
ANTONIO OSUNA FERNANDEZ-LARGO
(Universidad de Valladolid)

**Pertenencia de lo jurídico a lo moral. Reflexiones sobre una teoría
iusfilosófica clásica**

El problema de las relaciones entre derecho y moral es tan complejo que no parece encontrar nunca solución definitiva. Y es así porque en él se proyectan las múltiples teorías sobre la moral y lo jurídico, que hacen difícil la solución del problema de manera global. Por ello Ihering llamaba a este tema el «cabo de Hornos» de los juristas, que se prestaba, como añadía sarcásticamente B. Croce, a notables naufragios intelectuales.

Sobre este tema hay dos grandes posturas encontradas. Una, sería la del iusnaturalismo clásico, que integró la idea griega de eticidad con la concepción jurídica romana del *ius*. Y, otra, la del pensamiento dominante en la edad moderna, que ha entendido el derecho como un sector de la vida política y lo ha usado para definir el Estado moderno de Derecho, pero desligado, en virtud de las teorías maquiavélicas, de toda referencia a la moralidad. El alma de este Estado lo constituye la legalidad como principio político amoral.

La primera de estas opiniones intentó una síntesis armónica de toda la actividad humana, presidida por el *ordo moralis*, subordinado y partícipe, a su vez, de un orden divino. La razón es capaz de enunciar ese orden y expresarlo en leyes que jalonan el camino de la actividad humana hacia su perfección. De por sí, cabe una coordina-

ción entre los fines morales del ser humano y las leyes que el recto gobierno de los pueblos promulga para los súbditos. La segunda, en cambio, ha acentuado la idea de que el derecho está sustentado por la fuerza del Estado y de que la ley es la manifestación de la soberanía del pueblo, a la que no se puede poner ninguna cortapisa ni está condicionada por supuestos anteriores. La moral, en consecuencia, será entendida como algo ajeno al reino de la legalidad y de la coacción estatal y que sólo vive en la razón individual y se alimenta de creencias no convalidables a nivel político. En una palabra, son mundos dispares y autónomos. En cambio, para el pensamiento clásico integraban el bien humano y cualificaban el bien común, que era razón de ser del mundo político y valor moral de la persona. No importa ahora en qué radica, para el pensamiento moderno, la neta separación entre lo moral y lo jurídico (interioridad-exterioridad; público-privado; conciencia-poder político; religión-laicidad; la coacción, etc.), pero, en cualquier caso, la separación de ambas dimensiones es axioma de las teorías modernas.

Al contrastar ambas posturas, muchos suponen que la idea moderna es más certera y perfilada que la vieja idea iusnaturalista, que actualmente sólo puede tener interés para los historiadores del pensamiento jurídico.

Sin embargo, pensamos que merece la pena volver sobre este tema para aclarar cuál era el alcance de la llamada opinión antigua y, sobre todo, para deshacer equívocos que se han introducido en este tema y que impiden un confrontamiento de ambas opiniones que fuera esclarecedor. Nuestro propósito, por tanto, se centra en develar el sentido de aquella opinión que prevaleció desde Platón hasta la Ilustración y que hoy precipitadamente se descarta en virtud de que se le atribuye un significado y unas formulaciones que no estaban en sus autores.

Con esto aceptamos que nuestro planteamiento del tema tiene algo de académico y, si se quiere, analítico y conceptual. Pero no ignoramos que tal planteamiento aséptico pudiera ser presentado, en otro contexto, como un verdadero conflicto en la vida social de muchas personas. En efecto, el problema de las relaciones entre derecho y moral puede ser presentado por el objetor de conciencia al servicio militar, para quien ese problema significa una contradicción entre el ideal humanitario de su vida y un derecho que enseña a vivir en preparación de guerra. Como también vivirá el conflicto el contri-

buyente a quien las leyes fiscales le conducen a la ruina de su negocio o le desposeen de bienes que en un momento determinado le son necesarios. Y también aquel otro a quien un error judicial —si no una prevaricación del juez— le conduce a la ruina física y psíquica del reo y de su familia. Para todos ellos el problema de las relaciones entre derecho y moral es el problema sangrante del triunfo de las leyes irracionales o de sus valedores contra la dignidad ética de la persona. A ellos no hará falta un largo discurso para demostrarles que las leyes son cosas distintas de la justicia...

PRECISIONES CONCEPTUALES PREVIAS

Además de las dos posturas encontradas sobre las relaciones entre derecho y moral, existe una diversa intelección de los conceptos usados, hasta el punto de que cada una de las posturas entiende cosas distintas bajo los mismos enunciados. Y ésta es, a nuestro modo de ver, la principal razón de las divergencias en el problema.

1. En primer lugar, entienden bajo el rótulo de *derecho* cosas distintas. En la opinión iusnaturalista clásica designaba aquellos comportamientos o tipo de relaciones sociales que intenta la virtud de la justicia (*ius quia iustum*). Derecho es, primariamente, «lo que es objetivamente justo» o «la acción adecuada a otro según una medida de justicia». La actividad del legislador, del intérprete y de quien aplica la norma tienen su vigencia por la conformidad que guardan con lo objetivamente justo. Así presentado, es fácil prever a qué postura conducirá este concepto. El derecho pertenece a la índole moral de la persona, pues sólo existe como exigencia que afecta a comportamientos justos.

En cambio, hace tiempo que por derecho se entiende una cosa distinta, que es la norma emanada del poder soberano legislativo y que tiene tras de sí toda la fuerza coactiva del poder supremo para hacerla eficaz. El principio de legalidad política y formal o de pertenencia a un ordenamiento jurídico es lo decisivo en la ciencia jurídica (*ius quia iussum*). En virtud de ello, si alguien propugna la teoría de la subordinación de lo jurídico a la moral, todos identifican esa teoría como si se propugnara que hay una autoridad superior a la autoridad inherente a la soberanía política (las autoridades morales o religiosas con competencias en la normatividad moral) y surge el recelo del poder político soberano hacia ese nuevo poder

surgido de las sombras y la clandestinidad legal. Esa teoría, en efecto, contrasta con los axiomas del poder político legislativo y de la validez formal de las leyes que predominan en el derecho moderno. Porque ¿qué poder moral sería ése que, desde fuera del orden político constituido, daría existencia, o eventualmente se la negaría, a las normas jurídicas? Y qué tipo de ciencia sería la ciencia jurídica, cuyas afirmaciones quedan siempre bajo la salvedad del juicio moral?

2. Otra fuente de equívocos procede de la diversa intelección de lo que los antiguos llamaban ley positiva y que hoy se conoce como norma jurídica.

En la concepción antigua, la ley designaba la expresión y formalización imperativa de las conductas justas. La imperatividad dimanaba de la autoridad competente, pero la autoridad no es la última justificación, sino la racionalidad de la conducta en sí misma, que reside en su conexión necesaria con el bien social. Por eso, la ley es siempre la expresión de algo «justo» antecedentemente a su promulgación. Y ese valor objetivo puede estar fundado en la misma naturaleza de la persona humana o en una situación concreta de esa persona en el tiempo o en el espacio («lo justo legal», que llamaba Aristóteles) (1). Es decir, hay normas jurídicas que no tienen su condición de tales hasta que, y sólo en tanto que son imperadas. Según eso, hablar de ley para los antiguos era hablar de una actitud justificadora de la razón pretendiendo el bien social.

