
LUIS MARTINEZ ROLDAN
(Universidad de Santiago de Compostela)

Moral y derecho positivo

APROXIMACION SOCIOLOGICA

Estoy de acuerdo con Dahrendorf y Max Weber (1) en que los motivos de la elección de un tema de investigación no tienen por qué influir en la objetividad de los resultados. Supuesto un tema a investigar, si se utiliza con rigor una metodología científica, los resultados deberán ser coincidentes —ésto se ve bastante más claro en el conocimiento empíricamente demostrable— con independencia de cuales hayan sido los motivos de la elección que se sitúan, de alguna manera, en lo que ellos denominan la «antesala de la ciencia».

Sin embargo, no es menos cierto que diferentes medidas de distinta índole favorecen o promueven el tratamiento en prioridad de algunos temas y la ocultación de otros posibilitando así determinadas concepciones de la sociedad en general en detrimento de otras. Este extremo pienso que no debe ser desconocido por una sociología del conocimiento o de la investigación científica.

Ignoro si nuestro legislador al fijar las Areas de Conocimiento —Real Decreto 1888/1984, de 26 de septiembre— pretendía promocionar determinados temas de investigación en detrimento de otros para así

(1) Cfr. RALF DAHRENDORF, *Sociedad y Libertad. Hacia un análisis sociológico de la actualidad*, Tecnos, Madrid, 1966, pp. 42 y ss. Y MAX WEBER, *Sobre la Teoría de las Ciencias Sociales*, Ediciones Península, 1971.

fomentar determinadas concepciones político-sociales; pero lo cierto es que al incluir la Etica y la Filosofía del Derecho en una misma Area —Filosofía del Derecho, Moral y Política— se ha producido una clara «etización» de los estudios iusfilosóficos. De tal forma que algunos temas, que los filósofos del Derecho entendían ya superados o por lo menos de poca actualidad, se han visto de repente insuflados por el espíritu «renovador» y «progresista» de los éticos.

Sirvan como ejemplo de lo que acabamos de indicar la polémica doctrinal —en la que participan éticos y filósofos del Derecho— suscitada sobre el problema de la «Obediencia al Derecho» (2), o el problema de la «Fundamentación de los Derechos Humanos» en el que la Etica pretende desplazar a la Historia, al Derecho Positivo, e incluso al Derecho Natural; dando entrada, en unos casos (3), al «imperativo de la disidencia» —disenso—, que por muy sugerente que resulte es, a mi juicio, totalmente inútil como criterio de fundamentación. Y dando lugar también, en otros casos (4), a denominaciones nada esclarecedoras y poco convenientes como la de «Derechos Morales».

Este contexto sociológico puede sernos de gran utilidad para entender y comprender mejor la invitación de los Anales de la Cátedra Francisco Suárez en orden a centrar nuestra investigación sobre el tema «Derecho y Moral». Y tal vez este contexto también pueda explicarnos el hecho de que hoy día —después de una larga historia en la que el Derecho y la Moral se han debatido entre el extremo de la «confusión» y el de la «separación» o «ruptura»— se tienda a una mayor aproximación de la Moral y en general de todo elemento ético al Derecho.

Por otra parte, también conviene indicar que esta «etización» de los estudios iusfilosóficos, en teoría por lo menos, no pretende un acercamiento a postulados «iusnaturalistas», sino que curiosamente ha sido promovida por sectores «iuspositivistas» que —y esto también se debe subrayar— en muchos casos se ven en la necesidad de realizar verdaderos esfuerzos y equilibrios argumentativos para que su pensamiento no sea tildado de «iusnaturalista».

(2) Vid. EUSEBIO FERNÁNDEZ, *La obediencia al Derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1987.

(3) El profesor Javier Muguerza en la ponencia presentada en las Jornadas sobre Derechos Humanos, patrocinadas por la Fundación Taner y celebradas en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid en abril de 1988, se inclinó más por una fundamentación negativa o disensual que por una fundamentación positiva o consensual.

(4) Vid. EUSEBIO FERNÁNDEZ, *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1984.

