

DERECHO Y MORAL: UNA RELACIÓN EXTERNA

Ulises SCHMILL ORDÓÑEZ

I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo tiene por objeto presentar algunas consideraciones fundamentales sobre la posible operancia de la moral, como sistema de normas, en el orden jurídico. Esta pretensión, para algunos juristas, es profundamente repugnante, mientras que para otros es digna del más alto encomio. Para los primeros, la moral y el derecho son órdenes normativos diferentes y excluyentes, mientras que para los segundos, en el caso más extremo y enfermizo, se identifican y, en casos menos graves, mantienen unas prudentes y púdicas relaciones recíprocas. Si se parte del supuesto metodológico de que todo conocimiento, en su desenvolvimiento histórico, tiende a crear unidades más comprensivas, el problema de las relaciones entre los órdenes normativos de la moralidad y el derecho es, en el fondo, el intento de solucionar el problema de encontrar una teoría unitaria, hasta la fecha no conseguida, de todos los fenómenos normativos, a la que podría denominarse “Teoría unificada de las normas o de la normatividad”. Es probable que la construcción de una teoría tal sea imposible actualmente, con los instrumentos conceptuales de que disponemos.

Es pertinente señalar varios hechos que deben tenerse presentes en la lectura de todo lo que sigue:

a. No se considera correcta, y se excluye de manera tajante, la doctrina que afirma que la moral y el derecho se distinguen y diferencian, como órdenes normativos distintos, por la diversidad de su contenido. Queda excluida del ámbito de las consideraciones de este artículo la posición teórica que afirma la existencia de un contenido específico de la moral.

b. Se harán algunas observaciones sobre las características formales de las normas morales y las jurídicas.

c. Se tiene plena conciencia de la pluralidad indeterminada y casi indeterminable, de sistemas morales. Puede afirmarse que cada individuo

posee una moralidad y que en el transcurso de su vida acepta, adopta y apoya diversos sistemas morales. La vida individual, la biografía, es posible concebirla, parcialmente, como una cosmogonía de los diversos sistemas morales de un individuo.

d. La moral y el derecho serán considerados órdenes normativos diversos.

Este ensayo tiene por objeto presentar una breve reconstrucción teórica de las características esenciales de la moral y el derecho, para distinguirlos como órdenes normativos diversos; adicionalmente, hacer algunas consideraciones que posibiliten la comprensión teórica de la manera como las normas morales pueden desempeñar algunas funciones dentro del orden jurídico.

II. EL MANDATO ENTENDIDO CONDUCTISTAMENTE

Queremos presentar el concepto de mandato, como fundamento de todo lo que se dirá en lo que sigue. La razón de ello estriba en que, como se verá a continuación, dicho concepto desempeña un papel muy importante en el concepto de "dominación", tal como lo entiende la sociología comprensiva de Max Weber. "Por *dominación* debe entenderse la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas".

El concepto central de esta definición es el de mandato. Un sujeto Primus emite un mandato a otro sujeto Secundus con objeto de que éste lleve a cabo la conducta que es el contenido del mandato. Este es una formación verbal realizada o producida por el sujeto dominante Primus. La emisión del mandato se lleva a cabo siempre en un entorno determinado, que condiciona tanto la oportunidad de la emisión de la conducta como el carácter del acto de Primus. Este entorno imprime una multiplicidad de estímulos a los sujetos que intervienen en la interacción social en que consiste la dominación. En el caso, uno de estos estímulos es precisamente la situación aversiva en la que se encuentra el sujeto dominante.

Podemos, entonces, representarnos, como en una filmación del acontecimiento, la conducta de Primus. Levanta el brazo derecho a cierta altura, teniendo una pistola en su mano, que apunta al cuerpo de Secundus. En esta situación externa, observable, que forma parte del entorno, Primus

mueve los labios y su aparato vocal y emite las palabras “el dinero o la vida”. Estas palabras son la consecuencia de los movimientos de Primus. “El dinero” es el mandato o imperativo que emite Primus; “o la vida” es una amenaza verbal, que es aversiva para el destinatario del mandato Secundus. Ambas formaciones verbales son consecuencias o resultados de la conducta de Primus.

Es notable y, como veremos después, muy significativo, que el inicio de la relación social de dominación está constituida por estímulos aversivos, tanto para Primus como para Secundus. Podemos suponer que Primus se encuentra en una situación aversiva cualquiera, producida por diversas causas que variarán de caso en caso: necesita el dinero para curarse de una enfermedad que lo agobia, pagar una deuda, comprar licor, etcétera. La posesión del dinero es reforzante negativamente, en el sentido que retira o disminuye una situación o estímulo aversivo. El dinero es un reforzador condicionado que generalmente conduce a un reforzador primario: ingestión de alcohol, etcétera. La posesión del dinero es simplemente una consecuencia previa, dentro de la contingencia de refuerzo, conducente al reforzador primario.

