Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXX ABRIL - JUNIO DE 1962 — Nº 120

DIRECTOR: **ORLANDO TAPIA SUAREZ**

CONSEJO CONSULTIVO:

HUMBERTO ENRIQUEZ FRÖDDEN
HUMBERTO TORRES RAMIREZ
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES

ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

BERNARDO GESCHE MULLER
Profesor de Derecho Internacional Privado de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción

LA MORAL Y EL DERECHO (*)

Los estudiantes que hayan salvado las diferentes vallas que se interponen a la obtención del título de abogado, tendrán la misión de aplicar los conocimientos adquiridos durante sus estudios dentro de la esfera de acción que hayan escogido: abogados, jueces o funcionarios; y frente a una realidad social de variedad infinita y sujeta a constantes mutaciones.

Su tarea será la de aplicar a situaciones concretas el Derecho, cuyo contenido normativo les han proporcionado las diversas cátedras y revelado los textos jurídicos. Sin embargo, para el examen y la solución de los problemas que se encomiendan a su capacidad profesional, en la mayoría de los casos no encontrarán en los textos legales y jurídicos una fórmula precisa, que revele el camino a seguir. El caso del cliente en que se debe emitir opinión; el problema jurídico del proceso que se debe decidir, no tendrán precedentes idénticos en la jurisprudencia ni estarán comentados por algún tratadista.

(*) Clase Inaugural dictada en el Aula Magna de la Escuela de Derecho de la Universidad de Concepción, el 7 de Mayo del presente año, con ocasión de conmemorarse el 97º Aniversario de la fundación de la Escuela.

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Luis Recasens Siches (1), explicando la tarea del jurista, o sea, la del abogado, juez, profesor de Derecho, notario y funcionario administrativo, expresa que ella corresponde a cuatro actividades sucesivas e interdependientes.

En primer lugar, dirige su esfuerzo hacia el conocimiento de la norma de Derecho. El abogado y el juez deberán preguntarse cuál es la norma vigente aplicable a la cuestión suscitada.

En segundo lugar, determina el sentido de la norma abstracta frente al caso concreto, para deducir las consecuencias de su aplicación, o sea, realiza una labor de interpretación.

Como las normas del Derecho no son inconexas entre sí, sino que forman parte y resuelven aspectos parciales de una institución, es necesario, en tercer lugar, construír aquella a la cual la norma pertenece: mandato, compraventa, y ubicar dentro de ella el caso concreto, para deducir las conclusiones pertinentes.

En último lugar, queda por cumplir una tarea complementaria a todas las anteriores. En efecto, las instituciones, si bien tienen cierto carácter individual, todas ellas forman parte del orden jurídico general y quedan vinculadas entre sí. Así, la institución del matrimonio está vinculado, dentro del orden del Derecho Civil, con las sucesiones y dentro del orden del Derecho Penal con ciertos delitos, como el de adulterio y el de abandono de familia. Esta tarea constituye la sistematización en el orden total.

Según Kant, la labor del jurista se limita a responder a la pregunta "¿quid juris?", o sea, cuál es el contenido de las normas positivas. No es tarea del jurista interrogarse sobre "¿quid jus?", o sea, qué es el Derecho en su esencia.

De acuerdo con este planteamiento, el abogado se limitará exclusivamente a aplicar al caso propuesto la norma vigente, sin analizar su contenido espiritual. El caso sólo puede constituír un problema de orden jurídico en el sentido de normatividad formal, y no un problema moral o de conciencia.

---

(1) "Filosofía del Derecho" por **Giorgio del Vecchio** y "Estudios de Filosofía del Derecho" por **Luis Recasens Siches.** Tercera Edición de la Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana —México— Tomo 1, página 32,

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nos proponemos demostrar que el jurista debe examinar, a la luz de la estimativa jurídica, el resultado a que haya llegado en virtud de la metodología del Derecho; o sea, que debe formarse un juicio valorativo sobre el resultado de la aplicación de la norma positiva bajo le perspectiva de la finalidad del Derecho. En consecuencia, no sólo debe responder a la interrogante "¿quid juris?", sino también a la interrogante "¿quid jus?".

