

---

---

**ALBERTO MONTORO BALLESTEROS**  
(Universidad de Murcia)

## **Sobre las relaciones entre moral y derecho**

### **S U M A R I O**

#### **I. INTRODUCCION**

1. Derecho y moral como sistemas normativos.
2. Complejidad de la moral como sistema normativo. Su carácter plural.
  - A. La moral social.
  - B. La moral individual.
  - C. Las morales profana y religiosa.
  - D. Pluralidad de la moral y relaciones entre los diversos niveles normativos de la misma.

#### **II. RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL**

1. Planteamiento lógico-formal.
  - A. Indiferenciación entre derecho y moral.
  - B. Distinción entre derecho y moral.
  - C. Relación de implicación.
    - a) Implicación del derecho en la moral.
    - b) Implicación de la moral en el derecho.
  - D. Separación entre derecho y moral.
  - E. La relación derecho-moral en el ámbito de la cultura occidental.
2. Planteamiento material: El problema del contenido del derecho.

#### **III. INTERVENCIONES DEL DERECHO EN LA MORAL. RAZONES Y LIMITES**

1. La Sociedad puede y debe intervenir en cuestiones morales.
2. La Sociedad puede y debe intervenir mediante el derecho para proteger y garantizar la eficacia de la moral.
3. Límites de la intervención del derecho en la moral. Criterios metodícos.
  - A. Posición maximalista.
  - B. Posición minimalista.
4. El problema de la determinación del "mínimo ético".
  - A. El criterio del "hombre razonable" u "hombre de la tribuna del jurado".
  - B. El criterio del "consenso democrático".
    - a) Los límites de la democracia.
    - b) La insuficiencia del método democrático.
  - C. Nuestra posición.

## I. INTRODUCCION

### 1. DERECHO Y MORAL COMO SISTEMAS NORMATIVOS

El comportamiento humano está regulado por una pluralidad de sistemas normativos entre los que destacan el derecho y la moral. Derecho y moral son dos criterios de regulación del obrar humano que se diferencian entre sí, fundamentalmente, por su finalidad última y, en función de ella, por su forma de obligar. Analicemos brevemente estas dos categorías.

La *moral* ordena el comportamiento humano, tanto individual (del hombre para consigo mismo) como social (del hombre para con los demás hombres), buscando la perfección individual del sujeto; su bien personal, el cual —hay que puntualizar esto— no es algo aislado, separado o independiente del bien social sino que «coincide siempre —como indica Graneris— con el bien de la sociedad ética universal» (1). Para la consecución de la perfección individual del sujeto la moral, apelando a la inteligencia y a la voluntad de la persona, hace de la realización del bien —y de la evitación del mal— la razón y el fundamento último del obrar. Un comportamiento es moral, y en cuanto tal perfecciona plenamente al sujeto, cuando responde pura y simplemente a la exigencia ética de realizar el bien y evitar el mal.

El *derecho* es un principio regulador de la conducta humana que tiene como finalidad perfeccionar ética y técnicamente el orden de la vida social para hacer posible la convivencia humana. El derecho prohíbe determinadas conductas (homicidio, robo, injuria...) y manda otras (cumplimiento de las obligaciones, recto ejercicio de los derechos...) buscando, no la perfección individual de las personas, sino el orden y la paz social, el bien común, mediante la regulación justa y segura de las relaciones sociales. Por esta razón, el derecho obliga de modo diferente a como lo hace la moral. Mientras que la moral exige que la conducta que se somete a su norma lo haga motivada por el deseo de hacer el bien y evitar el mal, el derecho —sin dejar de tener en cuenta, en muchos supuestos, los motivos del obrar— lo que exige del hombre es la obediencia de sus normas, con independencia de lo

(1) GIUSEPPE GRANERIS, *Contribución tomista a la Filosofía del derecho*, trad. esp. de Celina Ana Lértora Mendoza, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973, p. 59.

que el sujeto piense y sienta acerca de la justicia, de la corrección y de la oportunidad de las mismas. El derecho no manda o prohíbe hacer algo por tal o cual motivo sino, pura y simplemente, hacerlo. Por esta razón, mientras que la moral, por su propia naturaleza, es incoercible, la coercibilidad, sin embargo, es una nota natural (no esencial ni accidental) del derecho.

## 2. COMPLEJIDAD DE LA MORAL COMO SISTEMA NORMATIVO. SU CARÁCTER PLURAL

La complejidad de la moral viene constituida, fundamentalmente, por una doble circunstancia:

a) La moral no es un fenómeno unitario sino plural que se desarrolla y despliega, en el espacio y en el tiempo, dando lugar a la existencia de una diversidad de sistemas morales diferenciados entre sí. Como la sociedad posee una estructura plural, orgánica, no existe una única moral sino una gran variedad de sistemas morales, propios de los diversos grupos en que se articula la sociedad, sistemas que varían en el espacio y en el tiempo. En este sentido indica Kelsen que, «en diferentes épocas, en pueblos diferentes —y hasta en un mismo pueblo, dentro de diferentes estamentos, clases y profesiones— existen sistemas morales válidos muy distintos y entre sí contradictorios» (2), concluyendo con la afirmación de que «no hay una única moral, *la moral*, sino muchos sistemas morales,, altamente diferentes entre sí y muchas veces entre sí contradictorios» (3).

b) Dentro del orden moral de un determinado grupo social la moral no constituye tampoco un sistema normativo unitario sino un orden plural dentro del cual cabe distinguir varios planos o niveles normativos diferentes. Por esta razón, y para evitar planteamientos erróneos y desarrollos falsos, no debería hablarse de la moral de un modo unívoco sino de forma plural o analógica (4). Partiendo de estos supuestos podemos distinguir dentro del orden moral, como género, las si-

(2) HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, trad. esp. de Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, p. 77.

(3) *Ibid.*, p. 81. Cfr. HEINRICH HENKEL, *Introducción a la Filosofía del derecho* (Fundamentos del Derecho), trad. esp. de Enrique Gimbernat Ordeig, Taurus Ediciones, Madrid, 1968, p. 227.

(4) Cfr. HEINRICH HENKEL, *op. cit.*, pp. 217 y ss.

güentes especies: la moral social, la moral individual (5) y las morales religiosa y profana (6)

#### A) *La moral social*

La moral social constituye el nivel más bajo de exigencias éticas que postula el orden moral; es, como indica Messner, «el mínimo de moralidad que deben observar todos los miembros de la sociedad, para hacer posible la subsistencia y el desarrollo de ésta» (7), constituyendo ese mínimo ético uno de los fundamentos principales y uno de los lazos de unión más fuertes de la sociedad (8). La moral social consiste en las ideas predominantes en la sociedad sobre la cualidad moral del comportamiento social humano, así como en el conjunto de exigencias morales de comportamiento, de costumbres, que la sociedad dirige a sus miembros en cada momento con referencia al bien social (9). En cuanto tal, la moral social implica la existencia de una *comunidad moral de valores* vigente en la sociedad que se manifiesta en expectativas y exigencias de comportamiento (como standards, modelos o ideas de valor y pautas de conducta) dentro del tráfico de un determinado grupo social (10). Por ello, el resorte, el fundamento último de su validez no radica en la conciencia individual del sujeto (en la «llamada o en la voz de su conciencia») sino en el comportamiento efectivo del grupo que alcanza una dimensión normativa, en cuanto que la sociedad espera y exige, de cada uno de sus miembros, bajo el efecto de la presión social (ello aproxima la moral social al derecho) (11), un comportamiento conforme con la *comunidad moral de valores* vigente en ella (12).

(5) Henkel habla de «moral autónoma», *op. cit.*, pp. 268 y ss.

(6) Henkel habla al respecto de «sistemas de la ética superior religiosa y profana», *op. cit.*, pp. 218, 222 y ss.

(7) JOHANNES MESSNER, *Ética social, política y económica a la luz del Derecho natural*, trad. esp. de José Luis Barrios Sevilla, José M.<sup>a</sup> Rodríguez Paniagua y Juan Enrique Díaz, Ed. Rialp, Madrid, 1967, p. 120.

(8) Cfr. *Ibid.*, p. 120.

(9) Cfr. HEINRICH HENKEL, *op. cit.*, pp. 224 y 259; HANS Kelsen, *op. cit.*, p. 75.

(10) Cfr. H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, 2.<sup>a</sup> ed. (Reimpresión), trad. de Genaro R. Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pp. 225 y ss.; KARI LARENZ, *Metodología de la Ciencia del derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., trad. esp. de Marcelino Rodríguez Molinero, Ed. Ariel, Barcelona, 1980, pp. 149, 284 y 455.

(11) Cfr. H. L. A. HART, *op. cit.*, pp. 213 y ss.

(12) Cfr. HEINRICH HENKEL, *op. cit.*, pp. 225 y ss. Se trata, pues, dice Larenz, de «reglas que tienen ya un carácter normativo en la conciencia de aquellos que las cumplen o que juzgan según éstas». *Op. cit.*, pág. 454.

B) *La moral individual*

Junto con las obligaciones y deberes propios de la moral social existen en la sociedad ciertos ideales morales que suponen modos de comportamiento (heroísmo, santidad...) situados más allá de lo generalmente esperado y exigido por la sociedad y que son sentidos por ella como algo digno de alabanza (13). La realización de esos ideales morales superiores puede ser sentida y propuesta de dos formas dando lugar, por un lado, a la moral personal y, por otro lado, a las morales profana y religiosa.

La realización de esos ideales morales superiores a los que hemos aludido puede plantearse como criterio o pauta personal de conducta, que se propone como fin la realización de una moral máxima y, con ello, la plena realización de la personalidad moral del sujeto (14). Se trata aquí de lo que hemos denominado *moral personal* y que sustancialmente coincidiría con lo que tradicionalmente se ha llamado «moral natural». Esta tiene su centro de gravedad en la «idea de bien», descubierta por la razón natural como algo «valioso en sí», y que, por ello, debe ser realizado, teniendo su inmediato reflejo en la «voz de la conciencia», en la exigencia moral de realizar el bien formulada por la conciencia al sujeto (15). Esta moral, al apoyarse como último resorte en la razón natural, que descubre el bien, y en la conciencia individual, que actúa como instancia juzgadora y elabora la norma de comportamiento de acuerdo con la máxima que prescribe «actuar conforme a la conciencia», posee, por su propia naturaleza, un carácter eminentemente individual, subjetivo, que no permite, en principio, su extensión a otros como norma de conducta (16).

Ahora bien, cuando al sujeto no solo se propone alcanzar una existencia personal plenamente moral sino que pretende transmitir e inculcar a otros los ideales morales superiores reconocidos, sentidos y vividos por él (17) —y ésta sería la segunda forma de realización de los ideales morales superiores, antes aludida—, nos encontramos entonces ante las *morales profana y religiosa*.

(13) Cfr. H. L. A. HART, *op. cit.*, pp. 225 y ss.

(14) Cfr. JOHANNES MESSNER, *op. cit.*, pp. 120 y ss.

(15) Cfr. HEINRICH HENKEL, *op. cit.*, p. 219.

(16) Cfr. *ibid.*, pp. 220 y ss.

(17) Cfr. JOHANNES MESSNER, *op. cit.*, p. 121.

C) *Las morales profana y religiosa*

Las morales profana y religiosa están constituidas por sistemas éticos que, como indica Henkel, tienen su origen en el impulso moral de grandes personalidades individuales, fundadores de sistemas filosóficos (cinismo, epicureísmo, estoicismo...) o religiosos (budismo, cristianismo, islamismo...) y que se caracterizan por su pretensión absoluta de validez, en el sentido de que aspiran a vincular no solo a su creador o formulador sino a todos los hombres, aunque luego, de hecho, sus seguidores se reduzcan a un número más o menos amplio de personas (18).