En cambio, en el pensamiento moderno se ha impuesto un concepto de norma jurídica que designa sólo la norma vigente en una sociedad concreta. Y su criterio de reconocimiento es sólo por su inserción formal en un ordenamiento y por la legitimidad del poder de que emana (principio de legalidad). Esto es su justificación. Y la actividad de la razón queda para el campo de la interpretación y la aplicación judicial de la norma.

Además, la imperatividad que caracteriza lo jurídico y la distingue de la que posee lo moral es su fuerza coactiva. Y es claro que todas las sanciones y formas de coerción brotan del poder político y nada tienen que ver con la razón universal ni con la ley natural, pues

(1) «La justicia política se divide en natural y legal... Legal es la de aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera, pero una vez establecido ya no da lo mismo». ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, lib. V, cap. 7. Ed. bilingüe y traduc. de J. Marías (Madrid, 1985), p. 82.

son muy diversas en cada pueblo y en cada momento. Por eso el positivismo jurídico ha insistido siempre en que todo derecho (coactivo) es siempre derecho positivo y que es contradictorio un derecho que no sea coactivo. Entonces tenemos que lo específico de la norma jurídica es el estar respaldada por una sanción organizada que no puede ser otra que la del poder. Quienes así piensan no es que necesariamente nieguen que existan normas morales, ni que incluso para la persona individual puedan tener una valoración grande, pero todos las excluyen por completo de la juridicidad, la cual sólo existe en cuanto caracterizada por una sanción organizada.

Resulta, en consecuencia, que los conceptos de validez legal, de autoridad soberana legislativa, de legitimidad de poder, de coercibilidad jurídica, de legalidad en la aplicación de las sanciones y de seguridad jurídica, que son como el abecedario de las teorías jurídicas modernas, cuestionan profundamente la pretensión de los antiguos de que todo el derecho está subordinado a la moral y de que las leyes positivas no son más que una extensión de la ley moral natural. Ante una tal duda, no es extraño que muchos se asusten y nieguen la razón de ser de la filosofía jurídica antigua.

Pero esto mismo es una prueba más de que cuando se propugna una determinada postura acerca de las relaciones entre derecho y moral se juega con dos conceptos diversos de derecho y de leyes. La postura moderna —más exactamente, las muchas posturas modernas coincidentes en la separación absoluta entre el mundo de la moral y el mundo del derecho— es suficientemente conocida y se puede contrastar en cualquier obra sobre estos temas (2), mientras que la opinión antigua sólo sumariamente la encontramos expuesta y, con harta frecuencia, alterada o desvirtuada por la razones dichas.

Por ello, vamos a dedicar las siguientes páginas a recuperar el contexto real y el sentido de la vieja teoría que propugna la real pertenencia de todo lo jurídico al ámbito de la moral.

(2) Puede verse esta postura expuesta en las siguientes obras recientes: M. A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico e la separazione tra il diritto e la morale* (Milano, 1960); RALF DREIER, *Recht, Moral, Ideologie* (Frankfurt, 1981); L. L. FULLER, *The Morality of Law* (New Haven, 1964); TH. GEIGER, *Über Moral und Recht* (Berlín, 1979); ESPERANZA GUIJÁN, *Razón y pasión en ética: los dilemas de la ética contemporánea* (Barcelona, 1986); H. L. A. HART, *El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral*, en R. M. DWORCKIN, *La filosofía del derecho* (México, 1980), pp. 35-74; K. LARENZ, *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik* (München, 1979); D. LYONS, *Ética y Derecho* (Barcelona, 1986); CHAÏM PERELMAN, *Droit, Morale et Philosophie* (Paris, 1968); JOSÉ M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Derecho y ética* (Madrid, 1977); ALF ROSS, *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires, 1977); J. RUIZ-GIMÉNEZ, *Derecho y vida humana* (Madrid, 1957).

I. EL ORDEN JURÍDICO Y EL ORDEN MORAL

1. El pensamiento antiguo entendía y denominaba orden jurídico a la fijación de aquellos comportamientos que guardan una dependencia mediata o inmediata con el establecimiento de la justicia en la vida social. Es orden porque está impuesto por una selección racional en comparación a un objetivo. Y es jurídico porque las acciones ordenadas lo son por su justicia o equidad (*ius*). Tenemos, pues, que el orden jurídico designa la regulación de todos aquellos comportamientos que la razón juzga justos.

Y, en el mismo contexto conceptual, la ley era la intimidación a la voluntad del súbdito de esas exigencias del orden jurídico. Existía, por tanto, una coherencia entre todos estos conceptos tal como los presentaban: primero, la razón humana capta la oportunidad y justicia de determinadas conductas respecto al bien social; segundo, esa labor de la razón es sumisión a lo que objetivamente es conveniente o equitativo o imprescindible para un fin; y, tercero, la ley de la autoridad preceptúa ese comportamiento justificado por la razón y ajustado a la objetividad de las relaciones sociales (3).

La ley fundamentalmente designa la justificación racional del imperativo y es un sólido fundamento de lo jurídico. Así encontramos que un buen conocedor del pensamiento clásico afirma que «es por la ley por donde comienza el derecho y es de ella de donde toma su forma y su consistencia en la vida real» y que «la ley es la causa verdadera y exclusiva del derecho» (4). Pero cualquiera comprende que el concepto de ley que subyace en estas palabras nada tiene que ver con lo que en el pensamiento moderno se llama norma jurídica (5).

Pudiéramos cuestionar si los antiguos captaron suficientemente el mundo de lo jurídico, pues todo lo dicho hasta ahora constituye también el orden moral, v.gr., el ser un orden racional y el ser impuesto como conducta necesaria. Pero sus argumentaciones procedían por ajuste con el principio determinante de todo ese orden. Pues bien, ese principio de lo jurídico no se identifica con el principio de lo moral, pero sí es una parte integral suya.

(3) Así procede, por ejemplo, la exposición de Sto. Tomás sobre lo que es la esencia de la ley en *Summa Theol.* 1-2, c.90, a.1.

(4) L. LACHANCE, *Le concept de droit selon Aristote et saint Thomas* (Montreal, 1933), p. 209.

(5) La diferencia entre derecho y ley en los antiguos está bien compendiada en esta frase sucinta de Sto. Tomás, *Lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aequalis ratio iuris.* *Summa Theol.* 2-2, q.57, a.1 ad 2.

2. Así entendidos estos dos órdenes, *el orden jurídico es sólo un sector de todo el orden moral humano*, como la justicia es una parte de toda la vida virtuosa humana y la dimensión jurídica es una parte de la vida humana. Toda actividad de la persona ordenada racional y libremente constituye el orden moral, mientras que lo jurídico sólo regula nuestras relaciones sociales de notoria importancia, pero quedan fuera otras actitudes morales como el amor.