III. PRIMERA INTERIORIZACIÓN SEMÁNTICA DE ELEMENTOS PRAGMÁTICOS EN EL PARADIGMA DEL MANDATO

A partir de nuestro modelo del mandato, podemos hacer las siguientes observaciones:

La norma o el mandato es una expresión lingüística emitida por Primus = “el dinero o la vida”. Debe observarse que en el modelo, así como en la teoría de Austin, existe una situación concreta que justifica o explica la emisión del mandato o de la orden. Nosotros, con Skinner, hablamos de los estímulos aversivos y discriminativos que constituyen la ocasión de la emisión del mandato. Ahora, consideremos por conveniencia un mandato más simple o elemental:

(m0) “el dinero”

Debe tenerse presente que sólo existe un acto verbal: la emisión de las palabras “el dinero”, a las que hemos designado como (m0). Es el caso del mandato más simple y elemental. Este lugar es el adecuado para hacer una aplicación de la teoría de Grice sobre las implicaturas, pues de

la situación descrita pueden hacerse inferencias de muy diversa índole. Es posible concebir la emisión del mismo mandato sin consignar en el modelo la emisión de ninguna palabra. Entonces, tendríamos ciertos movimientos u otros signos, distintos de las palabras, que llevarían a cabo la función que estamos asignando a éstas: habría un gesto que indicara a Secundus el dinero que Primus le exige.

(m0), el mandato, está constituido por dos palabras: un artículo y un término general. (m0), en realidad, lo debemos representar así: V(el dinero), puesto que estamos considerándolo como una consecuencia o producto verbal de una acción de Primus. Constituye un mandato y no la emisión de una sentencia abreviada que nombra un objeto, por el hecho de que lo encontramos en un contexto determinado, enclavado en un conjunto de elementos específicos. Primus se encuentra en situación aversiva frente a otro sujeto Secundus, el cual puede realizar una conducta que sea reforzante para Primus: la entrega del dinero. Además, Primus tiene una pistola en la mano y con ella amenaza a Secundus. La situación es muy claramente comprensible para que haya necesidad de seguir explicándola. El lector atento puede encontrar los elementos que señala Austin como necesarios para la existencia de un mandato. En la terminología de Alchurrón y Bulygin, tendríamos que escribir “!V(el dinero)” para señalar que se trata de un mandato o un imperativo.

Ahora lo que queremos presentar es un procedimiento de complementación de (m0), que para nosotros reviste una importancia extraordinaria. Esta complementación de (m0) es de carácter semántico, realizada mediante la introducción, en el mandato (m0), de palabras que funcionen de la misma manera como lo hacen los diversos elementos de la situación pragmática consignada en el paradigma. Es una peculiaridad del hombre ser, en la conducta verbal, aunque no sólo en ella, además de individuo actuante, un sujeto que percibe, por vía de la retroalimentación que sus sentidos le proporcionan, los elementos de su propia conducta y tiene la capacidad de nombrarlos y referirse a ellos.

Véase esta secuencia:

- (m0) V(el dinero)
- (m1) V(el dinero o la vida)
- (m2) V(entrégame el dinero; si no lo entregas te quito la vida)
- (m3) V(Primus entrégame el dinero; si no lo entregas te quito la vida)

(m4) V(Primus ahora y aquí entrégame el dinero que posees; si no me entregas Secundus el dinero que posees ahora y aquí, yo, Primus, ahora y aquí privo de la vida a Secundus disparando esta pistola).

El mandato (m0) se ha visto progresivamente incrementado en su contenido semántico, por medio de la adición de palabras que introducen adecuadamente, i. e., de modo verbal en (m0), los elementos reales presentes en la situación de emisión del mandato o dominación contenida en el paradigma. En realidad, lo que estamos haciendo es una complementación del modelo del mandato con palabras que designan elementos del contexto, es hacer explícitas las implicaturas griceanas de la situación.

En (m1) se ha hecho una introducción semántica, muy burda, de la amenaza no verbal mencionada. Esta amenaza real, hecha con un gesto que es el inicio del acto de disparar (apuntar la pistola hacia el cuerpo de Secundus), en (m1) es introducida de forma verbal con una palabra que la designa toscamente: “o la vida”.

En (m1) encontramos un mandato más completo que en (m0): hay una palabra para designar el mal con el que se amenaza a Secundus. Este mal no se encuentra especificado en su integridad y gramaticalmente no aparece representado el tipo de relación que guarda la conducta de Secundus con la que tendrá Primus. Todo esto está expresado muy confusamente con la letra de la disyunción “o”. El contexto proporciona todos los elementos necesarios para entender, por implicaturas griceanas, que sólo en el caso de que Secundus no entregue a Primus el dinero que posee, se presentará la situación de que pierda la vida por la recepción de una bala.

(m2), (m3), y (m4) contienen los elementos que son el producto de progresivas complementaciones o interiorizaciones semánticas en el mandato por medio de la especificación de los elementos pragmáticos que se encuentran en el paradigma del mandato. (m4), sin embargo, no posee una palabra que exprese que se trata de un mandato. Es necesaria la especificación, dentro del texto, de que se trata de un mandato real y concreto emitido por Primus a Secundus. Para ello podríamos usar el signo “!”.

(m5) !V(Secundus, ahora y aquí entrégame el dinero que posees; si no me entregas tú, Secundus, el dinero que posees ahora y aquí, yo, Primus, ahora y aquí te privo de la vida a ti, Secundus, disparando esta pistola.)

El símbolo “!” señala que se trata de un mandato, de una orden. No es parte del contenido semántico del mandato: simplemente es un signo que señala que estamos frente a un mandato. Este símbolo “!” excluye

todos los demás elementos que se encuentran en el paradigma y señala que existen, sin especificar cuáles son y sin explicitarlos. Es una especie de velo oscuro que se echa sobre esos elementos y que señala que algo existe tras él, sin que pueda distinguirse cada uno de los elementos ocultos.

