

RAFAEL DE ASÍS ROIG  
Profesor del Instituto de Derechos Humanos  
Universidad Complutense

## **EL DERECHO Y LA MORAL EN LA DOCTRINA CIVIL ESPAÑOLA**

*SUMARIO:* I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA MORAL Y EL DERECHO: LA ESTRUCTURA DEL MUNDO. III.- DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL. 1.- Regulación de la vida humana en sociedad. I.A.- El Derecho como regulador de la vida humana en sociedad en contraposición con la Moral. 1 .B.- El Derecho y la Moral como reguladores de la vida humana en sociedad. 2.- La Coactividad. 2. A.- La Coactividad del Derecho. 2.B.- La Coercibilidad del Derecho. 3. Bilateralidad-Unilateralidad. 4. Interioridad-Exterioridad. 4.A. Mundo exterior. 4.B. Conducta exterior. 4.C. Actos exteriorizados. 5.- Autonomía-Heteronomía. IV. LA NECESIDAD DE LA MORAL PARA DEFINIR EL DERECHO: 1.- Presencia de la Moral en el Derecho. 2.- El Derecho como orden dentro de la Moral. 3.- Posibilidad de definir el Derecho sin tener en cuenta a la Moral.

### **I.- INTRODUCCIÓN**

La relación entre el Derecho y la Moral constituye uno de los problemas centrales de la filosofía jurídica y sobre él, se han escrito innumerables páginas. "Sin la consideración de la relevancia que el asunto tiene y sin una toma de postura no equivocada y suficiente en torno a él, resulta difícil, y hasta me atrevería decir imposible, contar con un concepto adecuado de lo que es derecho" (1). Además, "quien todavía hoy se interesa por este tipo de cuestiones

(1) FERNANDEZ, Eusebio. Teoría de la Justicia y Derechos Humanos, Debate, Madrid 1984, p. 45. En este sentido también DREIER, Ralf: "El alcance teórico jurídico de esta cuestión es manifiesto. Pues de su respuesta depende no sólo la definición misma del concepto, del derecho sino de casi todos los conceptos jurídicos fundamentales, especialmente los de deber jurídico, fuentes del derecho, creación del derecho, ordenamiento jurídico, etc.". Derecho y Moral, en Derecho y Filosofía de GARZÓN VALDES, Ernesto. Alfa, Barcelona 1985, p. 72.

difícilmente negará que la época en que vivimos -presidida como en efecto lo está por una civilización científico-técnica planetariamente uniforme- hace imperiosa la necesidad de una ética de alcance asimismo universal, esto es, capaz de dirigirse a la humanidad considerada como un todo más bien que a tales o a cuales sectores de la misma ideológicamente escindidos entre sí, cuyas mutuas relaciones habría que abandonar en otro caso a la insegura suerte de una lucha darwiniana por la supervivencia" (2).

Siguiendo a Peces-Barba (3), los temas de la Filosofía del Derecho se pueden reducir a tres: Teoría del Derecho, Teoría de la Ciencia Jurídica y Teoría de la Justicia.

Así, entiendo, que el estudio de la relación entre el Derecho y la Moral debe ocupar un lugar insustituible dentro de la Teoría del Derecho, cuya verdadera labor se centra en el establecimiento del concepto del Derecho (4), siendo también tema central para la Teoría de la Justicia, que no es sino una reflexión sobre la dimensión moral del Derecho, sobre el Derecho que debe ser y que tiene en el iusnaturalismo una expresión histórica plena, aunque sea posible una reflexión del Derecho justo, de la moralidad del Derecho, desde otros puntos de vista (5).

Aquí pretendo estudiar la mencionada relación, pero tomando como base, el tratamiento que a la misma da la doctrina civilista española. Por un lado no existen estudios de este tema tomando a la doctrina civil en conjunto. Por otro lado, la crítica de la Dogmática jurídica, especialmente cuando aborda temas como éste, es una de las primeras tareas de la Filosofía Jurídica. No puede pretenderse elaborar una Teoría General del Derecho desde una parte del ordenamiento. Este intento, sin duda, era coherente en aquella época en la que se identificaba el Derecho privado, con el Derecho natural, pero no parece ser-

2) Javier MUGERZA, Razón, Utopía y disutopía, en Cuadernos de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, Alicante 1986.

3) PECES-BARBA, Gregorio. Introducción a la Filosofía del Derecho, Debate, Madrid 1983. Véase que se haya en la obra de BOBBIO, Il positivismo giurídico, Turín, Cooperativa Librería universitaria, Curso académico 1960-61, p. 170.

(4) Véase, entre otros, PECES-BARBA, Gregorio. Introducción a la Filosofía del Derecho, obra cit., p. 265.