Según esto, el «*ordo iuris*» pertenece integralmente al «*ordo moralitatis*». Son como dos círculos concéntricos, en el que el más externo y omnicompreensivo es la realidad moral y lo jurídico está siempre en el campo de la vida moral aunque no se identifique con él.

Lo específico de ese círculo concéntrico de lo moral que llamamos lo jurídico sería realizar la persona humana en un ámbito singular de acciones: las relaciones sociales de justicia. Es propio de lo jurídico el establecer la igualdad entre sujetos de derechos y deberes; conformar las exigencias y necesidades de cada uno con las de los demás; realizar la convivencia justa en sociedad; poner una solución equitativa en los conflictos sociales y crear condiciones de vida pacífica. Todo esto constituye el orden jurídico. Cicerón lo había proclamado en una de sus frases lapidarias que repitió mucho la tradición jurídica: *Iustitia ea ratio est qua societas hominum inter ipsos, et vitae communis continetur* (6). Quien piensa en el orden jurídico presupone siempre a la persona conviviente e intenta regular racionalmente esa forma de vida. El conjunto de las exigencias impuestas a la persona desde lo social se denomina derecho postulado por el bien común. «El derecho, dice J. Dabin, no se interesa por la conducta de los hombres más que bajo el punto de vista y en la medida en que ésta queda afectada por el bien de la comunidad como tal y el bien específico que la sociedad procura a todos sus miembros» (7). Y con razón también nos dice L. Legaz y Lacambra: «el derecho es una forma necesaria de vivir social, como la vida social es una forma ineludible de la existencia humana» (8). Esto mismo es lo que habían querido significar algunos autores antiguos, como Sto. Tomás quien propugna esta teoría en unas palabras densas que podríamos parafrasear así: «todo lo que alguien reclama como debido a él, es también reclamado por la recta razón humana

(6) *De Officiis*, lib. I, cap. 7.

(7) *La Philosophie de l'ordre juridique positif* (París, 1929), p. 190.

(8) *Diritto, normativismo e normatività giuridica*; en «*Riv. Int. di Fil. Dir.*», 30 (1953), p. 3.

y, en consecuencia, estas exigencias son, simultáneamente, normas de justicia y de moral» (9).

No hay por qué confundir lo jurídico y lo moral, pero su total separación equivaldría a la ruptura misma de la persona humana. Si el derecho es una actividad dotada de sentido, ha de serlo por su pretensión de realizar algo que concierne profundamente al hombre.

El orden jurídico está constituido por una serie de elementos que conjuntamente le dan su ser y lo implican en el mundo de lo moral. Esos elementos son los siguientes: configurar un tipo de vida social; regular acciones pretensoras de justicia; poder ser justificado racionalmente como norma obligatoria y, finalmente, pretender un bien social común. Pero toda esta especialización de lo jurídico no lo pone extramuros de lo moral. Todo ello es *también* índole moral humana (10).

Así tenemos que el orden jurídico se concentra al campo de las relaciones sociales y en él pretende la realización de lo humano y racionalmente justo. Lo moral, en cambio, tiene un campo más vasto y se extiende a dominios ajenos al derecho.

Ahora bien, hay que advertir que no es en la materialidad de tipo de acciones reguladas por la moral o el derecho en donde reside su diferencia, ya que esto produciría diferenciación genérica de ambos mundos, sino un diverso modo de regulación racional, según el cual lo jurídico se formaliza por las exigencias de la justicia y lo moral por las exigencias de rectitud de la persona como un todo, sin excluir las exigencias de lo jurídico. De ahí que, estando en una perspectiva concreta y existencial, puede entenderse que se cumpla el orden jurídico sin realizar el orden moral —y ésta es la hipótesis con que trabaja el legislador, sobre todo en una sociedad pluralista como la nuestra—, pero no sea posible la realización del bien moral incumpliendo el bien jurídico. Desde estas «diversas perspectivas o puntos de vista», como llama acertadamente José M. Rodríguez Paniagua a las diferencias entre moral y derecho, se explica que «para el derecho lo primordial es que se cumpla la obligación, mientras

(9) *Summa Theol.* 2-2, q.58, a.10 ad 1.

(10) «Se, infatti, si ammete la ruidizione del diritto al concetto di giusto, essendo la giustizia una parte integrante della morale, nulla c'è nel diritto che non sia da ridursi all'etica». F. OLGIATI, *La riduzione del concetto filosofico del diritto al concetto di giustizia* (Milano, 1932), p. 126.

que la moral no se puede desentender de la motivación subjetiva, o de la finalidad que se persigue» (11).

3. De un modo congruente con lo anterior, el pensamiento antiguo explicaba lo referente al *deber jurídico*. El orden jurídico responde a exigencias que radican en algo que está fuera de la intimidad de la persona, como es la paz social, los derechos de aquellos con los que convivimos o proseguir un interés pactado. El deber jurídico es algo obligado respecto a otro (*debitum legale*). Pues bien, cualquiera comprende por qué esa obligación respecto a otros es también algo postulado por la moral (*debitum morale*), pues el recto orden moral está constituido por todas estas exigencias. Y entonces las normas que generan sólo deberes morales constituyen el orden moral, pero las que generan también deberes exigibles por otro son las normas jurídicas. Cabe, en consecuencia, una cierta autonomía del concepto de deber jurídico en cuanto que *in mente* puede ser dissociado de su pretensión moral y, por tanto, el legislador y el intérprete de la ley pueden abstraer de tal motivación (12).

4. Pero esta explicación de las relaciones entre lo moral y lo jurídico sufrió una profunda escisión en la Ilustración, cuando del orden moral y del jurídico se quiso hacer dos mundos separados e inconexos. Cada cual tiene su proyecto y sus pretensiones, aunque las personas a que afectan sean las mismas. Desde entonces cada nuevo tratadista se ha esforzado en mostrar qué es lo peculiar y totalmente diverso del orden jurídico, presuponiendo, como verdad previa, que se trata de dos mundos separados y de dos ciencias diversas. Y así se presentaron teorías que afirmaban que el deber jurídico no existe, pues deber propiamente sólo designa la motivación de la voluntad pura y autónoma (Kant) o que el llamado deber jurídico no es más que un efecto de aquellas normas «cuyo incumplimiento es la condición para un acto coactivo», como dice H. Kelsen (13).

En virtud de los nuevos presupuestos de la separación entre moral y derecho se ha difundido una sospecha de que todo intento de recomponer la unidad entre ambas dimensiones del ser humano procede de un intento de suplantarse la legalidad jurídica por el discurso

(11) *Derecho y ética* (Madrid, 1977), p. 40.

(12) «La giustizia non può realizzarsi come giustizia nella vita personale...; perciò richiede il modo di essere del diritto come forma sociale di esistenza. Ma allora, il diritto è 'punto di vista sopra la giustizia' cioè giustizia veduta in una certa prospettiva». L. LEGAZ LACAMBRA, *Diritto, normativismo...*, l.c., p. 14.