Toda religión entraña cierta moral. Se discute si la moralidad presupone o no la religión. Hay al respecto opiniones encontradas (19). En cualquier caso parece que la moral se abre constitutivamente a la religión, encontrando así la moral religiosa su principal fuente material, y el fundamento último de su validez, en «lo revelado por Dios», en «lo querido por Dios». De este modo la religión positiva se constituye en fuente de ideales, de aspiraciones y de costumbres de carácter moral (20).

D) *Pluralidad de la moral y relaciones entre los diversos niveles normativos de la misma*

Los diversos estratos o niveles en que se articula el fenómeno moral no permanecen aislados sino que, entre ellos, se dan relaciones muy complejas de tensión, complemento, o apoyo e influencias recíprocas (21). En este sentido tenemos:

Primero: la moral individual no existe en el vacío sino apoyada y enraizada en el contexto histórico-cultural y ético constituido por la moral vigente en el grupo social (moral social, religiosa...). La moral social vigente en un grupo social influye de modo decisivo en la formación de la conciencia moral del individuo. Como indica Coing, «el hombre nace en determinados grupos, crece en ellos y constituye

(18) HEINRICH HENKEL, *op. cit.*, pp. 222 y ss.

(19) Cfr. ADOLFO SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *Ética*, Ed. Grijalbo, México, 1973, pp. 72 y ss.; JOSÉ LUIS L. ARANGUREN, *Ética*, 4.ª ed., Ed. Revista de Occidente, pp. 163 y ss.; ADELA CORTINA, *Ética mínima* (Introducción a la filosofía práctica), Ed. Tecnos, Madrid, 1968, pp. 223 y ss.

(20) En relación con la moral cristiana. Cfr. DIETRICH VON HILDEBRAND, *Ética*, trad. de Juan José García Norro, Ed. Encuentro, Madrid, 1983, pp. 439 y ss.

(21) Cfr. HEINRICH HENKEL, *op. cit.*, p. 228.

su propio sentimiento del valor asumiendo ante todo las valoraciones que encuentra ya cristalizadas en su familia, su iglesia, su nación, etc., del mismo modo que asume la lengua, los usos y las costumbres de dicha comunidad» (22). Ahora bien, el hombre no se limita siempre a asumir la moral vigente en el grupo social sino que, en relación con ella, puede hacer dos cosas diversas: una, desarrollar, concretar, perfeccionar y sublimar los contenidos éticos de la moral vigente. Tal fue, por ejemplo, el caso de Cristo, que no vino a cambiar la Ley sino a cumplirla, interpretando rectamente, aclarando y precisando de forma más completa y perfecta, lo que ya estaba contenido en las Escrituras y en los Profetas (23). La otra cosa que el hombre puede hacer en relación con la moral vigente es desplegar una reflexión crítica sobre los contenidos de la misma con el fin de cambiarlos o sustituirlos por otros. Tal es el caso de los grandes reformadores de la moral (24).

Segundo: por otro lado, tenemos las relaciones recíprocas que se dan entre la moral social y las morales profana y religiosa. Dentro de ellas —y en una relación análoga a la formulada por Radbruch entre las reglas del decoro social y el derecho (25)— nos encontramos que, en unos casos, las normas de la moral social son «protoformas» de futuros preceptos de las morales profana y religiosa mientras que, en otros, no son más que residuos históricos, fósiles, de un sistema moral profano o religioso ya desaparecido.

## II. RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL

El problema de las relaciones entre derecho y moral es susceptible de múltiples planteamientos. Aquí vamos a enfocarlo desde una doble perspectiva: la lógica-formal y la material.

(22) HELMUT COING, *Fundamentos de Filosofía del derecho*, trad. esp. Juan Manuel Mauri, Ed. Ariel, Barcelona, 1961, p. 77.

(23) Dice Jesús «No penséis que he venido a destruir la Ley ni los Profetas; no he venido a destruirla, sino a darle su cumplimiento», Mateo, V, 17. Véase también: Mateo, XXII, 34-40; Marcos, XII, 28-34; y Lucas, X, 25-28.

(24) Cfr. HELMUT COING, *op. cit.*, pp. 79 y ss.; H. L. A. HART, *op. cit.*, pp. 226 y ss.

(25) Cfr. GUSTAVO RADBRUCH, *Filosofía del derecho*, trad. esp., 3.ª ed., Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1952, pp. 66 y ss.

## 1. PLANTEAMIENTO LÓGICO-FORMAL

Desde el punto de vista lógico-formal las posibles relaciones entre derecho y moral son múltiples y, salvo alguna excepción, cada una de esas posibilidades lógicas han tenido su correspondiente correlato o reflejo en el plano de los hechos históricos. Esas posibles relaciones a las que hacemos referencia son las siguientes:

A) *Indiferenciación entre derecho y moral*

Se trata de una posibilidad cuya representación gráfica estaría constituida por dos círculos (uno que representaría al derecho y otro a la moral) superpuestos y, por tanto, confundidos. Se trata de una situación de indiferenciación normativa que históricamente se dio en los pueblos primitivos que constituían sociedades en un estado germinal en los que aún no podía darse una clara diferenciación entre instituciones, órganos y órdenes de conducta, constituyendo lo que hoy entendemos por derecho, moral y religión, una nebulosa normativa. Esa indiferenciación normativa fue consecuencia, en gran medida, del hecho de que la ciudad antigua era una comunidad total de vida, Estado e Iglesia al mismo tiempo, en donde aparecían confundidos lo sacro y lo profano, lo público y lo privado... Su orden normativo, fundado en un «ethos» común, era una sola y única cosa en donde estaban inseparablemente unidas y confundidas, lo que actualmente entendemos por normas religiosas, morales y jurídicas: el *nomos* de la polis griega, por ejemplo, abarcaba indistintamente normas morales y preceptos jurídicos (26). Fustel de Coulanges ha resumido magistralmente esta situación al final de sus reflexiones sobre la ciudad antigua. Escribe Fustel de Coulanges: «El Estado estaba estrechamente ligado a la religión; de ella procedía y con ella se confundía. Por eso, en la ciudad primitiva todas las instituciones políticas eran instituciones religiosas; las fiestas, ceremonias del culto; la leyes, fórmulas sagradas; los reyes y los magistrados, sacerdotes...» (27).

Hay que aclarar que esta situación de nebulosa o indiferenciación normativa no fue exclusiva de los pueblos antiguos sino que ha persistido, con mayor o menor intensidad, hasta nuestros días bajo determina-

(26) Cfr. HEINRICH HENKEL, *op. cit.*, pp. 255 y ss., 265 y ss.; EDGAR BODENHEIMER, *Teoría del Derecho*, trad. esp. de Vicente Herrero, 3.<sup>a</sup> ed., Fondo de Cultura Económica, México, 1964, pp. 94 y ss.

(27) *La ciudad antigua*, trad. esp. de Carlos A. Martín, Ed. Iberia, Barcelona, 1952, p. 489.



dos regímenes teocráticos. Tal es, por ejemplo, el caso de los regímenes islámicos. El Islam es, ante todo, una religión y, en segundo lugar, la comunidad religioso-política que forman todos los creyentes (*Umma*), a cuyo frente está, como sucesor de Mahoma el Califa (*Khilâfa*), jefe religioso y político, al mismo tiempo, en quien se concentran todos los poderes (28). La comunidad islámica está regida por el Corán, libro revelado y dictado por Alá al Profeta. Dicho libro, que constituye la expresión directa de la voluntad de Alá, es también la fuente revelada y principal del derecho, la cual se completa con otras fuentes, entre las que destaca el comentario auténtico del Corán constituido por los dichos y hechos del Profeta (*Sunna*) (29). En este sistema religioso-político el derecho no está separado de la moral y de la religión sino unido a ellas (30); el derecho posee un carácter religioso: sus preceptos son *dogmas* y quien los infringe comete un pecado. En épocas relativamente recientes, y en virtud de los contactos y relaciones de los regímenes islámicos con los países occidentales y sus sistemas jurídicos, se ha producido una diferenciación entre normas religiosas, morales y jurídicas, si bien el derecho permanece fundado y vinculado a la religión. Así, por ejemplo, el deber religioso de la limosna («Azaque» o Zakât) constituye el fundamento del sistema jurídico impositivo de los actuales Estados islámicos.

### B) *Distinción entre derecho y moral*

La distinción —no la separación— entre derecho y moral constituye una situación que puede representarse gráficamente por dos círculos secantes (*intersección*) (31) y que es el resultado de un largo proceso histórico, dentro del cual se pueden distinguir dos aspectos: uno de carácter formal, y otro, de carácter material.

El aspecto formal del proceso estuvo constituido por el establecimiento y la institucionalización de instancias de poder a las que era posible acudir, en caso de incumplimiento de alguna norma, para pedir la aplicación de la misma con el apoyo, incluso, de la fuerza. Ello permitió ir deslindando la moral del derecho, comenzando este último a configurarse, desde el punto de vista formal, como un sistema norma-

(28) LOUIS MILLIOT y FRANÇOIS-PAUL BLANC, *Introduction a l'Etude du Droit Musulman*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Sirey, París, 1987, pp. 15 y ss., 25 y ss., 40 y ss.

(29) Cfr. *ibid.*, pp. 6 y ss., 83 y ss.

(30) Cfr. *ibid.*, p. 78.

(31) Cfr. CLAUDE DU PASQUIER, *Introduction à la Théorie générale et à la Philosophie du droit*, 4.<sup>e</sup> ed., Ed. Delachaux et Niestlé, Neuchâtel, 1967, p. 317.

tivo, justiciable y coercible (32), teniendo estas notas —justiciabilidad y coercibilidad— una significación no esencial ni accidental sino natural.

El aspecto material del proceso vino caracterizado, como indica Henkel, por el desarrollo, en la persona, de la conciencia moral que hace que determinados comportamientos se presenten como exigidos o prohibidos, no porque estén en correspondencia o contradicción con los modelos de comportamiento tradicional emanados del «*ethos social*» del grupo sino porque son percibidos por su conciencia moral como buenos o malos, respectivamente (33).

Sobre estos supuestos, materiales y formales, fue posible ir diferenciando determinados tipos de conducta con base, fundamentalmente, tanto en la materia como en el modo como debían realizarse unas y otras, lo cual permitió deslindar el orden moral del orden jurídico (34). Dicha distinción, intuita ya en la antigüedad por los juristas romanos (*non omne quod licet honestum est*) y puesta de manifiesto en la diferenciación entre «*ius*» y «*fas*» y «*boni mores*», se fue desarrollando con mayor vigor y precisión a partir del cristianismo (separación Iglesia-Estado) por obra de la patrística y de la escolástica (San Agustín, Santo Tomás...) (35). Como indicábamos al principio, esta diferenciación entre derecho y moral no implicó nunca su separación: derecho y moral siguieron unidas como las ramas permanecen unidas por el tronco del árbol al que pertenecen. La ética fue y continúa siendo el tronco común en donde se unen el derecho y la moral.

### C) *Relación de implicación*

Se trata de una relación que puede tener un doble significado: la implicación del derecho en la moral y la implicación de la moral en el derecho.

#### a) *Implicación del derecho en la moral*

La relación de implicación del derecho en la moral puede representarse gráficamente por un círculo (*derecho*) inscrito en otro círculo más amplio (*moral*). En este tipo de relación el derecho aparece re-

(32) Cfr. HEINRICH HENKEL, *op. cit.*, pp. 256 y ss.

(33) Cfr. *ibid.*, pp. 258 y ss.

(34) Cfr. JOSÉ M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Derecho y ética*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, p. 32.