5) Véase, entre otros, BOBBIO, Giusnaturalismo e positivismo giurídico", Edizione di Comunità, Milán 1965, pp. 37 y ss; H.L.A. HART, El Concepto de Derecho, trad. de Genaro R. Carrió Editorial Nacional, 2ª ed., México 1980; H.L.A. HART, Essays in Jurisprudence and Philosophy", Clarendon Press, Oxford 1985; FULLER, The Morality of Law, Revised edition, New Haven and London, Yale University Press, 1969.

lo ahora (6). Además, estas constituciones han llevado a la aparición posterior, con el auge del Derecho público, de otras teorías generales del Derecho, elaboradas asimismo desde posiciones parciales, como las de los administrati-vistas.

Me centraré principalmente en dos puntos de ésta relación. De una parte el clásico ya de la distinción entre el Derecho y la Moral, y, de otra, el de la necesidad de incorporar a la Moral dentro del concepto del Derecho.

## II.- LA MORAL Y EL DERECHO: LA ESTRUCTURA DEL MUNDO

La gran mayoría de la doctrina civilista española va a partir de ideas tomistas en el tratamiento de estos temas. Se pueden encontrar incluso posturas que hablan de una estructuración del mundo en distintos órdenes de modo similar a como lo hace Sto. Tomás (7). Entre estos autores podemos destacar a Federico de Castro y, entre los más modernos, a Ricardo Ruiz Serramallera.

De Castro parte de una Ley Eterna que regula tanto el orden natural como el moral. Este último está compuesto por la Ley natural, a la que se refiere con iguales términos que Sto. Tomás (8), y por ley humana, dependiente de la Ley natural (9). Así, el Derecho positivo para De Castro, tiene una dependencia jerárquica "mediata respecto a la moral e inmediata hacia el Derecho natural (10).

(6) Véase por ejemplo a KANT, *Fundamentos de la Metafísica de las Costumbres*, trad. de García Morente, Calpe, Madrid 1921; KANT, *Introducción a la Teoría del Derecho*, trad. de Felipe González Vicen, Institutos de Estudios Políticos, Madrid 1954; DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, III vols., París 1689-1694; TARELLO, *Storia della cultura giurídica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del Diritto*, II Mulino, Bolonia 1976, pp. 168 y 169, entre otras.

(7) Véase STO. TOMAS, *Suma Teológica*, tomo VII-2 q. 91 a 99, Biblioteca de Autores Cristianos, Editorial Católica S.A., Madrid 1956. Para Sto. Tomás dentro del orden universal está el orden moral. El Derecho no será más que una parte de ese orden moral.

(8) "... La participación de la Ley eterna en la criatura racional". DE CASTRO, Federico. *Derecho Civil de España*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1949, p. 21 q. 91 a 3.

(9) Como dice ASÍS GARROTE, Agustín. *Fundamentándose "la Ley humana en la natural, el modo de derivar sus principios es doble: por vía de conclusión y por vía de determinación". Los primeros tienen fuerza de obligar en sí, los segundos tiene su razón de obligación en el legislador "a quien se la da la Ley natural". Manual de Derecho Natural, Vol. 1, Imprenta Urania, Granada 1963, p. 524.*

(10) DE CASTRO, Federico. *Obra cit.*, p. 21. Idea que concuerda con STO. TOMAS cuando escribe: "Toda ley humana tendrá carácter de ley en la medida en que se derive de la ley de la naturaleza; y si se aparta en un punto de la ley natural, ya no será ley, sino corrupción de ley". *Suma teológica, obra cit.*, 1-2 q. 95 a. 2.

Ruiz Serramalera destaca que el Derecho, "no puede entenderse si no es desde la perspectiva del orden moral del que forma parte" (11). La composición del mundo la estructura en varios órdenes. En primer lugar estará el orden universal o natural, gobernado por la Ley eterna o Ley natural. Dentro de éste orden universal, distingue las Leyes de la naturaleza y las Leyes morales que son aspectos distintos de una misma unidad. La moral es, para él, el orden que gobierna los actos voluntarios del hombre, y su fin será el adecuar los actos del hombre al orden general, al orden natural. Dentro de este orden moral sitúa al Derecho, al que considera como una especialización del orden general (12).

### III.- DISTINCIÓN ENTRE EL DERECHO Y LA MORAL

Esta sumisión del Derecho a la Moral no sólo es recogida por los dos autores citados, sino que, como veremos más adelante, se trata de un tratamiento común en casi todos los civilistas españoles.

Pero, junto a esta estrecha conexión, hay pocos que no contemplen alguna distinción entre éstos dos órdenes, si bien, en la mayoría de los casos, se trata de distinciones que no revisten importancia, y que, por supuesto, no apartan al Derecho del orden Moral.