(13) *Reine Rechtslehre* (Wien, 1967), § 28, p. 121.

moral, lo cual vendría a ser como una bomba de relojería puesta en el corazón del derecho para destruir su autonomía y reducirlo a la esclavitud de unas categorías ajenas. Y tal sospecha, proyectada sobre la teoría antigua que intentó esa unidad, es claro que le roba credibilidad y aceptabilidad.

Sin embargo, por lo que acabamos de ver, todo ello es un prejuicio descalificador de una forma de pensamiento. Pues lo único que aquella teoría propuso es que la dimensión moral del ser humano engloba toda su actividad racional y libre. Y que cualquier forma de actividad específicamente humana será, en consecuencia, moral (14). Y la aplicación al ámbito de lo jurídico no tiene nada de particular. Lo mismo hubiera dicho si se hablara de la economía (toda actividad económica humana es enjuiciable desde el bien moral) y de la política (todo el mundo de la política es también mundo de responsabilidad moral). En el caso del derecho, propugnaba que en todo el mundo del derecho está en juego la responsabilidad y calidad moral de la persona.

II. LAS NORMAS JURÍDICAS Y LAS NORMAS MORALES

1. En la época moderna, la reflexión acerca de las relaciones entre moral y derecho se ha hecho a partir del concepto de norma jurídica, entendida como el átomo del derecho y el centro de toda experiencia jurídica. Norma jurídica es, por supuesto, sólo la norma emanada de la autoridad política soberana y dotada de validez en los tribunales.

Tal modo de comprender lo jurídico, aparte de distanciarse mucho de la postura antigua, iba a ofrecer pronto un flanco desguarnecido a quienes estudiaban el derecho como fenómeno social. Estos mostraron que la vigencia social de las normas en una sociedad no es fruto exclusivo de su poder coactivo y que norma vigente no coin-

(14) Un eximio filósofo del derecho que reflexionó mucho sobre esta cuestión, Giorgio Del Vecchio, matizó bien las diferencias entre derecho y moral. Sin embargo, a veces, se le escapan expresiones menos rigurosas, como cuando dice que la actividad moral es unilatera y la jurídica bilateral o cuando dice que la actividad del derecho responde a la ética objetiva y la moral a la ética subjetiva. Cf. *Filosofía del Derecho*, revisada por L. Legaz y Lacambra (Barcelona, 1963), pp. 320-339.

cide con norma derivada del poder soberano (15). Sin embargo, bajo otro punto de vista, el estudio sociológico del derecho confirmaba algunos extremos de las nuevas corrientes. Así acontece con la existencia, en el seno de la sociedad, de dos tipos de normas diferentes: las normas morales y las normas jurídicas, cuya abierta diferencia comprobaron los sociólogos y que venía a confirmar las tesis de los teóricos de la separación entre ambos campos.

Sucede, sin embargo, que se ha introducido un nuevo equívoco descalificador para la doctrina antigua. Y es que ésta no entendía la subordinación de lo moral a lo jurídico como si las normas jurídicas no fueran más que las mismas normas morales pero impuestas coactivamente o como si el legislador no fuera más que un moralista con poder político.

Pues bien, una impugnación de la teoría antigua tampoco resultaría correcta. Nunca ésta entendió el mundo del derecho como un mero reforzamiento desde el poder de todo el orden moral. Lo que hoy se llama «norma jurídica» y los antiguos hubieran designado como «leges positae» no tienen por qué ser una lineal traducción de las normas morales impuestas coactivamente. El bien social y político tiene su propia identidad y de él emanan imperativos que le son propios y que quedan reflejados en el derecho, algunos de los cuales tienen precedentemente una exigencia moral y otros no. En efecto, la organización política de una sociedad genera una profusión de normas, cuya existencia se comprueba en la sobrecarga legislativa que padecen los parlamentos y congresos, y que está constituida por normas técnicas, de organización, de competencias y funciones, de estrategias económicas o sociales, de procedimientos, etc., en las que poco o nada se juega de contenidos estrictamente morales. Moralmente ese vasto campo legislativo sería calificado de acciones neutras o indiferentes *ex genere*, que llamaba la moral clásica. Es decir, el trabajo del legislador y juez en estas materias caería fuera de las normas morales.

(15) Nos referimos a las corrientes sociológicas que han investigado las normas jurídicas como un tipo de códigos de la sociedad que van acompañados de una forma específica de sanciones. Así lo hicieron autores como N. S. Timasheff, F. Pollock, G. Gurvitch, Talcott Parsons y otros. Estos estudios difundieron la teoría de que la moral y el derecho habían existido en estadios de indiferenciación y aún hoy se ven confundidas en muchas actitudes. En todo caso, sus diferencias serían meramente graduales en razón de las formas de sanción organizada en cada sociedad.

Por eso no está justificado el recelo de que una posible subordinación del orden jurídico al moral haría de los legisladores unos secuaces sumisos de los moralistas ni de que el poner en la moral el criterio último de validez de las normas jurídicas convertiría a los tribunales en ejecutores de criterios deontológicos.

La opinión antigua no confundió el mundo de la moral y el mundo jurídico, aunque propugnara que lo jurídico es un sector de lo moral. El modo como entendía la relación entre norma moral y norma jurídica no sería propiamente la de dos círculos concéntricos, como a veces se la expresa gráficamente, sino la de dos circunferencias secantes y que sólo parcialmente se superponen, de modo que hay muchas normas morales que nunca alcanzan el rango de lo jurídico y muchas normas jurídicas que resultan indiferentes en una consideración moral.

Para aquellos pensadores existía una cierta distancia entre los preceptos morales, que se orientan a la perfección virtuosa de la persona en su individualidad, y los preceptos jurídicos, que se limitan a salvar el mínimo para una pacífica convivencia y a reprimir los males más notorios de la vida social. Por ello, el legislador debe proceder según el principio de tolerancia, ya que el bien común está integrado por bienes de índole diversa y pudiera suceder que la persecución de un bien inferior resultara óbice para otro superior. En el orden moral, en cambio, hubieran rechazado semejante principio.

Sto. Tomás, por ejemplo, sentaba este criterio respecto a las normas jurídicas: «la ley humana no prohíbe todos los males morales, sino sólo los más graves, que serán de los que previsiblemente se abstenga la mayor parte de la sociedad, sobre todo los que revierten en especial daño para los demás» (16). Y añade que «el legislador humano debe permitir males menores, no sancionándolos punitivamente, pues no hay sociedad en la que no se den esos males» (17). Es decir, la regla propia del gobernante sería «consentir males menores, con tal de obtener otros bienes de más importancia social» (18), pero esto mismo no lo hubiera afirmado nunca del orden moral.

(16) *Summa Theol.*, 1-2, q.96, a.2.

(17) *Ibid.*

(18) *Contra Gentes*, Lib. III, q.71.

Aquella doctrina, por consiguiente, no llegó a propugnar nunca la identificación del código moral con el código civil de un pueblo, ni hizo del legislador un ejecutor del orden moral. Y ello a pesar de que aquella sociedad vivía en una cultura unitaria cristiana y no existía el pluralismo ético de nuestro mundo.

