

por ejemplo) puede, bajo determinadas circunstancias, impresionar a un deudor menos que el miedo a la desaprobación y a las otras reacciones de su contorno inmediato o de un grupo estamental de cuya actitud amistosa depende el individuo»¹¹. Por ello, la mayor o menor gravedad que se otorga a las sanciones derivadas del incumplimiento del Derecho o de las reglas del trato social depende de las situaciones concretas individuales en que se encuentran los sujetos y debe ser el resultado de una consideración caso por caso. Es difícil establecer reglas generales en este punto. Por otra parte, el carácter no institucionalizado de la sanción sería, precisamente, una de las semejanzas entre reglas del trato social y normas morales.

Con independencia del valor de la caracterización anterior parece que el criterio último y definitivo a la hora de establecer las diferencias entre las reglas del trato social y las normas jurídicas es el de la pertenencia o no al ordenamiento. Ya hemos visto que ambos tipos de normas no se pueden diferenciar por su contenido y que, por tanto, determinadas conductas humanas pueden estar sometidas, incluso al mismo tiempo, a ambas normas. Por tanto, habrá que recurrir a la inclusión o no de esas normas en un ordenamiento jurídico para saber si son normas jurídicas o si, por el contrario, son reglas del trato social. Así, el criterio de la validez jurídica nos permite identificar a las normas jurídicas respecto a las reglas del trato social. Y en directa relación con lo anterior hay que señalar también que el Derecho tiene una naturaleza sistemática que permite una autorregulación de los criterios de pertenencia, no compartida por las reglas del trato social.

2. DERECHO Y MORAL

El tema de las relaciones entre la Moral y el Derecho es una de las cuestiones más vitales, importantes y complejas de la Teoría y Filosofía del Derecho. Además, de ella dependen, o se ven afectadas, otras cuestiones referentes al concepto de Derecho, a su aplicación, a las relaciones entre legalidad y justicia o a la obediencia al Derecho.

Uno de los datos que avalan la exactitud de estos juicios es que a lo largo de la historia de la reflexión sobre el Derecho ningún filósofo o teórico del mismo ha dejado de enfrentarse a este asunto. Y lo mismo cabe decir de la filosofía del Derecho contemporánea. Las teorías que esta reflexión ha propiciado tienen diferente valor y significado, pero sirven de prueba convincente acerca de la oportunidad de los planteamientos utilizados.

Existe una explicación sencilla del por qué de todo esto. La Moral y el Derecho componen una parte sobresaliente del comportamiento humano. Además comparten una serie de términos: deber, obligación, culpa, respon-

¹¹ H. HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 211.

sabilidad, etc. El contenido del Derecho tiene una clara dependencia de la moral social vigente, de la misma forma que toda moral social pretende contar con el refuerzo coactivo del Derecho para así lograr eficacia social. Las Constituciones suelen apelar a conceptos como justicia, libertad, dignidad humana o derechos fundamentales, que tienen un fuerte componente ético. Quizá esto no pueda ser de otra manera y de ahí que sea conveniente llamar la atención para evitar la confusión entre la Moral y el Derecho.

Hoy los nombres de H. Kelsen, Alf Ross, G. Radbruch, H. L. A. Hart, Lon L. Fuller, R. Dworkin, J. Rawls o Norberto Bobbio van unidos a interesantes polémicas ¹², donde con frecuencia el asunto de fondo tiene que ver con la cuestión de las relaciones entre la Moral y el Derecho. En muchas de esas polémicas los asuntos planteados siguen abiertos porque, con uno u otro ropaje, con mejores o peores utensilios de análisis, han trasladado a nuestro tiempo preguntas eternas de la historia de la Filosofía del Derecho.

La tesis que aquí se mantiene es la de la necesaria distinción entre la Moral y el Derecho, en ningún caso separación tajante, acompañada de una serie de conexiones empíricas muy relevantes. Como ha señalado Gregorio Peces-Barba: «*La distinción entre Derecho y Moral no debe dificultar el esfuerzo por constatar las conexiones entre ambas normatividades en la cultura moderna, ni la lucha por la incorporación de criterios razonables de moralidad en el Derecho, ni tampoco la crítica desde criterios de moralidad al Derecho válido*» ¹³.

En cambio, las tesis de la vinculación conceptual necesaria entre la Moral y el Derecho me parece difícil de mantener. Aunque aquí no se tratará, sí creemos que debe ser mencionada, ya que es objeto de revitalización y desarrollo por importantes sectores de la actual Filosofía del Derecho.

a) La constitución moral de los seres humanos y el Derecho

En esta parte del tema señalaremos las dos tesis siguientes:

- 1.^a Que la persona humana es estructuralmente moral.
- 2.^a Que el Derecho, como consecuencia de la tesis anterior y de que se trata de una obra humana, es estructuralmente moral.

¿Qué significa que los seres humanos son *estructuralmente* morales? No pretendemos aquí ninguna descripción suficientemente completa de lo que deba ser entendido por moral. Simplemente deseamos insistir en que la moral tiene que ver no sólo con la perfección individual y con la vida buena y virtuosa (ética privada), sino también con el bienestar, la justicia o la felicidad

¹² En el trabajo de Francisco Laporta, «Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo», incluido en su libro *Entre el Derecho y la Moral*. México, Editorial Fontamara, 1993, se puede encontrar una buena muestra y un buen tratamiento de estas polémicas.

¹³ Gregorio Peces-Barba, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate, 1983, p. 157.

de los que nos rodean (ética pública). Es algo que atañe a todos los seres humanos durante toda la vida y que tiene una importancia de primer grado para su adecuado desenvolvimiento.