(35) Cfr. HELMUT COING, *op. cit.*, pp. 79 y ss.

ducido a un apéndice de la moral. Tal es la situación en que se han encontrado y se encuentran ambos órdenes normativos en algunos regímenes de tipo teocrático. A este modelo respondió, por ejemplo, la teoría y la práctica del denominado «*agustinismo político*». El agustinismo político fue la teoría de la teocracia pontificia o gobierno del mundo por la Iglesia de Roma, teorizado por diversos autores, desde Honorio de Augsburgo y Juan de Salisbury hasta Ptolomeo de Luca, Egidio de Roma y otros. Pero el agustinismo político no fue sólo una idea sino también un intento político concreto. Continuando el camino iniciado por los papas Nicolás I y Gregorio VII, el Papado, con Inocencio III, se convirtió en el verdadero árbitro de Europa, aspirando —aspiración que persistiría con Inocencio IV— a regir el mundo temporal (36). La finalidad perseguida era alcanzar la unidad perfecta de la Cristiandad, unidad basada en el gobierno moral y político del mundo por el Papa, a quien le era atribuida la plenitud del *imperium* y a quien estarían sometidos tanto los reyes como el Emperador (37). Brotes tardíos de ese agustinismo político fueron también, ya en la Edad Moderna, el intento de reforma político-religiosa que Savonarola pretendió llevar a cabo en Florencia, así como el gobierno eclesiástico-civil que Calvino impuso en Ginebra.

Los regímenes teocráticos, que suponen una implicación del derecho en la moral y en la religión y una subordinación de aquél a éstas, no son formas políticas del pasado sino modelos que, con diversas variantes, persisten hasta nuestros días. Ahí tenemos, por ejemplo, a los actuales regímenes islámicos entre los que destaca, por la radicalidad de sus planteamientos y de sus actuaciones, la República Islámica del Irán, verdadera teocracia, sujeta a la tutela y guía religiosas del Aya-tollah Jomeini.

En toda teocracia el derecho, junto con el poder político, pasa a ser un instrumento de la religión para el cumplimiento de sus fines, quedando reducido a un mero apéndice, a una pieza subalterna, de la religión y de la moral. Giuseppe Graneris ha advertido de los riesgos

(36) En esta época el poder del Papa se extendió hasta Alemania, Inglaterra, Portugal, Aragón, Sicilia, Nápoles, Hungría...

(37) Cfr. H. X. ARQUILLIÈRE, *L'agustinisme politique* (Essai sur la formation des théories politiques du Moyen-Age), 2.<sup>a</sup> ed., Librairie Philosophique J. Vrin, París, 1955, en especial las pp. 121 y ss., 142 y ss., 170 y ss.; JOSEPH LORTZ, *Historia de la Iglesia en la perspectiva de la Historia del pensamiento*, t. I (Antigüedad y Edad Media), trad. esp. de Agustín Andreu Rodrigo, Ed. Cristiandad, Madrid, 1982, pp. 434 y ss.; SATURNINO ALVAREZ TURIEÑO, *La Edad Media*, en el vol. colectivo dirigido y coordinado por VICTORIA CAMPS, *Historia de la Ética*, vol. 1 (De los griegos al Renacimiento), Ed. Crítica, Barcelona, 1987, pp. 469 y ss.

y peligros que entraña todo régimen teocrático y que serían fundamentalmente dos: imponer yugos insoportables a la libertad y promover el fariseísmo, que es la máscara de la religión y de la moral, elevando a norma suprema de conducta la cínica máxima de Hobbes de «cumplir los ritos prescritos y desinteresarse de la fe» (38).

#### b) Implicación de la moral en el derecho

La implicación de la moral en el derecho puede representarse mediante un círculo pequeño (*moral*) inscrito en otro círculo más amplio (*derecho*). Aquí la moral aparece absorbida por el derecho y reducida a un mero apéndice o reflejo del mismo y de la organización política del Estado. A esta concepción obedece el fenómeno del moderno Estado totalitario, modelo político que responde a principios y a experiencias históricas que se remontan a los orígenes mismos del pensamiento (piénsese en la *República* de Platón) y de las formas políticas (recuérdense las instituciones de las antiguas *póleis*, en especial las de Esparta). En la raíz del moderno Estado totalitario está la idea hegeliana del Estado. Para Hegel, el Estado, como *totalidad ética*, es soberano en sentido absoluto, no estando sometido a principios anteriores o superiores a su propio querer; el Estado es la fuente suprema del derecho y de la moralidad: «No es un Estado sometido a la Etica, sino creador de Etica» (39). El desarrollo de la Filosofía del Estado de Hegel culminó en la teoría y en la praxis del Estado totalitario (comunista y fascista).

¿Qué significación tiene el Estado totalitario en relación con el tema objeto de nuestro estudio? Frente al *pluralismo ideológico del Estado democrático* —que no pretende definir ni decidir cuál es la verdad, ni imponer ningún criterio de conducta en materia de arte, ciencia, filosofía, religión, moral...— el *monismo ideológico del Estado totalitario* (comunista y facista) sí pretende definir la actitud correcta, verdadera, en artes, ciencias, filosofía, moral... (40), porque aspira «al control total del hombre por el Estado» (41), porque el Estado totalitario tiene el propósito de «alcanzar el dominio sobre la vida y la

(38) Cfr. GUISEPPE GRANERIS, *op. cit.*, pp. 174, 175 y ss.; HEINRICH HENKEL, *op. cit.*, p. 262.

(39) Cfr. GREGORIO RODRÍGUEZ DE YURRE, *Totalitarismo y egolatría*, Ed. Aguilar, Madrid, 1962, pp. 75 y ss.

(40) Cfr. WILLIAM EBENSTEIN, *El totalitarismo*, trad. esp. de Natalio Mazar, Editorial Paidós, Buenos Aires, pp. 19, 99 y ss.

(41) *Ibid.*, p. 20.

mente del hombre en su totalidad» (42), para modelarlas de acuerdo con sus fines. Para conseguir ese dominio total de la vida material y espiritual del hombre el Estado totalitario cuenta con una ideología oficial que pretende comprender todas las fases del pensamiento, la acción y los sentimientos humanos, todos los aspectos de la actividad y de la existencia del hombre (entre ellos, la moral) no admitiendo ningún tipo de ideas, creencias o valores contrarios a ella y exigiendo una adhesión total, ciega, a la misma (43). Junto con la ideología oficial, un partido único de masas, jerárquicamente estructurado, la propaganda (prensa, radio, cine...), la educación estatal y la práctica sistemática de la fuerza y del terror son los medios con los que el Estado totalitario lleva a cabo sus fines de pleno dominio del hombre (44).

Dentro del proceso de realización de sus fines el Estado totalitario genera un derecho, mejor aún, un mero sistema de legalidad, que impulsa y dirige su acción política y vertebrada, conforma y consolida sus resultados. Esa legalidad —expresión del poder absoluto del Estado totalitario, y, de modo más concreto, del partido único o de su líder (45)— se constituye en criterio y medida suprema de toda justicia y moralidad, tratando el Estado de someter y adaptar la moral (individual, social, religiosa...) a sus fines, reduciendo así la moralidad a la adecuación de la conducta de las personas y grupos sociales a los objetivos que, en cada momento, persigue el mismo (46).

Ello significa, en primer lugar, que el Estado se configura como la única fuente de la moral y como el único propulsor de la misma (47) y, en segundo lugar, que la moralidad se reduce, de un lado, a lo que se ajusta, en cada caso, a lo determinado por el poder político, a la

(42) Cfr. *ibid.*, pp. 99 y ss.; HANNAH ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, trad. esp. de Guillermo Solana, Ed. Taurus, Madrid, 1974, pp. 533 y ss.

(43) Cfr. WILLIAM EBENSTEIN, *op. cit.*, pp. 99 y ss.; HANNAH ARENDT, *op. cit.*, pp. 425 y ss., 512 y ss., 535, 538 y ss., 564 y ss., 574 y ss.; GREGORIO RODRÍGUEZ DE YURRE, *El marxismo* (Exposición y crítica), t. II, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1974, pp. 323 y ss.

(44) Cfr. WILLIAM EBENSTEIN, *op. cit.*, pp. 102 y ss.; HANNAH ARENDT, *op. cit.*, pp. 425 y ss., 512 y ss., 535, 538 y ss., 465 y ss., 574 y ss.; GREGORIO RODRÍGUEZ DE YURRE, *El marxismo*, t. II, cit. pp. 323 y ss.; KARL DIETRICH BRACHER, *La Dictadura alemana* (Génesis, estructura y consecuencias del Nacionalsocialismo), t. I, trad. esp. de José A. Garmendia, Alianza Ed., Madrid, 1973, pp. 343, 347 y ss., 350 y ss. y t. II, trad. esp. de José A. Garmendia, Alianza Ed., Madrid, 1973, pp. 90 y ss., 106 y ss.

(45) Cfr. GREGORIO RODRÍGUEZ DE YURRE, *El marxismo*, t. II, cit. pp. 323 y ss.; ROGER BONNARD, *El Derecho y el Estado en la doctrina Nacional-Socialista*, 2.ª ed., trad. esp. de José M.ª Pi Suñer, Bosch, Casa Ed. Barcelona, 1950, pp. 113 y ss.; KARL DIETRICH BRACHER, *op. cit.*, t. II, p. 90.

(46) Cfr. EDGAR BODENHEIMER, *op. cit.*, pp. 100 y ss.

(47) Cfr. GIUSEPPE GRANERIS, *op. cit.*, p. 173.

conformidad con los fines políticos del Estado, y, de otro lado, a la obediencia y sumisión al Estado, al cumplimiento de su legalidad; se trata, pues, de una ética de sumisión y plena obediencia al poder (48). En este sentido, la bondad, la «santidad» del individuo consiste en abandonar su propio criterio de moralidad (individual, religiosa...) para entregarse o someterse plenamente a la moralidad superior que constituye la voluntad del Estado (49). De este modo, el hombre no debe buscar la norma de moralidad fuera del Estado sino en el Estado mismo, que asume y polariza la dirección de la vida espiritual de todos sus miembros (50). El sistema político y de legalidad del Estado totalitario trata de segregar un nuevo «ethos», una nueva moral de signo político (comunista, fascista...), con la pretensión de desplazar y suplantarlo, o en cualquier caso someter, a las demás morales (individual, religiosa, etc.), constituyendo la medida y el límite de las mismas (51), con lo cual la moral (la moral del individuo y de los grupos

(48) Cfr. GREGORIO RODRÍGUEZ DE YURRE, *Totalitarismo y egolatría*, cit. pp. 327 y ss., 330 y ss.; *El marxismo*, t. II, cit. p. 45. En esta última obra indica Rodríguez de Yurre: «Ningún sistema totalitario se contenta con la sumisión *exterior* del ciudadano al régimen; todos piden la sumisión *interior*, la unidad de idea y de opinión de los individuos conforme al patrón oficial. La obediencia exterior se concibe, más bien, como efecto y manifestación de esa unidad interior. De ahí la importancia del monopolio de todos los órganos de expresión y comunicación de la idea portadora de la ortodoxia oficial: monopolio bolchevique de la escuela y de todos los centros de formación, de la prensa y órganos de difusión. Todas las demás ideas quedan excluidas de la vida pública e incluidas en la categoría de delitos. Es tesis totalitaria la pretensión de que el gobernante tiene jurisdicción sobre la totalidad del hombre y no sólo sobre la esfera exterior», p. 324.

(49) Cfr. GREGORIO RODRÍGUEZ DE YURRE, *Totalitarismo y egolatría*, cit. p. 75.

(50) Cfr. *ibid.*, p. 76.