Para convencerse de esto podrían traerse a colación los análisis que presentaban sobre la función de la prudencia legislativa o el modo como entendían la aplicación jurisdiccional del derecho, que distaba mucho de identificar los jueces con unos ejecutores de la moral oficial.

2. Hay, sin embargo, un ámbito del orden moral donde los preceptos del derecho y los de la moral coinciden y se superponen. Es el ámbito del derecho natural. Pero éste no es el inmediatamente contemplado en los tratadistas actuales por la poca credibilidad que conceden al iusnaturalismo. Para los autores antiguos todos los preceptos prohibitivos e imperativos pertenecientes al derecho natural deben ser respetados en la normativa positiva. Y es en este campo donde impera la afirmación agustiniana de que la ley injusta no es ley sino corrupción de la ley (19).

Esto obedecía a que por preceptos del derecho natural entendían los bienes supremos de la dimensión social de la persona. Y sería un contrasentido afirmar que cabe legislar algo contra esos bienes supremos para alcanzar otros superiores. Es más bien el derecho natural el que hace justas las demás leyes, como el bien último justifica los intermedios.

El legislador o el juez tienen en los preceptos del derecho natural el arquetipo de toda legislación o sentencia justa y su discurso sólo

(19) Cf. S. Agustín, *De lib. arbitrio*, lib. I, c.5: ML 32, 1227. Los autores modernos, con un concepto distinto de ley y con presupuestos diversos acerca del significado de la justicia en la ley, nos dirán que negar la cualificación de ley a la ley injusta es «un completo disparate» (J. Austin). Un jurista, como H. L. A. Hart, sin usar términos tan rígidos, propone que la solución es no aceptar que todo lo que es legal deba ser obedecido, pues habrá situaciones en que hay obligación moral de no aceptar las leyes, pero eso no implica negarles la condición de leyes: «el que existe algo fuera del sistema oficial, por referencia a lo cual en última instancia el individuo debe resolver sus problemas de obediencia, con toda seguridad es más probable que se mantenga vivo entre aquéllos que están acostumbrados a pensar que las leyes pueden ser inicuas, que entre aquéllos que consideran que nada inicuo puede poseer jamás el rango de ley». *The Concept of Law* (Oxford, 1979), p. 206. Dejando de lado lo acertado o no de tales observaciones psicológicas, que nos parecen ajenas al tema, lo que sí es cierto es que se juegan dos conceptos diversos de norma jurídica.

será jurídico en la medida en que se conforme con esas exigencias básicas de lo humano. Pero tal identidad entre lo legal y lo racional sólo existe en los contenidos del derecho natural, en que lo moral y lo jurídico (lo justo) se confunden. Sucede, sin embargo, que cuando algunos tratadistas modernos describen la opinión antigua la desvirtúan como si esa identificación fuera absoluta y no dejara camino abierto al mundo autónomo de lo jurídico. Así, H. L. A. Hart cuando propugna que los fallos judiciales no han de ser meramente formalistas sino que han de ser decisiones inteligentes, rechaza que esto sea una concesión al entronque del derecho y la moral, que él repudia. Una motivación racional jurídica no tiene por qué confundirse con una motivación moral. Eso es lo que, según él, hizo una filosofía «que se ha empeñado en demostrar que no podemos recatemente calificar de auténticamente racionales a determinadas decisiones o comportamientos mientras no están de conformidad con unos fines y principios morales» (20). Tal modo de caracterizar la teoría antigua de las relaciones entre derecho y moral es incorrecta, pues eso sólo es aceptable en el ámbito del derecho natural. Pero es precisamente este sector de lo jurídico al que los modernos son más remisos en concederle valor jurídico, pues les sorprende llamar derecho a lo que es básicamente una norma moral (ley natural) antes de ser sancionada por la autoridad pública de una manera coactiva.

Tenemos, por tanto, que la estricta superposición de la norma moral y de la norma jurídica sólo acontece en los preceptos del derecho natural. Sólo en este ámbito el pensamiento antiguo hubiera negado que el legislador sea libre para hacer que cualquier norma pueda ser derecho válido en dependencia de su voluntad (21).

3. Si la norma jurídica no es lo mismo que la norma moral, podemos preguntarnos qué es lo que caracteriza la norma jurídica y la distancia de la norma moral. Hay que explicar, por tanto, ese plus que encontramos en la norma jurídica y que no figura en el inventario de la norma moral.

(20) *El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral*, en R. M. DWORKIN, *La Filosofía del Derecho*. Trad. de J. Sainz de los Terreros (México, 1980), p. 57.

(21) Aquí hablamos de «preceptos del derecho natural» porque es el término con que el pensamiento antiguo designó las normas básicas del orden jurídico. En la ciencia jurídica moderna a este sector jurídico se le designa como «derechos humanos», pero plantear si estos dos conceptos se superponen o no, exigiría una exposición en la que ahora no podemos entrar.

Pues bien, estas peculiaridades de lo jurídico fueron ya suficientemente esbozadas por la teoría antigua y a través de ellas captamos la naturaleza de lo jurídico —el *quid ius*— de los antiguos. Recordémoslas sucintamente para que no se piense que los antiguos confundieron el derecho y la moral por carecer de categorías apropiadas para caracterizar lo específicamente jurídico.

a) La primera nota que diferencia lo jurídico es que se formaliza como ley imperada por la autoridad legítima. La moral, en cualquiera de sus modalidades, por tanto también la moral social y política, no tiene posibilidad de ser impuesta más que por la razón individualizada. Una norma moral forzada nunca hará de un sujeto un sujeto bueno. La norma jurídica, en cambio, cumple su finalidad social aunque no esté respaldada más que por la coacción y aun con el rechazo de la voluntad individual.

El plus de la norma jurídica reside en su carácter imperativo heterónimo, que es manifestación de una autoridad social. A esta condición de lo jurídico la llamaban los clásicos la condición de legalidad, que no es perceptible en la moral.

La ley o norma jurídica solía ser definida como *ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet*, o también *dictamen in principe qui gubernat* (22). Pero es claro que esta definición tan repetida por los antiguos tratadistas de la ley define propiamente la ley positiva; no el derecho natural, cuya validez existe desde que la razón humana lo capta como tal, antes de cualquier precepto imperado (23).

La idea de «imperium» que subyace a toda descripción de la norma jurídica presupone la existencia de un poder público. Y, por brotar del «imperium», la norma jurídica desborda el marco de la voluntad motivada sólo por la consideración del bien moral —el *bonum honestum* de Cicerón— que es el marco propio de la norma moral.

Así tenemos una característica definiente de lo jurídico y ausente de lo moral. El pensamiento moderno ha ampliado mucho esta nota

(22) Definiciones que pueden leerse en Sto. Tomás, *Summa Theol.*, 1-2, q.90, a.4; 1-2, q.91, a.1.