La vida humana es un quehacer moral, un conjunto de elecciones, preferencias y formas de actuar que sirven para definirnos moralmente. De ahí que sea muy adecuada la distinción que José Luis LÓPEZ ARANGUREN estableció entre tres perspectivas de la moral: la moral como estructura, la moral como contenido y la moral como actitud. La moral como estructura, que es la perspectiva que ahora nos interesan, significa que *«el hombre, por inmoral que sea en cuanto al contenido que su comportamiento pueda, en ocasiones, ser, es estructuralmente moral en cuanto que, inexorablemente, le compete el quehacer de su vida (incluida la forma, deficiente por donde quiera que se le mire, de dejar que la hagan los demás). El hombre, personal y socialmente considerado, es el actor, el agente y el autor de su vida; representa un papel —o muchos— con el cual actúa sobre la realidad, siguiendo el hilo de su propia invención»*¹⁴.

En cuanto a la segunda tesis anteriormente expresada, que el Derecho es estructuralmente moral, significa que todo ordenamiento jurídico representa un punto de vista sobre la justicia y traduce, por medio de normas jurídicas, una legitimidad, es decir, unos valores, que le sirven de justificación e inspiración. Todo Derecho es legitimidad legalizada, es decir, una especie de justicia con *j* minúscula que puede, siempre, ser objeto de valoración moral desde la legitimidad Justa, con *J* mayúscula, es decir, desde unos principios ideales de justicia que actúan críticamente. Como ha indicado Elías DÍAZ: *«El Derecho aparece siempre... como realización de una cierta idea de justicia, una u otra, la que sea, como materialización de un cierto sistema de valores. Toda legalidad es, en este sentido, expresión de una determinada legitimidad, lo mismo que, viceversa, toda legitimidad tiende a realizarse a través de una concreta y efectiva legalidad»*¹⁵.

Un aspecto básico del análisis de toda esta cuestión es que la idea de la vida humana como quehacer moral, aunque se trate de una tarea fun-

¹⁴ José Luis LÓPEZ ARANGUREN, *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 106.

Sobre estos puntos ver el Capítulo V, «Sobre la Ética y su justificación», del libro de Eusebio FERNÁNDEZ *Estudios de Ética jurídica*, Madrid, Debate, 1990, pp. 99 ss.

La cuestión de la moral como estructura es un tema recurrente en la producción intelectual de ARANGUREN desde su *Ética*, publicada en 1958. Allí le dedica el Capítulo VII de la primera parte, que lleva por título «La realidad constitutivamente moral del hombre: moral como estructura». También allí deja constancia de las influencias, en este asunto, de las ideas antropológicas de Xavier Zubiri y de la filosofía de J. Ortega y Gasset. Ver sobre este punto el Capítulo IV del libro de Cristina HERMIDA DEL LLANO *J. L. L. Aranguren. Estudio sobre su vida, obra y pensamiento*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, 1997, pp. 189 ss.

¹⁵ Elías DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1980, p. 52.

Ver también el Capítulo I, «Ética, Política y Derecho. ¿El Derecho positivo debe basarse en una Ética?», del libro de Eusebio FERNÁNDEZ *Filosofía Política y Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 23 y 24.

damentalmente personal e individual, ello no significa que agote aquí su proyección. Se trata de una tarea compartida con otros sujetos morales, cada uno de ellos agente de otros tantos quehaceres. Es aquí donde entra en juego el Derecho como mecanismo social que posibilita, con una eficacia especial que le otorga ser la organización e institucionalización de la coacción, la paz social, la estabilidad y la convivencia humana.

La vida como quehacer moral, por tanto, trasciende la pura individualidad y se proyecta socialmente. Modelamos nuestra vida en convivencia con los otros; de ahí surgen las normas de organización social en general y gran parte de los deberes morales y los deberes jurídicos en particular ¹⁶.

De ahí también que se deba tener en cuenta que aunque el mundo de los valores es el mundo de la pluralidad de sistemas de valores, éstos deben coexistir en el marco del reconocimiento de un conjunto básico de intereses, necesidades y derechos comunes. El pluralismo de concepciones ideológicas, culturales y axiológicas tiene que convivir con la idea de una humanidad común. Éste es un importante reto de la época contemporánea. Como ha señalado A. RENAUT: *«El hombre democrático no está, por tanto, condenado en absoluto a vivir sin valores susceptibles de ser compartidos y capaces de imponer a la afirmación de sí mismo un principio de limitación»* ¹⁷.

b) Moral y Derecho. Modelos de relación

El tratamiento de las relaciones entre la Moral y el Derecho se puede llevar a cabo, a nuestro juicio, por medio de tres modelos generales: A) confusión; B) separación tajante, y C) distinciones y conexiones.

A) En este primer modelo se confunden los contenidos de la Moral y el Derecho. Al mismo tiempo se da una subordinación total del Derecho a la Moral: ni lógica ni prácticamente cabe la posibilidad de encontrar normas jurídicas inmorales.

Tradicionalmente se suele expresar esta postura a través de la idea de dos círculos concéntricos. La moral sería el círculo exterior y el Derecho el círculo interior. El Derecho es una parte de la moral, puesto que las normas jurídicas se refieren a las exigencias necesarias e imprescindibles para la con-

¹⁶ Es interesante la lectura del reciente libro de Alain RENAUT, *El futuro de la Ética*, traducción de José L. Gil Aristu, Barcelona, Galaxia Gutenberg-Círculo de Lectores, 1998. Una de sus aportaciones es el intento de compatibilizar los valores de la individualidad, es decir, la autonomía moral, con la idea universal de humanidad: *«puesto que somos modernos y puesto que el cielo de las ideas está vacío, necesitamos inventar nuestros valores, y a no ser que imaginemos una especie de intuición de las verdades morales, no podremos esperar encontrarlas ya de aquí en adelante partiendo cada uno de sí, sino únicamente en esta confrontación entre argumentaciones que obliga a cada cual a situarse en el punto de vista de todos los demás y produce de ese modo una especie de práctica efectiva del imperativo categórico»* (p. 110).