(51) Cfr. *ibid.*, pp. 75 y ss. En este sentido pudo afirmar Lenin: «Nuestra moral está enteramente subordinada a los intereses de la lucha de la clase proletaria» (cit. por GREGORIO RODRÍGUEZ DE YURRE, *El marxismo*, t. II, cit. p. 44). En la misma dirección de pensamiento, y partiendo del supuesto de que la URSS encarna la misión salvadora y redentora de la humanidad, Stalin pudo proclamar que era un «deber sagrado» de todos los trabajadores del mundo defender a la URSS. Afirmaba Stalin: «La defensa de la URSS es el deber sagrado de todo pueblo honesto en el mundo. El patriotismo soviético de los ciudadanos de la URSS es inconcebible sin el internacionalismo proletario; pero el internacionalismo proletario de los trabajadores de otros países es inconcebible sin el amor y la total devoción a la Unión Soviética, como patria del socialismo y la patria socialista del proletariado internacional». Cit. por GREGORIO RODRÍGUEZ DE YURRE, *El marxismo*, t. II, p. 328. Por su parte, el Estado Nacionalsocialista trató de generar una nueva moral que informase todos los ámbitos de la educación, la cultura y la investigación científica (Cfr. KARL DIETRICH BRACHER, *op. cit.*, t. I, pp. 347 y ss., en especial 356 y ss., y 362), así como la formación de las nuevas élites del régimen. A este respecto escribe Karl Dietrich Bracher: «Era una rara combinación de amor a las plantas y a los animales con el sistemático exterminio de hombres»; la idealización del asesinato en masa se conjugaba con un riguroso código del honor. En sus discursos pronunciados ante los jefes de la SS, familiarizados ya con el tema, Himmler consideró el exterminio de masas como «*página gloriosa de nuestra historia*», «*autosuperación hacia una moral superior*». «*El haber mantenido el decoro en todo ello... nos ha endurecido*». El asesinato en masa se convierte en justicia, mientras que el hurto de un cigarrillo se declara delito merecedor de la pena de

sociales) queda aprisionada, aherrojada, dentro del cinturón de hierro constituido por el sistema de legalidad del Estado. En este sentido el Estado totalitario supone la sumisión de la moral al poder del Estado y al derecho (legalidad) que éste genera para el cumplimiento de sus fines; supone reducir la moral a un apéndice del bloque de la legalidad del Estado. Como indica Federico de Castro, refiriéndose a estas situaciones, la moral aparece insertada en el derecho, quedando reducida a un reflejo o resultante de las disposiciones del legislador o de la organización estatal» (52).

#### D) Separación entre derecho y moral

Otra posibilidad lógica en las relaciones entre derecho y moral es la constituida por la separación entre ambos órdenes normativos por dos círculos externos, uno de los cuales representaría al derecho y el otro a la moral. Se trata de una construcción puramente teórica, sin correlato histórico correcto —no conozco ninguna situación histórica real que responda a tal esquema—, constituida por la doctrina a partir de la Edad Moderna. La raíz de tal elaboración teórica está en la Reforma protestante, en las luchas y conflictos religiosos que siguieron a la misma y, fundamentalmente, en una de sus consecuencias: la organización y dominación de la Iglesia por el Estado, conforme al principio «*Cuius regio, eius religio*». La finalidad de dicha construcción doctrinal —en relación con la cual destacan los nombres de Bacon, Thomasius, Kant, Fichte...— fue delimitar el ámbito de actua-

muerte: «*Pero en general podemos decir —son palabras de Himmler— que hemos cumplido la tarea más difícil en medio del amor de nuestro pueblo. Y con ello no hemos sufrido daño alguno en nuestro interior, en nuestra alma o en nuestro carácter*». *Ibid.*, p. 379.

El principio moral supremo de todo ese sistema pseudomoral estuvo constituido por el principio caudillista de la fidelidad absoluta al Führer. Significativas al respecto son las siguientes declaraciones de Hermann Göring: «¡Yo no tengo conciencia! Mi conciencia se llama Adolfo Hitler». «Doy gracias a mi creador por no saber lo que pueda ser objetivo... Prefiero disparar un par de veces demasiado cerca o demasiado lejos con tal de, por lo menos, poder disparar». «Las medidas que tome no estarán maniatadas por ningún escrúpulo jurídico... No estoy aquí para impartir justicia, sino para exterminar y aniquilar. Nada más». En análogo sentido Rudolf Hess afirmó: «Me fue dado trabajar y actuar muchos años de mi vida al mando del mayor hijo que mi pueblo ha producido durante su milenaria historia». Bracher indica que se ha visto en Hess «al hombre totalitario pasivo con el que todo es posible, que se diluye en la absoluta «renuncia a la crítica, al juicio propio y a la autodeterminación y cuya ideología se resume en los conceptos de lealtad, deber y obediencia». Su lema fue «Hay que querer (lo que quiere) la persona del Führer». KARL DIETRICH BRACHER, *op. cit.*, t. I, pp. 372, 373 y 374, en relación con Joseph Goebbels. Cfr. *ibid.*, pp. 376 y ss.

(52) *Derecho civil de España* (Parte General), t. I, 3.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, p. 25. Cfr. las pp. 25 y ss.

ción del poder político sustrayendo de la competencia del mismo las cuestiones de conciencia, poniendo así un límite al absolutismo y asegurando la libertad de conciencia de los individuos. Según esta doctrina, la conducta interna (cuestiones de conciencia) estaría sometida exclusivamente al imperio de la moral mientras que los comportamientos externos serían regulados por el derecho.

Junto con esta finalidad práctica de separar derecho y moral para delimitar y garantizar la libertad de conciencia y, con ella, la libertad política (53), operó después la pretensión del positivismo (Bentham, Austin) de insistir en la separación entre ambos órdenes normativos. Aquí, el motivo no fue de signo práctico sino fundamentalmente teórico: respondió a la necesidad de distinguir, por razones metodológicas y científicas, el derecho que «es» y el derecho que «debe ser»; esto es, para decirlo con palabras de Austin, diferenciar el tema de la «existencia del derecho» de la cuestión de «su mérito o demérito» (54).

#### E) *La relación derecho-moral en el ámbito de la cultura occidental*

De todas estas posibles posiciones lógicas la que mejor refleja la realidad presente del mundo jurídico occidental —y concretamente, del ordenamiento jurídico español— es la que entiende que derecho y moral son dos sistemas normativos diferenciados pero conectados entre sí (su representación gráfica es la constituida por dos círculos secantes) como ramas diferentes de un mismo tronco constituido por la ética. Derecho y moral comparten (esa es la zona de intersección de los círculos secantes) el contenido común de la justicia: tanto el derecho como la moral nos obligan a ser justos, si bien por razones diferentes y mediante técnicas diversas también. El *derecho*, a diferencia de la moral:

Primero: no manda todas las virtudes ni prohíbe todos los vicios, sino sólo el *mínimo ético* indispensable para conservar la vida social. En este sentido indica Santo Tomás: «La ley humana no prohíbe todos los vicios de los que se abstienen los hombres virtuosos, sino tan sólo los más graves (*solum graviora*), de los que es posible que se abstenga la mayor parte de la multitud, y principalmente aquellos que re-

(53) Cfr. EDGAR BODENHEIMER, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

(54) Cfr. H. L. A. HART, *El positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral* (Contribuciones a su análisis), trad. esp. y nota preliminar de Genaro R. Carrió, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1962, pp. 3 y ss.



dundan en perjuicio de los demás (*in nocumentum aliorum*), sin cuya prohibición no puede conservarse la sociedad humana» (55).

Segundo: el derecho se ocupa de otra serie de comportamientos y temas, éticamente indiferentes (formas negociables, plazos de prescripción, etc.), pero que son necesarios para el orden de la vida social (56).

## 2. PLANTEAMIENTO MATERIAL: EL PROBLEMA DEL CONTENIDO DEL DERECHO

El derecho no tiene un contenido material fijo, permanente. El derecho es un sistema normativo abierto que asume, como contenidos, materias muy diversas. En un planteamiento amplio del problema podemos distinguir en el derecho dos clases de contenidos: unos contenidos específicamente jurídicos y otros contenidos circunstancial o accidentalmente jurídicos. Entendemos por *contenidos específicamente jurídicos* aquellas conductas o materias que a lo largo de la historia (en el espacio y en el tiempo) siempre han sido reguladas por el derecho, por constituir exigencias propias de la justicia y de la seguridad jurídica en orden a la realización del bien común. Tal es lo que sucede, por ejemplo, con los principios jurídicos fundamentales que inspiran la regulación de los contratos, la estructura y dinámica del proceso, el régimen de la responsabilidad jurídica en sus diversas manifestaciones, etc. Junto a esos contenidos de naturaleza jurídica permanente existen otros cuya significación jurídica es puramente accidental: se trata de los que hemos denominado *contenidos circunstancial o accidentalmente jurídicos*. Consisten en conductas y materias cuya naturaleza específica no es jurídica (por no constituir exigencias propias de la justicia y de la seguridad jurídica) pero que el derecho, por razones históricas, de mera oportunidad política o por otros motivos, regula o deja de regular, dotándolas o privándolas —según los casos— de significación jurídica. El derecho se configura así como un sistema normativo «abierto» en el que se opera un doble proceso de «*entradas*» y «*salidas*». En determinados momentos, y por diversas razones, el derecho asume como contenidos propios, dotándolos de carácter jurídico (*entradas*), materias que por su naturaleza pertenecen a otros sistemas normativos, tales como la moral (57) (castigo de

(55) *Summa Theol.* I-II, q. 96. Art. 2; cfr. CLAUDE DU PASQUIER, *op. cit.*, pp. 316 y ss.

(56) Cfr. HEINRICH HENKEL, *op. cit.*, pp. 244 y ss.

(57) H. L. A. HART, *El concepto del derecho*, cit pp. 9, 193 y ss., 229, 251 y ss.

la blasfemia, de la herejía, del perjurio...) o las reglas de trato social (regulación jurídica de las costumbres suntuarias...). En otras ocasiones, y por causas diversas también, el derecho abandona (*salidas*) la regulación de determinados comportamientos y temas (despenalización de la herejía, del adulterio, del consumo de drogas, etc.), dejando su ordenación a otros sistemas normativos.

En relación con ese doble proceso de «entradas» y «salidas» que se opera en el contenido del derecho, tiene una indudable importancia, desde el punto de vista de la Filosofía y de la Sociología jurídica y política, así como de la Política jurídica, el fenómeno de ósmosis que —con intensidad variable en el espacio y en el tiempo— se ha dado siempre entre el derecho y la moral, lo cual ha determinado la existencia de una acción recíproca entre ambos órdenes normativos, produciéndose, en unos casos, momentos y situaciones de tensión y antagonismo entre moral y derecho (supuesto de la despenalización del aborto, que la moral —la moral católica, por ejemplo—, no admite) y, en otros casos, relaciones de armonía y apoyo mutuo (por ejemplo, la prohibición de matar por parte de la moral y la penalización del homicidio por el derecho) (58).

### III. LA INTERVENCION DEL DERECHO EN LA MORAL. RAZONES Y LIMITES

El derecho y la moral, en cuanto sistemas normativos, no están meramente yuxtapuestos sino, como acabamos de ver, engranados, imbricados, entre sí. Esa relación de imbricación (*intersección*) determina la existencia, real o potencial, de un complejo de funciones recíprocas entre derecho y moral. En este sentido tenemos, por ejemplo, que, de un lado, la moral puede actuar (y de hecho actúa) como catalizador y coadyuvante de la eficacia del derecho, la cual depende en gran medida, de su adecuación o conformidad con la moral; en especial, con la moral social vigente. De este modo, la moral funciona como garantía del derecho y Hart recuerda, a este respecto, que «un sistema jurídico tiene que apoyarse en un sentido de obligación moral o en la convicción del valor moral del sistema, dado que no se apoya, ni puede hacerlo, en el mero poder del hombre sobre el hombre» (59). De otro lado, el derecho, en relación con la moral, puede potenciarla, prote-

(58) Cfr. HEINRICH HENKEL, *op. cit.*, pp. 264 y ss.

(59) *El concepto del derecho*, cit. p. 250. Cfr. las pp. 250 y ss.

giéndola; rebajarla y debilitarla, obstaculizando y limitando los comportamientos morales y, por último, provocar tensiones y conflictos, al reprimir las conductas que la moral prescribe, o al permitir o incluso mandar comportamientos que la moral prohíbe (60).

