

DERECHO Y MORAL, UNA NECESIDAD RECÍPROCA

José Antonio Ramos Pascua^{1}*

Resumen

El problema de la relación entre el derecho y la moral es muy complejo y se ha estudiado ampliamente desde diversos ángulos. Aquí se enfoca desde una perspectiva funcional, examinando el papel que desempeña el derecho respecto a la moral y el que cumple la moral respecto al derecho. Se intenta demostrar, impugnando con ello una de las tesis básicas del positivismo jurídico, que ambos órdenes normativos se necesitan imperiosamente, de modo que su relación es verdaderamente necesaria y no sólo contingente como sostiene esa corriente de pensamiento.

Palabras clave: Derecho. Moral. Conexiones entre Derecho y moral. Función moral del Derecho. Positivismo jurídico.

1 * Doctor en Filosofía. Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca. España. Autor libros y de diversos artículos publicados en revistas nacionales e internacionales.

C.e: ascua@usal.es

LAW AND MORALS A RECIPROCAL NECESSIT

Abstract

The problem with the relationship between law and morality is a complex one, and it has been studied from several angles. In this article I approach the above mentioned relationship through a functional perspective, examining the role law plays with respect to morality and morality with respect to law. What I try to show, refuting one of the basic thesis traditionally held by legal positivism, is that both normative orders are in an imperious need of each other in such a way that makes their relationship truthfully necessary and not just a contingent one, as legal positivism sustains.

Key words: Law. Morality. Necessary relations between law and morality. Moral function of Law. Legal positivism.

1. El Derecho como garante de la libertad externa

Puede afirmarse que el Derecho instaaura las condiciones que hacen posible la moralidad. El orden, la paz en las relaciones sociales, la libertad externa del hombre, son condiciones previas e indispensables de la vida moral que al Derecho corresponde implantar. Es evidente que no puede florecer la moralidad en el caos de una lucha descarnada e incesante por la supervivencia. Pues bien, es el Derecho el que asegura el curso pacífico de la convivencia humana, a través de su ordenación general y cierta de las relaciones sociales. Es el Derecho, como magistralmente explicó Kant, el que asegura la libertad externa, sin la cual la moralidad no es concebible siquiera.

Recordemos la importancia que tiene la libertad en el pensamiento ético kantiano. Para Kant el hombre es libre porque puede orientar su comportamiento a partir de la razón. Y esto es precisamente lo que le confiere la dignidad de persona frente a las cosas, zarandeadas por la ley de la causalidad. De ahí la estrecha relación que media entre libertad y moralidad en el pensamiento de Kant. La libertad, afirma en el prólogo a su *Crítica de la razón práctica*, es la condición de la ley moral, la *ratio essendi* de la ley moral. En efecto, sin libertad no hay acción moral o inmoral posible. Quien obra forzado no es responsable de sus actos, ni para bien ni para mal.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el hombre ha de vivir en sociedad; y la sociedad con otros hombres inevitablemente limitará su libertad, pues sus actos entrarán en colisión con los actos de los otros. ¿Cómo seguir siendo libre en esas circunstancias? Gracias al Derecho.

Si los hombres se condujeran siempre conforme a la razón, es decir, moralmente, el Derecho no sería necesario, porque la razón es algo objetivo y común a todos. Por eso, la libertad de cada uno, que es sometimiento a la razón, no conduciría a decisiones o actos incompatibles con los de los otros, sino a una convivencia perfectamente armónica. Pero como de hecho los hombres no atienden siempre a su razón sino muchas veces a sus inclinaciones, pasiones o sentimientos, frecuentemente irracionales y/o perversos, el Derecho viene a ser un parapeto imprescindible.

El comportamiento real de los seres humanos, que, como digo, no siempre se atiene a la razón ni, por consiguiente, a la ley moral, con frecuencia supone un obstáculo a la libertad de los demás o, mejor dicho, al ejercicio de esa

libertad. La libertad misma, la libertad interna del hombre es inviolable, porque depende de su voluntad de obrar racionalmente. Pero su ejercicio, la libertad externa, la libertad de hacer o no hacer según el propio parecer, puede impedirse u obstaculizarse; lo cual no es pequeño obstáculo, porque impide la realización exterior de la libertad interna, impide la realización de la conducta racional, impide, en definitiva, la realización externa de la moralidad.

La función del Derecho, importantísima en la ética kantiana, es precisamente la de hacer posible el ejercicio de la libertad, asegurar la libertad externa, restringiendo el arbitrio brutal de quienes no obran racional o moralmente. Por eso Kant concibe el Derecho como una ley general de la libertad, es decir, como un conjunto de restricciones que permiten conciliar la máxima libertad de cada uno con la máxima libertad de todos los demás. No deja de ser paradójico que para maximizar la libertad sea necesario restringirla o limitarla. En realidad, se trata sólo de impedir la libertad desmedida de quienes, con sus excesos, coartan la libertad legítima de los otros.

Eliminar los impedimentos de la libertad es tarea que se encomienda al Derecho, por ser tarea que muchas veces requiere el recurso a la fuerza; y dado que precisamente la posibilidad de imponerse por la fuerza es uno de los rasgos característicos del Derecho. Al establecer las condiciones que hacen posible externamente la libertad, el Derecho abre la puerta a la posibilidad de que también internamente el hombre sea libre, es decir, racional o moral. En verdad, un modelo de vida ajustado a la ley moral que uno concibiera en su interior, pero que no pudiera poner en práctica por no disponer de libertad externa, sería un modelo frustrado o truncado, un modelo que se desearía pronto como se sacuden de la cabeza las quimeras o fantasías irrealizables. De ahí el enorme valor ético del Derecho, verdadero instrumento al servicio de la moralidad. En cuanto garante de la libertad externa, su cumplimiento constituye un imperativo de la razón, una exigencia moral². Dicho de otro modo: la moral, a modo de contraprestación funcional por el aseguramiento del orden, de la paz, de la libertad externa, que el Derecho hace posible, respalda vigorosamente al Derecho reconociendo la existencia de un

2 La fundamentación kantiana del valor ético del Derecho ha sido bien subrayada, entre otros, por F. GONZÁLEZ VICEN, *La filosofía del Estado en Kant*, La Laguna, Secr. de Publ. de la Univ., 1952, pp. 33-54.

deber moral de obedecerlo. Se reconoce así el valor ético del Derecho, su irrenunciable dimensión moral.