(23) Cf. M^o WITTMANN, *Die Ethik des hl. Thomas v. Aquin* (München, 1933), p. 362: «In der alten Zeit, der auch noch Plato und Aristoteles angehören, hat der Gesetzbegriff durchaus positiven Charakter; das Gesetz ist, kurz gesagt, das Staatsgesetz».

entendida como principio de legalidad y se ha constituido en el núcleo de la teoría política del Estado de Derecho.

b) La segunda característica es la condición ineludiblemente social del derecho y el derivar su impondibilidad de las exigencias de otro.

Es así como podemos decir que el derecho se distingue incluso de la moral social, que también versa sobre cuestiones de relaciones de convivencia, pero su motivación última es el bien mismo de la acción y en la disposición virtuosa del sujeto. El derecho sólo existe en las relaciones sociales, pero, además y sobre todo, dimana de una exigencia que nos es ajena (*debitum alteri*). Por supuesto, que la moral también exige cumplir la justicia (*debitum morale*), pero sólo cuando se le añade la obligación legal entramos en el reino de lo jurídico, es decir, cuando ese deber forma parte de unas exigencias reclamables ante el juez. «En las relaciones jurídicas, dice con precisión Sto. Tomás, estamos obligados por lo que el otro nos exige y no sólo por el bien que nosotros libremente pretendemos» (24). Tales exigencias expresan la ruptura de la igualdad en el equilibrio de la balanza.

Por ello la norma jurídica se expresa siempre como una pauta necesaria en la vida social y reclamable siempre por otro, independientemente de nuestras creencias, intencionalidades o actitudes básicas ante la vida. Las normas jurídicas nos posicionan siempre frente a los demás, en un intento de equilibrio social, mientras que las normas morales nos sitúan de un modo personal en la vida. Por ello lo jurídico añade una nueva exigencia, más rigurosa y mediatizada si cabe, que la que conllevan las normas morales. En el pensamiento moderno, en cambio, todo esto se ha interpretado como si la moral perteneciera al campo de lo privado e íntimo y lo jurídico al reino de lo externo y social. Pero esto es una interpretación vaga e imprecisa de lo que ya habían intuido los antiguos teóricos.

c) Una nueva característica de lo jurídico es la coercibilidad o posibilidad de poner la fuerza al servicio del cumplimiento de las sanciones. Esta característica ha dominado tanto en la edad moderna que se ha llegado a pensar que, por fin, se había dado con la esencial diferencia entre lo moral y lo jurídico. La antigua teoría, al superponer ambas cosas, la habría ignorado.

(24) *Summa Theol.*, 2-2, q.122, a.1.

Hay en ello un error manifiesto. La teoría que enunciaba la ley como un precepto de la autoridad pública, no podía desconocer que esa autoridad está dotada de la fuerza compulsiva para hacer cumplir las leyes aun contra la voluntad individual. Es más; aquellos teóricos hacían de tal comportamiento la materia de una virtud moral: la *vindicatio* o *punitio*. La relación de imperatividad y sujeción importadas en la ley están expresadas en la coacción ejercida por la ley. Estar sometido a las leyes es una posición relacional «sicut coactum cogenti», que diría Sto. Tomás (25). Y él mismo define la coacción como «quod est contrarium voluntati» (26). No existe, pues, la pretendida ignorancia de esta característica del derecho; existe, en cambio, la postura que considera la coercibilidad (*vis coactiva*) como un reforzamiento de la imperatividad legal y no como su esencia, como propugnan algunos autores modernos.

La norma moral y la norma jurídica pueden coincidir en la materialidad de sus contenidos, pero la norma moral carecerá siempre de la constrictión que lo jurídico posee. El derecho natural es un verdadero derecho, pero, sin el aditamento de la ley positiva, no puede ser coaccionado (27).

d) En último lugar, una nueva peculiaridad de lo jurídico reside en su formalización como instrumento de control social y en su institucionalización. Mientras que la norma moral es fruto inmediato de la razón y se aplica directamente por la conciencia individual, la norma jurídica pasa por la mediación de requisitos formales y estereotipados.

Este es el campo de la formalización legal, que es a su vez fruto de otras normas («normas sobre normas»). Esto conlleva: pertenencia a un ordenamiento total, referencia a unas fuentes, principios y doctrina comunes, formas de interpretación legal aceptadas por la comunidad y amplias formalizaciones en la aplicación de las normas.

Pues bien, todo este contexto institucionalizado de lo jurídico falta por completo en la normatividad moral, que sólo atiende a los condicionamientos históricos de las valoraciones morales y al diverso *ethos* de cada individuo. De ahí que el orden jurídico perviva en un marco peculiar: los poderes políticos de que dimana y los están-

(25) *Ibid.*, 1-2, q.96, a.5.

(26) *Ibid.*

(27) *Ibid.*, 1-2, q.96, a.5 ad 3.

dares jurídicos. Y ello sin referirnos ahora a otros condicionamientos menos relevantes, como el lenguaje jurídico, la especialización de los operadores del derecho, la formalización en el proceso judicial, etc. En algunos casos, como en el proceso penal, la sentencia es iniciada por alguien *ex officio*, independientemente de la voluntad del legislador y del sujeto inculpado. Todo ello conduce a un tipo de discurso y de razonamiento que aparece muy alejado del discurso moral, aunque ambos pertenezcan a la razón práctica. Así se explica que deba ser recordado con frecuencia que el derecho sirve, en última instancia, al bien de la persona, mientras que en la moral esto cae por su propio peso.

Todo jurista sabe que para reclamar «quod suum est» no basta con una voluntad bienintencionada ni con un fin justificable, sino que se requieren pruebas objetivas y convalidables ante un ordenamiento para obtener sentencia favorable. La íntima convicción subjetiva nunca es argumento suficiente en una acción judicial. Esto hace del mundo del derecho un mundo más objetivo y controlable que el que rodea las decisiones morales.

III. FUNCIÓN DE LO MORAL EN LO JURÍDICO Y DE LO JURÍDICO EN LO MORAL

Disipados los temores que muchos modernos mantienen respecto a una posible ingerencia de la moral en el derecho, pensamos que hay que abrir paso a una explicación que dé cauce a las contribuciones de ambos órdenes humanos, que no son totalmente separables. Así lo postula la unidad del sujeto de ambos comportamientos, que es la persona humana en su unidad de acción. Si ambos tipos de normas se refieren a la actividad humana y sólo a ella, nos parece fructífero llegar a una coordinación funcional entre el *homo iuridicus* y el *homo ethicus*. Por ello, pensamos que el tratamiento más adecuado de nuestro problema no es ahondar las distinciones —casi siempre de tipo formal y conceptual—, sino coordinar las normas morales y las jurídicas en la actividad del ser humano libre.

A) *Funciones que cumplen las normas morales en el derecho*

1. Ante todo, digamos que la normatividad moral es la principal fuente de legitimidad de las normas jurídicas. Las principales categorías del orden jurídico, tales como la obligatoriedad, la coacción,

el poder, el derecho subjetivo, etc., requieren una convalidación moral como último fundamento. Las normas jurídicas no existen sin la previa aceptación de unos valores y de una postura acerca de la persona y del bien social.

