

N° 188
AÑO LVIII
JULIO-DICIEMBRE
1990

ISSN 0303-9986



REVISTA DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DE
CONCEPCION**

**Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales**

PODER JURIDICO Y PODER MORAL¹

PHILIPPE JESTAZ
Profesor en la Universidad de París XII

Poder jurídico, poder moral. Estas dos nociones suenan como fanfarrias; pero según la experiencia indica, no tocan necesariamente la misma música, ni al mismo momento, ni en el mismo registro. Sin embargo, uno no se cansa de evocarlos juntos, lo que parece ser signo de una relativa armonía en la disonancia.

¿Vamos a retomar aquí la eterna cuestión de las relaciones entre la moral y el derecho? Sí y no. Si esta cuestión se presenta tan huidiza² es porque ordinariamente se plantea en términos demasiado generales. Derecho y moral, moral y derecho (no se deberá conceder importancia al orden de las palabras) tienen, en efecto, un contenido variable. Y aún si se postula —y es necesario postularlo— que existe, independientemente de ese contenido, una noción de moral en sí y de derecho en sí, la cuestión se escabulle aún más, porque cada uno de los dos términos se presta para una multiplicidad de definiciones. Por el contrario, ella se estabiliza si uno se limita a observar, en una sociedad dada, la manera cómo actúan respectivamente el poder jurídico y el poder moral, pues el poder es un fenómeno que nuestros espíritus tienen la costumbre de describir y medir con ayuda de criterios relativamente poco discutibles.

A pesar de todo, y aunque no fuese sino para saber de qué se está hablando, es necesario asentar la investigación en una hipótesis inicial y, por consiguiente, tomar el partido menos arbitrario posible sobre esa eterna cuestión. A este respecto no es demasiado comprometedor adelantar que el derecho es una forma de poder³ que tiene implica-

¹ Este texto ha sido redactado a partir de una conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bruselas (Centro de Filosofía del Derecho) el 27 de enero de 1987. Se publica aquí con la amable autorización del *Mac Guill Law Journal* que lo había acogido en sus columnas en septiembre de 1987 (pág. 384).

NOTA DE LA REDACCION: Por nuestra parte, la *Revista de Derecho* de la Universidad de Concepción se complace en publicar este artículo, previa traducción del prof. Ramón Domínguez Aguila, gracias a una expresa autorización del Prof. Jestaz y de Editions Sirey, que publica la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, de la que el propio Prof. Jestaz es su Director y que publica también este trabajo en el N° 4 del año 1990, págs. 625 y sgtes.

² La inmensidad del tema haría vana toda tentativa de entregar una bibliografía completa. Limitémonos a citar algunas obras relativamente recientes que resumen significativamente la cuestión. En particular: Del Vecchio, *La Justice. La vérité. Essais de philosophie juridique et morale*, Paris, Dalloz, 1955; Jacques Leclercq, "*Du droit naturel a la sociologie*", Paris SPES, 1960; Perelman, *Droit, morale et philosophie*, 2ª edic., Paris LGDJ, 1976. Vid. igualmente, infra, notas 10, 30 y 31.

³ En el mismo espíritu y rechazando toda inútil complicación, los profesores Ghestin y Goubeaux, *Traité de Droit Civil*, t. 1, "Introduction Générale", 3ª edic., Paris LGDJ, 1990, N° 3, definen excelentemente el derecho como "un modo de organización de la vida en sociedad".

ciones no solamente morales: depende también —o tal vez primero— de lo que se llama EL político⁴, designando el empleo del masculino, la organización de la ciudad en su más amplio y menos fluctuante sentido (por oposición a LA política, más táctica y conjuntural). Y sin que sea menester definir el político, la moral y el derecho, sino contentándose con verlos vivir, observando, por consiguiente, el derecho de todos los días, el que los juristas conocen bien, observando, del mismo modo, el político y la moral, tal cual se practican (o no siempre se practica, por lo que concierne a esta última), se llega a una constatación. En verdad ésta es tal vez un postulado; pero en ese caso les pido admitirlo (conforme a la etimología de la palabra) para los propósitos de la exposición y discusión que seguirá. El postulado o la constatación consiste en que el derecho tiende a realizar una especie de *síntesis química* del político y de la moral.

Síntesis química: sabemos que el agua se compone de hidrógeno y oxígeno; pero que ella no los mezcla, propiamente hablando. Los combina para formar un cuerpo completamente diferente, con propiedades diversas, y en el cual ninguno de ambos componentes se encuentra naturalmente. Ahora bien, la eclosión del derecho nos hace asistir a un misterio del mismo género. El Código Civil (por ejemplo) no es en sí, ni un proyecto político, ni una meditación moral: es otra cosa y que integra esos dos elementos, aunque bajo otra forma⁵. Pero, se dirá entonces, ¿cuántas moléculas?, ¿qué proporción de hidrógeno político y de oxígeno moral? La ciencia jurídica no tiene, y sin duda no puede tener respuesta, aunque no fuese sino porque la proporción varía según las ramas del Derecho. Por ejemplo, la proporción de moral es, seguramente, más fuerte en materia de derecho penal clásico⁶ o de protección a los derechos del hombre que en nuestro sistema hipotecario. Y, desde luego, existen leyes completamente injustas⁷ (aunque el fenómeno sea muy raro en democracia); y éstas, aunque no llevan la menor molécula moral, forman parte del Derecho, al menos formalmente. Dicho esto, el poder jurídico invoca siempre a la justicia (aún sin aplicarla) y como esta invocación no cae en oídos sordos, sigue siendo verdad que, *en principio*, el Derecho tiene vocación para no permanecer como un simple modo de ejercicio del político y a hacer moral en nombre de la justicia por una transmutación de esos dos elementos⁸. En todo caso es una de esas de-

⁴ Sobre El político, usado en masculino. Vid. la obra fundamental de Julien Freund. *L'essence du politique*, 2ª edic., Paris, Sirey, 1978.

⁵ André Jean-Arnaud, in *Essai d'analyse structurale du code civil*, Paris, LGDJ, 1973 ha mostrado, desde una perspectiva marxista, cómo el Código Civil expresa un proyecto político (la "regla del juego de una sociedad burguesa"), así como la moral de esta misma burguesía. Pero su estudio, aunque no se compartan necesariamente las conclusiones en cuanto al fondo, hace, en todo caso, aparecer el Código como una *transposición*, incluso como una ocultación técnica de estos dos componentes.

⁶ El derecho penal clásico es aquel que reprime, en todo tiempo y en todo lugar o casi, las infracciones más comúnmente reprobadas por la moral, tales como la estafa, el homicidio, la violación, etc. Se ha adoptado recientemente esta costumbre en el lenguaje para designar un derecho penal, de algún modo *natural*, en oposición al llamado derecho penal "artificial" que, para auxiliar, por ejemplo, al contratante más débil, dota la sanción correccional a la inobservancia de tal o cual prescripción legal o contractual. La sanción reposa aquí, en un propósito de eficacia y no en una reprobación moral.