A la vista de esto se plantea el problema de cuál debe ser la actitud del derecho respecto de la moral; concretamente, la cuestión a dilucidar es si el derecho debe intervenir en temas morales. Se trata de un problema muy complejo cuyo correcto planteamiento y solución exige la localización y el estudio separado de una pluralidad de cuestiones implicadas en él. De cuanto hemos visto el planteamiento más claro y sistemático del tema es el hecho por Devlin, en su estudio sobre *la moral y el Derecho penal* (61). Siguiendo las líneas generales apuntadas por Devlin entendemos que los problemas a dilucidar son si la sociedad debe intervenir en cuestiones morales, los medios o procedimientos de esa intervención, así como los límites de la misma. Trataremos de responder, de modo esquemático, a esas cuestiones.

#### 1. LA SOCIEDAD PUEDE Y DEBE INTERVENIR EN CUESTIONES MORALES

Es una idea comúnmente admitida que la moral, en especial la moral social, constituye uno de los elementos integrantes de la sociedad; uno de los factores que sirve para aglutinar, vertebrar y dotar de cohesión al grupo social, haciendo posible su subsistencia y desarrollo. Messner indica, en este sentido, que la «moralidad social es el lazo de unión más fuerte de una sociedad y constituye uno de los fundamentos indispensables de su existencia como forma social así como de su continuidad espiritual y física» (62). Por su parte, Hart subraya que «hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable» (63), y tales reglas de conducta constituyen, según Hart, lo que él denomina *el contenido mínimo del Derecho natural*: esto es, «principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural, y a sus propósitos (... y sin los cuales), las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo

(60) Cfr. *ibid*, p. 219.

(61) LORD PATRICK DEVLIN, *La moral y el Derecho penal*, en el vol colectivo compilado por R. M. DWORKIN, «Filosofía del derecho», trad. esp. de Javier Sainz de los Terreros, Fondo de Cultura Económica, México, 1980, pp. 128 y ss.

(62) *Op. cit.*, p. 120.

(63) *El concepto del derecho*, cit. p. 238.

el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí» (64). En análoga línea de pensamiento Lord Patrick Devlin subraya la idea de que «lo que caracteriza a cualquier clase de sociedad es la comunidad de ideas, y no sólo de ideas políticas, sino también de ideas sobre como sus miembros deben comportarse y gobernar sus vidas (... constituyendo), estas últimas ideas (...) su moral. Toda sociedad —concluye diciendo Devlin— tiene una estructura moral, además de la política» (65). En otro lugar insiste: «Sociedad significa comunidad de ideas; sin ideas compartidas sobre política, moral y ética, no puede existir ninguna sociedad» (66).

Al constituir la moral, especialmente la moral social, un elemento esencial de la estructura y de la identidad de la sociedad se infiere de ello fácilmente que la sociedad, por razones de autodefensa, no puede ser neutral o indiferente en cuestiones morales y tiene derecho a intervenir en ellas. Tal es la tesis de Lord Devlin: al afectar la moral a la subsistencia e identidad de la sociedad, estima Devlin que existe razón suficiente para que la sociedad pueda y deba pronunciarse sobre cuestiones morales; esto es, para emitir un juicio o dictamen colectivo acerca de lo que está bien y de lo que está mal, de lo moral y de lo inmoral (67). Ello es así por razones de defensa social, porque, como explica Devlin, «para el bienestar de la sociedad la moralidad preestablecida es tan necesaria como el buen gobierno (... desintegrándose) las sociedades (...) desde dentro (cuando se mina y se disuelve su moralidad) con mayor frecuencia que son destruidas por presiones externas» (68).

## 2. LA SOCIEDAD PUEDE Y DEBE INTEGRARSE MEDIANTE EL DERECHO PARA PROTEGER Y GARANTIZAR LA EFICACIA DE LA MORAL

El derecho puede intervenir en cuestiones morales de dos formas fundamentales: de *forma negativa*, no estableciendo disposiciones contrarias a la moral; de *forma positiva* puede intervenir, a su vez, de varios modos:

(64) *Ibid.*, pp. 238 y 239. Cfr. 239 y ss.

(65) *Op. cit.*, pp. 140 y 141.

(66) *Ibid.*, p. 142.

(67) Cfr. *ibid.*, pp. 139, 141 y ss.

(68) *Ibid.*, p. 147.

a) Creando las condiciones necesarias para la práctica de la moral, conforme a la formulación de Radbruch para quien el derecho se configura como posibilidad de la moral, «no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza (...) para que (los individuos) puedan cumplir mejor sus deberes morales» (69).

b) Asumiendo y dotando de significación jurídica determinados contenidos morales, mandando hacer lo que la moral prescribe (respetar los bienes y derechos ajenos) y prohibiendo y reprimiendo lo que la moral condena (hurto, difamación, perjurio...).

Se plantea la pregunta de si la sociedad debe, y en qué medida, utilizar el derecho para proteger la moralidad y luchar contra la inmoralidad. Coherentemente con la idea de que la moral —en sus diversas manifestaciones y, especialmente, como moral social— es un elemento constitutivo de la sociedad que contribuye a integrarla, a consolidarla, mientras que la inmoralidad es un factor disolvente que puede amenazar la existencia misma de la sociedad, la respuesta lógica es la de que la sociedad debe legislar sobre cuestiones morales, fomentando y protegiendo la moralidad y reprimiendo la inmoralidad. En esta dirección se orienta, a pesar de las críticas de Hart, la opinión del juez Lord Patrick Devlin: «Si no es posible mantener una sociedad sin moralidad (...), dice Devlin) puede aplicarse el derecho a fin de imponer la moral como algo imprescindible para la sociedad» (70). En otro lugar señala Devlin que si la sociedad posee atribuciones para pronunciarse respecto de cuestiones morales, «basándose en que una moralidad reconocida le es tan necesaria como, por ejemplo, un gobierno reconocido, podrá utilizar el derecho (legislando contra la inmoralidad) a fin de salvaguardar la moral del mismo modo que lo usa para proteger cualquier otro objeto imprescindible a su existencia» (71). Devlin estima plenamente justificado que «la sociedad tome las mismas medidas para mantener su código moral que para preservar su gobierno y sus demás instituciones esenciales» (72).

(69) GUSTAVO RADBRUCH, *op. cit.*, p. 63. Cfr. GIUSEPPE GRANERIS, *op. cit.*, pp. 173 y ss., 175 y ss.

(70) *Op. cit.*, p. 149, nota 20. Cfr. la p. 148, nota 20.

(71) *Ibid.*, p. 144.

(72) *Ibid.*, p. 147. Cfr. las pp. 148 y ss.

### 3. LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN DEL DERECHO EN LA MORAL. CRITERIOS METÓDICOS

¿En qué medida debe intervenir el derecho en cuestiones morales protegiendo la moralidad y reprimiendo la inmoralidad? ¿Hasta dónde debe llegar el derecho en uno y en otro caso? En relación con este problema se han dado múltiples actitudes que pueden clasificarse en dos grandes posiciones:

#### A) *Posición maximalista*

Tal es la actitud mantenida no sólo por los regímenes teocráticos sino también por otros que han entendido que la defensa de la fe religiosa y de su moral constituye el fin último del poder político. En este sentido, ya en la Europa de la Edad Moderna, nos encontramos junto al régimen teocrático que Calvino impuso en Ginebra —mediante el cual reconocía a la Iglesia el derecho de imponer al Estado sus principios morales, sus leyes y su organización, controlando toda la vida de la ciudad (lecturas, modas, juegos, cantos, banquetes, diversiones y prohibición de bailes, juegos de cartas, lecturas de novelas, etc.) y obligando a la práctica de la virtud (73)—, con el ejemplo de las *monarquías absolutas*. La idea predominante en ellas era la de que el Estado y la Iglesia no tenían fines diferentes sino una meta común: al bien último del hombre, considerando el rey un deber estricto de la monarquía la defensa y promoción de la religión y de su moral. En este sentido, el Estado no sólo reconoce las leyes de la Iglesia y las apoya sino que, a menudo, hace suyas las normas canónicas promulgando leyes civiles análogas en todo a las eclesiásticas (74). De modo similar han actuado también, en contextos democráticos, los puritanos cuando han tenido la fuerza suficiente para ello. Así ha sucedido, por ejemplo, en Gran Bretaña y en Nueva Inglaterra, en donde el puritanismo ha intentado imponer —mediante lo que se han denominado *leyes celestes* (*blue laws*)— una moralidad estricta, regulando casi toda la vida pública y priva-

(73) Cfr. GIACOMO MARTINA, *La Iglesia, de Lutero a nuestros días*, t. I (Epoca de la Reforma), trad. esp. de Joaquín L. Ortega, Ed. Cristiandad, Madrid, 1974, pp. 143 y ss.

(74) Cfr. GIACOMO MARTINA, *La Iglesia, de Lutero a nuestros días*, t. II (Epoca del Absolutismo), trad. esp. de Joaquín L. Ortega, Ed. Cristiandad, Madrid, 1974, pp. 36, 37 y ss.; JACQUES-BÉNIGNE BOSSUET, *Política sacada de las Sagradas Escrituras*, trad. esp. y prólogo de Jaime Maestro Aguilera, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, Lib. VII, Arts. 1, 3 (Proposiciones IX, X, XIII) y 5 (Proposiciones III, XIII, XIV y XV), pp. 148, 158 y ss., 160 y ss., 171 y ss., y 180.

da y suprimiendo determinadas diversiones como la música, el baile, el teatro, los juegos y otras actividades con fines de esparcimiento (75).

### B) *Posición minimalista*

Frente a los planteamientos maximalistas a los que nos hemos referido existe una actitud más realista y humana, una actitud minimalista, que entiende que la función del derecho (función ordenadora y paidética y no de mero control social) no es hacer al hombre santo (*bonus civis*) (76). La función del derecho se orienta a establecer y garantizar ese *mínimo ético* necesario para conservar el orden de la vida social que consiste, fundamentalmente, en la justicia. Esta era la posición apuntada por Santo Tomás, a la que ya hemos hecho referencia, y según la cual, el derecho, lejos de prohibir todos los vicios, se limita sólo a prescribir «aquellos que redundan en perjuicio de los demás, sin cuya prohibición no puede conservarse la sociedad humana, como son los homicidios, hurtos y otros vicios semejantes» (77). Siglos después, y desde los supuestos de la filosofía liberal, John Stuart Mill llegaba a una posición análoga. Mill se plantea el problema de «dónde se halla, pues, el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo» y «dónde comienza la autoridad de la sociedad». Para Mill «la individualidad debe gobernar aquella parte de la vida que interesa principalmente al individuo, y la sociedad la parte que interesa principalmente a la sociedad» (78). Desde estos supuestos Mill ordenó y previno, de un lado, contra los excesos del puritanismo moral, denunciando que «en nuestros días se producen grandes usurpaciones en el dominio de la libertad privada y amenazan otras mayores con algunas esperanzas de éxito; y se proponen opiniones —añade— que otorgan al público un derecho ilimitado no sólo para prohibir con la ley todo lo que se considera malo, sino también cualquier clase de cosas, aunque sean inocuas» (79). Mill concluye su advertencia diciendo que «la idea de que es deber del hombre procurar que sus semejantes sean religiosos, ha sido la causa de todas las persecuciones religiosas que ha sufrido la humanidad; y si se admite esa idea —termina diciendo—, las persecuciones reli-

(75) Cfr. JOHN STUART MILL, *Sobre la libertad*, Cap. IV, trad. esp. de Josefa Sainz Pulido en el vol. *Sobre la libertad. El utilitarismo*, Ed. Orbis, Barcelona, 1984, p. 102.

(76) Cfr. GIUSEPPE GRANERIS, *op. cit.*, p. 177.

(77) *Op. cit.*, I-II, q. 96, art. 2.

(78) *Op. cit.*, Cap. IV, p. 91.