Para nuestro propósito, debemos fijar los conceptos del Derecho y de la Moral, haciendo presente que todas las conclusiones a que lleguemos sobre esta materia no pretenden tener un valor absoluto, sino que están destinadas a delinear el criterio con el cual se realizó este estudio.

Conceptos del Derecho y de la Moral

Una definición que reproduce el concepto tradicional sobre el Derecho, señala que "es el conjunto de preceptos, reglas o leyes que gobiernan la actividad humana en la sociedad, y cuya observancia está sancionada por la coacción social, o, dicho de otro modo, por la fuerza pública" (2).

El artículo 1º del Código Civil chileno se expresa en términos semejantes, al decir que "la ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohibe o permite." Reformando este concepto formal del Derecho, el artículo 19, del mismo Código dispone que "cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu".

En el Proyecto Inédito, como nota puesta al artículo 19, Andrés Bello dice: "Nosotros creemos que lo más seguro es atenerse a la letra; que no debemos ampliarla o restringirla, sino cuando de ella resulten evidentes absurdos o contradicciones y que todo otro sistema abre ancha puerta a la arbitrariedad y destruye el imperio de la ley."

De acuerdo con estos conceptos, el jurista debe limitarse a la interpretación formal del Derecho, para determinar el con-

(2) **Ambrosio Colin y H. Capitant:** "Curso Elemental de Derecho Civil". Editorial Reus, Madrid, año 1952. Tomo 1, página 10.

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tenido de cada una de sus disposiciones, con abstracción total de la intención o espíritu que ha configurado el texto legal.

Sin embargo, la realidad jurídica demuestra que una norma puede constituír Derecho, aunque no haya sido declarada en la forma prescrita por la Constitución. Así, las más importantes reformas del Derecho en el campo social, introducidas en Chile durante los años 1924 y 1925, no fueron obra del poder constitucional, llamado a redactar tan importantes textos jurídicos, sino impuestas por Decretos Leyes dictados al margen de la Constitución.

No es efectivo, según veremos, que el texto literal de las disposiciones legales configura el contenido del Derecho. En realidad los conceptos referidos describen el Derecho desde el punto de vista formal y pretenden confirmar el positivismo jurídico en boga durante la época de las codificaciones del siglo XIX.

Giorgio del Vecchio (3) fija el concepto del Derecho señalando que éste se refiere a las acciones, al obrar. El acto es un fenómeno atribuído a un sujeto que consta de dos elementos "uno extrínseco que es su manifestación objetiva y otro intrínseco que es una entidad psíquica, una intención, un estado de ánimo, una afirmación de voluntad,"

Se afirma, a menudo, que el Derecho es ajeno al aspecto psíquico del acto y se desinteresa de los motivos o acciones internas. Sin embargo, ello es inexacto, pues los motivos de los actos muchas veces son los elementos que la norma jurídica presupone en diversas instituciones. Así, en el campo del Derecho Penal, la intención es el elemento decisivo para la configuración del delito. En el Derecho Civil, la intención es referida por el legislador para: determinar la interpretación de los contratos, configurar la posesión, calificar la clase de mala fe. La norma jurídica "traza una distinción entre las acciones posibles, dilimitando las justas de las injustas," "El Derecho traza una graduación de valores."

Analizando las relaciones entre el Derecho y la Moral, del Vecchio anota que la valoración de los actos puede realizarse en relación al sujeto mismo que los ejecuta, o sea, con la posibili-

(3) Obra citada, páginas 103 y siguientes.

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dad subjetiva de realizar otro acto. De la incompatibilidad entre uno y otro, nace una necesidad positiva de acción o una negativa de abstención, determinada por el deber moral. La valoración de los actos humanos puede realizarse también en relación con los actos de otros sujetos, lo que constituye una consideración objetiva del obrar. La acción ya no se contrapone sólo a la omisión de parte del sujeto. sino que implica a que por parte de otros sujetos no debe ser realizada una acción incompatible con aquélla. "El principio ético, pues, en esta forma, tiende a instituír una coordinación objetiva del obrar, y se traduce en una serie correlativa de posibilidades e imposibilidades de contenido con respecto a varios sujetos." La coordinación subjetiva de los actos constituye el campo de la Moral y la correlación objetiva de los mismos el campo del Derecho. "De un mismo principio, según su diverso modo de aplicación, se derivan las dos especies fundamentales de la valoración del obrar; que son cabalmente las categorías éticas de la Moral y del Derecho."