⁷ Siempre citada como injusta, la prescripción no lo es sino muy parcialmente, puesto que cubre una injusticia en un caso sobre cien o tal vez sobre mil... Si se quiere razonar sobre una ley verdaderamente injusta, más valdría hacer referencia al estatuto discriminatorio de los judíos bajo la ocupación hitleriana. ¡Pero Francia de esa época no era ya una democracia!

⁸ En un sentido cercano, V.J. Freund, in *Archives de Philosophie du Droit*, t. 16, *Le droit investi par la politique*, Paris, Sirey 1971: "El derecho es la dialéctica entre la política y la ética". Sin embargo, el autor emplea la palabra dialéctica en el sentido de Aristóteles (vid. pág. 21) y no en el sentido de síntesis de los contrarios.

finiciones posibles y, al parecer, científicamente no inexacta, hasta tanto no se pretenda hacerle decir que el Derecho, por esencia, deriva de lo justo. Sencillamente, no hay que olvidar que entre las fuerzas sociales cuya acción produce el Derecho, algunas, si no todas, usan los valores morales como una palanca, de suerte que el Derecho adquiere, de inmediato, su sello. A medio camino entre el idealismo beato y el excepticismo barato, la observación prudente parece entonces indicar una cierta integración, por lo demás variable, del componente moral en el proceso jurídico.

En todo caso, la idea permite comprender mejor lo que, comúnmente, se denomina la *separación* o la *confusión* entre el Derecho y la moral. Terminología en sí misma confusa y bastante impropia: ¿Cómo podría el Derecho confundirse con uno de sus componentes o, con mayor razón, separarse de éste? Bajo el apelativo de confusión se designa en realidad una tendencia a regir las cuestiones de Derecho en moral pura, olvidando la dimensión política (siempre en el sentido amplio), lo que, para continuar con la metáfora, equivale a querer saciar la sed con oxígeno. Sin embargo esta confusión no existe, jamás, sino como una tendencia, pues una sociedad que sacrificase totalmente el político a la moral no podría, evidentemente, funcionar (salvo tal vez una sociedad artificial: comunidad monacal, por ejemplo). Así, cuando se expone que las sociedades primitivas confunden el Derecho con la moral (ítem, la religión, la higiene, las costumbres, la dietética y algunas otras), se quiere decir, en realidad, que ellas adoptan un cuerpo normativo a primera vista indiferenciado; pero en cuyo seno nosotros podemos hoy, en gran medida, separar los géneros; con la salvedad de anotar que además la ideología de esas sociedades atribuye a la moral y/o a la religión una posición hegemónica⁹.

Por repercusión, el término *separación*, debe ser entendido como indicando no que la ley ya no requiere ser justa, sino únicamente, que una ideología totalmente diferente, niega esta hegemonía moral, se niega a tomar la parte por el todo y asigna a la moral límites razonables. Este último adjetivo no es de los más precisos; pero ¿cómo serlo, cuando las opiniones difieren en cuanto a la dosis de moral que debe injertarse en general y en cada caso en particular? Corrientemente se escucha afirmar que ciertas reglas de Derecho serían de un moralismo excesivo, mientras que otras pecarían, en el extremo opuesto, por una búsqueda de la eficacia a cualquier precio, sin hablar del *juridismo* que consiste en razonar en pura lógica deductiva, sin preocuparse de moral y ni aun de eficacia. ¡Pero en todo ello hace falta el criterio! Esta ausencia, sin embargo, no importa tanto, desde que se está de acuerdo en reconocer que las sociedades europeas actuales son, en lo esencial, sociedades de *separación* entre Derecho y moral: se tendrá pues por razonable a nuestros ojos, la línea de demarcación trazada a partir del siglo XVIII por la filosofía individualista¹⁰, a saber, que la moral tiene como ámbito predilecto la dirección de las conciencias individuales, mientras que el Derecho y sólo él, pretende ejercer el poder organizado. En otras palabras, si bien el poder jurídico no rompe tajantemente con la moral, tiende a limitar la acción de ésta y, recíprocamente, renuncia a erigirse en poder moral.

Pero en esas condiciones la cuestión planteada —poder jurídico y poder moral— viene a significar saber si existe todavía un poder moral en nuestras sociedades, en tanto

⁹ Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, pág. 180. De esta confusión, subsiste al menos una huella escrita en la Torah, especialmente en el Levítico.

¹⁰ Vid. Thomassius, *Fundamenta juris naturae et gentium*, 1713, y desde luego, Kant, citado infra, nota 22.

fuerza social comparable a la del poder jurídico. Para responder a ella correctamente, sería necesario, por comparación, ampliar la investigación hacia sociedades de otro tipo. Falto de tiempo y tal vez de competencia, me limitaré a tratar el primer punto, limitándome incluso al único país que conozco bien: ¿En qué consiste el poder moral en la Francia de nuestros días? Pero primero se impone una precisión. Si se quiere admitir que el Derecho tiende a realizar una síntesis del político y la moral, resulta, por definición, que el ejercicio del poder político tiene implicancias morales (y políticas igualmente). El Parlamento, por ejemplo, es un poder político por su composición y por algunas de sus atribuciones; pero es también un poder jurídico porque vota la ley; y votándola (id est comportándose como el crisol donde se opera la síntesis) hace referencia, corrientemente, a un modelo moral implícito, el que incluso se hace explícito en algunos debates (sobre el homosexualismo, sobre la pena de muerte, etc.)¹¹. Del mismo modo, el juez, aunque no está para administrar sermones —faltaría a su deber de reserva— moraliza algo, entre las líneas de su sentencia. Basta un solo ejemplo: nuestro Consejo Constitucional ha anulado, por decisión del 23 de enero de 1987, una veintena de artículos de ley, bajo el motivo puramente formal; pero importante, que el gobierno los había introducido en el último instante del procedimiento legislativo por la vía, aparentemente anodina, de una simple enmienda¹². Ahora bien, esos artículos transformaban varios capítulos de nuestro Código del Trabajo. Diciendo el Derecho sobre este aspecto, decidiendo pues que se trataba de una falsa enmienda, el juez constitucional emitió implícitamente una condena moral frente a ese procedimiento que, *grosso modo*, consiste en plantear en "cuestiones varias", la cuestión crucial. Y la prueba que tocaba un punto sensible reside en la actitud de todos los que, en el gobierno o entre sus partidarios, tuvieron la inteligencia de callarse.