Ya tenemos una norma o mandato completo, no sólo respaldado por una amenaza: ya estamos frente a una norma coactiva, es decir, una norma que dentro de su contenido prescribe o especifica un acto de aplicación del contenido de una amenaza. Esta última observación es de gran importancia, pues la amenaza de un mal para el caso de no ejecución del mandato, no es algo externo al mandato, que forma parte integrante del ambiente o del entorno, sino que se encuentra dentro del mandato, el que ha sufrido una transformación fundamental, incluso en cuanto a su forma. En vez de ser una expresión verbal que señala la conducta que desea que realice el emisor del mandato, para lo cual utiliza una expresión verbal que tiene la forma de un imperativo, aparece ahora como una expresión verbal compleja que, además de contener el imperativo, tiene adicionalmente una expresión con carácter condicional.

Como (m5) es un esquema general que se repite constantemente en muy diversas situaciones vitales y es de suma importancia formular el mandato desde el punto de vista de los intereses del destinatario Secundus del mandato, podemos recurrir a formalizar (m5) y obtenemos:

(m6) $!V(\text{Secundus}, b, t, e; \text{si Secundus}, \neg b, t, e, \text{entonces Primus}, c, t, e)$

“t” y “e” están por los elementos lingüísticos en el mandato que señalan el tiempo y el espacio, respectivamente, en el que el sujeto ha de llevar a cabo la conducta que se le ha mandado, así como la conducta que llevará a cabo el sujeto emisor del mandato en el caso de que Secundus no ejecute la conducta que se le ha ordenado, *i. e.*, en el caso que se dé o se presente $\neg b$. Kelsen hablaría de los ámbitos de validez temporal y espacial de la norma. Los otros elementos son claramente comprensibles y constituyen los ámbitos de validez personal y material del mandato, es decir, los contenidos de la norma o mandato que especifican la persona de la conducta y el tipo o clase de conducta.

Debe tenerse presente que en (m6) todavía tenemos fuera el signo “!” que señala que estamos en presencia de un mandato. Podemos dar un paso más en la semantización e introducir algunas palabras que internamente señalen que se trata de un mandato y, además, de modo inequívoco. Este es un paso de gran trascendencia. Debemos estar conscientes que

se trata de la introducción de ciertas palabras, que tendrán un significado normativo, no porque estén justificadas moralmente o consideremos legítimo exigir una determinada conducta, sino solamente por la función que tienen en el contexto del mandato complementado semánticamente. Hart distingue entre dos expresiones: “verse obligado a...” y “estar obligado a...”. La diferencia entre estas dos expresiones consiste en que, mientras la primera contiene la descripción del proceso de motivación indirecta, en el sentido de Kelsen, la segunda supone la existencia de una regla que prescribe una cierta conducta, la que se lleva a cabo en cumplimiento precisamente de esa regla. En nuestra terminología, esto significa que el “verse obligado a...” es la situación en la que se encuentra Secundus, dentro de la contingencia de refuerzo, sujeto a la amenaza y el poder de Primus; en cambio, “estar obligado a...” señala la existencia de un mandato complementado semánticamente, es decir, existe una regla que establece la obligación correspondiente. Sin embargo, la terminología que se usa cuando se está en la situación fáctica del mandato es igual a la que se usa cuando se tiene un mandato formulado verbalmente.

Ahora bien, entre ambas situaciones hay un paralelismo notable. Alguien se ve obligado a realizar una determinada conducta porque hay otro sujeto que amenaza con realizar un acto perjudicial en su contra en el caso de que deje de realizar la conducta que se le exige. Existe aquí un trío de elementos: (b, \neg b, c), que son, respectivamente, la conducta ordenada o la que se ve obligado a realizar, la conducta de inexecución de la anterior \neg b y la conducta c que Primus realizará en su contra para el caso de que \neg b se presente. Se puede decir que \neg b, en la situación descrita por el paradigma, la tiene prohibida hacer Secundus, que Primus le prohibió a Secundus hacer \neg b. “c” es el castigo que Primus infligirá a Secundus para el caso que hemos descrito. Todo lo anterior vale como descripción del paradigma.

Ahora debemos introducir en el mandato aquellos elementos verbales que funcionen de manera igual o paralela, aunque sea parcialmente, a la forma como funcionan dentro del paradigma. Téngase presente que el mandato complementado semánticamente intenta reproducir, en sus rasgos esenciales, la operancia y el funcionamiento del paradigma. El mandato complementado semánticamente constituye la formulación de la regla que especifica la relación social del mandato. Por tanto, ya Secundus no se “ve obligado” a realizar una cierta conducta X, sino que esa conducta, desde la perspectiva del mandato complementado semánticamente,

se encuentra establecida como obligatoria: Secundus está obligado a realizar la conducta b. “ $\neg b$ ”; en consecuencia, está por la conducta contraria a la obligatoria y, por tanto, será la conducta prohibida, y “c” está por la sanción.

Si formulamos (m6) desde el punto de vista de Secundus, diremos:

(m7) $V(\text{obligación}(\text{Secundus}, b, t, e); \text{si ilícito}(\text{Secundus}, \neg b, t, e) \text{ entonces sanción}(\text{Primus}, c, t, e))$

Si abreviamos más aún y utilizamos los símbolos de la lógica tenemos:

(m8) $V(O(S, b, t, e); CPh(S, \neg b, t, e)S(P, c, t, e))$

Compárense estos conceptos con los de Austin y con la formalización hecha por Ross Anderson de los conceptos normativos, así como las definiciones que de estos términos da Kelsen, y se verá que coinciden en su totalidad.