Esto se comprueba en el tema de los derechos humanos, que sin duda son un tema fronterizo entre lo moral y lo jurídico. Moralmente representan los valores supremos de la vida humana y las finalidades de toda vida virtuosa, tal como las enuncia la razón. Jurídicamente son las leyes acerca de los valores que deben ser protegidos en todo ordenamiento jurídico y, en consecuencia, el criterio regulador de la justicia de todo el ordenamiento.

Las normas morales vigentes en una sociedad son, por lo mismo, el agente dinamizador de los ordenamientos y el principal justificante de las opciones previas a toda ley. En efecto, aun en el lenguaje corriente, las reclamaciones de cambios legislativos proceden de la mayor justicia de la alternativa que se propone o de su adecuación a los ideales y valores presentes en la sociedad. Unos llamarán a esos valores el derecho ideal y otros pensarán que es el derecho *secundum naturam*, pero siempre los valores morales harán la función de hitos en el desarrollo jurídico.

No compartimos por lo mismo la idea de que una mayor separación entre el derecho y la moral será el mejor camino para una reforma legislativa, como propugnan algunos positivistas. Como dice D. Lloyd: «los positivistas combaten la idea de derecho natural porque, al considerar la cualificación moral como esencial a la ley, sin la cual la ley no existiría nunca, tienden a dotar a la ley de una santidad que no siempre le corresponde, creando de esta manera una barrera que imposibilita la reforma legal» (28). Para nosotros el impulso reformador del derecho se detecta más en quien busca conformar las leyes a valores morales que en quien aísla lo jurídico de toda instancia ética.

Aunque el derecho justo no recubra toda la realidad moral, sí podemos decir que toda ley justa es un bien moral. Y la justicia es el motor de las leyes, de las sentencias judiciales y de los comportamientos de los ciudadanos conforme a derecho. Más allá, por tanto,

(28) *The Idea of Law* (Middlesex, 1979), p. 102. Una opinión semejante es la de H. L. A. Hart, posiblemente derivada de las teorías de Bentham.

de la forma y de la validez jurídica, está el contenido de justicia que pretende la norma jurídica (29).

Cuando la moral se enfrenta con el derecho queda cuestionado todo el principio de legalidad, que es uno de los pilares de la teoría jurídica moderna. La pretendida majestuosidad y excelencia de la ley se convierte en máscara trágica cuando se percibe que recubre una profunda injusticia o que es manipulada por el poder legislativo para un fin contrario a la plena realización de la persona humana.

Lo que aquí estamos diciendo presupone la autonomía de las normas morales y de las jurídicas. Pero podría también hablarse de las normas de justicia como principios internos del proceso de regulación, interpretación y aplicación de las normas jurídicas. Estaríamos entonces ante una presencia latente de lo moral en el mismo ordenamiento positivo. Así es como recientemente K. Larenz ha propuesto su teoría del «derecho justo», es decir, como contenidos jurídicos generales que sirven de hilos conductores del razonamiento jurídico: «los principios indican sólo la dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar» y por ello «su pretensión de validez sólo se podrá fundar cuando los principios de derecho justo hayan penetrado en él» (30). Pero esta teoría sólo alcanza a una función interpretativa del derecho, mientras que nosotros proponemos, además, una función correctiva y transformadora del derecho.

2. El orden moral ayuda a comprender y definir los límites y circunscripciones de lo jurídico. En efecto, recientemente el jurista ha tenido que volverse a temas tales como la inviolabilidad de la conciencia humana, la libertad de decisión íntima, el declarar que la persona está por encima de las leyes o denunciar el abuso del poder legislativo. Temas que el positivismo nos había acostumbrado a considerar ajenos al mundo del derecho. Pues bien, estas cuestiones son de raigambre moral y nos ayudan a entender lo precario de una concepción del derecho aislado de otras dimensiones humanas.

(29) Como ejemplo de hasta qué punto nuestra postura dista de otras opiniones citemos estas palabras de un filósofo moderno: «une politique morale, une morale politique, cela existe bel et bien, cela existe partout dans le monde et cela s'appelle le fascisme ou, plus banalment, l'ordre moral». BERNARD-HENRI LEVY, *Le testament de Dieu* (París, 1979), p. 49.

(30) *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*. Trad. y present. de Luis Díez-Picazo (Madrid, 1985), pp. 33 y 35.

Las normas jurídicas están puestas al servicio de la vida social humana. Y hay que recordar que ese bien social es una parte de un bien total humano que define la moral. Por ello, el cometido de la moral en el derecho no es reforzar coactivamente las exigencias morales, sino señalar el ámbito fuera del cual el derecho deja de ser un derecho racional y al servicio de la persona.

Por ello el posible conflicto entre la moral y el derecho acontece cuando las opciones básicas del orden moral se ven impedidas o frustradas por el derecho. Así ocurre con el tema de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Así ocurre también con las leyes del apartheid, que imponen la sumisión legal de una raza o un pueblo a otro. Así ocurre con las leyes que implican genocidios o con los comportamientos de gobiernos militaristas que asesinan a sus enemigos políticos. Así ocurre con las leyes de esclavitud y con las guerras de conquista o de exterminio y con las leyes que imponen a los soldados de fronteras matar a quienes buscan la libertad fuera del país...

Es en esos ámbitos donde se generan los más significativos conflictos entre las normas morales y las jurídicas. Y donde no vale la respuesta típicamente positivista: «una cosa es la existencia del derecho y otra su mérito o demérito...» (31). Sería lo mismo que decir que la medicina no deja de ser medicina aunque cause la muerte de los enfermos.

Pensamos, pues, que una recta concepción del derecho implica tomar conciencia de las limitaciones de este tipo de ordenamiento. La norma jurídica no pervivirá si detrás de ella no hay un valor moral que la justifique y esto pertenece al concepto mismo de norma jurídica. Como dice D. Lyons: «la existencia de leyes humanas continuará originando problemas morales. El derecho recurre a la coacción y a la fuerza para regular la conducta de una comunidad. Dicta órdenes, restringe la toma de decisiones, priva de libertad y a veces incluso de la vida» (32). Todo esto no se justifica por sí mismo sino por algo superior. Y buscar el sentido del derecho en sí mismo no tendrá éxito. Desde los valores morales cabe una crítica —externa, si queremos, pero crítica— del derecho y un vigía de sus pasos. Como dice el mismo autor: «cualquier teoría legal solvente tiene que acep-

(31) J. AUSTIN, *The Providence of Jurisprudence defined* (Londres, 1954), p. 184.

(32) *Ética y derecho* (Barcelona, 1986), p. 112.

tar la crítica del derecho desde el punto de vista moral. Una teoría que sostenga que las leyes son intrínsecamente buenas, sabias y justas resultará poco verosímil» (33).

Hay temas que hoy el filósofo del derecho no puede rehuir y que, sin embargo, son fruto de la sumisión del *homo iuridicus* al *homo ethicus*. Así sucede con temas como la desobediencia civil, la objeción de conciencia, la resistencia al poder injusto, el abuso del derecho, etc.