Así, todo poder jurídico bien parece ejercitar, incluso sin saberlo, y por la fuerza de las cosas, cierto magisterio moral. Pero aquí, de nuevo, sería inútil tratar de cuantificar estos dos elementos. La verdadera cuestión o al menos, la única que abre algunos horizontes, consiste más bien en preguntarse si existe un poder moral otro que el que se contiene en el poder jurídico y de una intensidad comparable si no igual: ¿Existe, al lado del poder jurídico, un poder moral extrajurídico? Ahora bien, el poder moral evoca esos cuerpos celestes que el telescopio no llega a detectar y cuya existencia resulta revelada por la deformación que causan a la trayectoria de los demás objetos: una realidad pues; pero difícil de observar directamente, y más difícil aún de medir. Es al menos, partiendo del poder jurídico, que se tiene alguna chance de encontrar el poder moral. Siendo el método más simple a menudo el mejor, convendrá pasar revista a los atributos del poder jurídico y buscar si su equivalente o su sustituto se encuentran en el poder moral.

Para este propósito trataremos de comparar los órganos (I), los objetivos (II) y las manifestaciones (III) de uno y otro de dichos poderes.

¹¹ V. la ley N° 81-908 de 9 de octubre de 1981 (JO 10 oct. 1981) que suprime la pena de muerte y la ley N° 82-683 de 4 de agosto de 1982 (JO 5 de agosto de 1982, comentario de Ph. Jestaz, en *Rev. Trim. de Dr. Civ.*, 1982, 795) que despenaliza los actos homosexuales realizados en la persona de un menor: significativos fueron los debates parlamentarios que prepararon el voto de estos dos textos.

¹² Cons. constit., decisión N° 86-225 DC del 23 de enero de 1987, JO 25 de enero 1987, pág. 25. Vigorosamente criticada por los Presidentes de las dos asambleas así como por ciertos heraldos de la mayoría, esta decisión, por el contrario, fue aceptada con gran *fair play* por los miembros del gobierno.

I. LOS ORGANOS

Los del poder jurídico son conocidos: Montesquieu trató provisoriamente la cuestión distinguiendo el legislativo, el ejecutivo y el judicial; hoy en día la escuela sociológica pone el acento en la existencia de un poder jurídico difuso (la costumbre, los usos, la práctica, etc.) detentado por órganos varios tales como las organizaciones profesionales, los sindicatos o las grandes empresas¹³. No nos detendremos en estas consideraciones que se han hecho habituales pues más vale ir en búsqueda de órganos extrajurídicos que, siempre en Francia, detentarían un poder moral. A falta de un poder moral oficial (del tipo: religión de Estado), se encuentra una multiplicidad de variadas instituciones, cuyo inventario forzosamente sumario (A) no hace fácil una presentación sintética (B).

A. Inventario de los órganos de poder moral

La investigación revela la existencia de entidades organizadas (1), de entidades vagas (2) y aún de simples personas físicas (3).

1. *Entidades organizadas*. Con esos términos quisiéramos designar sea personas jurídicas, sea constelaciones de personas jurídicas, sea incluso agrupaciones sin personalidad; pero dotadas de una estructura o al menos, de un núcleo estable, incluso, de ciertos medios. Esta categoría heteróclita comprende, primero, organizaciones con vocación internacional, trátense de sociedades deportivas (Comité Olímpico), humanitarias (Cruz Roja, Amnesty International), culturales (Unesco), filosóficas (Francmasonería), religiosas (Iglesias de obediencia cristiana, el Consistorio Judío), etc., organizaciones todas para las que basta señalar aquí su implantación en Francia. Por el contrario, se limitan al solo marco francés una plétora de asociaciones con fin no lucrativo, muchas de las cuales juegan un rol moral nada despreciable. Ciertos grupos, que a menudo no son ni siquiera asociaciones, tienen un objetivo más limitado y efímero: comité de apoyo a los huelguistas de una empresa, a una persona que se estima injustamente condenada o detenida, etc. A estas diversas entidades, algunos quisieran agregar las familias, pero éstas ya no parecen ejercitar un poder moral fuera de su esfera propia: ¡Como prueba, ya no se les odia!¹⁴.

2. *Entidades vagas*. La prensa escrita o hablada es la que se cita más a menudo. Por lo demás ella se cita a sí misma. Pero ¿qué es la "prensa"? Cada grupo de prensa tiene, bien entendido, su propia organización; pero se plantea la cuestión de si la prensa, en general, ejerce un poder moral, lo que implica, primero, que existe en tanto entidad. Y hay razones para dudar. En efecto, la prensa de oposición no invoca los mismos valores que los diarios de gobierno (para detenernos sólo en esta clave): por lo demás, es sobre

¹³ Vid. esp. Santi Romano, *L'ordre juridique*, traducción por Lucien François y Pierre Gothot, Paris, Dalloz 1975, págs. 52 y sgts.; Carbonnier, op. cit., págs. 210 y sgts.

¹⁴ Sobre el célebre dictorio de André Gide y para un análisis en términos de sociología jurídica, vid. el estudio consagrado a la familia de André Gide in Jean Carbonnier, *Flexible droit*, Paris LGDJ, 1969, pág. 148. Pero hoy en día nadie parece ya experimentar la necesidad de atacar las familias y, en consecuencia, de defenderlas...

todo la prensa de oposición, sea de derecha o de izquierda, según la alternancia, la que ostensiblemente da lecciones... Más allá de esas querellas, sigue siendo verdad que convergencias más profundas reflejan, sin duda, una ideología dominante. En este sentido, se encontrará legítimo personalizar la prensa, como se haría del Colegio de Abogados (sin precisar cuál) o de la Universidad (englobando con ello todo lo que da o recibe cursos, incluso fuera de la Universidad *stricto sensu*)¹⁵. Por lo demás, no cabe dudas que la Universidad, o el Colegio de Abogados, entre otros ejercen un poder moral. En último término, toda categoría social es una entidad que, a su manera y según la ocasión, no deja de moralizar. En la práctica lo hace, fuera de toda estructura, por medio de una simple persona física que, a veces, ni siquiera ha recibido la misión de hacerlo.

3. *Personalidades*. Ciertos intelectuales, sabios o artistas, incluso ciertas personalidades diversas (sindicalistas, eclesiásticos, políticos tomados individualmente, etc.) han sabido conquistar una audiencia. Con o sin razón, por el mérito o la intriga —pero no está allí la cuestión—, han sido erigidos, o se han erigido a sí mismos, en autoridades morales. Por el hecho de tomar posiciones valerosas (o que se juzgan tal), por una actividad incansable o una hábil publicidad, por una distinción recibida (Premio Nobel), por una vida ejemplar o la fuerza de una muñeca siempre presta para firmar peticiones¹⁶, llegan a detentar un poder moral, aunque éste dependa un tanto del de la prensa, puesto que, a menudo, no se ejerce sino si ésta ha querido abrirles sus columnas. Como puede observarse, se produce una osmosis entre las personalidades y las entidades, vagas u organizadas, lo que obliga ahora a intentar una síntesis de la cuestión.