(79) *Ibid.*, p. 103. Cfr. las pp. 103 y ss.

giosas quedarán justificadas plenamente» (80). Por otro lado, Mill subrayó la necesidad de que el derecho tutele y garantice un mínimo ético necesario para la subsistencia de la sociedad, que cifra en estas dos máximas: «primera, que el individuo no debe dar cuenta de sus actos a la sociedad, sino interfieren para nada los intereses de ninguna otra persona más que la suya (...); segunda, que, de los actos perjudiciales a los intereses de los demás, el individuo es responsable y puede ser sometido a castigos legales o sociales, si la sociedad los juzga necesarios para protegerse» (81). En este sentido, piensa Mill que «nadie debe ser castigado por el solo hecho de estar embriagado; pero un soldado o un policía —añade— deben ser castigados si se embriagan en horas de servicio. En resumen —concluye diciendo Mill—, donde quiera que haya daño o peligro de daño, para un individuo o para el público en general, el caso no pertenece ya al dominio de la libertad, y pasa al de la moralidad o al de la ley» (82). Por esta razón entiende John Stuart Mill que «hay multitud de actos que, cuando sólo perjudican directamente a sus autores, no deben ser prohibidos legalmente, pero que constituyen, cuando son cometidos en público, una violación de las buenas costumbres, pasando así a la categoría de ofensas a los demás, y, por tanto, pueden ser prohibidos con toda justicia. Tales son los actos —añade— cometidos contra la decencia, sobre los cuales no es necesario insistir (...); es igualmente objetable —concluye diciendo Mill— la publicidad en el caso de numerosas acciones, aunque no sean en sí mismas condenables, ni se suponga que lo son» (83).

Para Sir Patrick Devlin el límite de la intervención del derecho en la moralidad viene indicado por el justo medio constituido por el «equilibrio razonable entre los derechos e intereses de la sociedad y los del individuo» (84), que el derecho debe buscar en todo momento. Devlin entiende que «la moralidad es una esfera en la que hay un interés público y un interés privado, a menudo en conflicto, y el problema consiste en conciliar los dos» (85). La búsqueda de ese «justo medio», de ese «mínimo ético», Devlin se la plantea en relación con la cuestión de qué contenidos morales deben ser asumidos e incorporados al Derecho penal (86). Las líneas fundamentales del pen-

(80) *Ibid.*, p. 105.

(81) *Ibid.*, Cap. V, p. 108.

(82) *Ibid.*, Cap. IV, p. 97.

(83) *Ibid.*, Cap. V, p. 112.

(84) *Op. cit.*, p. 151.

(85) *Ibid.*, p. 152.

(86) Cfr. *ibid.*, pp. 129 y ss.



samiento de Devlin en relación con la determinación de ese «justo medio», donde se armonizan el interés público y el interés privado», pueden resumirse así:

Primero: el derecho no debe equiparar «pecado» y «delito». «Ningún acto inmoral —dice— debe constituir delito si no va acompañado de algún otro rasgo, tal como indecencia, corrupción o explotación» (87).

Segundo: la separación total entre delito y pecado no sería buena ni para la ley moral ni para el derecho (88).

Tercero: determinados contenidos morales deben ser asumidos, regulados y protegidos por el derecho (89).

Lord Patrick Devlin culmina sus reflexiones sobre el tema de la intervención del derecho en la moral con la exposición de unos *criterios metódicos o máximas para la legislación* orientados a la búsqueda del mejor equilibrio y conciliación de los derechos e intereses de la sociedad y de los individuos. Dichas máximas o criterios metódicos son los siguientes:

- a) Al derecho atañe el mínimo ético y no el máximo (90).
- b) Debe tolerarse la máxima libertad individual que sea compatible con la integridad de la sociedad (91).
- c) Los límites de la tolerancia varían y, por ello, el derecho debe ser cauto al pronunciarse sobre cuestiones morales (92).
- d) La intimidad debe respetarse en lo posible buscando su armonía con la eficacia del derecho (93).

#### 4. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DEL «MÍNIMO ÉTICO»

A pesar de lo dicho hasta este momento queda aún pendiente, a nuestro parecer, una de las cuestiones más complejas y polémicas del

(87) *Ibid.*, pp. 131 y 132.

(88) Cfr. *ibid.*, p. 133.

(89) Cfr. *ibid.*, pp. 137 y ss.

(90) Cfr. *ibid.*, p. 158.

(91) Cfr. *ibid.*, pp. 153 y ss.

(92) Cfr. *ibid.*, pp. 155 y ss.

(93) Cfr. *ibid.*, pp. 156 y ss.

tema que nos ocupa. Sabemos ya que el derecho tiene como fin no el «máximo ético» sino el «mínimo ético» capaz de permitir la máxima libertad individual con la subsistencia e integridad de la sociedad. Ahora bien, esta indicación constituye un dato impreciso en relación con el cual surge inevitablemente la pregunta de por quién y cómo debe fijarse y concretarse ese «mínimo ético» que la subsistencia y el buen funcionamiento de la sociedad exige.

A nuestro modo de ver en dicho problema aparecen implicadas dos cuestiones que conviene separar.

Primera cuestión: se trata de un asunto previo respecto del cual, no obstante, hay que tomar posición; es el tema relativo a la existencia o no de principios éticos universales. La cuestión ha sido y sigue siendo muy debatida. Nuestra posición al respecto, no obstante, es clara y decidida: rechazo del *relativismo ético* y aceptación de un *objetivismo ético* cuyos contenidos va descubriendo la razón humana, desarrollando y concretando, en función de las diversas circunstancias de tiempo y lugar. Se trata de un objetivismo ético compatible con la idea de cambio, de progreso, no en el orden ontológico (hay cosas que son buenas y justas «*per se*», por naturaleza, y otras que son malas e injustas por la misma razón) sino en el orden gnoseológico: el hombre descubre y toma conciencia de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto, desde el específico horizonte histórico-cultural desde el que, en cada momento, conoce, siente y valora, variando por ello sus juicios éticos en el espacio y en el tiempo.

Segunda cuestión: es la relativa al criterio y procedimiento mediante los cuales deben fijarse y concretarse los contenidos de ese «mínimo ético» sin el cual la sociedad no puede subsistir y que el derecho debe asumir y regular. A mi modo de ver, aquí es donde se sitúa en la actualidad el auténtico «Cabo de las Tormentas», el verdadero problema de las relaciones entre derecho y moral. A dicha cuestión se han dado varias respuestas, las cuales, por razones diversas, nos parecen insuficientes. Veamos las dos principales y, finalmente, trataremos de fijar nuestra posición al respecto.

A) *El criterio del «hombre razonable» u «hombre de la tribuna del jurado»*

En relación con la pregunta de cómo han de averiguarse las opiniones morales de la sociedad Lord Patrick Devlin indica que el Derecho

inglés suele hacer uso de un criterio que no depende del recuento de votantes y que es el constituido por lo que él denomina «hombre razonable» y también «hombre de mente recta» y «hombre de la tribuna del jurado» (94). Devlin prefiere ésta última denominación, en relación con el tema que nos ocupa, por entender que «el dictamen moral de la sociedad debe ser una opinión sobre la que es de esperar que doce hombres o mujeres elegidos al azar puedan, tras un debate, llegar a un acuerdo unánime. Este era —añade— el criterio que aplicaban los jueces antes de que el Parlamento fuese tan activo como ahora (... pensando, no) que estuvieran creando normas de derecho, sino simplemente formulando principios que toda persona de mente recta admitiría como válidos» (95). Se trata, dice Devlin siguiendo a Pollock, de una «*moralidad práctica*», que no está basada en fundamentos teológicos o filosóficos, sino en «el cúmulo de experiencia constante, acumulada de modo semiinconsciente o inconsciente e incorporada a la moral del sentido común» (96). Según esto, moral o inmoral será, a los efectos del derecho, «lo que se presupone que cualquier persona de recto entendimiento considera» como tales (97). Y añade más adelante: «Todo dictamen moral, salvo que se le asigne un origen divino, es simplemente el parecer de que ningún hombre de recto entendimiento se comportaría de otro modo sin admitir que estaba cometiendo un error» (98).

Aparte de que la experiencia y los resultados tanto del Parlamento como de la judicatura británicas, por razones obvias, no son trasladables, sin más, a cualquier otro lugar, a la referencia del «hombre razonable», del «hombre de mente recta», cabe hacerse dos observaciones:

Primera: a dichas categorías subyace un relativismo historicista que hace que no constituyan, en modo alguno, categorías permanentes que habría, en cada caso, que concretar y adaptar a las variables circunstancias de tiempo y lugar. Dichas categorías son ya una adaptación y concreción histórica de algo que no se nos dice exactamente lo que es y que por ello constituye un criterio impreciso, fluctuante, inseguro que, ante una determinada situación, hace muy difícil que podamos saber a qué atenernos, en contra de lo que exige la seguridad jurídica en cuanto fin fundamental del derecho.

(94) Cfr. *ibid.*, p. 150.

(95) *Ibid.*, pp. 150 y 151.

(96) *Ibid.*, p. 151.

(97) *Ibid.*, p. 151.

(98) *Ibid.*, p. 154.

Segunda: aunque parezca contradictorio, en las mencionadas categorías «hombre razonable» y «hombre de mente recta» existe una peligrosa apertura al irracionalismo. Devlin advierte, en primer lugar, que la categoría «hombre razonable» no hay que confundirla con la de «hombre racional» (99), y señala luego, al plantearse el problema de los «límites de la tolerancia» —en el sentido de que «no debe estar penado por la ley nada que no rebase los límites de la tolerancia»— que las fuerzas que respaldan la ley moral son «la intransigencia, la indignación y la repugnancia» (100). Más adelante añade: «Es la fuerza del sentido común, y no del poder de la razón, lo que respalda las opiniones de la sociedad; pero, antes de que ésta última pueda relegar una práctica más allá de los límites de la tolerancia, debe existir la opinión expresa de que tal práctica es ofensiva para la sociedad» (101). En cualquier caso hay que tener en cuenta que ese «sentido común» que Devlin distingue del «poder de la razón» se asienta sobre «la intransigencia, la indignación y la repugnancia» como últimos resortes que respaldan la ley moral.

Hart ha criticado la que él denomina «extraña lógica» de Devlin, que implica un desplazamiento de los juicios de la razón por los dictados o impulsos de los sentimientos (102). Frente a la tesis de Devlin, Hart plantea el problema de por qué «no se ha de pedir a la sociedad que dé una razón para negarse a tolerar lo que en su corazón estima intolerable (...) por qué —se pregunta— no hemos de reunir todos nuestros recursos de razón, comprensión e inteligencia crítica, e insistir en que, antes de convertirse en ley penal un sentimiento moral general, se someta a un escrutinio de índole diferente del de Sir Patrick» (103).

#### B) *El criterio del «consenso democrático»*

Ese otro criterio al que alude Hart, al criticar la tesis de Lord Patrick Devlin, bien podría ser el referido al «consenso democrático», criterio este que Sir Patrick rechaza como ajena a la práctica del Derecho inglés en relación con el tema que estamos considerando (104). Sin embargo, podemos indicar que el criterio del consenso democrático es el predominante en el ámbito de la Filosofía jurídica española que,

(99) Cfr. *ibid.*, p. 150.

(100) *Ibid.*, p. 153.

(101) *Ibid.*, p. 154.

(102) Cfr. H. L. A. HART, *Inmoralidad y alta traición*, en el vol. colectivo compilado por R. M. DWORKIN, «Filosofía del derecho», cit. pp. 160, 161, 166 y 167.

(103) *Ibid.*, pp. 166 y 167.