Si generalizamos (m8), para privarlo de la característica de ser un mandato concreto de un sujeto particular dirigido a otro sujeto, también particular, obtenemos:

(m9) $V(O(S_j, b, t, e); CPh(S_j, \neg b, t, e)S(P_i, c, t, e)) \text{ con } O_i \text{ y } O_j \leq n$

IV. SEGUNDA INTERIORIZACIÓN SEMÁNTICA DE ELEMENTOS PRAGMÁTICOS

Dentro de las críticas que Hart dirige a la tesis que afirma el modelo de las órdenes respaldadas por amenazas de Austin, está una que es fundamental y que es la piedra de toque de cualquier concepción sobre el derecho. Junto a las normas coactivas existen otras que son las normas de competencia y de procedimiento. No puede existir orden jurídico alguno que no posea estas normas, las cuales no son reductibles a los mandatos respaldados por amenazas. Esto condujo a Hart a afirmar, correctamente pero de manera imprecisa, que los derechos positivos son un conjunto de normas que tienen tanto normas primarias como secundarias, entendiendo por estas últimas las normas de competencia y de procedimiento. Veamos si se puede reconstruir, con nuestro modelo, estas normas.

Nuestra última fórmula (m9) tiene la siguiente forma:

(m9) $V(O(S_j, b, t, e); CPh(S_j, \neg b, t, e)S(P_i, c, t, e)) \text{ con } O_i \text{ y } O_j \leq n$

y su sentido y significación ya se explicaron. La misma, de manera general, pudiera ser representada de esta manera: $V(m)$, pues se trata de un mandato completo formulado verbalmente, *i. e.*, expresado por una oración de tipo condicional, en su segunda parte. Si estamos frente a una oración gramatical, ella sólo puede ser el producto de un acto verbal, el resultado de un acto de habla, lo cual podemos representarlo así:

(1) $\text{Primus}(a) \rightarrow V(m)$

Por lo tanto, hemos correlacionado un acto de Primus, representado por (a), con la existencia de un mandato formulado verbalmente. Con esto hemos representado el acto de emisión de un mandato, que es un hecho real que ocurre en el tiempo y en el espacio.

De inmediato, debemos señalar que el acto de emisión del mandato no necesariamente contiene un elemento tan simple como (a) realizado por Primus. Podemos pensar en esto:

(2) $P1(a)+P2(b)+P3(c)\dots Pn(z) \rightarrow V(\text{mandato})$

es decir, varios individuos P1, P2, etcétera, pueden cooperar para la emisión del mandato. El acto creador puede ser complejo, tanto por el número de individuos que participan, como por la pluralidad de conductas que tienen que realizar para emitirlo. Esta es una forma simple de presentar el proceso de creación de una norma. La realidad es mucho, pero mucho más complicada, pues cada conducta de cada individuo tiene consecuencias parciales, que se encuentran encadenadas con las de los demás, las que en conjunto arrojan en resultado $V(\text{mandato})$.

El siguiente paso que debemos dar para obtener una representación que nos acerque a lo que en realidad acontece, es el consistente en realizar una formulación verbal del acto creador del mandato, *i. e.*,

(3) $V(P1(a)+P2(b)+P3(c)\dots Pn(z) \rightarrow V(\text{mandato}))$

Como (3) es un acto verbal, debe poderse representar de la siguiente manera:

(4) $Pi(f) \rightarrow V(P1(a)+P2(b)+P3(c)\dots Pn(z)) \rightarrow V(\text{mandato})$

en donde Pi es un sujeto cualquiera que realiza la conducta (f) consistente en la formulación verbal de los actos necesarios para la creación de un mandato específico.

(4) presenta la estructura fundamental del proceso del dictado de la regla que establece el procedimiento de creación de un mandato completo.

La regla que especifica el procedimiento de emisión de un mandato no necesariamente tiene que referirse a individuos particulares, concretos, sino que puede, de manera tan complicada como se quiera, determinar las características que han de cumplir aquellos individuos que están facultados para la emisión de un mandato complementado semánticamente, es decir, de normas positivas. Por tanto, la regla que establece el proceso de creación de una norma puede ser general o particular. En los sistemas modernos, estas reglas son generales.

No se excluye la posibilidad de que una regla que establece el procedimiento de creación o producción de otra regla tenga por contenido, a su vez, una regla de procedimiento de una etapa ulterior. Así, el orden se nos presenta como una serie graduada de reglas que establecen otras reglas de creación (delegación) o mandatos complementados semánticamente.

Con lo anterior, hemos presentado la reconstrucción de dos importantes tipos de normas: las coactivas y las que establecen los procesos de creación de otras normas.

V. ESTADO Y DERECHO

De todo lo que hemos dicho puede observarse fácilmente que los elementos del mandato y el mandato mismo contienen la especificación de las conductas ordenadas y facultadas. Podríamos decir que estamos en un ámbito de absoluta *positividad*. Las interiorizaciones semánticas que hemos realizado en nuestra hipótesis fundamental, que entraña el rescate de la virtualidad explicativa de la hipótesis del mandato, conlleva la creación de una o varias reglas de carácter positivo y debe ser claro para los juristas, que los contenidos de estas reglas siempre son la conducta humana. El derecho es un orden de la conducta humana y, como hemos visto, un orden coactivo y dinámico. Conforme a la primera interiorización, la consecuencia coactiva debe ser establecida por un acto de un hombre, que hemos representado como Primus, aunque puede ser cualquier otro. El acto coactivo es parte integrante de la norma, y como el Estado se ha concebido como un "aparato coactivo", *i. e.*, como un conjunto de hombres especializado en el empleo y ejercicio de la coacción, las normas o reglas que regulan la actuación de este aparato no son otras que las del derecho.