Sintetizando estos conceptos, Giorgio del Vecchio define el Derecho "como la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina excluyendo todo impedimento." Estima este autor que "hay que rechazar la tesis de que el Derecho tenga una esfera de aplicación más restringida que la Moral, y limitada a una sola parte del obrar. Entre Derecho y Moral no existen diferencias cuantitativas, sino únicamente cualitativas, es decir, tanto el primero como la segunda consideran todas las acciones, aunque desde un punto de vista diverso". Las relaciones entre el Derecho y la Moral son tan estrechas y necesarias, que una y otra categoría tienen esencialmente el mismo grado de verdad, el mismo valor. A la Moral y al Derecho debe atribuírseles lógicamente el mismo carácter absoluto o relativo, de naturalidad o arbitrio. No es posible una contradicción o disparidad bajo este aspecto, porque se trata igualmente de normas del obrar, que se suponen e integran recíprocamente, y tienen un único fundamento".

La coincidencia del Derecho con la Moral, precedentemente anotada y establecida a priori, constituye una premisa, cuya verdad pretendemos demostrar empíricamente, confrontándola con las consecuencias que entraña frente a la realidad socio-jurídica en que se desenvuelve la labor del jurista.

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Consideremos consecuencias de dicho orden: que el contenido de la norma jurídica es esencialmente moral; que no debe existir contradicción entre el Derecho Objetivo y la Moral; que no debe haber contradicción entre el ejercicio del Derecho Subjetivo y la Moral; y que la aplicación del Derecho es, a la vez, un problema de orden jurídico y un problema de orden moral.

Contenido moral de la norma jurídica

El contenido moral del Derecho se nos revela bajo dos aspectos: en primer término, las normas jurídicas son al mismo tiempo normas morales cuyo cumplimiento garantiza la autoridad, mediante la sanción física; y, en segundo término, el legislador afirma expresamente el contenido moral de sus disposiciones.

Para demostrar el primer aspecto cabe señalar que la norma jurídica envuelve la aplicación de una categoría del orden moral.

Corresponden a las categorías morales, para citar algunas, los conceptos: de fidelidad, lealtad, honestidad, veracidad, equidad y deber de socorro.

El deber de fidelidad aparece en el artículo 131 del Código Civil como una de las obligaciones fundamentales del matrimonio. El Derecho Penal refuerza la efectividad de esta obligación a través del adulterio.

La lealtad informa las disposiciones que reglamentan el contrato de sociedad. De acuerdo con el artículo 2108 del Código Civil la sociedad puede expirar por la renuncia de uno de los socios; pero el artículo 2110 señala que no vale la renuncia que se hace de mala fe o intempestivamente. Por último, el artículo 404 Nº 4 del Código de Comercio prohibe la competencia desleal del socio con la sociedad.

La honestidad ha sido recogida como principio ético de nuestra conducta en la mayoría de las instituciones jurídicas. Por vía de ejemplo señalaremos sólo algunas.

El artículo 44 del Código Civil define el dolo como "la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". De acuerdo con el artículo 1458, vicia el consentimiento y es causa de nulidad de los actos y contratos.

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La honestidad equivale a la buena fe. Según nuestro Código Civil: preside la ejecución de los contratos (4); otorga indemnización de perjuicios a quien haya contratado erróneamente, pero de buena fe (5); distingue la posesión regular de la irregular (6); delimita las prestaciones mutuas en la acción reivindicatoria (7); y las restituciones en la acción de nulidad (8); protege al tercero de buena fe contra la acción de pago de lo no debido (9); etc., etc.,

La falta de veracidad del vendedor sobre los vicios de la cosa que entrega configura la acción de saneamiento que corresponde al comprador perjudicado, y da a éste no sólo el derecho a la restitución o rebaja del precio, sino, además, el derecho a la indemnización de perjuicios, de acuerdo con el artículo 1861 del Código Civil. La misma falta configura el delito de falso testimonio.