B. *Ensayo de síntesis*

Los órganos de un eventual poder moral se distinguen, a la vez, por su diversidad y —correlativamente— por su desigual especialización en este tipo de acción. La mayor parte de ellos no ejerce una actividad moral sino a título accesorio u ocasional. Algunos detentan una parcela del poder jurídico, razón por la cual sería tal vez necesario tratarlos como *órdenes jurídicas* (es la posición de Santi Romano respecto de la Iglesia Católica)¹⁷ y ello conduciría entonces a eliminarlas de nuestro inventario consagrado a los poderes morales extrajurídicos.

Pero sobre todo, ninguno de esos órganos o entidades es mandatado por la sociedad global. Por lo demás, ¿cómo hacerlo? Cincuenta y cinco millones de personas¹⁸ no

¹⁵ En sentido estricto el término universidad, empleado en singular y con el artículo definido, designa el conjunto de establecimientos de enseñanza superior, los que, por consiguiente, forman *estudiantes* (en oposición a los alumnos de liceos y colegios). En un sentido más amplio, la palabra designa también al servicio público de la enseñanza en su globalidad.

¹⁶ Es un hábito bien francés el de hacer peticiones en toda ocasión, por medio de la prensa e indicando el nombre de las personalidades que figuran entre los primeros firmantes y/u organizadores. Las malas lenguas pretenden que esas firmas sirven sobre todo para dar a conocer a sus autores. Y otras más malas aún, insinúan que sus autores, o algunos de entre ellos, no son conocidos sino por esa sola parte de su obra. Pero no hay que creer siempre a las malas lenguas, en especial en Francia.

¹⁷ Santi Romano, op. cit., págs. 33, 84 y sgts., 143 y 156.

¹⁸ Es más o menos la cifra oficial de la población francesa. Pero el razonamiento valdría ya para 55.000 ciudadanos en una ciudad del tipo griego, con tal que todos quisieran participar.

pueden materialmente expresarse más que por medio de sus elegidos (y se cae entonces en el poder jurídico) o cuando más, por un folklore anónimo, el de las costumbres. Volvemos sobre el problema de las costumbres; pero limitémonos por ahora a las entidades que acaban de ser repertoriadas. Se observará que ellas jamás coinciden con la entidad nacional, porque tienen un marco o más amplio o más reducido. Algunas son, a la vez, más amplias (por su vocación internacional) y más estrechas (todos los franceses no adhieren a ellas). En una palabra, *a cada una su audiencia* pues ninguna concita la unanimidad, ni reivindica una mayoría institucional, es decir, una mayoría ante la cual la minoría tiene la obligación de inclinarse.

¡Y la excepción que confirma la regla! Tenemos, ciertamente, un Comité de ética para los problemas de la procreación artificial¹⁹, que habla a nombre (implícito) de toda Francia. Pero se anotará que ese comité (y otros de su tipo) debe su existencia a un acto creador del poder jurídico y, sobre todo, que su reflexión moral tiende a abrir la vía a una eventual intervención legislativa. ¡He ahí pues un órgano nombrado con formas jurídicas y cuyas atribuciones tienen ya un carácter pre-jurídico! Del mismo modo, la Academia Francesa, poder moral en ciertos aspectos, nació de una decisión de Richelieu y se atribuye como objeto el codificar nuestra lengua, si no nuestro Derecho. En cuanto a las asociaciones morales no son las últimas en proponer retoques legislativos. Decididamente, el poder moral arranca cuando se le llama. Y si el general De Gaulle entró en la historia por un formidable acto de coraje moral —y político—, si en otros términos, ejerció primero el poder moral antes de alcanzar simplemente el poder, no se puede olvidar, sin embargo: a) que formaba parte del último gobierno legítimo de la Tercera República y b) ¡que apenas pudo asentó sobre bases jurídicas su gobierno provisorio de Francia Libre!²⁰

En síntesis, el poder jurídico tiende a infiltrar al poder moral a menos que el poder moral tienda a institucionalizarse: allí existiría, tal vez, una especie de ley sociológica. Por consiguiente, el poder moral puro (es decir puro de toda mezcla con el Derecho) se expresaría más bien en un anonimato global, bajo la forma de una ideología inconsciente que, dejando de lado a ciertos extremistas, reconciliaría a la casi totalidad de los franceses; así se explicaría la paradójica coexistencia de una guerra civil verbal y de una paz social profunda²¹. La sociedad global fabricaría modelos morales implícitos. En efecto, si un gran número de entre las reglas o estándares de costumbres que ella produce, nada tiene que ver con la moral (usos de vestimentas, alimentarios, etc.), otros se tiñen de moral y el juez se inspira en ellos gustosamente —por ejemplo, en su búsqueda incesante del *bonus pater familias*. Allí hay, pues, como una especie de moral social, de difusión lenta y esporádica.

¹⁹ El decreto N° 83-132 del 23 de febrero de 1983, JO 25 de febrero de 1983, comentario P. Godé in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1983, 400, ha creado un "Comité Consultivo nacional de ética para las ciencias de la vida y de la salud", competente para dar opiniones sobre "los problemas morales... planteados por la investigación en los ámbitos de la biología, la medicina y la salud".

²⁰ Jean Laucoiture, *De Gaulle*, t. I, *Le rebelle*, Paris, Le Seuil, 1984, págs. 391, 394, 419 a 421, 498.

²¹ Particularmente ultrajante en Francia, la guerra verbal hace estragos en las Asambleas Legislativas, como testimonia el JO de los debates parlamentarios. Ella ha sobrepasado la cota de alerta desde hace algunos años. ¡Al mismo tiempo —y este aspecto fascina a todos los analistas— el país mantiene su calma y las discusiones políticas, sea en el café o en las familias, no aumenta sensiblemente, el límite de los daños sonoros!

Conclusión de I:

Mientras existe, sin discusión posible, un orden jurídico francés, nadie puede sostener la existencia en Francia, en este mismo momento, de un orden moral. O tal vez, existen varios, como lo deja entrever el baratillo de entidades morales con alcance limitado. Por el contrario, nadie pone en duda que Inglaterra del siglo XIX conoció un orden moral victoriano. ¡Pero es verdad que se trataba de Inglaterra y de otra época! Los sujetos de Victoria, en lo que a ellos respecta, no tenían conciencia de él necesariamente. Del mismo modo, un francés de nuestros días corre el riesgo de no percibir en su casa el orden moral de su época, tal cual lo destilaría un poder singularmente difuso.

II. LOS OBJETIVOS

Una preocupación por la claridad conduce a estudiar aquí, sucesivamente, según una andadura muy escolar, los objetivos del poder moral (A) y los del poder jurídico (B).