2. El fundamento moral del deber jurídico

Si observamos la moral social, las convicciones ético-políticas dominantes en nuestras sociedades occidentales, constataremos de inmediato la efectiva presencia de la convicción o creencia más o menos generalizada en el deber moral de obedecer el Derecho. Este es un hecho sin duda relevante para una teoría funcional o sociológica, interesada en determinar la operatividad real de los distintos sistemas sociales.

Es cierto, por otra parte, que algunos autores niegan justificación a esa creencia en el deber moral de obedecer el Derecho. Surge así una interesante discusión de moralidad crítica en la que aquí no podemos detenernos. Baste saber que se ha considerado necesario aportar razones complementarias tendentes a fundamentar o justificar dicho deber. Además de las nada despreciables razones extraíbles de la doctrina de Kant y mencionadas antes, podemos citar, entre otras, las dos siguientes: la que se apoya en el deber “de juego limpio” y la que se apoya en el deber natural de justicia.

La primera, parte de la idea de que la cooperación social que el Derecho hace posible beneficia a todos. Y puesto que cada uno acepta el beneficio derivado de la obediencia al Derecho de sus conciudadanos, cada uno tiene a su vez el deber “de juego limpio” de apoyar con su obediencia el sistema jurídico que se lo proporciona.

La segunda razón parte de la idea de que todos tienen el deber moral de ser justos y de respaldar las instituciones justas. Consecuentemente, si el Derecho es justo, todos tienen el deber moral de obedecerlo³.

Puede objetarse, entre otras cosas, que ésta última razón no ofrece en realidad un verdadero fundamento del deber moral de obedecer el Derecho,

3 La primera razón la aportan, entre otros, H. L. A. Hart, “¿Hay derechos naturales?” en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. pp. 81-82 y J. RAWLS, “Legal Obligation and the Duty of Fair Play”, en *Law and Philosophy*, Nueva York, 1964, p. 2. La segunda razón la apunta el mismo J. RAWLS, *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, México- Madrid, F.C.E., 1979, pp. 374 y ss. Sobre el tema véase J. M. PEREZ BERMEJO, *Contrato social y obediencia al Derecho en el pensamiento de John Rawls*, Granada, Comares, 1997, pp. 221 y ss.

puesto que el deber se condiciona a la coincidencia del Derecho con la moral (en este caso, con el valor moral de la justicia). Luego, lo que en el fondo se está fundamentando es el deber moral de obedecer las exigencias morales; lo cual no necesita fundamento.

Interesa más saber si la moral puede fundamentar el deber de obedecer las normas jurídicas por sí mismas, por su propia juridicidad y no por su hipotética moralidad. Interesa determinar, en otras palabras, si la obligación jurídica, la obligación que impone el Derecho de cumplir las normas jurídicas, se apoya de algún modo en la moral.

Sobre este tema también se ha discutido mucho últimamente. En la actualidad apenas se discute la idea de que la obligación jurídica no puede concebirse como simple compulsión coactiva. No puede concebirse como la probabilidad de sufrir un mal en caso de que se infrinja una norma jurídica. La coacción, la fuerza desnuda, no puede generar verdaderas obligaciones (en el sentido de “tener una obligación”; no en el sentido de “verse obligado”). Ya dijo Rousseau en el cap. III del libro I de su gran obra, *El contrato social*, que ceder a la fuerza puede ser un acto de necesidad o de prudencia, pero nunca un deber.

¿Qué es entonces el deber o la obligación jurídica? Según la doctrina de H. L. A. Hart, afirmar que una persona tiene una obligación jurídica significa que es correcto y apropiado, que está perfectamente justificado, exigirle, incluso por la fuerza, la realización de la conducta que le impone una norma jurídica. ¿Y por qué está justificado? Porque las normas jurídicas son modelos de conducta aceptados como vinculantes por los miembros del grupo social al que pertenecen⁴. ¿Y por qué razón se aceptan las normas jurídicas como pautas de conducta vinculantes? Las razones, vendría a decir Hart, pueden ser múltiples; pero parece más bien, como intentaré demostrar a continuación, que la razón fundamental tiene que ser de índole moral. Se acepta o interioriza el sistema jurídico como conjunto de normas vinculantes, porque se reconoce

4 H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, pp. 102 y ss. En realidad, Hart considera suficiente para la existencia de un sistema jurídico la aceptación de sus últimos criterios de validez por parte de los jueces o funcionarios del sistema. Los ciudadanos sólo tendrían que obedecer, aunque normalmente hagan más que eso. En lo sucesivo, prescindiremos de esta limitación,

que por lo demás no parece del todo satisfactoria.

su legitimidad o autoridad moral. La aceptación no puede dejar de ser reflejo de una inequívoca adhesión ético-política al sistema jurídico.

Como digo, Hart, fiel al positivismo jurídico, cuyo dogma principal es que no existen vínculos necesarios sino sólo contingentes entre el Derecho y la moral, se opuso a la conclusión que acabamos de formular. Llegó a reconocer que la aceptación de algo como Derecho, o lo que sería lo mismo, el reconocimiento de autoridades jurídicas legitimadas para dictar y aplicar normas, no puede producirse sin motivo alguno. Tiene que haber alguna justificación de por qué un producto de la voluntad humana, como la ley por ejemplo, puede convertirse para jueces y ciudadanos en una razón para la acción. Lo que no acepta Hart es que esa justificación tenga que hallarse forzosamente en la creencia en la legitimación moral de la legislatura. Puede ser, vendría a decir el profesor de Oxford, que jueces y ciudadanos acepten la obligatoriedad de la ley por razones que nada tengan que ver con la creencia en la legitimación moral de la autoridad cuyos dictados identifica y aplica como Derecho. Habrá quienes acepten por inercia o respeto a la tradición, o bien por miedo al castigo que amenaza a los infractores, o bien por un cálculo egoísta de intereses a largo plazo, y habrá también quienes acepten porque reconozcan la existencia de una obligación moral⁵.