Me voy a centrar en cinco criterios de distinción: la regulación de la vida humana en sociedad, la coactividad, la bilateralidad-unilateralidad, la interioridad-exterioridad, y, por último, la autonomía-heteronomía (13).

#### **1.- Regulación de la vida humana en sociedad.**

Podríamos dividir a la doctrina civil en dos grupos, uno que considera a la moral y al Derecho como órdenes reguladores de la vida humana social, y el

(11) RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. Derecho Civil. Parte General, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid 1980, p. 14.

(12) RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. Obra cit., pp. 12 a 18.

(13) Se podría quizás reducir a dos criterios esenciales. Por un lado el de la coacción y por otro el de la regulación de la vida humana en sociedad junto con los actos exteriores. Pero me parece más oportuno seguir la terminología empleada por estos autores y que, por otra parte, coincide con la de la filosofía jurídica. Esta terminología surge con los primeros escritos en los que se cuestiona la unión entre el Derecho y la Moral; será Tomasio quien formule por primera vez la distinción entre el Derecho y la Moral. Sus tesis serán recogidas por Kant quien hará alusión ya a la interioridad, autonomía, coactividad, etc..

otro, que considera como criterio distintivo de ambos el que uno, el Derecho, se ocupa de regular la vida del hombre en sociedad, mientras que la moral no entra en ese aspecto.

1 .A. El Derecho como regulador de la vida humana en sociedad en contraposición con la Moral.

En este sentido se expresaba ya Sto. Tomás. El hombre tiene unas inclinaciones naturales hacia el bien, pero esta inclinación no llegará a la perfección si no se educa a la sociedad. Esta educación vendrá dada por la Ley humana. Además, la Ley humana es necesaria porque por ella, se regularán las relaciones sociales. La Ley humana, siempre dependiente de la Ley natural, podrá ir variando conforme a las necesidades del pueblo.

Dentro de los autores españoles, destacan en esta línea Clemente de Diego, Falcón, De Buen, Hernando Matadas, García Martínez, Castán, Puig Peña, Cossío y De los Mozos, entre otros (14).

De Diego une el Derecho y la Moral (15), estableciendo como única diferencia el que la esfera de acción del Derecho "se circunscribe a la conducta del hombre en sociedad..." (16).

Demófilo de Buen distingue claramente Moral y Derecho en base a un criterio cualitativo, "el Derecho es el conjunto de normas obligatorias para hacer posible la vida social; la Moral es el conjunto de normas impuestas a la conducta individual por la conciencia de cada uno -en sentido religioso, por Dios-para la perfección de cada hombre" (17).

(14) CLEMENTE DE DIEGO, Instituciones de Derecho civil español, Pueyo, Madrid 1929; DE BUEN, Introducción al estudio del Derecho civil, Revista de Derecho Privado, Madrid 1932; FALCON, Modesto. Exposición doctrinal del Derecho Civil español, común y foral, tomo I, Imprenta de Francisco Nuñez Izquierdo, Salamanca 1882, p. 27; HERNANDO MATAS, Nociones sistemáticas de Derecho Civil, Talleres Editoriales El Noticiero, Zaragoza 1943, p. 6; GARCÍA MARTÍNEZ, F. Derecho Civil, Editorial F. Domenech S.A., Valencia 1942, p. 10; CASTAN TOBEÑAS, Derecho Civil español, común y foral, tomo I, Reus S.A., Madrid 1982, p. 83; PUIG PEÑA, Federico. Tratado de Derecho Civil español, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1957, pp. 29 y 30; DE LOS MOZOS, José Luis. Derecho Civil español, tomo I, Vol. I, Introducción al Derecho Civil, Salamanca 1977, p. 34.

(15) "Substantivada la palabra Derecho, viene a significar la dirección de la conducta humana hacia el bien, la rectitud moral de nuestras acciones, confundiendo con la Moral". CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. Obra cit., p. 13.

(16) CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. Obra cit., p. 14.

(17) DE BUEN, Demófilo. obra cit., p. 8.

Otro autor que establece claramente la distinción en base a este criterio es Cossío. Para Cossío, "la norma jurídica es una norma de convivencia y su principal característica consiste en establecer un criterio de valoración entre varias posibles conductas humanas en conflicto, dando preferencia a aquella que parezca más idónea para hacer que prospere o se mantenga la libertad y el bien de la comunidad humana, a diferencia de la norma moral, que determina la preferencia, entre dos acciones posibles de una misma persona, aquella más ajustada a su pleno desenvolvimiento" (18).