El Estado es el mismo derecho positivo. El instituto de poder o dominación, que es el Estado, es el mismo derecho positivo en su efectividad empírica.

VI. VARIACIONES AL PARADIGMA DEL MANDATO

El mandato se emite como un medio adecuado, en la situación dada, para obtener el fin que se persigue (un reforzador positivo o negativo, en la terminología de los conductistas), fin que se corresponde con la situación que antecede a la conducta y que constituye la “motivación” de ella.

Si varían los elementos que intervienen en la emisión de un mandato se genera otro tipo de acto. Por ejemplo, si hacemos que en el entorno solamente exista la presencia de Secundus, eliminando la situación aversiva en que se encontraba Primus y la posibilidad de producir un daño a Secundus.

Esta variación de los elementos del entorno condiciona que el resultado verbal de la conducta de Primus no sea un mandato, pues no existe la superioridad física de él sobre Secundus para infligir a éste un daño. Con esta variante es comprensible que el producto verbal de la conducta de Primus pueda no especificar la conducta que será reforzante para él, sino especificar, por el contrario, un hecho que será reforzante para Secundus, por lo que no contiene una amenaza que Primus dirige a Secundus de infligirle un daño en caso de que éste no ejecute el hecho especificado. El producto verbal de la conducta de Primus será la descripción de una conducta o de una contingencia de refuerzo.

Nuestra hipótesis fundamental para reconstruir la teoría del derecho ha consistido, en resumen, en lo siguiente:

- a) Realizar la primera interiorización semántica;
- b) Realizar la segunda interiorización semántica;
- c) Establecer la identidad del derecho y el Estado.
- d) Generalizar el producto de las dos interiorizaciones: en cada una de estas operaciones deben llevarse a cabo las generalizaciones correspondientes, con objeto de dar cuenta de las características de los órdenes jurídicos positivos.

Es conveniente comparar lo que acontece con un orden normativo, que no cumple con los caracteres resultantes de haber llevado a cabo las operaciones que acabamos de describir:

a') *El imperativo como resultado de la ausencia de la primera interiorización semántica*: si las situaciones precedentes que determinan el

acto que se emite por un sujeto sufren una variación en relación con las que hemos presentado en el paradigma del mandato, por ejemplo, el sujeto de la acción no se encuentra en situación aversiva o carece de poder sobre el destinatario, el producto verbal de su conducta carecerá de la amenaza que está presente en el paradigma, y por lo tanto no existen las condiciones para hacer la primera interiorización semántica. Con ello, el producto verbal será un imperativo “¡Haz X!”, “¡No hagas Y!”; en cambio, la norma jurídica, producto de esta interiorización debe ser concebida como un enunciado condicional o hipotético, como puede verse con suma claridad en (m8);

b') *Inexistencia de normas que otorguen facultades por la ausencia de la segunda interiorización semántica*: esta inexistencia se puede observar en todo caso en el que no se encuentre o no se dé la situación de dominación, en donde tiene que existir la emisión de un mandato; las normas morales no son normas positivas, en tanto no tienen como contenido los actos de producción de las normas que integran el orden;

c') *Imposibilidad de la identidad del imperativo con el Estado*: no existe la relación de dominación, no se requiere de la existencia de una sanción y, por tanto, no hay necesidad de que existan normas que establezcan la regulación de la conducta que establece y ejecuta la sanción.

d') *Generalización*: los imperativos pueden generalizarse.

VII. CONSECUENCIAS TEÓRICAS DE LAS VARIACIONES EN EL PARADIGMA DEL MANDATO: LA INEXISTENCIA DE LA RELACIÓN DE DOMINACIÓN

Ahora debemos explicitar las consecuencias teóricas que se derivan de estos elementos:

A. *Consecuencias de a')*

1. Las normas morales son imperativos, en el sentido de que sólo ordenan una cierta y determinada conducta de un sujeto, sin disponer que otro hombre deba realizar un acto contra el sujeto destinatario del imperativo, en el caso de que éste incumpla con su obligación; la razón de lo anterior se encuentra en el hecho de que las situaciones en las que el acto verbal de la emisión de un imperativo son distintas de las que determinan la emisión de un mandato coactivo, como ya tuvimos oportunidad de exponer; es decir, los imperativos tienen la nota de la unilateralidad.

2. Si se considerara que la omisión en la realización de la conducta que es el contenido del imperativo, tiene consecuencias desfavorables para el destinatario del mismo, debe quedar claramente asentado que esas consecuencias, en ningún caso, son o están ordenadas por la norma, precisamente por la ausencia de la primera interiorización; serán consecuencias naturales, sociales, económicas o de cualquier tipo que se quiera, pero no consecuencias dispuestas por la norma misma;

3. El concepto de obligación debe ser distinto del que se puede dar para las normas jurídicas, pues debe definirse sin hacer referencia alguna a un acto coactivo establecido positivamente en la norma. La obligación moral debe caracterizarse, entonces, como una limitación o restricción de la libertad de acción de un individuo, derivada: i) de un respeto a la norma misma, surgido por cualquier motivo que se quiera, objeto de investigación de la psicología social o de la sociología; o ii) del temor a las consecuencias naturales, sociales, económicas, o de cualquier otro tipo, derivadas de la omisión de la conducta que es el contenido del imperativo. En cambio, estar obligado jurídicamente significa ser el sujeto potencial de un acto de coacción que otro sujeto deberá realizar en contra del primero.