La argumentación anterior no parece del todo convincente. La aceptación de la autoridad o legitimidad de legisladores y jueces, así como de las normas por ellos dictadas o aplicadas, no puede justificarse satisfactoriamente por referencia a cualquier motivo imaginable. Del miedo, por ejemplo, no puede surgir una verdadera aceptación de la autoridad del Derecho, sino sólo un sometimiento externo y, todo lo más, alguna simulación de respeto; pero no la necesaria actitud interna de adhesión reflexiva al orden jurídico que permite justificar las decisiones que afectan a otros o las críticas lanzadas contra quienes se apartan de lo jurídicamente exigido.

Lo mismo cabe decir de cualquier otra razón prudencial, o del cálculo egoísta de intereses. Un juez que aceptara la autoridad del orden jurídico por tales motivos no tendría ninguna justificación aceptable para sus resoluciones. Puede que de hecho se ajuste a las exigencias del Derecho por mero cálculo

5 H. L. A. HART, "Commands and Authoritative Legal Reasons", en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 256-7 y 264-5.

de interés, pero no puede apelar a su propio interés para justificar que otro, el afectado por sus decisiones, deba hacer algo⁶. Eso sólo puede justificarse apelando, en último término, a razones morales, a los valores morales implicados en el Derecho.

Tampoco la inercia es una razón admisible. Es indudable que habrá individuos, seguramente la mayoría, que nunca se detendrán a reflexionar sobre los motivos de su aceptación del Derecho como orden vinculante de normas, pero eso no significa que la inercia pueda servir como razón justificatoria de dicha aceptación. Si reflexionaran sobre el tema, no les resultaría difícil advertir el fundamento moral implícito en su actitud.

El error de Hart, como agudamente advierte Delgado Pinto, consiste en confundir las razones explicativas con las razones justificatorias. Las razones explicativas, los motivos subjetivos del obrar, son irrelevantes a la hora de justificar conductas. Un juez, por ejemplo, no podría basarse en ellas (en el interés, el miedo, la inercia, el respeto a la tradición, etc.) para justificar intersubjetivamente una conducta, la suya, que afecta a los derechos y deberes de otras personas. Sólo una razón moral podría ofrecerle una justificación coherente⁷.

De nuevo llegamos a la conclusión de que la aceptación de las normas jurídicas como pautas de conducta vinculantes, o lo que vendría a ser lo mismo: la obligatoriedad propiamente jurídica, tiene en último término un

6 J. C. BAYON MOHINO, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 738.

7 J. DELGADO PINTO, "El deber jurídico y la obligación de obedecer al Derecho", en *Obligatoriedad y Derecho. Actas de las XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Oviedo, Serv. de Pub. de la Univ. de Oviedo, 1991, pp. 36-7. Sostiene algo parecido en "La obligatoriedad del Derecho y la insuficiencia tanto del positivismo jurídico como del iusnaturalismo" en *Revista de Ciencias Sociales* (Chile, Univ. de Valparaíso),

nº 41, 1996, p. 116, donde llega a la siguiente conclusión: "Dado el tipo de exigencia que formula quien imputa a otro un deber jurídico, sólo un principio moral puede ser la premisa de que ha de partir el razonamiento que fundamente tal exigencia".

fundamento moral. Se apoya en la adhesión de los obligados a los valores morales implicados en el Derecho⁸.

Si aceptamos que el Derecho se apoya en último término en la moral, tendremos además una cierta base para reconocer que existe un deber moral de obedecer el Derecho. No sólo por ser justo, sino sólo por ser Derecho.

Al fundamentar, en último término, la obligación de cumplir el Derecho, la moral legitima o justifica el sistema jurídico aportándole un elemento que le resulta de vital importancia: estabilidad. Ciertamente, ningún orden jurídico podría sobrevivir durante mucho tiempo si sus normas fueran cumplidas, no por convicción, no por su aceptación como modelos de conducta vinculantes, sino únicamente por miedo a las sanciones. Luego, del mismo modo que afirmábamos antes que el Derecho, al garantizar la paz, el orden, la libertad externa, hace posible la moralidad, tenemos que asumir ahora la afirmación inversa. También la moral, al fundamentar el deber de cumplir el Derecho lo legitima y le proporciona la necesaria estabilidad que hace posible su mantenimiento. En otras palabras: la moral hace al sistema jurídico viable.

3. El respaldo de las exigencias morales por parte del Derecho

A continuación sostendremos que, del mismo modo que la moral respalda o ratifica las exigencias del Derecho fundamentando el deber de obedecer las normas jurídicas, el Derecho respalda las exigencias morales incorporándolas

8 He desarrollado este punto de vista en mi trabajo *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 194-200. El reconocimiento del fundamento moral del deber jurídico o del discurso jurídico tiende a ser cada vez más amplio entre los estudiosos. Incluso un autor que parecía situado en las coordenadas del positivismo jurídico hartiano como C. S. NINO, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 193, sostiene que “el Derecho visto desde el punto de vista interno está esencialmente conectado a ciertos principios ideales de justicia y moralidad social, que constituyen la fuente de las razones justificatorias en el razonamiento jurídico”. Aquí parece resonar algún eco de la influyente obra de R. ALEXYS, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, esp. pp. 34, 38 y ss., 206 y ss., 272 y ss., donde se demuestra convincentemente que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico, en la medida en que las discusiones jurídicas, como las morales, se refieren a lo que se debe hacer o dejar de hacer y comparten también idénticas pretensiones de corrección.

de diversas formas en las propias normas jurídicas. Hace aquí su aparición otra importante función moral del Derecho que conviene examinar con más detalle.

