecho en la cual la víctima no "debe" sino que "tiene" —está forzada— a acatar la orden para evitar el mal amenazado? Si al derecho lo hemos definido como "deber coactivo", ¿qué tiene de diferente a la orden dada por el ladrón?

A mi juicio, debe aceptarse la idea de un deber coactivo, lo que significa que no se exige una obediencia en conciencia sino que implica que la no ejecución del acto ordenado acarreará la sanción coactiva.

Creo que debe reconocerse que derecho es poder. Socialmente el derecho es reconocido por su capacidad impositiva mediante el monopolio de la fuerza. Esta es una característica que no puede ser negada al derecho positivo. Solo que la aplicación de la sanción en el derecho —a diferencia del empleo ilícito de la fuerza— está regulada por el propio sistema, debe aplicarla un órgano especializado competente, después de un proceso, y no puede exceder de aquella sanción coactiva que el propio sistema ha preestablecido.

El Derecho es fuerza porque es un orden configurador de la realidad. El más ideal de las órdenes concebibles que carezca de fuerza de conformación de la realidad no es derecho alguno; y, a su vez, el orden más precario e imperfecto que demuestre tener fuerza capaz de organizar la realidad cumple con la función esencial del derecho. (9).

El derecho es fuerza regulada, limitada, siendo ésta precisamente una de las características que diferencia al Estado de Derecho del poder meramente policíaco.

Pero volvamos a nuestra escena cuarta.

¿Toda norma positiva u orden coactiva emanada de autoridad debe ser obedecida?

Fichte afirmaba: "Siempre es justo obedecer la prescripción legal", y Somló, en 1917: "El Estado puede ordenar cualquier contenido jurídico, aún aquel que carezca absolutamente de ética" (10) Si ello fuera así, el deber de obediencia a la ley también sería ilimitado e incondicionado. Una orden de matar a todos los niños de ojos azules, válida siempre y cuando emane de quien detente el poder supremo del Estado, debería ser obedecida.

(9) Welzel, Hans. Derecho y Poder.

(10) Citados por Welzel, Hans. Ley y conciencia.

Resulta obvio que en la medida que las órdenes de la autoridad —derecho positivo— se vayan alejando de los contenidos de la moral positiva, generalmente aceptados en la comunidad, tendrán un menor grado de cumplimiento voluntario y deberá emplearse con mayor intensidad la amenaza de la fuerza.

Ello es particularmente observable en países con profundas concepciones religiosas o largas tradiciones consuetudinarias en los que el gobierno central intenta cambiar mediante el derecho positivo las condiciones de vida, como, por ejemplo, estableciendo igualdad de derechos para la mujer, tradicionalmente sometida al hombre. Aparece una resistencia muy fuerte al derecho legislado, habitualmente motivo de conflictos y del empleo de la fuerza coactiva por el Estado.

El derecho, por regla general, no puede limitar la aplicación de sus preceptos a la aprobación de la conciencia del sujeto obligado. La penalidad de una norma no queda excluida por el hecho de que el obligado considere que su conducta estaba ordenada por su conciencia o su religión. Sólo excepcionalmente, en algunos casos y países, como lo ha sido el servicio militar obligatorio armado, se ha admitido la reserva de conciencia.

Como por regla general el Derecho no limita su validez a la conciencia moral del súbdito, puede producirse un conflicto entre la orden de autoridad y la concepción ética del sujeto obligado.

Miles son los presos por razón de conciencia que lo prueban en diversas cárceles del mundo.

A mi modo de ver, no existe un deber jurídico general de obedecer la ley positiva distinto de las diversas obligaciones jurídicas concretas y particulares a cuya infracción se asocian sanciones coactivas. Es una norma ética la que afirma la obligación —en general— de obedecer las reglas del derecho positivo. Sin embargo, este deber ético no es incondicional, no se refiere a toda norma positiva. Mediante la aplicación de otra pauta o principio ético se evaluará si el contenido de la orden es injusto, se ponderarán las bondades de la desobediencia frente a la obediencia y se dictaminará la forma en que deberá ser el comportamiento frente a la norma positiva la que inexorablemente exigirá la sanción coactiva. La decisión de acatar la ley o de sufrir la sanción coactiva es una decisión moral. De allí la dificultad de resolver la Escena Cuarta.