Después de esta breve aproximación sociológica, que sin duda puede ayudarnos a comprender mejor este número monográfico, quisiera hacer algunas reflexiones sobre el Derecho y la Moral. No oculto mi respeto al acercarme a un tema de tanta dificultad; respeto que es casi «miedo» a que mi argumentación se vea envuelta en esa especie de «remolino» o de «Triángulo de las Bermudas», que tiene fama de hacer sucumbir hasta las teorías doctrinales más rigurosas y mejor tramadas. Sin embargo, esta mayor dificultad no me hace desistir sino que por el contrario aumenta aún más mi curiosidad por acercarme a la problemática del Derecho y de la Moral.

MORAL Y DERECHO TECNICAMENTE IMPERFECTO

La idea que late en mi trabajo y que está presente en todas sus páginas podría sintetizarse —más como tesis que como hipótesis— en los siguientes puntos:

1. Cuanto más imperfecto —científica y técnicamente— es el Derecho mayor es su tendencia a diluirse dentro de los confines borrosos de la Moral y con mayor frecuencia utiliza de ésta para subsanar sus carencias.

El campo de la cultura y el campo de la Moral, cuantitativamente por lo menos, siempre han sido inversamente proporcionales y esta proporcionalidad inversa se mantiene entre «cultura jurídica» y «moralización del Derecho».

2. Ello no quiere decir que un Derecho que alcance un grado razonable de perfección científica y técnica esté totalmente desconectado de la Moral, ya que el Derecho *debe ser* manifestación de un sistema ético más amplio y con el cual *debe ser* coherente. No obstante, es en este caso cuando pueden surgir «conflictos» entre el Derecho y la Moral.

Voy, pues, a centrarme en el desarrollo de la problemática que puede plantearse en cada uno de estos dos puntos.

Como muy bien señala Aranguren (5), recogiendo el pensamiento de Zubiri, «en el animal, la situación estimulante de un lado y sus pro-

(5) J. L. ARANGUREN, *Ética*, Alianza Editorial, séptima edición, Madrid, 1979, pp. 47 y 48.

pias capacidades biológicas del otro, determinan unívocamente una respuesta o una serie de respuestas que establecen y restablecen un equilibrio dinámico». No tiene sentido hablar de «justificación» y en consecuencia tampoco de «responsabilidad». En el animal siempre se da un «ajustamiento directo», ya que éste se produce de realidad a realidad, es decir, entre el estímulo y la respuesta. No existe una estructura moral y en consecuencia tampoco tiene sentido demandarle un comportamiento conforme a criterios preferenciales.

En el hombre ese «ajustamiento» no se produce de forma necesaria y directa sino de forma indirecta a través de la libertad. Podríamos decir que los estímulos se han convertido aquí en «posibilidades» entre las cuales el hombre puede «preferir» libremente. En este caso sí se da una estructura moral y en consecuencia sí cobra sentido exigirle que lo haga no de forma arbitraria o subjetiva sino conforme a determinadas normas o criterios de preferencia.

El hombre, en cuanto ser libre que es, necesariamente tiene que justificar sus actos si quiere eximirse de responsabilidad. Y esa justificación no consiste nada más que en demostrar el «ajustamiento» de sus actos a las normas morales o a las normas jurídicas que son los dos sistemas normativos preferenciales.

No obstante, se trata de dos tipos de ajustamiento cuya delimitación requiere lógicamente una clara precisión de los «patrones» en función de los cuales puede definirse dicho ajustamiento, es decir, las normas morales y las normas jurídicas.

Esta precisión creo que históricamente no ha existido, pues aunque ha habido ciertas etapas en las que se ha perfilado con mayor claridad, sin embargo, la obligatoriedad y también la responsabilidad jurídica siempre han participado de una gran carga moral, religiosa e incluso mágica.

Sin duda, las etapas en las que ha habido una mayor «confusión» entre Derecho y Moral han coincidido con momentos históricos en los que el Derecho *era claramente imperfecto desde el punto de vista técnico-científico*. Esta confusión se produce, pues, cuando técnicamente las normas jurídicas —que son las que requieren una mayor precisión, ya que tienen como objeto de regulación ese «minimum eticum» del que nos hablaba Jellinek— no tienen una delimitación autónoma y suficiente y, en consecuencia, la justificación y respon-

sabilidad objetiva (jurídica) no son capaces de perfilarse sin acudir a criterios morales e incluso mágicos.