A. Los objetivos del poder moral. En su acepción más amplia, la moral mira al desarrollo espiritual del hombre. Bajo este ángulo, ninguna comparación es posible, evidentemente, con el Derecho que, en lo que le concierne, se desinteresa de aquel objetivo. ¡Y reflexionando, más vale que no se ocupe de ello, teniendo en cuenta las autoridades de coacción que le auxilian! Como sea, la comparación no se concibe sino a propósito de aquella parte de la moral que se refiere a las relaciones sociales, única susceptible de interacción con el Derecho. Dejemos pues de lado la moral pura y verdaderamente autónoma en el sentido de Kant²², la de un Robinson Crusoe, que por el hecho de su aislamiento vive sin Derecho, puede aún dirigirse a sí mismo: eliminémosla, a pesar de la seducción que implica una aventura intelectual de alto riesgo. Hecha esta precisión, la moral en el sentido en que la entendemos o la entenderemos en adelante, se propone:

- dirigir las conductas;
- actuando sobre las conciencias;
- sin preocuparse por una organización concreta, ni sobre todo, global. Desarrollemos algo este último punto, menos evidente que los dos primeros y sobre el que los juristas no parecen haber meditado suficientemente.

Hace algunos años (en 1982, salvo error), el Episcopado francés publicaba un documento sobre los deberes de un cristiano frente a la crisis económica, en especial frente a la cesantía²³. Para combatir esta plaga, sus autores preconizaban multiplicar los empleos de medio tiempo de modo que el titular de un empleo completo pudiese dividirlo con

²² Kant, *Critique de la raison pratique* (1788), traducción Paicavet, Paris, PUF, 1943. Para un resumen del pensamiento kantiano en este punto preciso, Vid. Giorgio Del Vecchio, *Philosophie du droit* (1936), traducción de Alexis d'Aynac, Paris, Dalloz, 1953, pág. 117 y esp. pág. 119, y Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, 2ª edic., Paris, Sirey 1951, pág. 42.

²³ La referencia exacta de ese documento (del que sólo hemos tenido conocimiento por la gran prensa) no la tenemos; pero ello importa poco ya que no lo evocamos aquí sino por su valor como anécdota. Nuestro objetivo, en efecto, no consiste, en modo alguno, en hacer una apreciación circunstanciada sobre la doctrina social de la Iglesia Católica, que sería otra y vasta cuestión, sino en dar un simple ejemplo (entre tantos otros) de posibles divergencias entre las exigencias de la moral y las de la economía política.

un cesante, según el ejemplo de San Martín cortando su abrigo. Proposición generosa que, más allá de las propias convicciones, no podía dejar a nadie indiferente. Pero rápidamente los economistas demostraron que ella no era viable en razón de los cuellos de botella, de la difícil adaptación del empleo a las capacidades de producción y de rigideces diversas. ¡De sus demostraciones —cuya seriedad nadie discutió— resultó que la multiplicación de los empleos de medio tiempo provocaría distorsiones y finalmente, un enfriamiento generador de nuevas supresiones de empleos! Por todo ello, las sugerencias del Episcopado, en esas condiciones, no podían tener ninguna consecuencia política directa y quedaron como una simple toma de posición moral.

Esta anécdota es muy sintomática. Muestra bien que la reflexión moral se mueve, por definición, en lo ideal y lejos de lo concreto. Por definición, pues la moral aplicada es ya casi Derecho o al menos, costumbre: y, como se ha dicho, la moral pierde en ella su naturaleza primaria. Y la moral propiamente dicha es pura búsqueda, una investigación fundamental, como dicen los científicos, probablemente inaplicable en amplia medida, de lo que se sigue que el moralista es, por esencia, un fundamentalista o, si se quiere, un hacedor de utopías. Y aún si, proponiendo una reforma legislativa, trata de medir su incidencia práctica, el rigor de su punto de vista lo aparta de la evaluación del conjunto de las posibles repercusiones en todos los confines del universo jurídico. En el fondo, el planeta moral es otro planeta que tiene su propia y enteramente particular forma de coherencia. Así, el moralista, incluso si está preocupado de acción concreta, no tiene y no puede tener una visión global de la sociedad, ¡Pues tal no es su objetivo! Su andadura lo incita más bien a proponer una sucesión discontinua de acciones precisas.

B. *Los objetivos del poder jurídico.* Estos objetivos se diferencian casi trazo a trazo con los de la moral. Desde luego, el poder jurídico mira a la eficacia global y de allí proviene su imperfección ética: allí donde el moralista busca una justicia absoluta, ideal de todo instante (por consiguiente imposible de realizar), el jurista se contenta con soluciones globalmente justas. ¡Que si la ley da un resultado sólo en un setenta por ciento de los casos, ya se pavonea! A noventa y cinco por ciento, es casi un delirio. En cuanto a los cinco casos que restan y que desesperan al moralista, el jurista los confía inconscientemente a la equidad de los magistrados²⁴...

Además, si el poder moral tiende a regular los comportamientos, el poder jurídico tiene como objeto, más bien, solucionar conflictos de intereses, Michel Villey ha desarrollado esta idea en varios de sus escritos, con una ciencia y un talento que dispensan de insistir en ello. *Suum cuique tribuere*²⁵: el derecho separa lo tuyo de lo mío sin tener la pretensión de dirigir las conductas. En lo fundamental, un Código Civil atribuye y reparte los derechos de cada uno: por ello sería un error ver en él un código de deontología. Un error o, al menos, una deformación, pues, en verdad, Villey exagera la tesis. Quiere olvidar que la participación de derechos influye en los comportamientos y que el autor de la ley busca producir precisamente ese efecto en numerosos casos. Dicho de otro modo, el derecho termina por modelar indirectamente las conductas²⁶ y, a veces, las

²⁴ *Sobre la equidad*, V. Philippe Jestaz, Rep. civ. Dalloz, 2ª edic. 1972, v. Equidad.

²⁵ V., por ejemplo, Michel Villey, *Philosophie du Droit, Définition et fins du droit*, Paris, Dalloz 1975, esp. N° 35.

²⁶ En este sentido Antoine Jeammaud, *Des oppositions des normes en droit privé interne*, tesis, Lyon, 1975 (dactilografiada), N° 62 a 69. Adde. Paul Amselck, "La phénoménologie et le droit", in *Archives de Philosophie du Droit*, t. 17, "L'interprétation dans le droit", Paris, Sirey 1972, pág. 185 y esp. págs. 251 a 256.

modela directamente, en especial en sectores de fuerte intervencionismo (código de la circulación, obligaciones militares, etc...), así como en aquellos en que las moléculas morales se presentan en mayor número: ¡Entre castigar con prisión una cierta conducta humana y prohibirla o prescribir la conducta inversa, no existe sino el espesor de un cabello! Admitamos pues que, en un sentido, el poder jurídico dirige los comportamientos; pero demos crédito a Villey en un punto fundamental, a saber, que los dirige por medio de los intereses en lugar de actuar directamente sobre las conciencias. En términos más familiares, el derecho apunta más abajo, generalmente a la altura de la billetera y no por la bajeza de alguien, sino simplemente porque no ha sido concebido para golpear otro blanco.