Cabría quizás aquí hacer dos preguntas. ¿No parece una contradicción hablar de un orden superior al Derecho, un orden inspirador del Derecho, un orden en el que en definitiva el Derecho se encuentra; para luego decir que el Derecho regula la vida humana en sociedad pero la Moral no?. Y por otro lado, ¿es posible excluir a la Moral de la regulación de la vida del hombre en sociedad cuando el Código Civil alude y recoge preceptos que estos autores consideran morales o que se refieren a la Moral?.

Respecto a la primera pregunta hay autores, como Ruiz Serramalera, que parecen tener en cuenta este razonamiento. El Derecho es, para este autor, una especialidad de la Moral y se ocupa de los actos del hombre en sociedad. La Moral se ocupa de todos los actos voluntarios del hombre, y, dentro de ella, está el Derecho, que se ocupa sólo de los actos sociales. La misión del Derecho será "la adecuación de los actos voluntarios del hombre en cuanto afecten a las relaciones sociales" (19).

Pero esto no ocurre con otros autores como Clemente de Diego. Este encuadra al Derecho dentro de la Moral (cuando dice que la ética o moral es la ciencia del bien y de los deberes y más tarde que el Derecho es la ciencia de los deberes) y luego diferencia ambos órdenes por su esfera de acción, ya que, según él, el Derecho regula la conducta del hombre en sociedad (21).

La segunda pregunta requiere, a mi entender, una respuesta más amplia. El Código Civil se refiere a la Moral en varios artículos como el 1.3, el 1255, el 1275..., y además, según la opinión de algunos autores estudiados, indirectamente también se habla en otros artículos. Vamos a centrarnos en los artículos 1255 y 1275 ya que el 1.3 entra de lleno en la temática de la producción del De-

(18) COSSIO, Alfonso de. *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, Alianza Editorial, Madrid 1975, p. 15.

(19) RUIZ SERRAMALERA, *Obra cit.*, p. 19.

(20) CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Obra cit.*

recho y nos haría extendernos demasiado en la consideración de este problema.

Para entender estos dos artículos quizás sea necesario partir de otro artículo del Código Civil: el 1254. Este artículo establece que "el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio". Por su parte, la doctrina civilista define el contrato como un acto, convención o acuerdo entre al menos dos personas (21).

Por otra parte, la vida social del hombre consiste en su relación con los otros hombres. "La sociedad se concibe como una multitud de individuos naturales y artificiales, cuyas voluntades y esferas forman numerosas uniones entre sí y en sus relaciones..." (22). Y según el Código Civil y las concepciones doctrinales antes expuestas, el contrato pone en relación como mínimo a dos personas y sus efectos generales son la obligatoriedad y la relatividad. Así, en palabras de Castán, el contrato "es trascendental para la vida social y económica" (23).

De esta forma, el contrato y su regulación, incide sobre la vida del hombre en sociedad (24), consecuencia de todo esto es que el Derecho, al regular los contratos, regula la vida social. Es más, en un determinado tipo de sociedad, la sociedad burguesa, primero, bajo la fórmula política del Estado absoluto y luego del Estado liberal, el contrato es el modelo de relación óptima; podríamos decir que es la relación típica del individualismo.

Pero es que los artículos 1255 y 1275 del Código Civil (25), se refieren clara-

(21) Por citar algunos ejemplos, "acto jurídico bilateral, productivo de relaciones obligatorias". CLEMENTE DE DIEGO, obra cit., tomo II, p. 80; "la convención expresa en que una o más personas se obligan respecto de otra o de otras, a dar alguna cosa, a prestar algún servicio o a no ejecutar algún acto". FALCON, obra cit., tomo III, p. 407; "aquel acuerdo de voluntades, anteriormente divergentes, por virtud del cual las partes dan vida, modifican o extinguen una relación jurídica de carácter patrimonial". PUIG PEÑA, obra cit., tomo IV, vol. II, p. 7.

(22) TÓNIES, Ferdinand, *Comunidad y Sociedad*, trad. de José Rovira Armengol, Editorial Losada S.A., Buenos Aires 1947. La sociedad, de esta forma, como expresa Maritain es una creación humana. Véase MARITAIN, Jacques. *El Hombre y el Estado*, trad. de Juan Miguel Palacios, fundación Humanismo y Democracia y Ediciones Encuentro, Madrid 1983, p. 16.

(23) CASTAN TOBEÑAS, obra cit., tomo III, p. 400.

(24) "La voluntad acorde en todo cambio, concibiendo el cambio como acto societario, se llama contrato". TÓNIES, Ferdinand, obra cit., p. 73. El contrato pues, es un acto social por excelencia.

(25) El artículo 1255 del Código Civil establece: "Los contratantes pueden establecer los pactos,

mente a la Moral, prohibiendo actos o hechos contrarios a ella. De esta forma, la Moral, según el Código Civil, también regula, de alguna forma, los contratos; por lo tanto también regulará la vida social humana.