Cuando el Derecho no cuenta con un origen y un fundamento propio; cuando el Ordenamiento jurídico no cuenta con su propio criterio de validez; cuando el Derecho no cuenta con un procedimiento específico y propio; cuando técnicamente no aporta suficientes criterios interpretativos y sobre todo cuando no tiene una capacidad autónoma y suficiente de imposición coactiva entonces es cuando se pretenden subsanar estas «carencias», sirviéndose y utilizando conceptos y criterios morales que en nada benefician la «certeza» y «seguridad» mínimas que ha de presidir toda decisión jurídica no sólo en la realización de la justicia sino también en la concreción equitativa de ésta.

Durante mucho tiempo el Derecho no ha contado con un fundamento político-social y tampoco ha tenido perfectamente delimitado su campo objeto de regulación —el «minimum eticum» al que antes me refería—, ni la finalidad social que debía perseguir. Por el contrario, las normas jurídicas tenían un origen transcendental y se presentaban como «proyección» y «refuerzo» de las normas morales que tenían como finalidad la perfección subjetiva del «ciudadano» mediante la realización de la virtud de la justicia. A esta finalidad apuntan los tres principios fundamentales del Derecho tal como eran entendidos por los romanos: *Honeste vivere; neminen laedere y suum cuique tribuere*. Principios que ponen claramente de manifiesto que el Derecho no era más que el «ars boni et aequi» de que nos hablaba Celso.

Por otra parte, la ausencia de un Derecho técnicamente «perfecto» y la falta de un procedimiento jurídico específico y propio hacía imposible la existencia de «peritos». Carencia que era subsanada por la presencia de sacerdotes o pontífices que, investidos de poderes transcendentales y mediante fórmulas religiosas, invocaban y hacían efectiva la voluntad de los dioses en un procedimiento judicial que en derecho romano llegó a recibir el nombre de *Legis Actio Sacramentum*.

A lo largo de todo el pensamiento de la Escolástica se sigue manteniendo, de forma más o menos matizada, el origen transcendental y divino del Derecho positivo, que sigue siendo reflejo y manifestación de la Ley Moral Natural. Esto hace que el Derecho no cuente con su propio criterio de validez, es decir, con un criterio jurídico de validez; sino que su criterio de validez y en definitiva de existencia como De-

recho, es moral y consiste en la adecuación de éste a la Ley Moral Natural, siendo tildado, en caso contrario, de «*corruptio Legis*». Todavía hoy en día, cuando se habla de iusnaturalismo o de Derecho Natural «se alude indiscutiblemente a una fundamentación ética del Derecho o a un Derecho de base ética o moral» (6). El Derecho injusto sería una especie de «antiderecho» definido desde posiciones morales no fácilmente precisables y en consecuencia no compartidas con carácter general.

La falta o carencia de criterios técnico-científicos que de forma avalorativa nos permitan delimitar el Derecho que «es» y que en consecuencia «vale», al margen del juicio moral que a cada uno nos merezca se hecha claramente en falta. Planteamientos rigurosamente racionales y lógicos como los que hace Kelsen partiendo de «categorías conceptuales» como las de «Ordenamiento jurídico» y «norma Fundamental», o los desarrollados por Hart en base a la llamada «Regla de Reconocimiento» ponen de manifiesto, independientemente de que se compartan o no, la posibilidad de utilizar criterios más racionales y por tanto más fácilmente generalizables.

Lo mismo ocurre cuando el Derecho carece de una imposición coactiva autónoma, es decir, de una coacción institucionalizada jurídicamente. También en estos casos se pretende subsanar tal carencia acudiendo a criterios religiosos o morales. Efectivamente esta imperfección —falta de coercibilidad institucionalizada— llegó a suplirse en los pueblos primitivos mediante procedimientos mágicos. Max Weber nos cuenta como en China y en la India el prestamista a quien no se le devolvía la suma prestada, ante la impotencia coactiva del Derecho, no le quedaba más salida que colocarse frente a la casa del deudor dejando de comer y en algunos casos ahorcándose, con la esperanza de que una vez muerto su espíritu podría perseguir mejor al deudor.