¹⁷ Obra y edición citada, p. 91.

vivencia humana y por ello precisan de coactividad en su cumplimiento. Sin embargo, aunque hay normas morales que no se transforman en normas jurídicas, todas las normas jurídicas son normas a las que se debe dar por presupuesta su moralidad.

Ésta es la postura realizada por aquellos ordenamientos jurídicos inspirados en planteamientos fundamentalistas e integristas, tanto religiosos como políticos, o en los Estados confesionales. También es posible encontrar ejemplos de ella en la historia de las teorías iusnaturalistas. La dependencia del Derecho en relación con una moral absoluta y excluyente es su rasgo más notable. No solo los contenidos del Derecho dependen de los contenidos de esa moral cerrada que se predica universal e inmutable, sino que todo ello se acompaña con una tendencia obsesiva a convertir lo calificado como inmoral en ilegal, traspasando también los límites de la moral personal o privada.

B) La tesis radicalmente contraria a la anterior es la de la separación tajante entre la Moral y el Derecho. Los criterios de moralidad e inmoralidad de una conducta son totalmente independientes de los criterios de legalidad e ilegalidad de la misma.

Este modelo encuentra su mejor expresión en el positivismo jurídico más radical, por ejemplo: se trata de la tesis mantenida por Hans Kelsen. La postura de H. Kelsen de separación e independencia total entre la Moral y el Derecho es consecuencia de dos tesis filosóficas que en su obra son determinantes: en primer lugar, la tesis de filosofía moral, que considera relativos todos los valores morales y de justicia, es decir, la tesis fuerte del relativismo moral, y en segundo lugar, su concepción de la racionalidad y de la ciencia jurídica, plasmada en su intento de elaborar una teoría pura del Derecho.

Así, cuando H. Kelsen se refiere a la tesis de la separación entre Moral y Derecho en *Teoría pura del Derecho* escribe:

«La exigencia, formulada presuponiendo una doctrina relativista de los valores, de separar Derecho y moral y también Derecho y justicia, sólo significa que cuando se evalúa un orden jurídico como moral o inmoral, justo o injusto, expresando así la relación del orden jurídico con uno de los muchos sistemas morales posibles y no con "la" moral, sólo efectúa un juicio de valor relativo, no absoluto, y expresa que la validez de un orden jurídico positivo es independiente de su correspondencia, o de su falta de correspondencia, con cierto sistema moral...»

*La función de la ciencia jurídica de ninguna manera radica en valoraciones y evaluaciones, sino en una descripción axiológicamente neutral de su objeto»*¹⁸.

¹⁸ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, traducción de Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, pp. 79, 80 y 81. Para una descripción más extensa y una crítica de

Parece que la idea kelseniana de que la validez de las normas jurídicas positivas no depende de su correspondencia con el orden moral (que no es más que uno de los existentes) ayuda a un análisis clarificador de las necesarias distinciones existentes entre la Moral y el Derecho, pero olvida la existencia, también, de puntos de contacto, entre ellos el de que el ordenamiento jurídico siempre traduce valores y concepciones morales vigentes o aceptados socialmente con carácter predominante. Creemos, en todo caso, que se impone una revisión crítica de esta postura kelseniana y de los presupuestos filosóficos que la inspiran.

C) El tercer modelo es propio de la modernidad occidental e ilustrada. Sugiere la existencia de distinciones importantes entre la Moral y el Derecho al mismo tiempo que no pasa por alto conexiones igualmente fundamentales. Aunque la convivencia entre Moral y Derecho no esté exenta de tensiones, pueden ser complementarios como órdenes de comportamiento humano.

La génesis histórica de esta postura está más o menos clara: el intento de solucionar las guerras de religión, la reivindicación de la tolerancia y la libertad religiosa. Más tarde, con el triunfo de las convicciones ilustradas y liberales, se considerará que una sociedad plural precisa, para su realización y mantenimiento, tener claras las fronteras entre la Moral y el Derecho. Dentro de esta postura se señala que hay un campo común a la Moral y al Derecho y es el que tiene que ver con las exigencias necesarias para una convivencia social estable y suficientemente justa. Un Derecho que se pretenda correcto ha de incluir, por tanto, en grado aceptable, unos mínimos éticos. Pero además hay un campo de la moral que, a pesar de su excelencia, no tiene como objetivo transformarse en normas jurídicas. Y también un ámbito dentro del Derecho que puede ser indiferente desde el punto de vista moral.

Esta postura, consistente en la existencia, conjuntamente, de distinciones y conexiones entre la Moral y el Derecho es la que aquí se mantiene. Quizá sea la única compatible con los valores del pluralismo, las libertades de creencias, pensamiento y de expresión y con los principios que inspiran la tradición liberal democrática y el Estado de Derecho.

c) Moral y Derecho como formas de comportamiento humano. Distinciones y conexiones

La Moral hace siempre y predominantemente referencia a un conjunto de valores, principios, deberes y obligaciones que sirven de guía para la conducta humana. Suele expresarse a través de normas de actuación, y como

esta postura de H. KELSEN puede consultarse el Capítulo II del libro de Eusebio FERNÁNDEZ *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1984, pp. 50 ss.

tales, y a través de hábitos de comportamiento, configuran una manera de ser o el carácter de las personas. Ese carácter o talante moral de las personas expresa las señas de identidad de lo que tenemos como más personal e íntimo, pues es el reflejo de la conciencia individual. Si nos detenemos un poco en nuestro análisis del comportamiento humano podemos tomar nota de que ese conjunto de valores y normas que rigen la conducta moral, debido a su particular importancia, ya que hace entrar en juego a lo más personal que tenemos, la conciencia individual, necesariamente ha de relacionarse con otras normas y formas de organizar el comportamiento y la convivencia de los seres humanos. Unas veces coincidirá, hasta confundirse y ocultar sus diferencias, con los valores y normas religiosas, usos sociales y costumbres y normas jurídicas. No puede ser de otra manera, porque las normas que rigen el comportamiento humano son un conjunto de guías para la acción que se encuentran siempre interrelacionadas. Así, la historia del Derecho en la historia de todas las sociedades nos permite comprobar estas conexiones continuas entre los ámbitos religiosos, social, moral y jurídico, hasta el punto de señalar que el contenido de las normas jurídicas es un producto, aunque no estático ni mecánico, de todo ello.