El respaldo de las exigencias morales por parte del Derecho es fácilmente constatable. Basta una ojeada a la legislación de cualquier país para descubrir numerosas remisiones explícitas e implícitas del Derecho a la moral. Pensemos, por ejemplo, en el artículo 1.3 del Código civil español, que condiciona la operatividad jurídica de la costumbre al hecho de “que no sea contraria a la moral”, o en el artículo 1255 del mismo cuerpo legal, que permite a los contratantes establecer los pactos que tengan por conveniente “siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Nótese que se trata de artículos que supeditan la producción de Derecho (la costumbre y los negocios jurídicos son dos importantes fuentes de Derecho) a su moralidad.

Las remisiones implícitas son mucho más numerosas. En ellas cabe incluir todas las referencias que hacen las leyes positivas a modelos de comportamiento que se consideran moralmente valiosos, tales como los frecuentes requerimientos de buena fe, diligencia propia de un buen padre de familia, buenas costumbres, buena conducta, ética profesional, etc.⁹

Más evidente aún es la amplia coincidencia de contenido que media entre las exigencias jurídicas y las morales. La mayor parte de las conductas antijurídicas, como el robo, el homicidio, la violación, las injurias y calumnias, la omisión del deber de socorro, etc., también están condenadas por la moral. Es obvio que, compartiendo el Derecho y la moral el mismo objetivo de

9 Entre quienes subrayan la significación moral de estas cláusulas generales, cabe citar a A. MONTORO BALLESTEROS, “Sobre las relaciones y las funciones recíprocas entre Derecho y Moral”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XII (n. e.), 1995, pp. 200 y 212-3: “Ante la dificultad de precisar lo que la Moral social vigente exige en cada situación, el Derecho no tiene más remedio que recurrir a tales cláusulas generales o *standards*, que operan como pautas de conducta, como *criterios metódicos*, para indicar el tipo de comportamiento exigido en cada caso concreto”. Lo anterior permite al Prof. Montoro hablar de una “función metódica de la Moral en el Derecho” (p. 212).

preservar e impulsar la vida humana en sociedad, la coincidencia entre sus respectivas regulaciones tenía por necesidad que ser muy amplia¹⁰.

3.1. El necesario contenido moral mínimo del Derecho

Algunos autores positivistas creyeron ingenuamente que el Derecho, en cuanto expresión de la voluntad del soberano, podía tener cualquier contenido, sin limitación material alguna. Hoy pocos se atreverían a defender una tesis tan radical. Más bien tiende a aceptarse que, dada la naturaleza humana, su vulnerabilidad, sus limitaciones, sus necesidades, existen ciertas condiciones o prerequisites normativos de la vida social, sin los cuales ésta sería inviable. Se trata de normas que tanto el Derecho como la moral tienen que incluir de forma inexorable en sus respectivas regulaciones si es que pretenden ser mínimamente eficaces y hacer posible la supervivencia de los seres humanos. Me refiero a normas tales como las que restringen el uso de la violencia e imponen ciertas abstenciones mutuas entre los hombres, las que protegen alguna forma de propiedad, las que exigen el cumplimiento de las promesas y pactos, etc.¹¹

Si el Derecho y la moral no pueden dejar de coincidir en el establecimiento de esas normas necesarias para el mantenimiento de la vida humana y por ello casi idénticas en todas las sociedades, ¿no tendremos aquí una relación igualmente necesaria entre ambos órdenes normativos, que aportará al

10 Como explica D. LLOYD, *The Idea of Law. A Repressive Evil or Social Necessity?*, Penguin Books, 1991 (8ª reimpresión), p. 57 (Hay traducción al español de R. Aguilar y M. Barat, Madrid, Civitas, 1985), no es difícil comprender la razón de la existencia de un amplio territorio común al Derecho y a la moral. Dado que ambos órdenes normativos se dedican a establecer pautas de conducta sin las que difícilmente podría sobrevivir la sociedad humana, en muchos de sus preceptos básicos, el Derecho y la moral se refuerzan y complementan mutuamente como parte que son de la fábrica de la vida social.

11 Es la doctrina del “contenido mínimo del Derecho Natural”, formulada, curiosamente, por un autor positivista, aunque moderado: H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, op. cit., pp. 239 y ss. Naturalmente, la doctrina tiene raíces más antiguas. El propio Hart parece haberla extraído del pensamiento de Th. Hobbes y D. Hume.

Derecho una incuestionable legitimidad o carga moral, haciendo moralmente obligatoria su obediencia?

Hart lo pone en duda porque, según advierte, sería perfectamente posible que el Derecho no extendiera los efectos benéficos de esas normas vitales a todos los miembros del grupo social, sino que excluyera a algunos o a muchos (piénsese en las sociedades esclavistas, cuyo Derecho excluía a los esclavos de la protección de esas normas básicas que prohíben la violencia arbitraria o protegen la propiedad); con lo cual sería un Derecho injusto o inmoral sin dejar de respetar ese inevitable contenido mínimo de Derecho Natural¹².

La objeción de Hart es pertinente. Muestra que el Derecho, pese a su estrecha vinculación con la moral, podría ser injusto y contener disposiciones inmorales. De ahí parece deducirse que la vinculación no es necesaria sino contingente, o de una necesidad irrelevante, puesto que no excluye la posibilidad del conflicto entre Derecho y moral.

Ahora bien, si consideramos que también la moral, o mejor ciertas morales sociales, como el propio Hart sugiere en algún momento, podrían excluir a determinados individuos de la protección de sus normas, tendremos que admitir que tales morales estarían en perfecta sintonía con los sistemas jurídicos que realizaran esa misma discriminación. Luego, la injusticia que pueda percibirse desde una moral más elevada, una moral esclarecida o crítica, no es algo que pueda poner en entredicho la necesaria conexión entre el Derecho y la moral socialmente dominante.