Por otra parte —y aunque sabemos que toda norma antes de ser aplicada necesariamente requiere de una interpretación—, la dificultad de la interpretación es inversamente proporcional a la perfección técnica del Derecho. Esto es precisamente lo que se quiere poner de manifiesto cuando se dice que «*in claris non fit interpretatio*». Cuanto menor es esta perfección técnico-jurídica mayor necesidad tenemos de «directrices políticas», de «principios morales» y en general de

(6) JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Derecho Natural y norma de la moralidad*, en A.F.D., t. XIII, 1968, pp. 148-159, en concreto la p. 151.

todo tipo de «topoi» sociales, culturales, etc. También esta imperfección jurídica es aprovechada por la Moral para infiltrarse y constituirse en auténtico Derecho. Ronald Dworkin llama «principios» —en contraposición a las «directrices políticas» (7)— a «un estandar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad». Pero Dworkin entiende que estos principios, más que «principios interpretativos» del Derecho, son auténticos «principios jurídicos» integrantes del mismo Derecho, ya que de lo contrario al ser aplicados por el juez estaría violando, a juicio de Dworkin, el principio de la «irretroactividad».

Como se ha podido observar en lo hasta aquí expuesto, cuando el Derecho carece de un normal perfeccionamiento técnico-jurídico no se suelen plantear conflictos y colisiones con la Moral y ello sencillamente porque el Derecho es en gran parte Moral, en cuanto subsana sus múltiples carencias acudiendo a la Moral. El problema es, pues, de una absoluta «confusión» entre Derecho y Moral.

MORAL Y DERECHO TECNICAMENTE «MAS PERFECTO»

Los posibles conflictos y colisiones irán apareciendo a medida que el Derecho se constituya en una realidad autónoma e independiente. Cuando el Derecho comienza a contar con su propio criterio de validez; con un procedimiento específico y propio; con suficientes criterios interpretativos en la mayoría de los casos y, sobre todo, con una capacidad de imposición basada en una coacción también jurídicamente institucionalizada que no precisa recurrir a fórmulas mágicas o religiosas, es entonces cuando comienza a precisarse como algo distinto de la Moral.

Es cuando se empiezan a perfilar claramente unos caracteres diferenciales en el Derecho y en la Moral y es también cuando se puede contemplar la posibilidad de que el Derecho permita y hasta incluso mande algo que la Moral prohíbe. Efectivamente cuando se concibe al Derecho como un orden coactivo de naturaleza histórica que es uti-

(7) Estas son definidas por él como «el tipo de estandar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico político o social de la comunidad». RONALD DWORKIN *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p. 72.

lizado como instrumento de dominación y de defensa de unos intereses, por muy legitimado que esté por el consenso mayoritario y por unas reglas democráticas, es cuando surge el problema ya barruntado por Paulo de que «non omne quod licet honestum est», es decir, que el Derecho es distinto a la Moral y que, en consecuencia, no todo lo que es conforme a las normas jurídicas necesariamente ha de ser conforme a la Moral.

Ante esto es lógico que el individuo sienta la necesidad de poner ciertos límites al Derecho y, en definitiva, a la regulación jurídica del Estado; sobre todo respecto a ciertas esferas —libertad de conciencia, de pensamiento, etc.— para las que el hombre recaba absoluta autonomía. Es cuando el hombre reclama del Derecho y del Estado una *tolerancia* respecto a ciertas esferas que entiende deben quedar sometidas únicamente a los imperativos de la conciencia de cada uno. La idea de tolerancia, a la que Peces Barba asigna un papel esencial en la fundamentación histórica de los Derechos Humanos (8), ha jugado también un papel no menos importante en la diferenciación entre Derecho y Moral.