Conclusión del II:

Es probablemente J. Piaget quien ha apuntado más justamente²⁷. La moral, observa este autor, regula relaciones entre individuos, entre personas miradas bajo el ángulo más general de su pertenencia a la especie humana, mientras el derecho regula las relaciones entre funciones socioeconómicas (entre deudor y acreedor, propietario y usufructuario, sociedad y asociado, etc). El derecho no se preocupa del hombre, salvo, ahí de nuevo, en los sectores jurídicos de fuerte contenido moral (derecho penal, derecho extrapatrimonial de la familia, derechos del *hombre*, prolongando esta idea, tan luminosa como la lámpara de Diógenes, se desemboca en que ambos, poder moral y poder jurídico, son normativos; pero en que el segundo es mucho más estructurante que el primero: por lo que merece más el nombre de poder. En efecto, el poder moral da la impresión de suscitar una polvareda de acciones aisladas y de reglas dispersas. Aún si no se trata más que de una apariencia y si las intervenciones del poder moral se unen en un segundo plano a modelos de conducta coherentes, no parece que se encuentre en él el mismo grado de estructuración que en materia jurídica; o, al menos, la sociedad francesa actual no tiene huellas de un modelo global y único, sino de diversos modelos de orígenes varios y cuya diversidad reflejaría la diversidad de las autoridades morales, así como la de las ideologías acumuladas en el curso de los siglos. A lo que algunos objetarían, no sin razón, que el derecho no tiene tampoco un grado de coherencia absoluta y que, por ejemplo, admite *autonomías* (del derecho penal, del derecho fiscal)²⁸, incluso de sub-órdenes jurídicas algo contradictorias entre sí. A pesar de todo, nuestro derecho se nos aparece como un cuerpo más apretado que lo es nuestra moral (o que lo son nuestras morales), de suerte que los franceses de nuestros días tendrían —pero es una hipótesis que debe verificarse— más dificultades para liberarse del poder jurídico que del poder moral. Este último es, sin duda, más crítico que estructurante, por ello, más centrífugo que centrípeto: pues la crítica se ejerce por definición en todos los sentidos, bajo los ángulos más diversos y a

²⁷ Jean Piaget, "*Le structuralisme*", Paris, PUF, citado por Albert Brimo, "*Structuralisme et rationalisation su droit*", in *Archives...* t. 23, "*Formes de rationalité en droit*", Paris, Sirey 1978, p. 200

²⁸ Se habla en este sentido de autonomía cuando en una rama particular del derecho, el legislador o el juez desconocen deliberadamente los principios jurídicos de base (especialmente civilistas) en razón de la especificidad de la materia. Sobre la autonomía del derecho fiscal y en una perspectiva crítica, por lo demás, V. Maurice Coziam, "*Les grands principes de la fiscalité des entreprises*", Paris, Lib. Techniques, 2ª edic. 1986, págs. 3 y sgts. Adde. "*Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*", obra colectiva bajo la dirección de Gaston Stefani, Paris, Dalloz 1956.

veces contradictorios entre sí, mientras que el poder jurídico parte, al menos oficialmente, de un centro.

III. LAS MANIFESTACIONES

El poder jurídico se manifiesta por el empleo de instrumentos privilegiados, entre los cuales, en primer lugar, la sentencia y la regla. Esta última ofrece un parecido, al menos aparente, con la moral, pues por lo que queda, hay diferencias: a la sentencia (tomada en su sentido procesal) el poder moral prefiere los procedimientos educativos, ignorados casi, por el derecho. Veremos pues esta semejanza aparente (A) y esa diferencia real (B).

A. Una semejanza aparente

Esta semejanza forma parte de las ideas recibidas. Durante largos años, los juristas han enseñado como un dogma la identidad absoluta del derecho y de la regla (si es posible legal). Lo que, desde luego, es falso: el derecho, como lo subraya el decano Carbonnier, es más vasto que la ley y aún que la regla en general (incluyendo la regla costumbrista, jurisprudencial, etc.)²⁹. Luego, mirando la moral con la imagen del derecho, los mismos juristas admitían implícitamente —pero sin haber reflexionado sobre ello verdaderamente— que la moral reside íntegra en la *regla* moral: lo que es, como se verá, mucho más falso aún. En esta línea, los autores franceses de la primera mitad del siglo se esforzaron inconscientemente en unir las diferencias de estructura —sin embargo evidentes— entre los dos tipos de reglas, de tal suerte que, en su candor, no veían sino las semejanzas, de paso, forzadas por ellos. A partir de allí, derecho y moral no les parecían diverger sino sobre las modalidades; pero no en sus naturalezas profundas. El derecho, proferíase lo más seriamente del mundo, es la moral en acción³⁰: aforismo que ocultaba el rol motor del político y la radical mutación que sufre la moral a su contacto. De allí la impotencia para distinguir el poder jurídico del poder moral de otro modo que por su radio de acción. De allí la inenarrable teoría llamada de los círculos concéntricos y de los círculos secantes, por la que nuestros predecesores querían regir, en geometría plana, las relaciones entre dos órdenes que, de toda evidencia, no desenvuelven sus efectos en el mismo plan³¹.

Tal visión se explica por la idea, en esa época imposible de desraizar, que el derecho se encarna íntegramente en la ley del Estado. Huérfanos de una filosofía apta a limitar el derecho por un ideal de justicia, los juristas se consolaban o despejaban el problema, sosteniendo que el derecho no tenía necesidad de esa baranda, desde que él mismo nace, se forja y deriva de la moral, o casi. Pero aparte de que ese poco es casi un golfo en ciertos

²⁹ Carbonnier, *Sociologie Juridique*, op. cit. pág. 159.

³⁰ V. esp. Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz 1927, N° 254 y, desde luego, Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ª edic. Paris, LGDJ 1949, passim.