EPILOGO

A veces el arte puede venir en nuestra ayuda. Evoco la magistral película de Luis Malie "Adiós a los Niños". Los Servicios de Seguridad, debidamente respaldados en órdenes de tribunales alemanes durante el gobierno de ocupación en Francia, buscan a niños de origen semita. El sacerdote, Director del Colegio, con conocimiento de que encubrir a tales niños es un hecho ilícito, los asila en la Escuela con nombres supuestos. Son descubiertos y el sacerdote paga con su vida el delito cometido. ¿Su conducta formalmente ilícita es también moralmente censurable? . O, por el contrario, admitiendo la ilicitud formal de las leyes de ocupación, consideramos su actuar moralmente heroico.

Pero, ¿a qué paradoja hemos llegado?

En la Escena Primera admitimos el valor moral de Sócrates por preferir el bien común a su propia vida y acatar la sentencia injusta y, en esta última evocación, admiramos al sacerdote que en desacato de la orden injusta, pierde su vida por salvar a los niños. No puedo descartar la posibilidad de que alguien sostenga que Sócrates hizo mal porque su vida era mucho mas valiosa para la humanidad que el bienestar de la comunidad, y que el sacerdote también actuó mal porque su vida o la seguridad del Estado eran mucho más valiosas que la vida de un par de niños, por lo que ambas actuaciones fueron malas, o bien, que uno hizo bien al acatar la sentencia y el otro mal, porque siempre es justo obedecer la prescripción legal.

Dejo planteada la cuestión como tema de meditación. En ambos casos estamos frente a un conflicto de valores y yo, simplemente, he dado mi punto de vista.

Bien vale advertir, sin embargo, a esta joven audiencia, que nadie puede eludir la responsabilidad de elegir por sí mismo a qué deber se da prioridad en caso de colisión entre obligaciones jurídicas y obligaciones morales.

Ojalá que Uds. tengan siempre el valor de optar por la justicia.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

- Fuller, Lon L. La moral del Derecho, Editorial Trillas, México, 1967.
- Hampshire, Stuart (Compilador) Moral pública y privada. Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- Hart H.L.A. Derecho y Moral, Contribuciones a su análisis. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1962.
- Hart H.L.A. El concepto de derecho, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.
- Kamen, Henry Nacimiento y Desarrollo de la Tolerancia en la Europa Moderna, Alianza Editorial, Madrid, 1967.
- Kant Emanuel Cimentación para la Metafísica de las Costumbres, Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1964.
- Kant Emanuel Principios Metafísicos del Derecho, Editorial Cajica, México, 1962.
- Kant Emanuel Crítica de la Razón Práctica, Editorial Losada, Buenos Aires, 1961.
- Laun Rudolf Derecho y Moral, Centro de Estudios Filosóficos. Universidad Nacional Autónoma de México, 1959.
- Locke, John Carta sobre la tolerancia y otros escritos. Editorial Grijalbo, México, 1970.
- Luypen W. Fenomenología del Derecho Natural, Ediciones Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1968.
- Lyons, David Etica y Derecho, Editorial Aril, Barcelona, 1986.
- Lloyd, Dennis La idea del Derecho, Editorial Cívitas, Madrid, 1985.

- Monstesquieu Del Espíritu de las Leyes, Editorial Tecnos, Madrid, 1972.
- Nakhnikan, George El Derecho y las Teorías Éticas Contemporáneas, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968.
- Platón Diálogos, Apología de Sócrates, Ediciones Ibéricas, Madrid.
- Platón Diálogos, Kritón, Ediciones Ibéricas, Madrid.
- Radbruch, G. y otros Derecho Injusto y Derecho Nulo, Editorial Aguilar, Madrid, 1971.
- Santo Tomás de Aquino Suma Teológica, Tomo VI. Tratado de la Ley. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1956.
- Schmidt C. Legalidad y Legitimidad, Editorial Aguilar, Madrid, 1971.
- Squella Agustín Positivismo Jurídico y Democracia, Instituto de Chile, Santiago, 1989.
- Voltaire Tratado de la Tolerancia, Editorial Grijalbo, México, 1976.
- Welzel, Hans Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico. Universidad Nacional de Córdoba, 1968.