La bondad encuentra su expresión en el principio "indubito pro reo".

El sentido de lo justo o equitativo y su contrapartida, la arbitrariedad o el abuso, informa las normas que reglamentan el ejercicio de la autoridad o poder. El Código Civil dispone que los hijos legítimos deben respeto y obediencia a su padre y su madre (10) y que el padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos (11).

El abuso del poder y la arbitrariedad judicial configuran numerosos delitos en el Código Penal.

El deber de socorro ha sido elevado a norma jurídica en diversos textos legales. Este deber se manifiesta en los alimentos que se deben por ley a ciertas personas (12). El incumplimiento

---

(4) Artículo 1546 del Código Civil.
(5) Artículo 1455 del Código Civil.
(6) Artículo 702 del Código Civil.
(7) Artículo 906 del Código Civil.
(8) Artículo 1687 del Código Civil.
(9) Artículo 2303 del Código Civil.
(10) Artículo 219 del Código Civil.
(11) Artículo 233 del Código Civil.
(12) Título XVIII, Libro I, del Código Civil.

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de esta obligación causa la pérdida de la patria potestad (13), constituye motivo de desheredamiento (14) y configura los delitos de abandono de niños y personas desvalidas (14 a).

La enseñanza moral que contiene la parábola del buen samaritano ha sido recogida por el Derecho positivo, pues comete delito-falta "el que no socorriere o auxiliare a una persona que encontrare en despoblado herida, maltratada o en peligro de perecer, cuando pudiere hacerlo sin detrimento propio" (15).

El propio legislador se encarga de consignar afirmaciones generales sobre el contenido moral de sus disposiciones.

Reglamentando la condición, en materia de obligaciones, dispone que aquélla debe ser física y moralmente posible, y considera "moralmente imposible la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o que es opuesta a las buenas costumbres o al orden público" (16).

De esta manera, identifica con la Moral a las leyes, a las buenas costumbres y al orden público.

Igual criterio aparece en la reglamentación de las asignaciones modales, pues "si el modo es por su naturaleza imposible, o inductivo a **hecho ilegal o inmoral**, o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposición" (17).

Finalmente, de acuerdo con el inciso 1º del artículo 1467 del Código Civil", no puede haber obligación sin una causa real y lícita". Agregando el inciso 2º que se entiende por **causa** el motivo que induce al acto o contrato; y por causa **ilícita** la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público".

La Corte Suprema, aplicando dichos preceptos legales, ha declarado que es abiertamente inmoral y contrario a las buenas costumbres, lo que lo vicia de nulidad absoluta, por ilicitud de su causa, el contrato celebrado entre el deudor ejecutado y un tercero para alterar el verdadero precio de la subasta del bien

(13) Artículo 267 del Código Civil.
(14) Artículo 1208 del Código Civil.
(14a) Artículos 346 y siguientes del Código Penal.
(15) Artículo 494 Nº 14 del Código Penal.
(16) Artículo 1475 del Código Civil.
(17) Artículo 1093 del Código Civil.

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

embargado, por medio de maniobras extrañas y perjudiciales para el acreedor ejecutante, convenidas y llevadas a cabo subrepticiamente (18).

Contradicción entre la Moral y el Derecho Objetivo

De las múltiples citas legales precedentemente consignadas se desprende el espíritu del legislador de que las normas del Derecho y las de la Moral coincidan. Se confirma, así, la fórmula de Bentham, citada en todos los textos sobre esta materia, de que el Derecho y la Moral tienen un mismo centro pero no tienen la misma circunferencia.

Nos corresponde analizar ahora la posibilidad de contradicción entre el Derecho y la Moral, o sea, acaso la valoración de lo justo de uno u otro conjunto de normas puede conducir a soluciones opuestas.