Sin embargo, también puede ocurrir que los contenidos de los distintos tipos de normas no coincidan, en mayor o menor grado, y hasta se encuentren radicalmente enfrentados. Por ejemplo: que lo permitido por el Derecho esté prohibido por un determinado tipo de creencias y normas morales y religiosas. O que los deberes jurídicos sean incompatibles con los deberes morales, hasta el punto de que debamos elegir, sin otra salida posible, entre seguir los dictados de nuestra conciencia y la sanción penal, o traicionar a nuestra conciencia y no ser sancionados. Los conflictos entre normas religiosas, morales y jurídicas son mayores en las sociedades libres y abiertas que en las sociedades más tradicionales y conservadoras. Las sociedades culturalmente homogéneas son menos conflictivas, desde este punto de vista, que las sociedades plurales. Son los riesgos que hay que correr y los inconvenientes que hay que sufrir por la valoración positiva de la tolerancia y las libertades de conciencia, pensamiento y expresión. Por ello, no es extraño que los progresos en el reconocimiento y garantía de las libertades y derechos humanos hayan sido acompañados de una progresiva desconexión en los contenidos, entre los valores y normas religiosas y morales de grupos sociales hasta ese momento preponderantes, y hasta excluyentes, y las normas jurídicas, que necesariamente deben tener vocación de servir al interés general.

Ésta es la más influyente razón de que muchos de los problemas sociales contemporáneos que comprometen las formas de vida y las creencias de mucha gente se hayan convertido en casos prácticos de esa heterogénea, plural y conflictiva relación entre los ámbitos religiosos, moral y jurídico. Ahí se deben situar asuntos que reclaman soluciones acuciantes y rápidas, pero que deben ser discutidas y tomadas con prudencia, en torno, por ejem-

plo, a la eutanasia, al aborto, al tratamiento de las parejas de hecho, a los controles ecologistas al desarrollo económico o a la respuesta del ordenamiento jurídico a la desobediencia moral al Derecho. Son sólo un ejemplo de algunas de las cuestiones fronterizas entre la Moral y el Derecho que preocupan a los ciudadanos responsables y son un reto a las capacidades y sensibilidades del legislador.

Buscar y encontrar salidas adecuadas, desde el punto de vista moral y jurídico, a estos conflictos no es tarea fácil; mucho más difícil aún si deseamos permanecer fieles a los valores de una sociedad democrática, respetuosa del Estado de Derecho y de los derechos individuales. Las respuestas, indudablemente, deben estar bien argumentadas y justificadas moralmente, pero quizá no esté de más partir de la idea de que la solución total y definitiva, que integre las mejores perspectivas morales y jurídicas, sin ningún resquicio ni incompatibilidad, en una constante armonía, es extremadamente rara. En ese sentido es muy provechoso, también moralmente, pero, sobre todo, a la hora de la elaboración de las normas jurídicas, tomar en serio la siguiente advertencia de un filósofo contemporáneo recientemente fallecido:

*«La idea de que tiene que haber respuestas últimas y objetivas para las cuestiones normativas; verdades que pueden demostrarse o intuirse directamente; que es posible en principio descubrir una estructura armónica en la que sean compatibles todos los valores; que hacia esta única meta es hacia la que tenemos que dirigirnos, y que nosotros podemos descubrir un único principio fundamental que configura toda esta concepción y que, una vez encontrado, éste regirá nuestras vidas; toda esa vieja y casi universal creencia, sobre la que se basan tanto pensamiento y acción tradicionales y tanta doctrina filosófica, a mí —concluye I. BERLIN— me parece que no es válida y que a veces ha conducido (y todavía sigue conduciendo) al absurdo, en teoría, y a consecuencias bárbaras, en la práctica»*¹⁹.

Sea cual sea nuestra posible y previa postura al respecto, entendemos que puede ayudarnos mucho en su consolidación, o en su revisión, el análisis de las conexiones y distinciones entre la Moral y el Derecho, entendido como un desarrollo de la tercera postura antes anunciada.

c.1) *Distinciones entre el Derecho y la Moral*

La historia del Derecho y de la reflexión filosófica en torno al Derecho nos presenta un conjunto de posturas, indicadas ya anteriormente, que han ido desde la confusión entre las normas jurídicas y otros tipos de normatividad, hasta la tesis que pretende una total y tajante separación entre Dere-

¹⁹ Isaiah BERLIN, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, versión española de Belén Urrutia, Julio Bayón y Natalia Rodríguez Salmones, Madrid, Alianza Editorial, 1988, p. 58.

cho y Moral. Entre estas posturas extremas se encuentra, en distintos momentos históricos y en diferentes niveles y grados, la tesis de la distinción entre Derecho y Moral, que normalmente se centra en relación con la estructura, formas de eficacia y vigencia y fines de ambos órdenes de comportamiento comparados.

Sin embargo, hay que esperar hasta muy avanzado el mundo moderno para encontrarnos en la historia de la cultura occidental una delimitación suficientemente clara y ámbitos diferenciados entre el Derecho y la Moral. A la distinción entre Iglesia y Estado y Ética y Política se añadirá la de estos dos órdenes de comportamiento. Y como ellas, es el resultado de un determinado contexto histórico y cultural y del intento de responder a nuevas necesidades, intereses y valores también históricos.