³¹ En substancia, los antiguos enseñaban que derecho y moral son como dos círculos concéntricos (por lo mismo de igual naturaleza, teniendo la moral un radio más amplio) mientras que los modernos preferían simbolizar los dos órdenes por dos círculos secantes (figurando un sector común; pero también sectores propios). Para una crítica de esta imaginaria pedagógica, V. Philippe Jestaz, *Les frontières du droit et de la morale*, Droit prospectif, 1983, págs. 3 y sgts. esp. págs. 339 a 343.

sistemas jurídicos, esa tesis cándidamente idealista, presentaba todavía el inconveniente de deformar la noción de moral con un sentido reduccionista. Pues la moral —la verdadera— es una suma de conocimientos y reflexiones mucho más vasta que la minúscula regla moral. ¡En el fondo, la regla moral es a la moral lo que los adagios del derecho son a la ciencia jurídica, es decir, un saber condensado bajo forma de guías prácticas! Si una comparación es posible es pues entre "a lo imposible nadie está obligado" y "*Contra non valere agere*" que habría que intentarla³². Sin embargo, puesto que se quiere aún comparar reglas morales y artículos de ley, hagamos una vez más sacrificio a ese rito, aunque no sea sino para marcar bien la diferencia irreductible entre los dos términos.

Primera diferencia: la regla de derecho, como se sabe después de los trabajos de Motulsky³³ contiene un supuesto (ex.: una culpa dañosa) y la imputación de una consecuencia (en el ejemplo, la obligación de reparar). De este conjunto, cada cual extraerá, para su propio gobierno, una prescripción de comportamiento (no dañar a otro), de la que puede entonces afirmarse que figura implícitamente en la regla, en tanto *ratio legis*. La regla moral, por el contrario, no contiene más que una prescripción de conducta que, por ello, es siempre explícita y no indica ninguna consecuencia, salvo la desaprobación implícita (interna o externa) que acompañaría a la violación. Esta uniformidad contrasta con la extrema diversidad de las sanciones jurídicas, puesto que a cada derecho otorgado por una regla dada corresponde una acción específica (de nulidad, reivindicación, resolución, reparación, partición de una masa, disolución de un vínculo, etc.)³⁴. Las sanciones jurídicas se integran así al tejido de las relaciones sociales, cada una en su lugar preciso, mientras que la sanción moral no varía sino en intensidad. Más aún, esta última sanción no tiene ninguna relación con la gravedad de la culpa cometida, sino solamente con el psiquismo del infractor que, según los casos, piensa en el suicidio o alza los hombros. A menos que la sanción se traduzca en actos sociales precisos, tales como la exclusión; pero entonces, se abandona el dominio de la moral para entrar en el de las costumbres.

Segunda diferencia, ligada a la primera: la regla de derecho reviste un aspecto fuertemente técnico. Incluso se puede ver en el derecho una forma de tecnología, aunque no sea —y por mucho— únicamente eso. Gracias a un arsenal conceptual de los más refinados, el poder jurídico extiende sus ramificaciones hasta los más variados tipos de relaciones sociales. No se podría decir lo mismo de la regla moral, evidentemente más general, y para la que las complejidades de la vida económica son un presupuesto básico; pero no una materia a organizar. Así, la perspectiva moral no tiene necesidad de instrumentos particulares pues es de todos los tiempos y no se apega en nada, salvo para detectar los vicios de moda, al estado de la sociedad ambiente³⁵.

Tercera diferencia, que se desprende de las otras dos: mientras toda regla de derecho, por definición, se integra a un corpus y por esa razón tiende a hacerse escrita, no sucede lo mismo para las reglas morales que, a lo más, proceden de una concepción ge-

³² Henri Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Sirey, 1948, esp. pág. 18. Adde. Pierre Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, Montchrestien, 1973, N° 60 a 62 y 64.

³⁴ Philippe Jestaz, *La sanction ou l'inconnue du droit*, D. 1986, chron. 197, esp. pág. 201, col. 2.

³⁵ Leclercq, op. cit. págs. 33 y 5.

neral del hombre, incluso de varias concepciones coexistentes. Por ello, permanecen ampliamente informadas, porque nada las destina a ser glosadas unas con respecto a otras, ni a ser meticulosamente aplicadas por un juez de la ciudad. Allí donde el derecho pretende (no sin exceso) un universo perfectamente lógico, la moral se presenta más bien como un conjunto, ciertamente no incoherente, pero mucho más distendido, digámoslo, con una sensibilidad mezclada con ideología.

En suma, el derecho se distingue de la moral por su filo, que le viene de lo que él denomina *soluciones* muy precisas: ello se confirma cuando se abandona el falso parecido de la regla, para abordar la diferencia esencial que separa los dos poderes.

B. *Una diferencia real*

Es necesario decirlo y repetirlo: la sentencia no tiene su equivalente en moral (1) como la educación no tiene su equivalente en derecho (2).

1. *La sentencia no tiene su equivalente en moral.* Figura jurídica tipo y por lo demás símbolo del derecho, la sentencia no ha terminado de fascinarnos. Figura ternaria, permite desempatar a dos adversarios gracias a la intervención de un tercero imparcial y desinteresado (según la expresión de Alexandre Kojève)³⁶, todo ello acompañado de formas solemnes. De allí su extraordinario poder simbólico, a lo que se agrega su eficacia práctica debida al apoyo de los órganos públicos de constreñimiento.

Que el poder moral se haya hecho confiscar tal instrumento se debe probablemente a la naturaleza de las cosas. En todo caso, el hecho está ahí. En moral se habla también de sentencia, pero en otro sentido, que va desde lo más pequeño (el banal juicio de valor) hasta el gigantesco y apocalíptico juicio final. Además, la figura moral de la sentencia puede reducirse a dos personas (en lugar de tres) e incluso a una sola: con aquella ampliación, la idea no gana sino una apariencia de prestigio. Más probablemente, ella se diluye y la prueba es que para dar más fuerza a su veredicto, las instancias morales imitan a veces a las instancias jurídicas, constituyendo, por ejemplo, jurados de honor. Pero no se trata sino de un remedio tal vez nostálgico que, incluso si tiene éxito, no tendrá jamás la virtud catártica del modelo, pues le falta la permanencia de la institución y la aptitud para hablar a nombre de la sociedad global ("del pueblo francés", según la fórmula oficial que revisten nuestras decisiones de justicia; pero el sentido era el mismo cuando se hacía justicia en nombre del rey). En verdad, el poder moral tiene mejores medios de acción, en todo caso, mejor adaptados a sus objetivos.

2. *La educación no tiene su equivalente en derecho.* La educación constituye un arma esencial del poder moral. O tal vez la única, si se quiere tener por despreciable una pretendida regla moral de la que nadie, y con razón, ha visto jamás las recopilaciones. Hemos anotado que la moral no se preocupa de la eficacia global: pero se preocupa, por el contrario, de la eficacia particular cuando se trata de hacer triunfar tal o cual valor. A este propósito la educación es irremplazable, pues, ¿de qué sirve condenar a una persona en justicia (¡Aquella que se dejó detener!) si ella misma y todas las demás, más hábiles

³⁶ Alexandre Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, PUF, 1981, passim, esp. págs. 69 y sgts.

que ella, no adhieren, en su fuero interno a los valores que fundan la regla jurídica en cuyo nombre el juez emite la condena? *¿Quid leges sine moribus?* La tarea del poder moral es penetrar las costumbres para que las leyes se apliquen por sí mismas. Tratándose, por ejemplo, de perseguir las injurias racistas, el poder jurídico no puede dejar de reprimirlas (si es un poder justo); pero sin ilusión en cuanto al éxito de su gestión, pues el ideal sería que, por una educación apropiada esos propósitos no pudiesen venir más a la boca y ni aún a la idea... El poder jurídico no hace aquí sino establecer una suerte de SMIG*: mínimo moral individual garantizado...