Y no sólo será el Código Civil, sino que también muchos de estos autores que negaban que la Moral regulase la vida del hombre en sociedad, admiten su presencia en el tratamiento de los contratos. En este sentido Puig Peña escribe que el principio de autonomía de la voluntad debe limitarse si persigue fines inmorales (26). Y para Castán, "en el Código Civil hay normas que, recogiendo imperativos éticos y sociales, ponen límites a la libertad de contratación" (27). Además, para este mismo autor, "los imperativos éticos y sociales imponen limitar la fuerza obligatoria del contrato no sólo en el momento de la celebración del mismo, sino durante su vida y actuación" (28).

Así, estos autores, en un momento de su obra niegan la presencia de la Moral en la regulación de la vida social humana, y, en otro momento, la afirman.

Por otro lado se niega que la Moral regule la vida humana en sociedad, argumentando que su labor es la de regular la vida individual del hombre. Pero el hombre no vive aislado; además, "la vida individual, la propia del hombre, sólo consigo mismo, es el motor para la autenticidad en la vida social" (29).

#### I.B. El Derecho y la Moral como reguladores de la vida humana en sociedad.

Una corriente bastante amplia de civilistas piensan que tanto el Derecho como la moral regulan la vida humana social. En esta corriente encontramos autores como De Castro, Bonet Ramón, Marín Pérez, Diez Picazo y otros más (30).

clausulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público". El artículo 1275, por su parte, establece: "Los contratos sin causa, o con causa ilícita no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral".

(26) PUIG PEÑA, obra cit., tomo IV, vol. II, p. 12.

(27) CASTAN TOBEÑAS, obra cit., tomo III, p. 415.

(28) CASTAN TOBEÑAS, obra cit., tomo III, p. 417.

(29) PECES-BARBA, Gregorio. Introducción a la Filosofía del Derecho, obra cit., p. 61.

(30) DE CASTRO, obra cit., p. 24; BONET RAMÓN, Introducción al Derecho Civil, Bosch, Barcelona 1956, pp. 14 y ss; MARÍN PÉREZ, Introducción a la Ciencia del Derecho, con la colaboración de M<sup>a</sup> Luisa Marín Castán, Tecnos, Madrid 1974, p. 37; DIEZ PICAZO, Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho, Ariel, Barcelona 1983, p. 51. También podríamos incluir en este grupo a SANTOS BRIZ, Derecho civil, Introducción y Doctrinas generales, Editorial Revista de



Bonet habla de la situación del hombre en la sociedad. Al ser, el hombre, un elemento indispensable en la vida social, su actuación deberá ser regulada por normas de conducta, ya que estas son a la vez indispensables para el buen funcionamiento de la vida social. Distingue cuatro tipos de normas que regulan la vida social: las normas religiosas, las morales, las jurídicas y las impuestas por las apreciaciones y usos sociales (31).

Para Marín Pérez, la conducta humana en la sociedad está regida por muchas normas, y entre ellas están las normas morales y las jurídicas. En muchas ocasiones, según este autor, estas normas coinciden en lo que prohíben o imponen, esto es debido a que gran cantidad de preceptos que antes eran morales han pasado a ser jurídicos. Pero no por esto hay que decir que las normas morales y las jurídicas coincidan plenamente (32).

En mi opinión, la moral sí entra a regular los comportamientos del hombre en sociedad (33). Si hablamos de una moral "general", como reguladora de los actos del hombre, de los actos "individuales" si así se les quiere llamar, esta moral también regulará los actos "sociales", ya que los primeros tienen gran repercusión en los segundos, y además, en ocasiones, resulta muy difícil distinguirlos. Por otra parte, la moral, como orden de valoración de conductas, adoptará criterios sobre lo bueno y lo malo para la sociedad. Incluso en el caso de la llamada "moral independiente" (34), se puede observar este hecho, aunque en este caso reviste mayor complejidad.

La voluntad moral, aún en los términos en los que a ella se refiere Stamm-ler, cuando habla de voluntad aislada en contraposición a voluntad vinculato-ria (35), también tiene repercusión en la vida humana social. No se puede pen-

Derecho Privado, Madrid 1978; GARCÍA AMIGO, Instituciones de Derecho civil, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1979; PUIG BRUTAU, Introducción al Derecho civil, Bosch, Barcelona 1981.

(31) BONET RAMÓN, Introducción al Derecho civil, Bosch, Barcelona 1956, pp. 14 y 15.

(32) Si bien escribe que "el entrecruce entre moral y derecho resulta muy difícil de eludir cuando se trata de la interpretación judicial de las conductas humanas". Obra cit., p. 37.

(33) En este sentido, entre otros, KELSEN, Teoría Pura del Derecho, trad. de Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979, p. 72; RUIZ GIMÉNEZ, Derecho y Vida Humana, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1957, 2ª ed., p. 160.