La oposición, a lo menos aparente, puede producirse por la diferencia de los medios de elaboración de las normas de la Moral y las del Derecho. Ambas son esencialmente variables y su contenido queda acondicionado por la evolución cultural de la comunidad en que deben ser aplicadas. Las primeras evolucionan coetáneamente con la cultura. Las segundas, en cambio, tienen un carácter estático, especialmente en los sistemas jurídicos codificados. Puede suceder, así, que durante cierto período la ética jurídica difiera de la Moral. Un ejemplo lo constituye la esclavitud, que en su origen estaba justificada por la Moral y el Derecho de su época; se mantuvo después como institución jurídica pero rechazada por la Moral, para terminar siendo repudiada por ambos órdenes.

La posibilidad de contradicción que hemos anotado, sin embargo, es más aparente que real. Para demostrarlo analizaremos el método a través del cual el Derecho llega a su aplicación práctica.

---

(18) **"Revista de Derecho y Jurisprudencia y Ciencias Sociales"** (R. D.) Tomo 16, Sección 1ª Página 257; citada en **"Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas"**. Artículo 1467.

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El jurista tiene a su cargo una función dogmática, o sea, la de aplicar los conceptos formales del Derecho. No obstante, muchas veces no basta la aplicación de dichos conceptos, pues la norma puede contener referencias a conceptos o juicios valorativos no definidos por ella misma (19).

Así, por ejemplo, hemos visto que el artículo 1467 del Código Civil considera causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público. Las prohibiciones legales las señala el legislador en forma específica; pero en parte alguna nos da un juicio valorativo para discernir, por ejemplo entre buenas y malas costumbres o entre orden público y lo que es contrario a dicho orden. Los casos en que así ocurre son tan numerosos que constituyen la regla general. Conceptos como: buen padre de familia en la culpa, castigo moderado en el poder paterno, justo motivo, justa causa de error, y buena fe en materia contractual, no han sido definidos por el legislador.

Resulta de lo dicho que para determinar el sentido de una norma jurídica debe fijarse el alcance de los conceptos valorativos que ella contiene. Para estos efectos, de acuerdo con el artículo 20 del Código Civil, "las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras". En consecuencia, para descifrar el contenido de los conceptos valorativos del Derecho el intérprete debe recurrir al sentido natural y obvio y al uso general, o sea, a la realidad social y época en que éste debe ser aplicado. De esta manera el jurista puede salvar una contradicción aparente entre el Derecho y la Moral; y en la práctica así sucede, según lo demostraremos con un ejemplo que nos proporciona nuestra Jurisprudencia.

Hasta el año 1922 los tribunales resolvían uniformemente, que no procedía reparar el daño moral proveniente de un delito o cuasidelito, pues los artículos 2314 y 2329 del Código Civil limitaban la indemnización al daño material. Sólo desde la sentencia dictada por la Corte Suprema el 16 de Diciembre de 1922, se resuelve que el artículo 2314 comprende tanto el daño causado a las cosas, como el causado a las personas, y que entre

(19) **L. Recasens Siches:** Obra citada. Tomo I. Página 36.

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

estos últimos "ha comprendido tanto el inferido a la persona física o de orden material, como los de orden inmaterial o psíquico" (20).

Hemos visto que el legislador pretende consolidar el alcance de sus disposiciones a través del artículo 19 del Código Civil que dispone: "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu".

Este dogmatismo fue indiscutible hasta cierta época. En efecto, en sentencia del año 1921, la Corte Suprema declaró que a los jueces les corresponde aplicar la ley y no procede, sin salirse de la esfera de sus atribuciones, entrar a juzgarla y rehusar su aplicación a pretexto de que, según su criterio, no está en armonía con los principios de la ciencia o de la justicia, pues de lo contrario, la ley desaparecería, dejando de ser una regla obligatoria para la sociedad (21).

Sin embargo, en sentencia del año 1927 se expresa que si se entiende la ley en el sentido absoluto y extenso que resulta de su tenor literal y, aplicándola en esa inteligencia, se contraría su intención y espíritu, debe interpretarse en su sentido más restringido, que se conforme a esa intención y espíritu (22).

La evolución de la interpretación de la ley culmina con un fallo dictado en materia penal el año 1957. En él se expresa que "el juez no puede vivir ajeno a las transformaciones jurídicas y científicas que repercuten en el Derecho y está en el deber de adaptar en lo posible el texto de la ley a las exigencias del progreso. La denominada interpretación progresiva se impone, cuando nuevos y ponderables aspectos de evolución jurídica pueden entrar en las fórmulas generales de la ley" (23).