En ese sentido es en el que Elías DÍAZ ha señalado que:

*«Fue fundamentalmente la escuela racionalista de Derecho natural, en el siglo XVIII, quien, bajo la preocupación primordial de la defensa de la libertad religiosa, insistió en la necesidad de diferenciar, e incluso separar, la órbita de lo jurídico y la órbita de lo moral, ésta intangible para el Derecho y en la cual se alojaría íntegra la libertad religiosa»*²⁰.

Del pensamiento de esa época va a ser sobre todo KANT el autor que desarrolló unos criterios de distinción (en su obra *Metafísica de las Costumbres*, 1797), que actualmente reelaborados y modificados darían el siguiente resultado, que aquí se toma de la obra de Elías DÍAZ *Sociología y Filosofía del Derecho*²¹.

1. *Distinción por razón del objeto: los actos interiorizados y los límites de lo jurídico*

Parte del criterio kantiano de situar a la Moral preferentemente en el campo de las acciones y deberes internos y al Derecho en el de las acciones y deberes externos (lo cual no significaría que la calificación jurídica de una conducta prescindiera siempre de las intenciones, ni que la moral se desinteresara por los resultados externos).

La modificación actual objetaría que se pueda mantener una distinción tajante entre acciones internas y externas. Pues *«hay actos que, en efecto, no trascienden al exterior, no se manifiestan externamente; son actos internos, de pensamiento, intención, etc., exclusivamente. Pero no hay actos puramente externos: todo acto humano posee una vertiente interior, una zona de intencionalidad, de reflexión, de decisión. En atención a ello, se propone diferenciar hoy, con terminología bastante generalizada, entre actos interiorizados (que no*

²⁰ Elías DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, 2.^a ed., Madrid, Taurus, 1980, p. 17.

²¹ Ob. cit., pp. 18 ss.

*se exteriorizan) y actos exteriorizados (que no niegan su dimensión interna). De este modo, el Derecho se referiría solamente a los actos exteriorizados y en tanto en cuanto que se exteriorizan, aunque apreciando y valorando debidamente su carga interna cuando sea necesario*²². *La moral, en cambio, intervendría tanto en los actos interiorizados como en los exteriorizados».*

2. Criterio del fin

En su versión tradicional diría que el Derecho persigue exclusivamente fines sociales temporales como el bienestar, la justicia o la seguridad, y todo ello utilizando el criterio de la generalidad. En cambio la moral tiene como fin los objetivos que tienen que ver con la perfección personal e individual.

La reelaboración actual de este criterio niega que los fines sociales comprendan exclusivamente al Derecho y los fines individuales a la Moral. Pues, *«resulta extremadamente difícil —indica Elías DÍAZ— poder distinguir con suficiente rigor y claridad qué actos o normas se dirigen a un fin y cuáles a otro; habría, en verdad zonas indiscutidas, pero en la mayor parte de los supuestos el criterio del fin se revelaría como insatisfactorio. Por otro lado, no puede decirse que la ética sea algo sólo personal, entendido como individual (la ética es “también” social), ni que se desinteresa de los fines temporales e inmediatos del hombre. A su vez, el Derecho toma asimismo bajo su control y orientación acciones que difícilmente podrían disociarse de los fines últimos, más personales y fundamentales para el hombre»*²³.

3. Autonomía de la Moral, heteronomía del Derecho

Según este criterio la Moral es autónoma, porque no es producto de ninguna voluntad exterior al sujeto, sino del propio sujeto obligado por la norma moral (imperativo categórico de la conciencia, en el sentido kantiano). Por el contrario, el Derecho es heterónimo, pues procede de una voluntad exterior (decisión de la autoridad investida de poder coactivo) y diferente del destinatario de dicha norma jurídica. La revisión contemporánea de este criterio de distinción nos recordaría, por lo que se refiere a la autonomía moral, que aun en el caso de admitir que la Moral en última instancia es

²² Piénsese, por ejemplo, en el Derecho penal, en la distinción entre delitos dolosos o intencionados y delitos culposos, cometidos por imprudencia o negligencia. O en las circunstancias mentales que pueden eximir o modificar (atenuando o agravando) la responsabilidad criminal. Piénsese también en el ámbito del Derecho civil, cuando se protege la buena fe, cuando se valora en la interpretación de los contratos la intención de los contratantes (art. 1.281 del Código Civil) o los elementos que afectan a la dimensión interna de la conducta en los vicios del consentimiento en los contratos (art. 1.265 del Código Civil). La cita de Elías DÍAZ es de la obra y edición citadas en la nota 20, p. 19.

²³ Obra y edición citada, p. 22.

el reflejo de la conciencia moral autónoma, libre e individual, ello no es totalmente incompatible con tener en cuenta que su formación y conformación es social. Según esto, el hablar *exclusivamente* de autonomía moral es «una ilusión engañosa», pues *«la ética es siempre una internalización de valores o normas sociales. Lo que creemos creer y lo que estimamos como bueno y justo no proviene en última instancia de nosotros mismos, de nuestro interior, de nuestra conciencia, sino de la “sociedad”, del grupo, clase social, etc., a que pertenecemos»*²⁴.

Esta objeción es interesante de tomar en consideración siempre y cuando no reduzcamos la moral a un fenómeno exclusivamente social. Nuestros valores, creencias y normas morales son producto tanto de la sociedad en la que desarrollamos nuestras vidas como del resultado de su aceptación o falta de aceptación crítica por parte de la conciencia moral, que es siempre un elemento personal e individual. Si evitamos los reduccionismos exclusivistas de uno u otro signo, es cuando podemos compatibilizar la idea, indiscutible, de autonomía moral con la de su configuración social²⁵.