En este punto, podríamos suscribir las palabras del mismo Hart en el artículo antes citado (p. 79), al afirmar que la conexión entre el Derecho y las exigencias morales o los principios de justicia es “tan poco arbitraria y tan necesaria como la conexión entre el Derecho y las sanciones, y la respuesta a la pregunta de si esa necesidad es lógica (parte del significado del Derecho) o

12 Cfr. H. L. A. HART, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 81. Hay traducción de G. R. CARRIO, en *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962. Sobre el tema del contenido mínimo del Derecho Natural, véase B. RIVAYA, “Teorías sobre la teoría del contenido mínimo del Derecho Natural”, en Bol. de la Fac. de Derecho de la UNED, vol. 15, 2000, pp. 39-66.

sólo fáctica o causal puede abandonarse sin peligro como pasatiempo inocente para filósofos”.

En definitiva, y dejando para otro momento ese pasatiempo no tan inocente, la doctrina del contenido mínimo del Derecho Natural demuestra que el orden jurídico tiene que coincidir necesariamente con el moral en amplios sectores de su regulación si es que quiere garantizar el mantenimiento de las condiciones que hacen posible la vida humana en sociedad.

3.2. La moralidad de la estructura formal del Derecho

Lon L. Fuller, expresa una idea semejante a la expuesta en el apartado anterior cuando afirma que, dado el tipo de empresa que se acomete con el Derecho, la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de leyes, necesariamente tiene que estar impregnada de moralidad, pues de otro modo resultaría imposible culminarla con éxito. En efecto, analizando la estructura interna del Derecho, Fuller advierte que incluso sus elementos aparentemente sólo formales, como la generalidad de las leyes, la necesidad de que no sean retroactivas o de imposible cumplimiento, la necesidad de que sean claras, estables, públicas, coherentes, respetadas por las autoridades, etc., introducen en el orden jurídico al menos la semilla de la justicia, constituyendo una especie de “moral interna del Derecho”¹³.

Pocos han puesto en duda esa idea básica de Fuller según la cual el respeto a las exigencias de la por él llamada moral interna del Derecho es imprescindible para la viabilidad o simple existencia de cualquier sistema jurídico. Pero son muchos los que han discutido que dicha moral lo sea realmente. Sostienen que las exigencias de generalidad, claridad, coherencia, no imposibilidad, irretroactividad, imperio de la ley, estabilidad y publicidad del Derecho, exigencias que no pueden soslayar las autoridades jurídicas, como límites implícitos pero infranqueables a su capacidad de creación o aplicación normativa, no son verdaderas exigencias morales. Lo que Fuller

13 Tendríamos aquí “una versión procesal del Derecho Natural”, como dice el mismo L. L. FULLER, *La moral interna del Derecho*, trad. de F. Navarro, México, F. Trillas, 1967, p. 110. Un profundo análisis reciente de la concepción de Fuller puede verse en la obra de R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y moral interna del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

presenta como las exigencias morales que hacen posible el Derecho son en realidad, se dice, exigencias puramente lógicas o procedimentales, máximas de eficacia, reglas de buena técnica jurídica, pero neutras moralmente.

Cabría imaginar, se argumenta, un Derecho perfectamente claro, coherente, general, estable, etc. y sin embargo profundamente inmoral en cuanto al contenido concreto de sus normas.

Pero esta crítica no es tan definitiva como parece a primera vista. El hecho de que hipotéticamente pudiera existir (aunque la experiencia no nos ofrece ejemplo alguno en la realidad histórica) un orden jurídico perfectamente ajustado a los requisitos de la moral interna del Derecho y sin embargo inicuo, no demuestra que tales requisitos carezcan de valor moral; porque también podría ocurrir que en un mismo Derecho convivieran normas justas con otras injustas o inmorales, y no por ello las normas justas perderían su valor moral. Una cosa es que la moral interna del Derecho no pueda garantizar la completa corrección moral del contenido del Derecho, lo cual debe admitirse, y otra muy distinta que no tenga carácter o valor moral en absoluto, que lo tiene.

El carácter meramente formal o procedimental de la moral interna del Derecho tampoco es razón suficiente para negarle cualidad moral. De lo contrario, habría que negar esa misma cualidad a todas las éticas procedimentales, como las defendidas por J. Rawls y J. Habermas¹⁴.

En mi opinión, es indudable que la moral interna del Derecho, pese a su carácter procedimental, contiene verdaderas exigencias morales. La exigencia de generalidad de las normas, por ejemplo, aunque obviamente es una exigencia formal, implica la necesidad de que las normas se dirijan a todos por igual, y esa exigencia de igualdad de trato por parte del Derecho lleva implícita en sí misma la idea de justicia, el valor jurídico por excelencia, que es también un valor moral, y por tanto un punto de encuentro constante y casi inexorable entre Derecho y moral, pues

14 Cfr. R. ESCUDERO ALDAY, *Positivismo y moral interna del Derecho*, op. cit., pp. 330-1. Aun sin abandonar la perspectiva positivista que niega la existencia de una conexión necesaria entre Derecho y moral, reconoce R. Escudero que en todo sistema jurídico que pretenda ser considerado como tal, concurren al menos tres dimensiones de moralidad derivadas de la llamada moral interna del Derecho: 1) la producción de

una dimensión formal de justicia, 2) la limitación del poder y 3) el reconocimiento de la autonomía del sujeto (p. 541). Véanse en general las pp. 418-548.

pertenece a la propia naturaleza del Derecho la pretensión de ofrecer una ordenación justa de las relaciones sociales.