Pero el poder moral realiza incansablemente su obra de persuasión que, a largo plazo, termina por transformar los espíritus. Para continuar con el ejemplo, es un hecho que el racismo se ostentaba con todo candor hace un siglo, mientras que hoy en día tiende a retroceder y/o a esconderse porque, entre otras razones, el poder moral no deja de recordar a qué conduce su realización práctica. ¡Felices efectos de la educación, a pesar de todo!

Ahora bien, ésta no tiene equivalente en el derecho. Sin duda es posible que la ley y la sentencia tengan un cierto efecto educativo; pero éste proviene menos del poder jurídico mismo que, precisamente, de sus implicaciones morales. En lo esencial, el juez y el legislador no tienen la misión de educar, aunque a veces se la arroguen. La ley que prescribe el uso de la lengua francesa³⁷ (con preferencia a angloamericanismos de pacotilla) o la ley anti-tabaquista³⁸ apuntaban más a impresionar los espíritus que a producir consecuencias jurídicas precisas. A veces, el efecto educativo es involuntario: en este sentido la célebre "obligación de permanecer dueño de su propia velocidad"³⁹, cuya efectividad los autores del código del tránsito pudieron creer y que, por falta de un sentido jurídico preciso, se reveló inaplicable. Se trata, pues, de un simple consejo de prudencia; pero cuya formulación tuvo el mérito de formar imagen, de suerte que esa disposición sin duda, salvó vidas humanas (¡Es el único artículo de la ley que conocen los no juristas!). De todos modos, el derecho educativo, como antes el jurado de honor, hace más bien las veces de una curiosidad.

Conclusión del III:

En la escala de lo cotidiano, los instrumentos del derecho (regla precisa y juez asistido de gendarmes) parecerán más efectivos. Pero a más largo plazo, el poder moral obtiene considerables éxitos gracias al constreñimiento difuso y a las virtudes de la educación. ¿Se

* Equivalente a nuestra remuneración mínima o ingreso mínimo.

³⁷ Ley 75-1349 de 31 de diciembre de 1975, JO de 4 de enero de 1976, comentario Ph. Jestaz, in *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1976. 429, que ordena el empleo de la lengua francesa.

³⁸ Ley 76-616 de 9 de julio de 1976, JO 10 de julio de 1976, relativa a la lucha contra el tabaquismo. En verdad esta ley, como la precedente (v. nota 37) prevé sanciones jurídicas; pero sobre cuya aplicación efectiva nadie ha alimentado demasiadas ilusiones.

³⁹ Formulada en el art. R. 11-1, inc. 2 c. del tránsito, esta regla sería, en lógica pura, deductiva: ¡La de no tener accidentes!... Más razonablemente, significa que el conductor no debe sobrepasar la velocidad autorizada por las condiciones (cambiantes) de la circulación, de modo de poder frenar a tiempo en caso de necesidad. No agrega gran cosa, pues (¡si no es la formulación!) a la obligación general de prudencia que pesa sobre todo individuo, conductor o peatón...

evocará la liebre y la tortuga? ¿Sería la primera vez que la Justicia se vería comparada con un animal rápido!⁴⁰.

Conclusión general

La teoría general del derecho ha desarrollado con demasiada frecuencia la idea de *conflicto* entre derecho y moral tal como se diría de un conflicto de leyes en derecho internacional privado. Nuestro estudio habrá mostrado la inutilidad de plantear el problema en esos términos. En efecto, no existe poder moral organizado, ni tal orden moral global (pero ello se podría discutir), ni, en todo caso, regla moral que disputara su ámbito a la regla de derecho, pues esa pretendida regla moral es, si no una invención, al menos una deformación del jurista. La moral tiene, felizmente, otros medios de existencia: vive por la reflexión, por una ciencia o una filosofía (en el sentido de conocimiento) y, en fin, por una forma de acción moral que, a pesar de su carácter disperso, desemboca en un considerable trabajo de educación. La moral nos educa y es plausible que recíprocamente todo lo que eduque ejerza un magisterio moral.

Queda por responder la pregunta planteada en la introducción: ¿Existe por tanto un poder moral digno de ese nombre e independiente de aquel que ejerce el poder jurídico por la fuerza de las cosas? En primer término, se concluiría más bien en la presencia de un *contra-poder* moral. En efecto, el famoso conflicto del que se hablaba hace un instante se resume en saber si la ley es o no justa (subsidiariamente si hay que obedecer la ley injusta). En ese debate, las fuerzas morales del país hacen oír muy alta su voz puesto que critican la ley y tratan de reformarla para hacerla más justa. Se esfuerzan, pues, por limitar el poder jurídico.

Pero tal vez exista, a más largo plazo, un poder moral mucho menos ruidoso y aún inadvertido que, en cuanto a él, obraría en el mismo sentido que el poder jurídico. Ese poder inventa modelos de conducta, insinúa la idea de lo que debe o no hacerse, en una palabra, desarrolla la concepción del hombre que nos impregna sin saberlo. Este poder, según parece, filtra por dos salidas. Por una parte inspira al poder jurídico: se ha hablado ya del estándar de la culpa en el derecho de la responsabilidad; pero basta leer con atención documentos tales como las conclusiones de los abogados generales o las exposiciones de motivos que fundan un proyecto de ley. Por otra parte, produce reglas de costumbre: es el derivativo normal de un poder que no tiene el medio común de entrar en los hechos por la vía de un *Diario Oficial*. Las costumbres atrastran alusiones morales, hasta el punto que algunos, que confunden ambas, quisieran erigir las costumbres de una época —por ejemplo, el largo de las faldas— en absolutos de orden moral. Es olvidar que la moral no se presta a ninguna cuantificación y que, muy afortunadamente, las portadoras de faldas no se dejan convencer. La prueba que el poder moral existe, es que él mismo choca aquí con un *contra-poder*.

El poder moral se resumiría en Francia por tres proposiciones: a mitad visible, más poderoso de lo que lo creen los juristas, más limitado de lo que querría un cierto conformismo. ¿Pero... hay un iraní en la sala?

⁴⁰ En el Palacio de Justicia de París, en la sala de los pasos perdidos, un escultor ha representado maliciosamente la Justicia bajo la forma alegórica de una mujer que se mantiene muy erguida sobre el dorso de una tortuga.