4. Por lo tanto, las normas morales valen por su contenido, porque éste es capaz de producir en el destinatario de sus imperativos el respeto o una situación tal que lo motive al cumplimiento del contenido del imperativo.

5. Las normas morales son incoactivas.

B. *Consecuencias de b')*

1. Las normas morales no establecen facultades. No existe orden moral alguno que establezca facultades a uno o varios sujetos para crear otras normas morales. Por ello, son normas que no pueden constituir un orden normativo positivo;

2. Las normas que integran un orden moral solamente pueden ser deducidas del contenido de la norma que se considere fundamental o más general.

Según la especie de norma fundamental, es decir, pues, según la naturaleza del principio supremo de validez, pueden distinguirse dos diversas especies de órdenes (de sistemas normativos). Las normas de un género "valen", o sea, la conducta humana indicada por ellas ha de considerarse como debida, en virtud de su sustancia: porque su contenido tiene una cualidad inmediatamente evidente, que le confiere validez. Y las normas reciben esta califica-

ción por el contenido, debido al hecho de ser referibles a una norma fundamental bajo cuyo contenido puede subsumirse el de las normas que integran el orden, como lo particular bajo lo general. De este género son las normas de la Moral. Las normas como: “no debes mentir”, “no debes engañar”, “debes cumplir tu promesa”, se derivan de la norma fundamental de la veracidad. Pueden reducirse a la norma fundamental: “debes amar a los otros hombres”, normas como éstas: “no debes causar daño a otro”, “debes ayudarlo en la necesidad”, etcétera. Aquí no ha de entrar a considerarse, además, cuál sea la norma fundamental de un determinado sistema moral. Lo que interesa es el conocimiento de que las numerosas normas de una moral están ya contenidas en su norma fundamental, del mismo modo que lo particular está contenido en lo general, y de que por esa razón todas las normas morales particulares han de extraerse de la norma fundamental general por medio de una operación de pensamiento, a saber: por una conclusión de lo general a lo particular. La norma fundamental tiene aquí un carácter estático-material (Hans Kelsen).

Si se define el concepto de amor al hombre con suficiente amplitud, con una serie de notas conceptuales específicas, que corresponde a cada autor de un tratado sobre la moralidad determinar o especificar, todas las demás normas del sistema, dependientes de la fundamental, están DADAS, de la misma manera como los teoremas de un sistema axiomático están dados una vez que se han especificado los axiomas y las reglas de deducción. El concepto de “amor al hombre” puede no estar dado en toda su amplitud y exactitud, pero puede mostrarse si cada instancia de norma dependiente cumple con las notas de dicho concepto. Ejemplo: ¿matar a un hombre se encuentra prohibido por la norma del amor al hombre? Es claro que cualquiera, salvo aquel que partiera de puntos de vista extremos, afirmará que sí es una norma que puede ser deducida de la fundamental, pues quien mata a un hombre es un sujeto que no lo ama, sino que lo odia, que quiere causarle el mayor daño posible y amar es querer el bien y no el daño de otro hombre. Y así con las demás normas integrantes de este particular sistema normativo.

Por la característica señalada en el párrafo anterior, debe resultar claro que sólo forman parte de un sistema estático de normas aquellas que puedan ser deducidas o estén implicadas por la norma fundamental. Si una determinada norma de un orden de este tipo no puede ser deducida o estar implicada lógicamente por la norma fundamental, no formará parte de ese sistema normativo. Así como la implicación no es un acto, sino

una pura relación lógica entre proposiciones normativas o descriptivas, así también la pertenencia al sistema o la no pertenencia al sistema de normas deberá determinarse por razones puramente lógicas. La norma, o forma parte del sistema normativo en cuestión o no forma parte de él, por razones puramente lógicas.

Las normas deducidas de la norma fundamental tienen que ser normas de carácter general. Las normas dependientes tienen el mismo carácter de evidencia que tiene el contenido de la norma fundamental y, por tanto, al no ser positivas, se supone que el hombre para el cual valen sabe de antemano cómo comportarse y tiene conciencia completa de todas las implicaciones normativas derivadas de la norma fundamental. Pero el hombre no es sabio ni bueno y, consecuentemente, la aplicación de un orden estático a la vida real y mundana es imposible, pues parte del supuesto indemostrable de la bondad y sabiduría humanas. Por lo tanto, todo orden de este tipo se encuentra basado en supuestos no empíricos, y es, en esencia, utópico.

3. Las normas integrantes de un orden moral forman un *sistema normativo*, por la relación lógica deductiva que tienen con la norma fundamental del orden;

4. Una norma que contradiga a la norma fundamental o a cualquier otra del sistema debe ser excluida del mismo por razones puramente lógicas;

5. Si la norma fundamental es positiva, por haber sido formulada por el acto verbal de un profeta o un moralista, el orden moral derivado de ella no es positivo;

6. La ausencia de positividad y de la posibilidad de considerar las consecuencias naturales, sociales o de otra índole de las normas, generan la tendencia a considerar a las normas morales como normas absolutas, no siendo el producto de la voluntad arbitraria subyacente a todo acto humano, *i. e.*, siendo derivadas de la naturaleza de las cosas, de la naturaleza racional o social del hombre, etcétera.