Estas ideas de tolerancia y no otras son las que precisamente llevan a Tomasio, a finales del s. xvii y principios del xviii, a establecer unos criterios diferenciadores entre Derecho y Moral y que posteriormente han sido desarrollados por autores como Kant, Fichte, etc.

Hoy día la doctrina, mayoritariamente, entiende que estos criterios diferenciadores son válidos para ir perfilando una diferenciación entre Derecho y Moral, pero solamente si son entendidos como «pistas» o «indicios» y nunca como criterios «absolutos», puesto que existen «zonas grises» que los invalidan.

Para mí, el problema de estas «zonas grises» y, en consecuencia, de la relatividad de estos criterios tiene su origen, por un lado, en «imperfecciones» del sistema jurídico o del sistema moral; y por otro lado, en el hecho de que ambos sistemas normativos se basan y tienen sentido sólo sobre una estructura de libertad y de consciencia que es «conditio sine qua non» para poder atribuir responsabilidad.

Por ejemplo, respecto a las notas de la heteronomía y de la autonomía, predicadas del Derecho y de la Moral respectivamente, se dice

(8) Vid. GREGORIO PECES BARBA, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Eudema, S. A., Madrid, 1988.

que son sólo «relativas» en cuanto que, por un lado, el Derecho para ser eficaz precisa de un mínimo grado de aceptación y de acatamiento voluntario —autonomía— y, por otro lado, las normas morales en muchos casos vienen impuestas por el grupo o por la sociedad en general —heteronomía—.

Creo que en ambos casos el problema tiene su origen en «imperfecciones» de uno u otro sistema. Respecto al Derecho por carecer de una coactividad «autárquica» y «soberana» y respecto a la Moral en cuanto deja de ser expresión de nuestra conciencia individual y autónoma que es el requisito primero de una concepción ética, aunque lógicamente deba también someterse a las pruebas de racionalidad, universalidad, imparcialidad y libertad.

En este mismo sentido vemos que estas «zonas grises» a las que antes aludíamos desaparecen en aquellos criterios diferenciadores técnicamente más logrados. Este es el caso de la «coercibilidad» del Derecho —jurídicamente institucionalizada— que *cualitativamente* por lo menos es claramente diferente de la coacción moral —interna, trascendental o social—.

En otros casos, estas «zonas grises» aparecen, como ya apuntábamos, como consecuencia de que ambos sistemas normativos se basan sobre una estructura de posibilidades, es decir, de libertad y no de necesidad. Aranguren (9) señala que la moral como contenido sólo tiene sentido si existe una moral como estructura. De la misma forma se puede decir que el «Derecho como contenido» sólo tiene sentido si existe un «Derecho como estructura». Que la «moral como estructura» coincida con el «Derecho como estructura» —en cuanto se trata de una estructura común a todo sistema normativo—, no quiere decir que la «Moral como contenido» coincida con el «Derecho como contenido».

Sin embargo, esto parece no ser tenido en cuenta cuando se hace alusión a algunas de las notas diferenciadoras entre Derecho y Moral. Por ejemplo, refiriéndose a que el Derecho le importa el *aspecto externo* de las acciones, mientras que a la Moral le importa *el aspecto interno* —Forum externum, Forum internum—, se dice que más que aspectos «exclusivos», «absolutos» y «excluyentes» son aspectos compartidos aunque con mayor o menor importancia de uno u otro según

(9) J. L. ARANGUREN, *op. cit.*, pp. 47 y ss.

se trate del Derecho o de la Moral. Sin embargo, creo que cuando el Derecho se interesa por la existencia de una «estructura de libertad» no se está ocupando en sí de aspectos internos de la acción, sino que lo único que le preocupa es la existencia de esa estructura como condición para que esa acción quede sometida al sistema normativo jurídico. Por otra parte, cuando se dice que a la Moral también le preocupa el aspecto externo, creo que tampoco es cierto, puesto que a la Moral lo único que le preocupa es la *intencionalidad coherente* y si por cualquier causa se rompe esa *coherencia* siempre tenemos la posibilidad del arrepentimiento. El dicho de que «el infierno está lleno de buenas intenciones» no es tan cierto como que «el cielo está lleno de arrepentidos».