Algo parecido puede decirse respecto a los restantes elementos de la moral interna del Derecho. Todos ellos albergan dentro de sí valores morales, básicamente el de la justicia. Por otra parte, si un legislador dictara conscientemente leyes incomprensibles o completamente contradictorias o de imposible cumplimiento, pocos vacilarían en calificar su conducta como inmoral, pues, además de que sus propósitos difícilmente podrían no ser perversos, estaría causando voluntariamente daños injustos a los ciudadanos.

Cuando el tristemente célebre emperador Calígula publicaba sus disposiciones a tal altura y con letra tan minúscula que hacía imposible su lectura (violando de hecho el principio de publicidad), con el sádico propósito de que los obligados sufrieran la angustia de no saber a qué atenerse para salvar su vida, obraba sin duda inmoralmemente.

Es cierto que también sería posible perseguir objetivos moralmente valiosos violando alguno de los requisitos de la moral interna del Derecho: por ejemplo, dictando una ley retroactiva para reparar una injusticia. Pero lo que se da aquí en realidad es el resultado de la elección del mal menor entre dos males. Se optaría por una inmoralidad más o menos leve para reparar otra mayor.

En conclusión, parece difícil negar que los requisitos de la moral interna del Derecho respondan a exigencias de justicia, y por eso mismo debe reconocérseles una muy significativa dimensión moral. Dimensión derivada en último término del hecho de que el fenómeno jurídico sea él mismo una realidad de carácter moral, pues sus normas, a diferencia de por ejemplo las del ajedrez, con las que algún autor las ha comparado, se orientan a la protección de los bienes humanos más básicos, satisfaciendo así las más urgentes demandas de moralidad.

Otra evidencia que parece ratificar la intuición de Fuller sobre la presencia subterránea o implícita de la moral en la estructura interna del Derecho nos la ofrece el propio lenguaje jurídico, profusamente salpicado de términos característicos del lenguaje moral, tales como deber u obligación, responsabilidad, culpa, buena o mala fe, arrepentimiento,

intención, etc¹⁵. Aún se advierte mejor la significación moral del Derecho observando el funcionamiento de ciertos ingredientes muy relevantes del mismo: los principios jurídicos.

3.3. La moralidad de los principios jurídicos

Como ha destacado R. Dworkin, el Derecho no está integrado sólo por normas, sino también por principios, que controlan la aplicación de esas mismas normas, entre otras cosas porque inspiran o rigen su interpretación. Pues bien, gran parte de esos principios o valores que presiden la vida del Derecho y constituyen la atmósfera en que el Derecho respira y colma sus lagunas, son expresión de las convicciones ético-políticas imperantes en la sociedad de que se trate. Están, en cuanto principios de justicia que son, profundamente enraizados en la moral social. O, como afirma Dworkin, los principios, en la medida en que fundamentan los derechos y los deberes de las personas “son siempre principios morales por su forma”¹⁶. En otro lugar afirma que son “exigencias de la justicia, de la equidad o de alguna otra dimensión de la moralidad”¹⁷.

Por poner un ejemplo que concrete lo anterior, podemos mencionar el art. 1.1 de la Constitución española vigente, que destaca ciertos principios como valores superiores del ordenamiento jurídico: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político¹⁸. Estos valores o principios no son simples flores retóricas que adornan el frontispicio de la Ley Fundamental. Pueden servir de base a los jueces, especialmente a los que integran el Tribunal Constitucional, para resolver conflictos jurídicos. También vinculan a los legisladores, que deben respetar dichos principios a la hora de crear nuevas

15 Cfr. F. J. LAPORTA, “Ética y Derecho en el pensamiento contemporáneo”, en V. Camps (ed.), *Historia de la Ética*, Barcelona, Crítica, 1989, vol. 3, p. 221.

16 Cfr. *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984, p. 469.

17 *Ibid.*, p. 72.

18 Una declaración aún más amplia de valores superiores del ordenamiento jurídico aparece en el artículo 2 de la reciente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que bajo esa misma categoría conceptual incluye “la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”. El ejemplo es en este caso aún más ilustrativo, porque se menciona explícitamente la ética o moral como valor fundamental del orden jurídico-político.

leyes, bajo amenaza de inconstitucionalidad si los contradicen. Son, pues, aspiraciones ético-políticas que marcan el rumbo del Derecho.

La doctrina de Dworkin más arriba sintetizada, que ha encontrado eco en otras afines o complementarias, como la de R. Alexy¹⁹, ha sido objeto de numerosas críticas. Las principales, en lo que afecta al tema que aquí nos interesa, se pueden reducir a dos: la que reconoce la significación o carga moral de los principios pero niega que sean elementos pertenecientes al Derecho, y la que reconoce la cualidad jurídica de los principios pero niega que necesariamente hayan de tener carácter o valor moral.

Aunque son críticas que parecen contradictorias entre sí, ambas proceden de las filas del positivismo jurídico y ambas tienen un mismo objetivo: descartar la idea de que pueda producirse una verdadera conexión necesaria entre el Derecho y la moral a través de los principios. Se trata una vez más de defender a toda costa el dogma sagrado de esa corriente de pensamiento.

Como digo, la primera crítica rechaza el carácter jurídico de los principios. No me refiero a los principios explícitamente incorporados a la legislación, de cuya juridicidad nadie duda, sino a los que están implícitos, de forma no siempre clara, en el Derecho explícito. Según este primer punto de vista, los principios pretendidamente implícitos en el Derecho serían en realidad máximas morales, o de otro tipo, de carácter extrasistemático, es decir, no pertenecientes al sistema jurídico. Podrían penetrar en el ordenamiento cuando los legisladores los utilizaran como puntos de referencia orientadores de su labor de creación de Derecho o cuando los jueces, ejerciendo su inevitable margen de discrecionalidad, se apoyaran en ellos para resolver los llamados casos difíciles, los casos para los que el Derecho no tiene prevista una solución clara.