(104) Cfr. LORD PATRICK DEVLIN, *op. cit.*, p. 150.

desde hace años, viene reflexionando insistentemente sobre el tema de la «legitimación democrática del derecho» (105). En relación con el problema concreto que nos ocupa —los contenidos morales que deben integrarse en el derecho y ser garantizados por el mismo—, el profesor Nicolás M.<sup>a</sup> López Calera apela a lo que él denomina *método democrático*. En este sentido escribe: «... no es posible establecer un catálogo de contenidos morales que hayan de pasar a ser materia del derecho (...). Ahora bien, en nuestra opinión es posible fundamentar razonablemente un método para integrar una moral en el derecho y ese método (...), es el *método democrático*. Es decir, nuestra tesis inicial es que el derecho debe asumir convicciones morales mayoritarias. El derecho ha de llegar en el terreno moral, en su sentido amplio, hasta donde de un modo mayoritario se entienda como necesario, si bien es lógico pensar que, aun tratándose de convicciones morales *fuertes*, no todas ellas suelen pasar a ser contenido del derecho, porque —al margen de ideologías— por todos se admite que el derecho es un orden normativo para el establecimiento de un *mínimo ético social* que estrictamente no tiene siempre que ver con la moral en su sentido fuerte» (106).

En relación con esta tesis, teóricamente razonable, hay que observar, fundamentalmente, dos cosas: una, los límites propios de la democracia; otra, la inadecuación, por insuficiente, del exclusivo empleo del método democrático para la determinación de los contenidos morales que debe asumir y garantizar el derecho.

#### a) Los límites de la democracia

En relación con la democracia hay que distinguir, como en casi todas las cosas, su teoría de su práctica. Desde el *punto de vista teórico*, la democracia, según la explicación que nos da Rousseau, constituye el mecanismo en virtud del cual la «voluntad de todos» —que contiene intereses tanto generales (altruistas) como singulares (egoístas)— se transforma en la «voluntad general» que es siempre recta, justa. Ello implica invariablemente el triunfo de la racionalidad, y la exposición hecha por Rousseau constituye un razonamiento tan ingenioso como sorprendente. Sorprendente porque en la *práctica* las cosas no suelen

(105) La bibliografía es abundantísima. A título de ejemplo basta con citar el núm. 16 de los «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», Granada, 1976, número monográfico dedicado al tema *Derecho y soberanía popular*.

(106) NICOLÁS M.<sup>a</sup> LÓPEZ CALERA, *Introducción al estudio del Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., Gráficas del Sur, S. A., Granada, 1987, pp. 216 y 217.

suceder de un modo tan simple, limpio y racional, y la «voluntad general», como voluntad que siempre es justa, no deja de ser, como apunta Welzel, un «sueño engañoso» (107). En el proceso de formación de la voluntad general intervienen decisivamente intereses individuales y de grupo, pasiones individuales y colectivas (108), y otros factores irracionales, de manera que, entre los resortes que fundamentan e impulsan la voluntad general, volvemos a encontrar de nuevo los sentimientos de intransigencia, indignación y repugnancia, que se han criticado en Devlin, junto con otro sentimiento de egoísmo, comodidad, desidia, etc. De acuerdo con los resortes que impulsa la formación de la voluntad general —y lejos del «término medio» en que consiste toda justicia— aquella se manifiesta, unas veces, de forma muy estricta y exigente, intolerante incluso, y, otras, de manera laxa y en exceso permisiva. Analicemos estas cuestiones. Indicaba John Stuart Mill que «el argumento más fuerte contra la intervención del público en la conducta personal es que, cuando él interviene, lo hace inadecuadamente y fuera de lugar. Sobre cuestiones de moralidad social o de deberes para con los demás —añade—, la opinión pública (es decir, la de la mayoría dominante), aunque erróneo a menudo, tiene grandes oportunidades de acertar, ya que en tales cuestiones el público no hace más que juzgar sus propios intereses: es decir, de qué manera le afectaría un determinado tipo de conducta, si fuera llevado a la práctica (... Sin embargo, continúa diciendo Mill), la opinión de una tal mayoría impuesta como ley a la minoría, cuando se trata de la conducta personal, lo mismo puede ser errónea que justa; pues en tales casos, *opinión pública* significa, lo más, la opinión de unos cuantos sobre lo que es bueno o malo para otros; y, muy a menudo, ni siquiera eso significa, pasando el público con la más perfecta indiferencia por encima del placer o la conveniencia de aquellos cuya conducta censura, no atendiendo más que a su exclusiva inclinación (... Por ello, viene a concluir Mill) no es difícil probar con numerosos ejemplos que una de las inclinaciones más universales de la humanidad es la de extender los límites de lo que se puede llamar policía moral, hasta el punto de invadir las libertades más legítimas del individuo» (109).

(107) Cfr. HANS WELZEL, *Introducción a la Filosofía del derecho* (Derecho natural y justicia material), trad. esp. de Felipe González Vicén, Ed. Aguilar, Madrid, 1971, p. 168. Cfr. las pp. 167 y ss.

(108) Cfr. *ibid.*, p. 168.

(109) *Op. cit.*, Cap. IV, pp. 99 y 100. Significativos ejemplos cita Mill en las pp. 100 y ss.

Si la voluntad general se manifiesta a veces de modo muy estricto, exigente, intolerante incluso, otras veces, como ya apuntábamos, lo hace de una manera tan laxa y permisiva que no reconoce ningún límite ni control, erróneamente persuadida de que ella es soberana en el más riguroso y prístino sentido de la palabra. Así, por ejemplo, esa voluntad general, en el paroxismo de la permisividad y de la más irresponsable inhibición, ha llegado a entender que problemas como el aborto, la eutanasia, el incesto, la prostitución, la homosexualidad, etcétera, son, en el mejor de los casos, cuestiones de moralidad privada en las que el derecho nada tiene que decir ni hacer porque en nada afectan a la sociedad (110).

Los posibles desaciertos de la voluntad general —ya sean por exceso, ya sean por defecto— nos colocan ante el tema ineludible de los *límites de la democracia*; concretamente, en este caso, de los límites que siempre debe respetar la voluntad general, que no es soberana —aunque la adulación política al pueblo-elector así lo repita insistentemente— sino limitada (ningún poder debe ser absoluto sino limitado); limitada, en última instancia, por unos valores éticos objetivos, cuya validez no depende de la voluntad de nadie, y cuyos contenidos puede conocer racionalmente el hombre, desde los supuestos de su específico horizonte histórico-cultural, como viene sosteniendo la milenaria doctrina del Derecho natural. Esos contenidos han sido desarrollados y concretados, en función de las variables circunstancias de tiempo y lugar, y con las limitaciones que esas circunstancias y la misma técnica jurídica imponen, en el derecho positivo, fundamentalmente en los textos constitucionales, bajo las ideas de «valores superiores del ordenamiento jurídico» (111) y «derechos y libertades» fundamentales de la persona humana (112). Esos «valores superiores» del ordenamiento jurídico y esos «derechos y libertades» fundamentales de la persona humana junto con los valores éticos objetivos que los fundamentan y de los que ellos son desarrollo y concreción histórica, constituyen el marco dentro del cual deben desenvolverse las decisiones mayoritarias y, al mismo tiempo, el límite, al cual deben ajustarse en todo momento so pena de incurrir en ilegitimidad (113).

(110) Cfr. LORD PATRICK DEVLIN, *op. cit.*, pp. 137 y ss., 140 y ss.

(111) *La Constitución Española*, de 1978, en su art. 1.1 enumera «como valores superiores (... del) Ordenamiento jurídico (del Estado) la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

(112) Cfr. los arts. 14 y ss. de la *Constitución Española*.

(113) Cfr. CARLOS SANTIAGO NINO, *Introducción al análisis del derecho*, Ed. Ariel, Barcelona, 1983, p. 421.

Para centrar el tema de los límites de la democracia podemos partir de la proposición —para mí evidente y que, a mi modo de ver, entraña toda la significación y el alcance del problema de los límites del poder democrático— de que la *democracia legítima a quien manda pero no, necesariamente, lo que se manda*. Ello quiere decir, en primer momento, que la autoridad legítima será, en cada momento, quien determine la voluntad mayoritaria del pueblo, pero, en segundo lugar, ello significa que esa autoridad legítima —legítima por su origen— tiene que integrar la legitimidad de sus mandatos mediante el recto ejercicio del poder; esto es, que lo que esa autoridad mande será legítimo no sólo por el mero hecho de emanar de ella sino además porque se ajuste a los principios o valores éticos objetivos que están en la base y sirven de fundamento al orden jurídico-político. En caso contrario, cuando la decisión de la autoridad —legítima por su origen— conculque esos principios éticos objetivos, dicha decisión será ilegítima, injusta (114).

Pasemos ahora al análisis de la segunda observación: la insuficiencia del método democrático.

#### b) La insuficiencia del método democrático

Por su propia naturaleza y significación el método democrático por sí solo —y sin el concurso de otros métodos o criterios— resulta insuficiente para la determinación de los contenidos morales que debe asumir y garantizar el derecho. En virtud de los supuestos desde los que hoy se plantean, se piensan y se sienten los problemas propios de la Filosofía jurídico-política, esta afirmación puede parecer escandalosa y disparatada. En modo alguno la consideramos así. Tal tesis es el resultado de una serena meditación llevada a cabo desde los supuestos de la *Filosofía del derecho y de la política* dentro de cuyas coordenadas se vienen desarrollando, desde hace años, nuestras reflexiones, y cuyos principios fundamentales pueden articularse del siguiente modo:

(114) Advierte Hart al respecto, desarrollando ideas de Tocqueville y Mill, que «es fatalmente fácil confundir el principio democrático de que el poder debe estar en manos de la mayoría con la pretensión, completamente diversa, de que la mayoría en posesión del poder no tiene que respetar ningún límite. Ciertamente, en una democracia existe el riesgo peculiar de que la mayoría pueda dictar cómo debe vivir la colectividad. Este es el riesgo que corremos, y que debemos arrostrar alegremente, porque es el precio de las excelencias del régimen democrático; pero la lealtad a los principios democráticos no nos exige agigantar ese riesgo». *Inmoralidad y alta traición*, cit. p. 168.



1.º Salvo para el pensamiento totalitario que diluye la sociedad en el Estado, estatalizando toda la vida social, *Sociedad y Estado* son dos entidades diferenciadas. El Estado se superpone sobre un sector de la vida social para vertebrarla mejor, perfeccionar su orden y protegerla. Ahora bien, la actividad del Estado no debe, en modo alguno, extenderse a todos los ámbitos de la vida social salvo cuando así lo exija, por razones excepcionales, el principio de subsidiaridad que, juntamente con el de solidaridad, constituyen los principios que deben inspirar la articulación y dinámica de la vida social y política.

2.º La *democracia* constituye un principio y un método válidos, legítimos, en el ámbito de la *vida pública*, de la *vida política*, para designar a quienes deben gobernar en nombre del pueblo.

Ahora bien, en relación con la democracia hay que recordar y aclarar dos cosas:

Primera: dentro del ámbito de la vida pública o política la democracia tiene sus límites (115).

Segunda: la extrapolación de la democracia a otros ámbitos o sectores de la vida social (familia, escuela, iglesia, ejército, asociaciones profesionales..., instituciones que cada una debe generar, desarrollar, concretar y salvaguardar sus propios hábitos y virtudes) —distintos del público o político— constituye un error, un «peligroso morbo» —como dijera Ortega y Gasset—, cuyos resultados pueden ser perniciosos (116).

3.º *Derecho y moral* no limitan sus tareas al ámbito de la vida pública (el *Estado* y la compleja estructura y organización de su Administración) sino que extienden su función normativa sobre los más diversos sectores de la vida social (*sociedad*), incidiendo de modo decisivo en muchos aspectos de la vida privada. De ello se deduce, a primera vista, que derecho y moral no son ni deben ser fenómenos exclusivamente estatales. Aclaremos esta idea:

(115) De ello nos hemos ocupado ya, y allí nos remitimos, en nuestro libro *Razones y límites de la legitimación democrática del derecho*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Murcia, Murcia, 1979, pp. 65 y ss.

(116) Cfr. ORTEGA Y GASSET, *Democracia morbosa*, en «Obras Completas», t. II (El Espectador), 3.ª ed., Revista de Occidente, Madrid, 1954, pp. 135 y ss.