El Derecho se perfila como un ordenamiento normativo distinto del sistema ético o moral y, en consecuencia, puede permitir cosas que la Moral prohíbe e incluso puede mandar algo prohibido por la Moral. Y esto es precisamente lo que justifica esa reclamación *de tolerancia* por parte del individuo frente al Derecho y al Estado y lo que justifica también la *obligación moral de desobediencia al Derecho* admitida incluso por quienes —como González Vicén— niegan la obligación moral de obediencia al mismo (10).

No obstante —en contra de Fichte—, entiendo que cuando el Derecho permite algo que la Moral prohíbe no existe una verdadera contradicción ni siquiera una «imperfección» del Derecho, sino todo lo contrario, se trata de una tolerancia y de una «no intromisión» que ya Suárez valoraba como una nota positiva del Derecho.

Con motivo de la permisión jurídica del aborto en determinados casos taxativamente recogidos en nuestro código penal, altas esferas de la Iglesia Católica reclamaban una prohibición absoluta desde el punto de vista jurídico, alegando que la permisión jurídica podría crear la conciencia social de que moralmente también estaba permitido. Sin embargo, creo que el razonamiento —teóricamente por lo menos— no es válido, pues como muy bien indica Del Vecchio «*aquello que es Derecho no es por esto sólo deber*» (11).

Las verdaderas contradicciones podrían darse en la segunda de las situaciones antes apuntada, es decir, cuando el Derecho manda algo

(10) FELIPE GONZÁLEZ VICÉN, «La obediencia al Derecho», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de la Laguna, 1979.

(11) GIORGIO DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 329.

que la Moral prohíbe. Sin embargo, esta situación, para algunos, como Del Vecchio, no podrá darse nunca, y la razón apuntada es la siguiente: La persona destinataria de las normas morales y jurídicas es una y la misma y lógicamente no se puede ver obligada a cumplir normas contradictorias, es decir, no se le puede plantear el conflicto de tener que desobedecer necesariamente una norma —jurídica o moral— si quiere cumplir con la otra. Por eso dice Del Vecchio que «*aquello que es deber es siempre Derecho y no puede ser deber aquello que no sea Derecho*», añadiendo que «*cada cual tiene siempre el Derecho de cumplir con su deber*» (12).

Para mí lo anteriormente expuesto es cierto y lógicamente «necesario» si entendemos «deber» y posibilidad de cumplir ese deber —Derecho— en relación a un mismo ordenamiento normativo. Es lógico que una persona tenga la «facultad moral» de realizar el deber o deberes que la Moral le impone. En este mismo sentido también es lógico que cada persona tenga la facultad jurídica —Derecho— de cumplir con sus deberes jurídicos. Pero esta necesidad lógica desaparece si «deber» y «derecho» los entendemos en relación a distintos ordenamientos normativos, por ejemplo, si al «deber moral» lo vinculamos con una facultad jurídica o Derecho, o si a un «deber jurídico» lo vinculamos con la facultad moral de realizarlo.

Tratándose de dos ordenamientos normativos distintos —Moral y Derecho— esa necesidad lógica no existe ni aún entendiendo al Derecho como *manifestación coherente* de un sistema ético. Coherencia que, por otra parte, en la mayoría de los casos no se da.

Aún admitiendo esa coherencia, por muy democrático y consensuado que sea el sistema jurídico, es imposible que sea reflejo y manifestación de todos y cada uno de los sistemas éticos, por lo que siempre queda abierta la posibilidad de conflictos entre Derecho y Moral.

Por otra parte, hay que advertir también que el Derecho no siempre es manifestación coherente de un sistema ético, sino que a veces —en la mayoría de los casos— es simplemente un instrumento de poder y una manifestación de intereses políticos y económicos enfrentados abiertamente con los principios morales, no sólo de los destinatarios sino incluso de quien detenta el poder —aún suponiendo que tengan tales principios—.

(12) *Ibidem*, pp. 327 y 328, respectivamente.