---

(20) **Orlando Tapia Suárez:** "De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes". Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado. Páginas 184 y siguientes. Sentencia Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo 21, Sección 1ª página 1053.

(21) **"Revista de Derecho y Jurisprudencia".** Tomo 20. Sección 1ª, página 472. Citada en **"Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas".** Artículo 24.

(22) **"Revista de Derecho y Jurisprudencia".** Tomo 25, Sección 1ª, página 317; C. 4ª, página 334. Citada en **Repertorio de Legislación y Jurisprudencias chilenas.** Tomo I, Artículo 24.

(23) **"Revista de Derecho y Jurisprudencia".** Tomo 57. Sección IV, página 60.

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Resumiendo, podemos concluír que la valoración de lo justo coincide en lo jurídico y en lo moral, y que, para ello, o el Derecho se limita a señalar conceptos éticos sin determinar su contenido, o los tribunales se encargan de fijar el alcance de la ley mediante la interpretación progresiva de la misma.

Contradicción entre la Moral y el Derecho Subjetivo

Entendemos por derecho subjetivos "las facultades o prerrogativas pertenecientes a un individuo y de las cuales puede prevalerse respecto a sus semejantes en el ejercicio de su actividad" (24).

De toda norma legal nace un imperativo jurídico para una persona, que, a su vez, constituye la facultad de otra, para exigir el cumplimiento de dicho imperativo.

"La separación del Derecho de la Moral, afirmada por Tomasio y por Kant, fue llevada al extremo por el gran discípulo de éste, Fichte. Este —en la primera fase de su pensamiento— cavó casi un abismo entre las dos partes de la Etica, y creyó destacar una contradicción casi insalvable entre los principios de la Moral y los del Derecho, para lo cual se fundaba en que el Derecho permite actos que la Moral prohibe; así, por ejemplo, las leyes consienten al acreedor el ser despiadado contra su deudor, hasta llegarlo a sumir en la miseria " (25).

Giorgio del Vecchio (26) rebate esta afirmación, sosteniendo que tal contradicción sería efectiva si el Derecho mandase a hacer algo que la Moral prohibe. Ello no sucede jamás. El Derecho traza una zona protegida dentro de la cual el individuo puede hacer valer su voluntad, pero ello no significa de por sí la conformidad de ésta con la ley moral. La posibilidad de uso inmoral del derecho subjetivo nace, sin duda, del formalismo jurídico, consecuencia lógica de la codificación del siglo pasado. Para evitarlo, el Derecho moderno ha creado el concepto del abuso del derecho.

---

(24) **Colin y Capitant:** Obra citada, Tomo I, página 10.
(25) **Giorgio Del Vecchio:** Obra citada, página 119.
(26) Obra citada, página 120.

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El concepto del abuso del Derecho es en sí mismo una valoración de orden moral. Hemos visto que la Moral valoriza los actos en relación con el sujeto mismo que los ejecuta, o sea, con la posibilidad de realizar otros actos en su reemplazo. El abuso implica la posibilidad de realizar uno u otro acto, pero que el escogido por el agente sea contrario a los principios de la Moral.

La elección arbitraria o abusiva del derecho subjetivo puede ser limitada: en el Derecho mismo por un concepto normativo; mediante facultades concedidas al poder encargado de sancionar el derecho subjetivo; y en virtud de la reglamentación del ejercicio de la profesión, a través de la cual el abuso puede llegar a consumarse.

El artículo 2º del Código Civil Suizo, ubicado en el párrafo de las reglas generales, establece el abuso del derecho como concepto normativo general.

El Código Civil Alemán no lo establecía en términos tan amplios, pero la Doctrina y la Jurisprudencia ampliaron el principio del artículo 242, o sea, la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, al principio del "ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones de buena fe" (27). Este principio rige no sólo en el Derecho de las Obligaciones, sino también en el Derecho Público y en el Derecho Procesal. En su virtud, los tribunales alemanes fijan la forma material del cumplimiento de las obligaciones; delimitan el contenido de las mismas, sea en beneficio del deudor o del acreedor; aplican la cláusula "rebus sic standibus" en materia contractual; y resuelven los problemas de las incidencia de la inflación monetaria en deudas contraídas en dinero.