En cuanto a la tesis de la heteronomía del Derecho, se mantiene actualmente la idea de que la validez y vigencia del Derecho no requieren la aceptación de su destinatario, es decir, del jurídicamente obligado. Sin embargo, existen hoy mecanismos políticos y jurídicos que debilitan la tesis de la heteronomía del Derecho y se dirigen hacia la de una mayor autonomía: *«la real participación de los ciudadanos, destinatarios de las normas, en el proceso de creación del Derecho. Participación-aceptación serían así términos no siempre absolutamente coincidentes, pero dotados de un alto índice de correlatividad. Como es bien sabido, el problema y, a la vez, el objetivo central de la democracia en nuestro tiempo radica precisamente en el intento de autentificar, perfeccionar al máximo las vías de esa participación real en la toma de decisiones»*²⁶.

4. Distinción por el cumplimiento: legalidad y moralidad

Según el criterio kantiano, el Derecho queda cumplido satisfactoriamente por la legalidad, es decir, la obediencia externa a la norma, aunque interiormente, en conciencia, se disienta de ella. Sin embargo, el cumplimiento de las normas morales exige moralidad, es decir, adhesión interna, intención u obrar por estímulo del deber moral.

²⁴ Obra y edición citada, p. 24.

²⁵ Se ha intentado mantener y argumentar a favor de esta idea en el Capítulo V, «Sobre la ética y su justificación», apartado 1, «Acerca de las obligaciones morales», del libro de Eusebio FERNÁNDEZ, *Estudios de ética jurídica*, Madrid, Debate, 1990, pp. 99 ss.

Allí se señala que *«la moral es originaria y materialmente social, pero es fundamentalmente personal o autónoma»*. Ver las pp. 101, 102 y 103.

²⁶ Obra y edición citada, p. 24.

La revisión contemporánea de este criterio mantendría que el Derecho se vea cumplido externamente sin exigir la adhesión interior, de conciencia, o moral a sus normas. La intencionalidad solamente juega un papel jurídico en los supuestos de incumplimiento de sus normas. Sin embargo, se tiene la convicción de que si pensamos en la eficacia de las normas jurídicas, en su propia validez y en la justicia de ellas, condiciones esenciales para que el Derecho cumpla con sus fines sociales, el criterio no es satisfactorio. Las razones estriban en que *«también en el Derecho lo deseable es lograr esa adhesión interior a la norma, disminuyéndose así las posibilidades de incumplimiento... Una vez más la participación general, libre y democrática en la legislación y la orientación de ésta hacia los reales intereses comunes parecen ser el mejor camino para lograr rectamente esa adhesión interior, que es, sin duda, garantía importantísima para el cumplimiento del Derecho»*²⁷.

5. *El Derecho como organización e institucionalización de la coacción*

Aquí se encontraría el criterio básico diferenciador entre la Moral y el Derecho. La coacción o posibilidad de coacción es una dimensión esencial del Derecho. En ningún caso es una dimensión de la moral. El Derecho puede ser impuesto coactivamente; las normas morales, en cambio, exigen como requisitos imprescindibles de su cumplimiento conductas libremente aceptadas y libremente realizadas. Ello no quiere decir que las normas morales no cuenten también con sanciones o que estén desprovistas de algún tipo de coactividad o presión para su cumplimiento. Lo que pretende resaltar este criterio de distinción es que las sanciones, presiones y coacciones son de muy diferente tipo. El Derecho se basa, en último término, en la posibilidad de imponer una determinada conducta, aunque sea utilizando la fuerza física. Entre los mecanismos de presión de la moral, para lograr el cumplimiento de sus normas, no se encuentra la fuerza física. Por tanto, *«lo que caracteriza al Derecho y sirve para diferenciarlo de la ética, es, puede decirse, la existencia de un aparato coactivo organizado, capaz de garantizar el cumplimiento de las normas y, cuando ya no resulte posible, capaz de imponer sanciones al infractor de las mismas. Se logra así como resultado la institucionalización jurídica de la coacción, la coacción organizada, que es el rasgo típico del Derecho»*²⁸.

Hay una advertencia de Elías DÍAZ en relación con este criterio, el más definitivo, de distinción entre la Moral y el Derecho, que me parece importante y serviría a modo de conclusión de todo este apartado y a modo, además, de lanzamiento de una llamada de atención también de la necesaria vinculación que debe primar entre una y otro. Dice así: *«Afirmar la dimensión*

²⁷ Obra y edición citada, p. 25.

²⁸ Obra y edición citada, pp. 27 y 28.

*coactiva del Derecho no significa rebajar el Derecho al nivel de la simple fuerza física. Al contrario, significa dignificar el necesario uso de la fuerza, de la coacción, haciéndola legítima, justa, poniéndose ella y el Derecho al servicio de fines humanos como la libertad, la paz, la justicia, la igualdad y el bienestar de todos los hombres»*²⁹.

Finalmente, otros criterios de distinción entre la Moral y el Derecho que suelen citarse son el del diferente sentido que tiene la vigencia de las normas jurídicas y las normas morales. Mientras las normas jurídicas son promulgadas en un determinado tiempo y una determinada sociedad y entran en vigor y se derogan un determinado día, esa precisión temporal no tiene sentido referida a las normas morales.

Tampoco la idea de eficacia de las normas funciona de la misma manera, pues *«una norma jurídica que es violada por casi todo el mundo es ineficaz y puede ser dejada de lado. En cambio, las reglas morales siguen teniendo vigencia aun cuando, en general, no sean respetadas»*³⁰.

Además, otra distinción se refiere al diferente campo de actuación de la Moral y el Derecho: *«La moral tiene un campo de actuación más amplio que el del Derecho. No sólo contempla los comportamientos interindividuales y las relaciones sociales, sino también el comportamiento estrictamente individual. El Derecho no regula la totalidad de las relaciones sociales contempladas por la Moral, sino solamente alguna o algunas de ellas, cuya ordenación se considera como necesaria desde el punto de vista de la convivencia pacífica»*³¹.

c.2) *Las conexiones entre la Moral y el Derecho*

Se trata ahora de mostrar una serie de ejemplos que manifiestan la existencia de puntos de contacto empíricos entre la Moral y el Derecho y que tienen un alto grado de frecuencia. Sin embargo, esta idea no debe ser confundida con la tesis de la existencia de una vinculación conceptual necesaria entre la Moral y el Derecho, que convertiría ciertos contenidos y elementos de la Moral en requisitos imprescindibles para que a una norma o conjunto de normas se le pudiera aplicar el calificativo de jurídica³².