(34) VANNI habla de moral independiente como aquella donde "algunos colocan para sí propios, las reglas de conducta, a que atribuyen una fuerza obligatoria parecida a las de la norma moral general". Filosofía del Derecho, trad. de Rafael Urbano, Beltrán, Madrid 1922, p. 104.

(35) Véase STAMMLER, Tratado de Filosofía del Derecho, trad. de W. Roces, Editorial Nacional, México 1980, pp. 88 y ss.

sar que la moral regule sólo al individuo aislado, porque, como dice el propio Stammler, "aislado el individuo, no deja de pensar en sus elementos exteriores como los demás" (36).

## 2.- La Coactividad.

### 2.A. La coactividad del Derecho.

Otro criterio utilizado para distinguir el Derecho de la Moral será aquel que atribuye al Derecho carácter coactivo. Este criterio ya lo encontramos en Sto. Tomás (37) y en Kant (38).

Entre los autores civilistas que siguen esta idea encontramos a De Castro, Burón, Gitrama y Marín (39).

Según De Castro, la verdadera distinción entre el Derecho y la Moral, podríamos encontrarla en la exigibilidad de su cumplimiento por la persona autorizada y el deber de reparación en caso de incumplimiento. Así, se afirma el carácter coactivo del Derecho que le hace diferenciarse de la Moral, y que es necesario para que los preceptos de ésta se cumplan y llegar así a un ordenamiento positivo perfecto (40).

En esta línea, hay quienes expresan ese carácter coactivo del Derecho como una necesidad social, debida a la imperfección humana. Se pueden citar a Clemente de Diego y a Sánchez Román, este último, establece como criterio diferenciador del Derecho y la Moral la funcionalidad. El Derecho no sería necesario si el hombre fuese ilimitado y perfecto; bastaría con la Moral (41). El contenido del Derecho y la Moral, pues, es el mismo, lo que ocurre es que sólo el Derecho es capaz, por medio de la coacción, de hacer que se respete el orden

(36) Y seguirá diciendo: "Si desenvolvemos consecuentemente nuestros pensamientos, tenemos, pues, que relacionar las aspiraciones de cada uno con las de cuantos entran en contacto con él". STAMMLER, obra cit., p. 94.

(37) STO. TOMAS, obra cit., 1-2 q. 96 a 3.

(38) KANT, Introducción a la Teoría del Derecho, obra cit., p. 54.

(39) DE CASTRO, obra cit., p. 24 y ss; BURON GARCÍA, Derecho civil español, Librería Nacional y Extranjera de Andrés Martín, Valladolid 1898, tomo I, pp. 3 y 4; GITRAMA GONZÁLEZ, Introducción al Derecho, Escuela social de Madrid, Madrid 1972, pp. 13, 14 y 15; MARÍN PÉREZ, obra cit., p. 35.

(40) "La perfección de un ordenamiento positivo se muestra por el grado en que logra moralizar a la sociedad". DE CASTRO, obra cit., p. 24.

(41) SÁNCHEZ ROMÁN, Estudios de Derecho civil, Establecimiento tipográfico "Sucesores de Rivadeneyra", Madrid 1899, tomo I, p. 3.

moral. Estas afirmaciones están presentes en autores más modernos, entre los que podría citar a Santos Briz, cuando escribe que las normas jurídicas se distinguen por su necesidad social. Y esta necesidad de las normas jurídicas, viene reflejada en el carácter coactivo del Derecho, punto en donde se diferencian Moral y Derecho (42).

## 2.B. La coercibilidad del Derecho.

El tema de la coactividad ha sido matizado por algunos civilistas al hablar de coercibilidad (43). Constituye éste, a mi entender, un matiz claramente diferenciador de éstos órdenes (44).

No estoy de acuerdo con que la Moral no contempla sanciones, ni tampoco con que no realiza algún tipo de coacción (45). Lo que sí diferencia al Derecho de la Moral es la existencia en el Derecho de un aparato coactivo institucionalizado y por lo tanto organizado, "capaz de garantizar el cumplimiento de las normas y, cuando ello no resulte posible, capaz de imponer sanciones al infractor de las mismas" (46). Este rasgo no lo posee la Moral, las reglas morales "no se encuentran ligadas a normas de competencia que instituyen autoridades comunes facultadas para determinar y establecer normas generales y pa-

(42) "Esta coactividad es lo que distingue a las normas jurídicas de las reglas de la ética, cuyo conjunto forma el orden moral. También éstas rigen la vida de los hombres en sociedad, pero sin una coacción exterior... La norma moral que no alcanza a ser norma jurídica se acepta por resolución espontánea, sin coacción ni autoridad, la coacción no puede llegar a la conciencia libre...". SANTOS BRIZ, obracit., D. 4.