— De un lado tenemos que *el derecho* no debe ser monopolio exclusivo del Estado. El derecho es un fenómeno social, en parte estatal en parte extraestatal —el derecho tiene también su origen en el uso (costumbre) y en la autonomía de la voluntad (negocio jurídico)—, aunque cada vez se vaya estatalizando más y, en cualquier caso, sea deseable que el derecho obtenga siempre el reconocimiento y la garantía del Estado.

— De otro lado nos encontramos con que la *moral* no puede ni debe ser tampoco monopolio del Estado. Salvo en la ciudad antigua, comunidad total de vida, autárquica y sagrada, y los intentos al respecto del moderno Estado totalitario, la moral no ha sido nunca, ni debe ser, fundamentalmente, un fenómeno estatal sino individual y social. La moralidad es, ante todo, un problema que afecta al individuo y a las diversas instituciones en que se articula la sociedad, determinando el carácter plural y orgánico de ésta. Ello significa que la moral es, antes que un problema estatal, una cuestión individual y social, si bien el Estado puede y debe intervenir en cuestiones morales cuando éstas afectan a la subsistencia, defensa y protección del individuo y de la sociedad (117).

4.º De estos supuestos se deduce que la determinación y concreción de los contenidos morales que deben integrarse en el derecho no puede ser tarea exclusiva del Estado, que éste deba resolver conforme al método democrático (método válido sólo, recordamos, en el ámbito de la vida política), so pena de caer, por un inadecuado uso y extrapolación del método democrático, en la aberración, propia del totalitarismo, de diluir la sociedad en el Estado, estatalizando, por vía democrática, la vida social.

### C) *Nuestra posición*

1.º En virtud de lo anteriormente expuesto, nos parece que la tarea de determinar y concretar los contenidos morales que debe asumir el derecho es una cuestión complejísima en la que deben intervenir, y por este orden, la *Sociedad* y el *Estado*. El Estado podrá y deberá participar en ello cuando, de acuerdo con los principios de subsidia-

(117) Desde los específicos supuestos de su pensamiento Adela Cortina ha subrayado como «los grupos políticos van perdiendo día a día toda capacidad —subjetiva y objetiva— de oferta moral, porque (... su pragmatismo) supone la muerte de la moral». Cfr. *op. cit.*, p. 138. Sobre el triunfo del pragmatismo y su incidencia en la desmoralización de la sociedad. Cfr. *ibid.*, pp. 157 y ss., 158 y ss.

ridad y solidaridad o por la específica naturaleza de la materia, sea necesario, pero antes que la intervención del Estado (y, en concreto, de los partidos políticos) resulta precisa, ineludible, la participación de otras instancias sociales y públicas (no necesariamente políticas estas últimas, aunque estén inscritas en la estructura orgánica del Estado): familia, escuela, iglesia, medios de comunicación, judicatura, ejército, asociaciones profesionales..., etc., instancias propias de la estructura plural y orgánica de la sociedad y en cuyo seno el empleo del método democrático carece de toda adecuación y virtualidad. Así tenemos que la fijación de los contenidos morales que deben integrarse en el derecho es una cuestión que atañe, ante todo, a la *Sociedad*, a través de las diversas instituciones sociales en que ella se articula y de acuerdo con los métodos y procedimientos propios de cada una de ellas. Al *Estado* le corresponde intervenir, como una institución más junto con las demás instituciones que integran la sociedad —de acuerdo, como ya se ha indicado, con los principios de subsidiaridad y de solidaridad— y, en cualquier caso, incorporar al derecho que él elabora y sanciona, los contenidos morales que la sociedad fije.

2.º En relación con el complejo proceso a través del cual la sociedad, de acuerdo con su estructura plural y orgánica, desarrolla y concreta los contenidos morales que debe asumir el derecho hay que añadir, para precisar más el significado y la naturaleza de dicho proceso, que, al constituir la sociedad una unidad dinámica integrada por dos factores, *minorías y mayorías*, el protagonismo fundamental de dicha tarea corresponde siempre a las minorías. La tarea de educar, de moralizar, no es quehacer propio de las mayorías —(que son las que deben ser educadas, moralizadas, consistiendo al respecto su misión activa fundamental en contribuir a la conservación y desarrollo de la moral tradicional del grupo social)— sino de las minorías, de las élites, cuando no de grandes personalidades aisladas. Así sucedió siempre (Confucio, Buda, Sócrates, Platón, Jesús, Mahoma...) y así seguirá siendo, por la naturaleza misma de las cosas. Contra esta idea se argumentará sin duda —¡cómo no!— que se trata de una visión conservadora y deformadora de la realidad propia de una ideología de derechas. No creo que haya tal. Si miramos la realidad como es, prescindiendo de la lente deformadora de las ideologías, tanto de derechas como de izquierdas, nos daremos cuenta que las cosas, por su propia naturaleza, son inexorablemente así: la efectiva puesta en marcha de todo proceso de transformación y de cambio social —y la moralización es una manifestación de ello— nunca es obra de las ma-

yorías sino de las minorías (118). Lo quiera reconocer o no la izquierda lo cierto es que sus grandes aportaciones en todos los órdenes de la vida (político, cultural, etc.) ha sido siempre obra del esfuerzo y del tesón de una minoría (piénsese en el significado y la función de la *Institución Libre de Enseñanza*, en el panorama cultural español) cuando no de personalidades aisladas, con nombre y apellidos de todos conocidos. En este sentido, y por lo que al objeto de nuestro estudio se refiere, se ha subrayado, y no sin razón, la función moralizadora de la vida española que con su vida y su ejemplo llevaron a cabo hombres como Giner de los Ríos, Pablo Iglesias, Julián Besteiro, Antonio Machado, Gregorio Marañón, Enrique Tierno Galván...

3.º Cuestión distinta a lo anteriormente dicho es si la sociedad actual está en situación de moralizar la vida social. A mi modo de ver la idea central para plantear y dar adecuada respuesta al problema fue esbozada y desarrollada hace ya más de cincuenta años por José Ortega y Gasset, en su obra *La rebelión de las masas*. Su diagnosis de la situación y las líneas maestras de su pensamiento conservan —como sucede con toda obra clásica— una pasmosa frescura y actualidad.

Parte Ortega y Gasset de la idea de que toda vida social sana y bien constituida se articula y desenvuelve a través de un proceso dialéctico entre *minorías* (élites) y *mayorías* (masas): «La sociedad —nos dice Ortega— es siempre una unidad dinámica de dos factores: *minorías y masas*. Las minorías son individuos o grupos de individuos especialmente cualificados. La masa es el conjunto de personas no especialmente cualificadas» (119). Este proceso dialéctico entre minorías y masas no constituye algo contrario a la democracia sino que, por el contrario, es el resorte fundamental, la esencia misma de la vida democrática: en la democracia, «en el sufragio universal —decía Ortega y Gasset—, no deciden las masas, sino que su papel consistió en adherirse a la decisión de una u otra minoría. Estas —añade— presentaban sus *programas* —excelente vocablo—. Los programas eran, en efecto, programas de vida colectiva. En ellos se invita a la masa a aceptar un proyecto de decisión» (120).

(118) Esta idea la hemos desarrollado más ampliamente en nuestro libro ya citado, *Razones y límites de la legitimación democrática del derecho*, pp. 115 y ss.

(119) *La rebelión de las masas* (Con un prólogo para franceses, un epílogo para ingleses y un apéndice: Dinámico del tiempo), 15.ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 1961, p. 37. Cfr. la p. 39.

(120) *Ibid.*, p. 59.

Si las cosas son así —y yo creo que lo son— uno de los síntomas más alarmantes de la sociedad actual, y especialmente de la española, consiste en un doble proceso, tan inquietante como funesto y suicida, que amenaza con desarticular y dislocar el mecanismo esencial de la sociedad —el proceso dialéctico minoría-mayoría—, destruyendo la sociedad misma. Ese doble proceso consiste, de un lado, en la *deserción de las minorías* de su misión social e histórica de dirigir y moralizar la vida social (121); de otro lado, en el fenómeno, cada vez más actual y virulento, de la *rebelión de las masas*, certeramente denunciado y analizado por Ortega y Gasset. «Las masas —escribía Ortega y Gasset— se han hecho indóciles frente a las minorías; no las obedecen, no las siguen, no las respetan sino que, por el contrario, las dan de lado y las suplantán» (122), y tratan de actuar por sí mismas, rebelándose contra su propio destino. Se trata —y esa es nuestra constatación actual del problema— de masas (hijos, alumnos, ciudadanos, fieles...) que no reconocen la *auctoritas* de quienes por razones naturales, jurídicas, políticas, sagradas... tienen el deber y la obligación de dirigirlos, educarlos y moralizarlos. Así, por ejemplo, resulta escalofriante contemplar como, frente a la grave y delicadísima cuestión del aborto, las masas, prescindiendo de los datos de las ciencias más rigurosas y desoyendo las opiniones más cualificadas y responsables, han seguido por el sendero más fácil y aberrante que le ha señalado la demagogia política de los partidos que sólo habla de libertades y derechos y que no desea saber nada de límites, de deberes, de responsabilidades, sin querer caer en la cuenta de que los derechos, sin los correspondientes deberes, son «derechos vacíos»; no son nada. Hoy, las instituciones básicas de la sociedad española —al contrario de lo que sucede en otras sociedades más sólidas y sanas, como pueden ser la inglesa y la norteamericana—, carecen de la *auctoritas* necesaria y, en muchos casos de la consciencia de la propia legitimación histórica y social en orden al desarrollo y concreción de la moral en sus diferentes manifestaciones. Hoy todos los

(121) Cada vez es más frecuente, por ejemplo, el número de padres que, por unas u otras razones, descuidan, cuando no abandonan, la formación moral de sus hijos. También va siendo frecuente que muchas personas investidas de autoridad —confundiéndola su legitimidad democrática con una irresponsable permisividad— se muestren poco o nada diligentes en el cumplimiento de su tarea política y moral (ello es una exigencia de la justicia legal) de aplicar y hacer cumplir la ley con todas sus consecuencias, cuando el hacerlo se piensa que puede «deteriorar la imagen» (como con expresión cursilona se ha dado en decir) o arrastrar impopularidad. La dejación de funciones propias de la autoridad, con daño moral y físico para la sociedad, es una de las más graves muestras de la permisividad y de la deserción de las minorías de su misión moral, social y política.

(122) *La rebelión de las masas*, cit. p. 42.

sectores de la sociedad parecen estar invadidos y dominados por la ideología-utopía del «permisivismo» que es uno de los rasgos característicos del fenómeno social de la rebelión de las masas (123). De este modo, frente a la invocación de cualquier precepto moral, casi siempre y de modo inevitable, el único argumento que encontramos es la exaltación tópica, huera y ramplona de la libertad; de una libertad que, al no querer saber nada de límites, de normas, de deberes —que al creer que todo le está permitido y a nada está obligada—, se sitúa fuera de todo orden, se convierte en una negación de sí misma (no puede existir auténtica libertad sin orden moral), nos sume en la más completa barbarie —la cual, como indica Ortega y Gasset, supone, ante todo, «ausencia de normas y de posible apelación» (124)— y coloca a la sociedad al borde del precipicio, de la disolución. Ello es así porque la sociedad no puede subsistir sin ese *mínimo ético* integrado por normas morales y jurídicas que la vertebran, la doten de estabilidad y cohesión y garanticen, dentro de ella, el normal funcionamiento de la vida humana que es siempre vida social organizada.

(123) Ortega y Gasset, al hacer el diagrama psicológico del *hombre-masa* actual, apuntaba «dos primeros rasgos: la libre expansión de sus deseos vitales —por lo tanto, de su persona— y la radical ingratitud hacia cuanto ha hecho posible la facilidad de su existencia. Uno y otro rasgo componen —dice Ortega— la conocida psicología del *niño mimado* (...). Mimar —añade Ortega— es no limitar los deseos, dar la impresión a un ser de que todo le está permitido y a nada está obligado». *Ibid.*, p. 65.

(124) *Ibid.*, p. 74.