Lo anterior equivale a sostener que dichos principios no vinculan a los jueces. Los jueces podrán apoyarse en ellos, e incluso será conveniente que lo hagan, para evitar que su discrecionalidad se convierta en pura arbitrariedad y conseguir que sus decisiones se mantengan dentro de ciertos parámetros

19 R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. Malem, Barcelona, Gedisa, 1994, esp. pp. 73-85; “Zum Begriff des Rechtsprinzips”, en *Rechtstheorie*, vol. 1, 1979, pp. 59-87; “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. de M. Atienza, en *Doxa*, vol. 5, 1988, pp. 139-151.

socialmente aceptables. Pero no tendrán obligación jurídica de hacerlo, puesto que los principios ético-políticos no forman parte del Derecho positivo²⁰.

En mi opinión, no es posible responder de una manera concluyente a la cuestión de la pertenencia o no pertenencia al Derecho de los principios ético-políticos en los que implícitamente se apoya, pues la respuesta dependerá de lo más o menos amplia o restringida que sea la concepción del Derecho de la que se parta. La respuesta que finalmente se ofrezca dependerá de razones estratégicas orientadas a la preparación de una mejor defensa de la concepción previamente adoptada.

Con todo, creo que hay buenas razones para reconocer carácter de verdadero Derecho a los principios ético-políticos que le sirven de base. Razones funcionales, especialmente. La mayor parte de los autores reconoce que los principios jurídicos desempeñan importantes funciones en la vida del Derecho. Básicamente, una función integradora de sus lagunas, una función interpretativa del significado de sus normas y una función orientadora o programática que marca el rumbo futuro del orden jurídico. Si los principios orientan y justifican tantas decisiones jurídicas, ¿tiene lógica negarles carácter jurídico? ¿Cómo excluir del mundo del Derecho a lo que representa un papel tan central en la práctica jurídica?

En cualquier caso, esta es una discusión poco relevante a los efectos que aquí nos interesan, pues aunque se impusiera la idea de que los principios, pese a su importante función jurídica, no forman parte del Derecho, sería inevitable reconocer que, dado su carácter moral o ético-político (al menos de muchos de ellos, pues hay también principios que nada tienen que ver con la moral), y dado que los legisladores y los jueces recurren constantemente a ellos, siendo elementos casi imprescindibles para la argumentación jurídica, ejemplifican de forma muy clara el fenómeno que pretendíamos destacar: el fenómeno de la conexión o relación íntima entre el Derecho y la moral.

Más relevante es la segunda crítica, la que discute el valor moral de los principios. Ha sido Hart quien más insistente y agudamente ha planteado esta

20 A. GARCIA FIGUEROA, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, defendiendo la posición positivista frente a los ataques procedentes del principalismo, parece suscribir una concepción semejante.

objección²¹. Hart reconoce que los principios ético-políticos subyacentes a un orden jurídico justo serán moralmente valiosos, pero alega que no ocurriría lo mismo si el orden jurídico fuera inicuo, pues entonces los principios en los que se asentara seguramente participarían de idéntica iniquidad. El Derecho sudafricano de la época del apartheid, por ejemplo, tendría como uno de sus principios implícitos el de que los negros son menos dignos de respeto que los blancos, y obviamente este es un principio de dudosa talla moral. De aquí se deduce que la penetración de la moral en el Derecho a través de los principios que enlazan el sistema jurídico con las otras esferas del sistema social, no se produce siempre. Luego, la conexión entre Derecho y moral que en este punto tiene lugar no será necesaria sino sólo posible o contingente.

Frente a la objeción anterior cabrían varias respuestas que aquí reduciremos a tres. La más fuerte consiste en suscribir la vieja tesis iusnaturalista según la cual el Derecho inicuo no es verdadero Derecho. Aunque se trata de una tesis un tanto desprestigiada en la actualidad, no se le puede negar el valor de su enérgico compromiso moral que rechaza tajantemente cualquier contemporización con el Derecho inicuo. Pero es que además tiene un fondo incuestionable de buen sentido. ¿Tendría sentido considerar verdadero Derecho al conjunto de reglas injustas impuesto por un régimen tiránico, que no pretende contar con la adhesión de los obligados sino que se impone por la fuerza y que, por no respetar, no respeta ni siquiera las exigencias mínimas de legalidad, esos requisitos de pura lógica jurídica que algunos denominan “moral interna del Derecho”? Tal conjunto de reglas carece de los rasgos, no ya sólo materiales sino incluso formales, más elementales del Derecho. Denominarlo, pese a todo, “Derecho” sería tanto como hacer un uso impreciso o impropio y nada matizado del lenguaje.

La segunda respuesta distingue entre diferentes niveles o estratos en la relación del Derecho con la moral. Por razón de esa diversidad de estratos, podría ocurrir que fuera compatible un cierto desajuste entre ambos órdenes

21 Especialmente en su trabajo “Legal Duty and Obligation”, en *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 150-3. Véase también H. L. A. HART, “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. de Páramo, en *Sistema*, vol. 36, 1980, pp. 17-18. Todavía en el “Postscript” (pp. 269-72) añadido póstumamente a la última edición de su obra principal, *The Concept of Law*, insiste Hart con renovados bríos en la misma objeción.

normativos en el nivel más superficial o visible de su relación con una amplia concordancia en otros niveles más profundos. En otras palabras, el Derecho podría contener algunas normas injustas sin que por ello quebrara la corrección moral de sus instituciones, de las que emanan sus principios ético-políticos más básicos. Si las injusticias llegaran a ser tan graves que contaminaran o anularan todo el fondo moral de las instituciones jurídicas y también de sus principios básicos, sería inevitable acogerse de nuevo a la respuesta precedente, negándole carácter de auténtico Derecho.

La tercera respuesta se conforma con afirmar que la conexión entre el Derecho y la moral es necesaria al menos en un sentido débil, aunque reconoce que quizá no lo sea en un sentido fuerte²². Es una conexión necesaria en sentido débil porque todo Derecho concuerda con o extrae sus principios de alguna moral, casi siempre la moral social o la moral del grupo socialmente dominante, una moral que puede ser criticable desde la perspectiva de otra moral más elevada, esclarecida o sensible.