(43) En este sentido: GARCÍA MARTÍNEZ, obra cit., p. 10; BONET RAMÓN, obra cit., pp. 17 y 44; GARCÍA AMIGO, obra cit., p. 5; PUIG BRUTAU, obra cit., pp. 15 y 16.

(44) KELSEN lo expresa en pocas palabras: "la reacción del Derecho consiste en una medida coactiva impuesta por el orden y socialmente organizada, mientras que la reacción moral contra la conducta contraria a las normas éticas no está establecida por el orden moral, ni, en caso de existir, se halla socialmente organizada". Teoría General del Derecho y del Estado, trad. Eduardo García Maynez, U.N.A.M., México 1979, p. 23. Y desde otra perspectiva RODRÍGUEZ PA-NIAGUA escribe: "Me parece más acertado hablar de coercibilidad (o posibilidad de coacción) que de coactividad (o coacción), porque es evidente que esta no es esencial para el Derecho". Lecciones de Derecho natural como Introducción al Derecho, Facultad de Derecho - Universidad Complutense, Madrid 1985, p. 35.

(45) En este sentido se expresan también, entre otros, DÍAZ, E., Sociología y Filosofía del Derecho, Taurus, Madrid 1974, pp. 27 y ss., y NUÑEZ ENCABO, Introducción al estudio del Derecho, Alhambra, Madrid 1979, p. 14.

(46) DÍAZ, E. Obra cit., pp. 27 y ss.

ra autorizar sanciones por cuenta de la comunidad" (47), por lo que en este punto parece clara la diferencia entre estos órdenes.

Creo pues equivocada la postura de aquellos civilistas que ven en el Derecho un orden coactivo y lo oponen a la Moral por este dato. Habría que hablar, más bien, de la coercibilidad del Derecho. Además, "... la aplicación de sanciones es consecuencia jurídica posible, más no necesaria, de la infracción de las normas del Derecho" (48). Hay ocasiones en las que el Derecho se cumple sin necesidad de la coacción y otras en las que no se cumple y es imposible utilizarla para el cumplimiento.

### 3.-Bilateralidad-Unilateralidad.

En otros civilistas se encuentra otro criterio de distinción: la bilateralidad del Derecho en contraposición a la unilateralidad de la Moral. Del Vecchio, autor al que se remiten en muchas ocasiones los civilistas examinados, sobre todo los más modernos, lo recogen también (49). En definitiva se trata de una variante del criterio de regulación de la vida humana en sociedad.

Santos Briz expresa este criterio diciendo que la norma jurídica se distingue de la regla moral en que "establece o impone obligaciones negativas (la libertad de cada uno no puede llegar donde estorbe a la libertad de los demás) y también impone obligaciones positivas, al exigir de todos los componentes del cuerpo social la colaboración con los demás y el respeto recíproco" (50). Pero esto, en mi opinión, así formulado, no puede diferenciar a la Moral y al Derecho. La Moral también impone estas obligaciones, si bien carece de un aparato con el que se pueda imponerlas coactivamente, es decir, lo que no posee la Moral es la coercibilidad institucionalizada.

(47) ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia* (1958), trad. Genaro R. Carrió, Universidad de Buenos Aires (1963), 3ª ed. 1974, p. 60; Véase también VANNI, obra cit., p. 105; ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona 1985, pp. 25 y 26.

(48) GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*, Porrúa S.A., México 1974, p. 75. Este matiz está estrechamente conectado con el principio de imputación kelseniano en contraposición con el principio de causalidad. Véase KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, obra cit., pp. 90 y ss.

(49) "La verdadera distinción se funda sobre la diversa posición lógica de las dos categorías. La moral impone al sujeto una elección entre las acciones que ésta puede cumplir; se refiere al sujeto de por sí; y en consecuencia, cabe para actos del mismo sujeto. El derecho, en cambio, confronta acciones de diversos sujetos. Este carácter puede expresarse diciendo que la moral es unilateral, mientras que en el derecho es bilateral". DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, 7ª ed., revisada por Luis Legaz Lacambra, Bosch, Barcelona 1960, p. 309.

(50) SANTOS BRIZ, obra cit., p. 2.