La Doctrina alemana, comentando las consecuencias que entraña la interpretación tan amplia del artículo 242, señala que ella no constituye inseguridad jurídica, sino para aquél que pretende el uso de un derecho más allá de lo admisible. Admite sí, que de esta manera la tarea del abogado y especialmente la del juez se torna más difícil, e implica una mayor responsabilidad, pues es más fácil deducir una conclusión matemática de una premisa general, que hacer realmente justicia en un caso particular (28).

(27) **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch.** Comentarios al artículo 242.
(28) **Palandt:** Obra citada. Comentarios al artículo 242.

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nuestra legislación no establece el abuso del Derecho como concepto valorativo general. Por ello, la interpretación formal del Derecho es la actitud usual de nuestros tribunales.

Hemos encontrado, sin embargo, algunos casos en que la Jurisprudencia se ha visto obligada a forzar la interpretación de la ley para evitar manifiestas injusticias o abusos. Así, se ha declarado que infringe el artículo 1546 la sentencia que acoge la reivindicación deducida contra el último comprador por los herederos de uno de los principales vendedores, ya que esa acción es incompatible con una de las obligaciones primordiales e insubstituíbles para el comprador, la de sanear la evicción, lo que está en pugna con la buena fe con que deben ejecutarse los contratos, que impone ante todo el sometimiento a las obligaciones expresas que de ellos nacen (29).

En otra oportunidad, no obstante haber jurisprudencia anterior en contrario, se declaró que el dominio de los inmuebles por destinación —como las máquinas destinadas al beneficio del inmueble— debe probarse por la inscripción del título respectivo en el Conservador de Bienes Raíces. Esta sentencia ha merecido el siguiente comentario: el fallo sólo se explica por la circunstancia de tratarse de una tercería de dominio, acción de que tanto se abusa para burlar la justicia, y de la necesidad en que se vió la Corte Suprema de usar esta doctrina para evitar males mayores (30).

El abuso, en el derecho subjetivo, sólo puede consumarse si el poder lo sanciona. Resulta, así, de importancia primordial la actitud más o menos pasiva que el juez está llamado a desempeñar frente a la pretensión de hacer valer un derecho subjetivo.

Hasta hace más o menos veinte años a esta fecha, la pasividad del juez era la característica de nuestro ordenamiento judicial. Su función estaba reglamentada en términos tan estrictos que, sin trasgredir las disposiciones del ordenamiento procesal, debía fallar conforme al mérito del proceso, que una defen-

---

(29) **Revista de Derecho y Jurisprudencia.** Tomo 31, Sección I^{a}, Página 29. Citado en **"Repertorio".** Artículo 1546.

(30) **"Repertorio".** Artículo 728 del Código Civil, Sentencia: **Revista de Derecho y Jurisprudencia.** Tomo 2, Sección 1^{a}, página 513.

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sa ingeniosa y a veces inescrupulosa había construido, y aunque ello repugnara a su propio sentido de equidad.

La presentación de los hechos ante el magistrado, a través del procedimiento probatorio, es la base de toda pretensión judicial.

Si la apreciación de la prueba queda regulada estrictamente por la ley, se posibilita el abuso del derecho mediante una prueba construida en consideración de dicha regulación y con el fin de crear una apariencia de realidad, sea durante la celebración de los negocios jurídicos o durante la tramitación de los procesos. En el primer caso pensamos en los documentos firmados en blanco y en el segundo, en la fabricación de pruebas testimoniales.

El legislador, para evitar la distorsión de la justicia por este camino, ha instituido la apreciación de la prueba en conciencia. Esto aparece por primera vez en la legislación social, que en sí misma constituye una medida contra el abuso del derecho de aquella época. Posteriormente ha sido introducida, para evitar la impunidad, en los delitos de mayor frecuencia, como el hurto, el robo y la usura.

La iniciativa del juez es importantísima para poner atajo al abuso del derecho en la sustanciación de los procesos.