C. Órdenes dinámicos de normas

En contraposición con los órdenes estáticos de normas que hemos caracterizado y descrito en los párrafos anteriores, los dinámicos tienen características totalmente opuestas.

Otra cosa ocurre con las normas del Derecho. Éstas no valen en virtud de su contenido. Cualquier contenido puede ser Derecho; no hay conducta humana que como tal esté excluida, en virtud de su sustancia, de convertirse en contenido de una norma jurídica [...] Una norma vale como jurídica, sólo porque fué dictada en una forma bien determinada, porque fué producida de acuerdo con una regla bien determinada, porque fué establecida según un método específico. El Derecho vale solamente como derecho positivo, es decir, como Derecho instituido (*Gesetztes Recht*). En esta necesidad de “estar instituido” y en la independencia —en ella asentada— de su validez respecto de la Moral y de sistemas normativos del mismo género, consiste la *positividad* del derecho [...] La norma fundamental de un orden jurídico positivo, en cambio, no es otra cosa que la regla fundamental de acuerdo con la cual son producidas las normas del orden jurídico: la instauración (*Ein -Setzung*) de la situación de hecho fundamental de la producción jurídica. Es el punto de partida de un procedimiento; tiene un carácter absolutamente dinámico-formal. De esta norma fundamental no se pueden deducir lógicamente las normas singulares del sistema jurídico, tienen que ser producidas por un acto especial de institución, que no es un acto intelectual sino de voluntad (Kelsen).

En consecuencia, para resumir lo dicho hasta este momento, podemos presentar el siguiente cuadro comparativo:

<i>Órdenes estáticos</i>	<i>Órdenes dinámicos</i>
1. Norma fundamental vale por su contenido: justo, bueno, valioso, etcétera.	1. Norma fundamental no vale por su contenido.
2. Las normas dependientes se deducen lógicamente de la norma fundamental.	2. Las normas dependientes NO se deducen de la norma fundamental.
3. El orden estático es un sistema de normas.	3. La norma fundamental es la regla que establece el hecho fundamental de producción de las normas dependientes.
4. Las normas son imperativos no positivos ni coactivos	4. Las normas son positivas y son mandatos coactivos.
5. Las normas dependientes analizan el contenido de la norma fundamental.	5. Las normas son creadas de conformidad con el procedimiento y conforme al contenido de la norma fundamental.

6. Hay tantos sistemas de normas estáticos como normas fundamentales se acepten.
6. Sólo existe un orden normativo dinámico.
7. El orden dinámico NO es un sistema de normas.

Con esto queda caracterizado el orden dinámico de normas en contraposición con los órdenes estáticos de normas.

D. *Consecuencias de c'*)

1. Los imperativos o normas morales, por la ausencia de la relación de identidad con el Estado, son órdenes normativos "anárquicos", en el sentido definido por Kelsen.

2. Todo ello demuestra que las normas morales son normas autónomas, cuya existencia depende de la voluntad de cada individuo y son, en su validez última y más profunda, esencialmente subjetivas.

Lo anterior no puede impedir afirmar la extrema importancia y operatividad de las normas morales. No hay acto humano que no se encuentre condicionado por normas morales, lo que no justifica afirmar que ellas no tengan las características que hemos reseñado en lo anterior. Cada hombre es lo que su moral dicta y la felicidad, la ausencia de dolor e, incluso, la supervivencia o la muerte de los individuos depende, en gran medida, del tipo de moral que en ellos sea operante. La importancia y extensión de las normas morales puede ser más grande y superior, y de hecho lo es, que las normas jurídicas. En todo lo que se ha dicho no se encuentra involucrado juicio de valor alguno favorable o desfavorable para cada uno de estos tipos de órdenes normativos.

VIII. INTERIORIDAD DE LA MORAL

Con base en esto, puede establecerse una distinción de grandes consecuencias. Toda máxima o imperativo se emite para beneficio o para evitar un perjuicio de una o varias personas, por las consecuencias que produce la conducta que se especifica. No hay conducta sin consecuencias reforzantes, positivas o negativas. Pero en la formulación de la máxima o imperativo, estas consecuencias pueden omitirse. Estas consecuencias pueden ser sociales, naturales o de otra índole.

Cuando la relación entre la conducta y las consecuencias reforzantes es constante, evidente y no exceptuable, no hay necesidad de especificar estas

últimas. Surge de esta manera el imperativo, la formación verbal que sólo especifica la conducta, determinada por una de sus consecuencias definitorias y omite la especificación de las consecuencias ulteriores reforzantes. Cuando las consecuencias son aleatorias y excepcionables, es necesario, es conveniente, su especificación, perdiéndose con ello la forma del imperativo.

Pero no sólo surge el imperativo, sino que se presenta otro fenómeno, que ha sido tomado como fundamento para distinguir al derecho de la moral. Se trata de la distinción entre conducta “externa” y conducta “interna”. Con base en esto se afirma que el derecho regula la conducta exterior, mientras que la moral regula la intención, la conducta “interna”. No importa, en este lugar, discutir si esto es acertado o no, si proporciona un criterio válido de distinción entre las normas morales y las jurídicas, pues ello ya ha sido tratado por diversos autores de manera exhaustiva (Max Weber). Lo que me importa hacer es la reconstrucción de esta pretendida característica de las normas morales, a partir de nuestro principio fundamental.