²⁹ Obra y edición citada, p. 30

³⁰ G. PATZIG, «Moral y Derecho», en *Ética sin metafísica*, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Alfa, 1975, pp. 15 y 16.

³¹ Luis Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1973, pp. 51 y 52.

³² Sobre este punto, que a pesar de su importancia en la actual Filosofía del Derecho no podemos aquí tratar, pueden consultarse los libros *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, Rodolfo Vázquez (compilador), Barcelona, Gedisa, 1998, y *Aspectos morales de la teoría jurídica. Ensayos sobre la ley, la justicia y la responsabilidad política*, de David LYONS, traducción de Stella Álvarez, Barcelona, Gedisa, 1998.

Lo que aquí se intenta llevar a cabo es una descripción de un número de hechos que reproducen estos contactos y que nos ayudan a rechazar aquellas tesis que defienden una separación tajante entre Moral y Derecho. Por tanto, al estudiar el fenómeno "Derecho" en una sociedad surgen cuestiones que tienen que ver con la Moral. Estas cuestiones no son solamente aquellas que nos permiten calificar o evaluar moralmente las normas jurídicas, sino también las derivadas de la comprensión y del análisis del Derecho. Son cuestiones que afectan a la creación, aplicación, funcionamiento y mantenimiento de las normas jurídicas.

Veámoslas:

1.^a *La Moral* (la moral social vigente o moral positiva y la moral crítica) *influye en el contenido del Derecho de todas las sociedades, a través tanto del proceso de creación como en el de la interpretación de las normas jurídicas.*

En el primer caso, el de la creación del Derecho, parece lógico que el papel desempeñado por la moral social vigente, y dentro de ella la de los grupos sociales dominantes políticamente, tiene una fuerza mayor que la de la moral crítica en ese momento creativo (cuyo papel es más fácil de ver en la tarea de interpretación de las normas jurídicas). Los valores y normas morales vigentes y predominantes en una sociedad y en un momento histórico concreto son los llamados a plasmarse y a ser recogidos por el Derecho. No está de más llamar la atención en torno al hecho de que dentro de la moral social vigente se albergan con frecuencia también intereses sociales, parciales y no generales, que se envuelven bajo la fachada de teorías e ideologías más o menos objetivas o neutras, simples prejuicios y hasta convicciones integristas y fanáticas. De ahí la necesidad de estimular la existencia de morales críticas e ilustradas. El continuo diálogo entre uno y otro tipo de moral es un acicate para el progreso moral de los individuos y las sociedades.

En resumen, como David LYONS ha señalado: «*Nadie pone en duda que las opiniones morales influyen sobre el Derecho. Las normas que rigen la conducta sexual, el uso de drogas, la propiedad, los contratos y una gran cantidad de otros temas han sido inspirados, al menos hasta cierto punto, por ideas de justicia moral y responsabilidad. Las leyes corresponden al Código de valores en uso por aquellos que tienen capacidad para influir en su desarrollo. El Derecho, a su vez, repercute en las actitudes morales. Su cumplimiento, por ejemplo, tiende a reforzar los valores que reflejan*»³³.

En segundo lugar, también en el ámbito de la interpretación de las normas jurídicas la argumentación moral puede servir de buen complemento a las "necesidades" de la argumentación jurídica.

³³ Daniel LYONS, *Ética y Derecho*, traducción de Monserrat Serra Ramoneda, Barcelona, Ariel, 1986, p. 71.

La interpretación de las normas jurídicas desde y en conformidad con la Constitución suele poner en evidencia que si, «la Constitución incorpora siempre determinadas opciones políticas y sociales profundas... Todo ello lleva a que el proceso aplicativo del Derecho, lejos de poder entenderse como una operación mecánica, pase a ser algo necesaria y rigurosamente axiológico», según ha indicado Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA³⁴.

Una adecuada toma de postura sobre la interpretación que ha de darse a los valores superiores que son propugnados por la Constitución española en su art. 1.1 o el contenido del apartado 1 del art. 10, el papel que ocupan los principios en la tarea de establecer una aplicación correcta de las normas del ordenamiento jurídico o cómo solucionar casos difíciles de colisión de derechos, son algunos de los ejemplos pertinentes al respecto³⁵.

2.^a *El Derecho como opción moral.*

Este punto de contacto entre la Moral y el Derecho revela que la mera existencia del Derecho es un hecho que tiene consecuencias y repercusiones morales.

Por un lado, habría que admitir que el ordenamiento jurídico está inspirado, generalmente, en ciertos valores, como la seguridad, la libertad, la autonomía, la igualdad, el bien común, la justicia, etc., y al mismo tiempo se convierte en un vehículo social que tiene a esos valores como fines y objetivos. Ello significa que el funcionamiento del Derecho en una sociedad produce una serie de fenómenos que no son neutrales moralmente. Incluso el Derecho puede estimular u obstaculizar, según sean sus contenidos, el libre desarrollo moral de los individuos y grupos sociales.

Pero además habría que tener en cuenta que, sin llegar el Derecho a acometer esos generosos objetivos, generalmente los ordenamientos jurídicos de por sí realizan unos mínimos morales muy valorados y reconocidos socialmente, hasta el punto que cabría plantearse si es adecuado denominar Derecho a un conjunto de normas que no los incluyan.