La Ley Nº 7760, del año 1944, que introdujo importantes reformas en el Código de Procedimiento Civil, contiene una declaración de propósitos en tal sentido. En efecto, el proyecto de ley se presentó al Congreso Nacional con un mensaje en el cual se expresa que las reformas más importantes que se proponen consisten en que "se amplían las atribuciones de los magistrados, que en numerosos casos, hasta podrán proceder de oficio; a los jueces se les saca de su rol pasivo de meros espectadores en la contienda judicial, para llevarlos al plano de personeros activos de la justicia, premunidos de las facultades necesarias para establecer, con pleno conocimiento de causa, la verdad jurídica que permita, fundada y rápidamente, dar a cada uno lo que es suyo".

Para que se produzca la contradicción entre la Moral y el Derecho, que anotaba Fichte, refiriéndose al acreedor despiadado, es necesario que éste disponga de la herramienta legal que le permita consumar su propósito. Esta herramienta sólo puede

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

serle proporcionada por un abogado, pues de acuerdo con la Ley Orgánica del Colegio de Abogados "la primera presentación de cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, deberá ser patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión" (31).

La citada disposición legal nos permite afirmar que el abuso del derecho y la contradicción entre la Moral y el Derecho sólo es factible si el abogado no ejerce su profesión conforme a las normas que garantizan su prestigio.

El Código de Etica Profesional dispone al efecto, en su artículo primero, que "el abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración; y que la esencia de su deber profesional es defender enpeñosamente, con estricto apego a las normas jurídicas y morales, los derechos de su cliente."

Esta norma nos permite sostener que son responsables del ejercicio inmoral de un derecho subjetivo, tanto el titular de dicho derecho, como el abogado que proporciona los medios para ejercerlo en esa forma. El que así actúa olvida que la profesión no es sólo un oficio remunerado, sino que le impone también el deber de defender los valores de la cultura que su educación universitaria le ha transmitido.

Creemos que tiene razón Savigny, cuando dice que el Derecho no es una creación del azar, las circunstancias o la sabiduría, porque cada vez que una regla de Derecho se revela a la inteligencia humana, la regla ya preexiste. El Derecho positivo vive en la conciencia común del pueblo. No lo crean los diversos individuos que componen dicho pueblo, porque seguramente las diversas voluntades individuales habrían creado derechos diferentes. El Derecho se remonta más allá de los tiempos históricos que lo revelan en los documentos que nos llegan de la primera época. El Derecho responde al sentimiento de necesidad, sentimiento tan claramente expresado en la creencia del origen divino del Derecho. Todos los elementos de un pueblo se ma-

(31) Artículo 40 de la Ley Nº 4.409.

Artículo: La moral y el derecho
Revista: Nº120, año XXX (Abr-Jun, 1962)
Autor: Bernardo Gesche Müller

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nifiestan en esta forma; así, la lengua no ha sido creada por la voluntad de los individuos sino por el espíritu nacional (32).

La marcha natural de la civilización, que trae la división del trabajo y de los conocimientos, condiciona que el Derecho, que antes vivía en la conciencia del pueblo, adquiera tal desarrollo, que su conocimiento pase a ser inaccesible a todos los miembros de la nación. Entonces se forma la clase especial de los jurisconsultos que, en el dominio del Derecho, representan al pueblo de que forman parte (33).

Creemos que el Derecho no está en las normas formuladas, con redacción más o menos feliz, por el legislador, sino que el Derecho se manifiesta y su contenido se determina por la forma en que dichas normas son aplicadas en la realidad socio-jurídica.

Creemos que no sólo el Poder Legislativo formula Derecho. Todos los juristas concurren a su elaboración: el juez mediante la interpretación del Derecho en sus fallos; el funcionario, mediante el espíritu con que da cumplimiento a sus obligaciones; el profesor, mediante el criterio jurídico que pretende cultivar entre sus alumnos, y el abogado, mediante la dignidad con que ejerce su profesión.

---

(32) "Derecho Romano". Tomo 1º, páginas 29 y 30.
(33) **Savigny:** Obra citada. Tomo 1º, página 47.