Normalmente, el Derecho se desarrolla en niveles distintos de la Moral, aunque en la mayoría de los casos convenga presentarlo disfrazado con motivos y fines morales para que obtenga un mayor reconocimiento y legitimidad. Ese Derecho que se presenta como algo idealizado —nunca como defensa de unos intereses materiales— se pretende justificar en base a un credo sincero de principios y axiomas valorativos normalmente de carácter transcendental. De esta manera la Moral —como una especie de punto de honor del sistema jurídico— cumple dos funciones: Por una parte, *legitimar* y, por otra, *justificar* ese presente jurídico para que sea acatado incluso por los más perjudicados, con la esperanza de que esto les abrirá mejor las puertas de ese futuro transcendental (13).

Parece claro, pues, que Derecho y Moral son dos Ordenamientos normativos no solamente distintos, sino que incluso pueden ser contradictorios. Una persona puede tener «razones morales» importantes —y en consecuencia un deber moral— para no testificar o testificar en falso y, sin embargo, jurídicamente está obligada a testificar (a no ser que se encuentre entre las personas expresamente excluidas en los artículos 410 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) sin incurrir en falso testimonio (arts. 326 a 333 del código penal). El médico que en cumplimiento de un deber moral se niega a practicar una transfusión a un enfermo, no cuenta con la facultad jurídica o Derecho de cumplir aquel deber y prueba de ello es que será sancionado conforme a los artículos 406 ó 407 del código penal. Por otra parte, de acuerdo con el artículo 177 del código penal la adopción es irrevocable y solamente podrán pedir su extinción el padre o la madre dentro de los dos años siguientes, en el caso de que no hubiesen intervenido en el expediente de adopción, ni prestado su consentimiento, si probasen que fue por causa no imputable a ellos. Y, sin embargo, puede haber —y de hecho hay— muchos padres que aún sin reunir esos requisitos sienten el deber moral de recuperar y cuidar a sus hijos una vez superadas una serie de circunstancias imputables o no a ellos mismos.

Parece claro que Derecho y Moral son dos ordenamientos normativos distintos que pueden originar «conflictos», viéndose el individuo en la necesidad de tener que desobedecer uno para poder «ajustarse» al otro. Pero el verdadero problema creo que se centra en la respuesta a la siguiente pregunta ¿en estos casos qué ordenamiento normativo debe prevalecer? En estos casos Kant nos dirá que no debe prevalecer

(13) Vid. G. PUENTE OJEA, *Ideología e historia, la formación del cristianismo como fenómeno ideológico*, 2.^a ed., Siglo XXI, Madrid, 1976, pp. 62 a 69.

el más «fuerte» sino el «mejor fundado» y parece claro que la persona no debe renunciar a sí misma por presiones heterónomas y coactivas del Derecho. Según esto se impondría la obligación moral de desobedecer ese Derecho en conflicto y prevalecería la Moral.

Sin embargo, me parece muy oportuna la distinción que hace Martín Kriele (14) entre aprobación moral de las leyes particulares y aprobación moral del orden jurídico en su totalidad. El juez puede efectivamente encontrarse en muchos casos ante preceptos jurídicos contrarios a sus principios morales y, sin embargo, fallar de *forma consecuente* de acuerdo con el Derecho y no conforme a la Moral. La razón es que estos «conflictos», a mi juicio, deben ser resueltos desde planteamientos morales y seguramente en muchos casos existen «razones morales» (15) que le hacen inclinarse a favor del cumplimiento de los preceptos jurídicos, aunque éstos en principio sean considerados injustos y ello en base a la aprobación moral del Ordenamiento jurídico en su totalidad. Sólo cuando estas injusticias, como señala Martín Kriele, lleguen a ser insoportables e impidan seguir apoyando al Ordenamiento en su totalidad, habrá razones morales para desobedecerlo y, en consecuencia, hacer que prevalezca la Moral.

(14) MARTIN KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado Constitucional Democrático*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 23 y ss.

(15) Eusebio Fernández entiende que estas razones pueden ser de otra índole, pero nunca razones morales. Vid. «La obediencia al Derecho», *op. cit.*