Ése creemos que es el caso de las tesis de dos eminentes teóricos del Derecho: H. L. A. HART y LON L. FULLER. En el primer caso nos referimos a la tesis del contenido mínimo del Derecho natural, desarrollada por aquel autor en su obra *El concepto de Derecho*. Esa teoría contiene una serie de normas básicas de convivencia que resultan comunes a la Moral y al Derecho. Establecido que la meta de toda sociedad es la supervivencia, se trata de deducir ciertas normas necesarias a partir del descubrimiento de un número

³⁴ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, «El Derecho, la Ley y el Juez. Dos estudios», *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1997, pp. 48 y 49.

³⁵ Sobre todo esto ver Manuel ATIENZA, *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993, y Luis PRIETO SANCHIS, *Ley, principios, derechos*, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, 1998.

de datos generales en torno a la naturaleza humana. Esas normas serían: no matarás (derivada del dato de la vulnerabilidad humana), la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas (derivada de la igualdad aproximada y del altruismo limitado), la necesidad de reglas que respeten la existencia de algún tipo de propiedad (derivadas de la existencia de recursos limitados) y la necesidad de sanciones ³⁶.

Por su parte, L. FULLER sugiere con su teoría de la moral interna del Derecho que existen unos principios morales implícitos al concepto de Derecho que impiden que el Derecho pueda dar lugar a resultados claramente injustos. La moral interna al Derecho incluye los siguientes ocho requisitos: la generalidad del Derecho, la exigencia de promulgación, la prohibición de las leyes retroactivas, la claridad de las leyes, la inexistencia de contradicciones entre las leyes, que las leyes no requieran lo imposible, la estabilidad del Derecho a través del tiempo y la congruencia entre la acción oficial y la ley declarada ³⁷.

3.^a El tercer punto de contacto entre la Moral y el Derecho nos lo aportan *las referencias explícitas del ordenamiento a la Moral en general o a conceptos, terminología o elementos de carácter moral*.

Con estas referencias el Derecho "moraliza" ciertas relaciones sociales reguladas por él y evidentemente posibilita un refuerzo continuo y recíproco entre estos dos órdenes de comportamiento. No está de más tener en cuenta que en estas referencias la moral ha de entenderse como moral social positiva o vigente o como moral comúnmente aceptada, conceptos no exentos de ambigüedad y generalidad.

En el Código Civil español encontramos buenos ejemplos en el art. 1, apartado 3, que señala que «*la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada*». También la libertad contractual contemplada en el art. 1.255 está limitada por las leyes, la moral y el orden público. De la misma manera que el art. 1.271 estipula que «*pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres*» y el art. 1.275 reza que «*los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral*».

Algo similar diríamos de la protección de la buena fe por parte del Derecho.

³⁶ H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro R. Carrió, México, Editora Nacional, 1980, p. 238. Sobre este punto y otras ideas de HART respecto a la relación entre Derecho y Moral se puede consultar el libro de Eusebio FERNÁNDEZ *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Madrid, Debate, 1984, pp. 63 ss.

³⁷ Lon. L. FULLER, *La moral del Derecho*, traducción de Francisco Navarro, México, Trillas, 1967, pp. 56 ss.

También los Códigos Penales, cuando aluden a la moral, buenas costumbres o conceptos morales, están pensando en la moralización de las relaciones sociales. Quizá ése sea el sentido de la conversión del deber moral de socorro en un deber jurídico de socorro, al sancionarse, por ejemplo, en el art. 195 de nuestro Código Penal, la omisión del deber de socorro. Además las tradicionales acciones de beneficencia son objetos de derechos y deberes en el marco del Estado social, asistencial o de bienestar social.

En definitiva, es posible que estos puntos de contacto, sobre todo los ejemplos citados en primer lugar, se deban a la búsqueda, por parte del Derecho, como ha señalado Luis Díez-PICAZO, «*de una moralización de las relaciones jurídicas y un desarrollo de las mismas que se produzca de acuerdo con los dictados de la moral, impidiendo resultados jurídicos que sean inmorales*»³⁸.

4.^a Finalmente, tanto la justificación moral de un determinado ordenamiento jurídico y sus contenidos como la crítica moral del Derecho existente conectan uno y otra. En todo caso, se trata de la *labor de calificación moral del Derecho*, acción que es expresión de prácticas individuales y sociales muy frecuentes.

Por un lado, la última referencia que justifica un determinado ordenamiento jurídico, que lo legitima y da autoridad moral y nos mueve a su aceptación y obediencia es un conjunto de valores morales que le inspiran. Es decir, un punto de vista sobre la justicia que se convierte, gracias al Derecho, en legitimidad legalizada.

Sin embargo, por otro lado, también juega un papel importante la apelación a criterios morales críticos con el Derecho positivo y vigente, a una legitimidad crítica que se sitúa en el marco del deber ser del Derecho, no en el del Derecho que es.

Aquí la crítica moral al Derecho cumple con una función moralmente importante al pretender que la legalidad se acerque lo más posible a la Justicia. Como ha indicado Elías DÍAZ: «*Sólo desde una plataforma ética cabe, en última instancia, la crítica, el cambio y la necesaria transformación del Derecho. Se trata de no confundir el Derecho que “es” y el Derecho que “debe ser”; pero se trata también de que ambos niveles no se desconozcan ni se ignoren*»³⁹.

³⁸ Luis Díez-PICAZO, *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, ob. cit., p. 50.

Ver también Karl LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*, traducción de Luis Díez Picazo, Madrid, Cívitas, 1985.

³⁹ Elías DÍAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, ob. cit., p. 17.

En su reciente libro *Curso de Filosofía del Derecho* ha escrito: «*La justicia, la teoría crítica de la justicia, sería así el gozne, por decirlo gráficamente, o el punto de necesario contraste con respecto, por un lado, a las legítimas éticas de la felicidad, y por otro, con respecto a los legítimos sistemas jurídicos de seguridad*». Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 61.