Si el Derecho estuviera conectado siempre con esta otra “moral correcta”, entonces la conexión sería necesaria en sentido fuerte, pero debe reconocerse que no todos los órdenes jurídicos se ajustan a la moral que consideraríamos más elevada, ni podrían hacerlo, pues no existe un acuerdo compartido por todos sobre las exigencias de esa moral superior.

Habría que añadir que la conexión necesaria entre el Derecho y la moral que, siguiendo la distinción de Alexy antes citada, hemos llamado débil, no es en absoluto débil enfocada desde el punto de vista de quienes aceptan la moral social, pues para ellos no hay diferencia alguna entre la moral correcta y la moral social que han interiorizado. Cuando se distingue entre moral social por un lado y moral crítica o correcta por otro parece deslizarse implícitamente la falsa idea de que la moral social es incorrecta o no es verdadera moral. Pero para quienes la aceptan, la moral social es tan correcta como lo es la moral crítica para quienes no aceptan la moral social.

22 Utilizo aquí una distinción de R. ALEXY, *El concepto y la validez del Derecho*, op.cit., p. 79: “Hay que distinguir entre dos versiones de la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y moral: una débil y otra fuerte. En su versión débil, esta tesis dice que existe una relación necesaria entre el Derecho y alguna moral. Según la versión fuerte, existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral *correcta*”.

4. Conclusión: la necesidad del vínculo Derecho-Moral

Lo dicho antes sobre los principios basta a nuestros propósitos de poner de relieve el casi incondicional respaldo o ratificación que el Derecho otorga a la moral. Naturalmente, dicho respaldo puede también entenderse, contemplado a la inversa, como un servicio que la moral presta al Derecho, en la medida en que lo configura, operando como su principal fuente material o de contenido, y al hacerlo determina su orientación o marca su rumbo. ¿Cuáles son, en definitiva, las aportaciones que hace el Derecho a la moral en el intercambio funcional que media entre ambos, en cuanto subsistemas del sistema social? El Derecho hace posible la moralidad, al asegurar la libertad externa. Asimismo, refuerza, respalda o ratifica las exigencias morales garantizando, al menos en gran medida, su realización, eficacia o cumplimiento generalizado²³. Por supuesto que no respalda todas las exigencias morales, sino sólo aquéllas que tengan relevancia de cara al mantenimiento de la convivencia humana pacífica, que constituye la función última del Derecho.

Adicionalmente, y entre otras cosas, el Derecho desempeña con su respaldo una función de pedagogía moral. Al imponer vigorosamente al menos un *mínimum ético*, remodela la conciencia moral de los ciudadanos e inculca en ellos hábitos de recto obrar²⁴.

De todo lo anterior se infiere que la relación entre el Derecho y la moral es sumamente estrecha. Su recíproco intercambio funcional es tan absolutamente imprescindible que no puede dudarse del carácter necesario, y no sólo contingente como sostiene el positivismo jurídico, de dicha relación.

Cuando se intenta determinar el concepto de Derecho desde un punto de vista estructural, resulta en alguna medida comprensible que se presente

23 Como afirma J. DELGADO PINTO, "Función del Derecho y pluralismo ético-político", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 17 (1974), p. 342, "la ética sólo logra su plena realización cuando adquiere vigencia objetiva y general informando el orden de la sociedad".

24 Como bien dice A. MONTORO BALLESTEROS, "El Derecho como sistema normativo: notas sobre su naturaleza preceptiva y su función educadora", en *Funciones y fines del Derecho. Estudios en honor del Prof. M. Hurtado Bautista*, Murcia, Secr. de Pub. de la Univ. de Murcia, 1992, p. 211: "El orden de la vida social regulado por el Derecho se convierte en molde de la virtud de todo verdadero ciudadano". De aquí se deduce que el Derecho contribuye a configurar la moral social, al igual que la moral social contribuye a configurar el orden jurídico empapándolo de sus valores y principios.

escindido o separado de otras estructuras normativas afines y relacionadas pero distintas, como la moral. Pero cuando se trata de esclarecer lo que el Derecho es desde el punto de vista funcional, como engranaje de una maquinaria más compleja, el sistema social, no parece razonable ni casi posible prescindir de sus relaciones con otros engranajes de esa misma maquinaria, como la política, la economía o la moral. Frente al positivismo jurídico debe afirmarse que el Derecho no puede operar en el vacío al margen de valores, creencias, intereses sociales, etc.

También es cierto que las relaciones entre el Derecho y la moral, aunque necesarias, no tienen por qué ser siempre fluidas, apacibles e idílicas. Las fricciones o conflictos pueden llegar a ser tan corrientes como las averías de ciertas maquinarias, lo cual no excluye en absoluto la necesidad del intercambio funcional antes expuesto.

El contexto general o común de las relaciones entre el Derecho y la moral es el de su convergencia. El conflicto, si alguna vez se produce, representará una disfunción pasajera, un desequilibrio momentáneo, una crisis de crecimiento del sistema social, que más o menos rápidamente será corregida hasta lograr un nuevo equilibrio, cuyo destino será verse de nuevo amenazado más adelante por una ulterior crisis. Vistas así las cosas, debe reconocerse a los conflictos una cierta función positiva, al operar de hecho como fuerzas impulsoras del proceso de desarrollo del sistema social en general y de los propios subsistemas jurídico y moral, que se ven directamente implicados.

En definitiva, los conflictos entre el Derecho y la moral deben contemplarse como una manifestación más, sin duda dolorosa, de la evolución constante de la vida social, que inevitablemente provoca desequilibrios entre sus diversos órdenes, y no como una prueba de la accidentalidad, en el sentido de contingencia, de las relaciones entre aquellos dos grandes órdenes normativos de la conducta humana.

TRADUCCIÓN |