B) *Funciones que cumplen las normas jurídicas respecto a la moral*

1. La primera de ellas es la vigencia y eficacia social que el precepto jurídico sobreañade a la exigibilidad del ideal moral. En razón de la ineludible necesidad de determinados comportamientos para el bien social, la ley viene reforzada con una imperatividad de que carecen los ideales morales. Los fines virtuosos pueden ser más nobles en la vida, pero gran parte de los seres humanos son ciegos para sus exigencias y sus comportamientos harían inalcanzable el bien de la sociedad. Se trata de un realismo moral que no puede desconocerse. Ya Sto. Tomás decía que en la sociedad la mayor parte de las personas no se motivan por el fin virtuoso (34). Pues bien, la norma jurídica unifica las voluntades y promueve el bien común con más eficacia que el motivo del bien como tal.

Podemos decir que el derecho es uno de los principales instrumentos para obtener la interiorización de los valores del grupo y la aculturación del individuo en el grupo. La diosa Temis fue representada siempre con la balanza de la justicia, pero el mito también le asignó una espada, signo de la sanción penal, y aparece apoyada en un león, que representa la fuerza.

Puede ocurrir que el ideal (bien moral) y la eficacia (precepto sancionado) estén reñidos, pero alguna razón tendrá el pensamiento moderno que hace de la coacción algo inseparable del concepto de lo jurídico. Pensando en esta identificación se han montado las utopías jurídicas: llegará una situación en que el derecho habrá sido reemplazado por la voluntad espontánea y libre de cumplir con los debe-

(33) *Ibid.*, p. 76.

(34) Cf. *Summa Theol.*, 1-2, q.96, a.2.

res para con los demás (35). Ya Sto. Tomás afirmaba que si todos los hombres fueran virtuosos no sería necesaria la ley (36).

2. El mundo de lo jurídico se basa en la pretensión de universalizar y compatibilizar las diversas posturas morales en la vida social. En efecto, la racionalización social obliga a repensar y adaptar los valores absolutos que pretende la moral. Kant vio claramente la característica del imperativo jurídico que obligaba a ejercer la libertad de modo que fuera compatible con el igual ejercicio de libertad por parte de los demás y no cual si se tratara de un absoluto individual. Y es que el derecho tiene siempre algo de convención, de pacto y de reajuste, que obliga a buscar la eficacia sobre el ideal perfecto e incondicionado. La ley sólo se puede reducir a crear condiciones que al menos no impidan los bienes morales.

Existe una mutua interacción entre las exigencias morales y las jurídicas que todo jurista conoce bien. El derecho otorga una eficacia y una proyección social a los valores morales y, por lo mismo, contribuye a su difusión. Pero, a su vez, el derecho pierde gran parte de su eficacia si no procede desde las convicciones morales más arraigadas en una sociedad y no intenta hacerlas viables. La moral y el derecho deben encontrarse en unos contenidos que resalten aquellos valores que son significativos para una sociedad, que son los más necesarios o por lo menos a los que más sensibilizada está esa sociedad en un momento determinado y que sean compartidos por el mayor número de personas. Así es como resultarán aceptables por la sociedad. En cambio, no vemos acertados otros criterios que se fijan sólo en la materialidad de los valores, v.gr., decir que debe quedar fuera de la ley lo que pertenece a la esfera privada (?) o lo que pertenece a la moral objetiva o el campo de las actividades subversivas o de violencia. Pensamos que el derecho es el intento de organizar racionalmente la convivencia y prevenir los conflictos de la vida social, por lo cual debe llegar a aquellos sectores de la moral en que más pelagra la convivencia y la paz (37).

La sociología jurídica moderna concede gran relieve a la interiorización y asimilación de las normas por los miembros del grupo.

(35) Cf. ESPERANZA GUIÁN, *Razón y pasión en ética. Los dilemas de la ética contemporánea* (Barcelona, 1986), pp. 161-165.

(36) L.c., q.96, a.5.

(37) Cf. ESPERANZA GUIÁN, *Razón y pasión en ética...*, pp. 146-152, donde especialmente recoge las ideas vertidas en la obra *Morality and the Law* (Belmont, California, 1971), ed. de Richard A. Wasserstrom.

Pero esa interiorización de las normas legales se hace siempre en clave moral de obligación y acatamiento y según las directrices de justicia que procuran dichas normas. Por ello resulta impropio la postura que sostiene que el derecho no es más que el reforzamiento coactivo del orden moral. Y es que hoy no existe un orden moral universalmente aceptado ni homogéneo, pero además, ni siquiera en este supuesto, sería viable un derecho idéntico al código moral, ya que el orden moral es el orden de la virtud humana, que, como decimos, no es universalizable a la sociedad como tal.

3. Sólo mediante el derecho, finalmente, se obtiene la positivación de las normas morales, incluso las referibles a la ley natural. Los antiguos conocieron bien todo el significado sociopolítico que entraña la condición de que el derecho sea *positum*.

El iusnaturalismo clásico quizá no concedió a este aspecto toda la atención debida. Sin embargo, la ciencia jurídica moderna ha puesto de relieve que los derechos humanos sólo son perfectamente jurídicos cuando pueden ser invocados ante un tribunal y cuando son tutelados por una legislación que los positiva. La historia muestra con suficiente claridad que sólo cuando a la justicia interna y a la racionalidad justa de las cosas se le sobreañaden las garantías jurisdiccionales suficientes estamos en presencia de un derecho pleno. El derecho es, pues, una forma de validez superpuesta a un sector de la vida moral. En virtud de ello, el bien racional humano pasa a ser un vínculo exigible en la vida social.

Cuando se dice que la moral desborda el campo del derecho no podemos olvidar esto. Ciertamente que el derecho abarca sólo un sector de lo humano, pero ello no resta importancia al mundo del derecho que es donde se da el máximo de eficacia de eso que se llama el «mínimo moral» (Jellinek) de la vida social. Los ordenamientos jurídicos, en efecto, intentan garantizar las condiciones mínimas del tramado social y pasan de lado de otros ámbitos, quizá fundamentales pero no imprescindibles, para asegurar una recta vida ciudadana. Así se explica que en otro tipo de sociedades distintas a la nuestra estuvieran sancionadas jurídicamente normas morales o religiosas que hoy nada tienen que ver con el ordenamiento jurídico, v.gr. la asistencia a misa, el juramento religioso, el trabajo dominical, etc. Otros deberes, en cambio, de claro matiz individual y moral son hoy impuestos por la ley con fuerza superior a la de otros tiempos, por ejemplo, la escolaridad obligatoria, la obligación de pasar subsidios

PERTENENCIA DE LO JURIDICO . . .

al cónyuge divorciado o las cargas tributivas. El gran educador moral del Occidente, Sócrates, se comportó como buen ciudadano respetuoso con las normas jurídicas cuando rehuyó evadir su condena de muerte, a lo que ciertamente no le obligaban las normas morales de su conciencia.