Hemos visto que el imperativo surge por la omisión de especificar las consecuencias de las conductas y por la reducción al mínimo del señalamiento de las diversas y múltiples consecuencias que se generan con cada acto humano. Se tipifica una conducta con la consecuencia inmediata definitiva de esa conducta determinada. Se trata de una “reducción” al mínimo del ámbito de las posibles consecuencias, las que en el límite se reducen a los movimientos corporales (a). De aquí sólo hay un paso para afirmar que lo importante es sólo la intención con la que se haga algo, sin considerar las posibles consecuencias de la conducta. Estamos en presencia de una norma de la “ética de la convicción”, contrapuesta a las normas de la “ética de la responsabilidad”, según las dos categorías éticas que Weber ha definido. La ética kantiana es, quizá, el ejemplo más conspicuo de una ética de la convicción.

IX. RELACIONES ENTRE LA MORAL Y EL DERECHO

Como hemos mostrado, el orden jurídico y el orden moral son distintos, con características estructurales diversas. Pueden ser considerados como dos órdenes entre los cuales hay, formalmente hablando, solución de continuidad, *i. e.*, un abismo infranqueable. El jurista no emite juicios de carácter moral *qua* jurista, como el moralista no lo hace, en tanto permanezca dentro de los límites de su disciplina. Este es uno de los significa-

dos fundamentales de la “pureza metódica” de Kelsen, así como del concepto de la “soberanía” del Estado: es uno de los postulados centrales del positivismo jurídico.

Sin embargo, es posible encontrar una relación externa entre los dos órdenes normativos, sin que esto implique la subordinación de uno al otro, que es el sentido inmanente de todas las doctrinas iusnaturalistas, o la coordinación de ambos bajo un orden normativo superior. Kelsen habla, cuando estudia la interpretación del derecho, de la posibilidad de realizar la individualización de las normas jurídicas en diversos sentidos. No existe una interpretación única de las normas jurídicas, tanto por la equívocidad de las palabras como por los ámbitos que los órganos creadores de las normas dejan indeterminados y que los órganos aplicadores deberán complementar. Es lo que Hart ha llamado la “textura abierta” de las normas jurídicas. Estas afirmaciones valen para todas las gradas del orden jurídico. Existe tanto una interpretación de la Constitución, como de la ley e, incluso, de una norma individual, como un contrato o una sentencia.

¿Qué es lo que determina que un órgano aplicador de una norma escoja una determinada interpretación de la misma, dentro del marco de interpretaciones plausibles, para ejecutarla en un sentido determinado? Múltiples factores, de diversa índole (políticos, económicos, sociales, etcétera), determinan cuál de las variadas interpretaciones de un texto jurídico es el que prevalecerá en un momento y lugar determinados. Entre otros factores, indudablemente, uno de los elementos que determinan una interpretación específica, es el conjunto de convicciones morales que sustente el órgano aplicador de la norma. Lo determinante de estos elementos morales puede consistir en dar un determinado contenido a la norma o acto ejecutor de la norma a aplicar, por medio de la decisión de escoger una de las interpretaciones plausibles de la norma. Ambas posibilidades se presentan en la experiencia jurídica. Cuando el órgano ejecutor de una norma, general o individual, se encuentra frente a la circunstancia de que la misma puede ser interpretada en diversos sentidos, es perfectamente posible que decida ejecutar una de las posibles interpretaciones, porque la misma es concorde con los principios morales que ha aceptado y que condicionan en general su conducta. En estos casos, la norma o máxima moral ha operado como un criterio extrajurídico que determina, por conducto del acto de aplicación del ejecutor, cuál de las interpretaciones posibles de la norma jurídica a ejecutar es la que se aplicará en el caso concreto y que permitirá establecer una cierta y específica situación jurídica o resolver

un determinado litigio en un sentido u otro. No es lo mismo ser juzgado por un juez liberal y demócrata que por un juez católico (si se es ateo) o protestante (si se es católico), bolchevique (si se es un empresario capitalista), nazi (si se es judío) o racista (si se es negro). Estos casos muestran con suma claridad que ambos órdenes normativos, la moral y el derecho, coexisten de hecho, aunque deben ser separados conceptualmente con toda nitidez.

Lo anterior señala a un hecho que es de suma importancia y que muchos juristas han intentado minimizar, en beneficio de una determinada concepción sobre el orden jurídico: la incertidumbre dentro del derecho, la inseguridad en la aplicación del orden jurídico, la pluralidad de interpretaciones jurídicas y, aunado a ello, la tesis de la dificultad “de calcular por anticipado con certeza el resultado de casos en los que haya hechos controvertidos” (Alf Ross). Sin embargo, debe hacerse la observación de que si fuera posible constatar la existencia de una moralidad más o menos uniforme en una sociedad determinada, entonces sería posible fijar el marco de interpretaciones posibles al que se reduce la “textura abierta” de la norma a ejecutar. La moral funcionaría como un elemento que disminuiría la incertidumbre dentro del derecho, lo cual es una función de una importancia extraordinaria, aunque no exclusiva, pues otros factores pueden producir el mismo resultado.