Por su parte, Puig Brutau, cita como característica propia de las normas jurídicas la bilateralidad, entendida ésta como la regulación de la conducta de un sujeto en relación con otro, estableciendo derechos y deberes; "en cambio, las normas morales y las derivadas de los usos sociales, sólo crean propiamente deberes" (51). Es interesante esta observación de Puig Brutau, que comparto, y que supone el rechazo de la posibilidad de que la Moral reconozca derechos, es decir, que existan derechos morales. El término derecho moral no parece apropiado, en primer lugar porque puede inducir a confusión el emplear términos jurídicos en ámbitos extrajurídicos. Además, Derecho es aquel conjunto de normas apoyadas en última instancia en el Poder, y "auténticos derechos sólo son aquellos que pueden oponerse con éxito frente a todos y cada uno de los poderes del Estado" (52). Las normas jurídicas pueden coincidir con reglas morales pero eso no es importante para su consideración de normas jurídicas, porque los contenidos ético-materiales del Derecho son relevantes por ser jurídicos y no por ser morales. No creo que, "el uso del término derecho se puede emplear en múltiples ocasiones normativas, tanto jurídicas como morales" (53). Quizás sea sólo una cuestión de palabras, pero lo cierto es que con la expresión derechos morales, "se vuelven a unir términos como derecho y moral cuya distinción, que no separación, constituyó uno de los progresos más evidentes de la modernidad" (54).

(51) PUIG BRUTAU, obra cit., p. 15. Véase también: HERNANDO MATAS, obra cit., p. 7; BONET RAMÓN, obra cit., p. 44; MARÍN PÉREZ, obra cit., p. 35; ESPIN CÁNOVAS, Manual de Derecho civil español, vol. 1, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1982, p. 4.

(52) PRIETO SANCHIS, Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los Derechos Humanos, en Anuario de Derechos Humanos, num. IV, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1986-87, p. 321.

(53) PARAMO ARGUELLES, El Concepto de Derecho: Una Introducción bibliográfica, en Anuario de Derechos Humanos, núm. IV, obra cit., p. 201. El uso del término Derechos morales es empleado, entre otros, por FINNIS, Natural Law and Natural Rights, Clarendon Law Series, Oxford 1980; FEINBERG, Rights, Justice and the bounds of Liberty, Princeton University Press, N.J. 1980; WHITE, Rights, Clarendon Press, Oxford 1984; NIÑO, Introducción al análisis del Derecho, prólogo de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona 1984, Eusebio FERNANDEZ, Teoría de La Justicia y Derechos Humanos, obra cit.; etc..

(54) PECES BARBA, Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los Derechos Fundamentales, en Anuario de Derechos Humanos, núm. IV, obra cit., pp. 221 y 222. También escribirá: "Hablar de derechos humanos al igual que de derechos morales..., supone ampliar el sentido de lo jurídico identificándolo con la moralidad sin distinguir ambos momentos y sin reservar el concepto a las normas válidas". Obra cit., p. 226.

#### 4.- Interioridad-Exterioridad.

Un punto no muy claro en estos autores, es el relativo a la distinción de la Moral y el Derecho en base a la interioridad y la exterioridad.

Este criterio está ya presente en la obra de Tomasio y en la de Kant. Este último recalcará que es consecuencia de aquel que de verdad marca la separación: el obrar por deber y el obrar por otro motivo (55). Pero éste no es un criterio uniforme en la doctrina. De Buen critica esta distinción, afirma que "no es acertado decir que el Derecho se refiere a los actos externos y la Moral a la motivación interna". Y esto lo dice porque piensa que la Moral puede tener y producir exigencias individuales; además "el Derecho puede tener en cuenta la intención y la Moral no se conforma con la buena voluntad" (56).

##### 4.A. Mundo exterior.

Algunos autores se refieren a que el Derecho sólo se ocupa del mundo exterior del hombre. Podría citar como ejemplo a Modesto Falcón (57).

##### 4.B. Conducta exterior.

Otros autores se refieren más bien a la conducta exterior (58). Así, Hernando Matas, Bonet Ramón, Gitrama González, Diez Picazo (59), y otros más... Para Bonet "la Moral impone hacer el bien por sí mismo, en cuanto es bien, como elevación espiritual del propio yo: la concepción moral es esencialmente subjetiva, dirigida a la conciencia del individuo" (60). A diferencia de la norma jurídica que "siendo reguladora de la conducta externa de los hombres, no sólo no gobierna los actos de la vida interior, sino que suele satisfacer con que el comportamiento externo corresponda a sus mandatos" (61). Sin embargo,

(55) Véanse KANT, Introducción a la teoría del Derecho, obra cit. p. 42.

(56) DE BUEN, obra cit., p. 8. Si bien en otro momento parece contradecirse cuando en la página 7 de este libro dice: "Los usos sociales y el Derecho reglamentan la vida exterior de los hombres; la Moral tiene su campo propio, dentro de cada hombre, en la perfección de su voluntad". A no ser que se refiera al matiz de actos interiorizados y actos exteriorizados.

(57) FALCON, obra cit., pp. 27 y 28.

(58) En el ámbito de la filosofía jurídica, este criterio también lo recoge STAMMLER, La génesis del Derecho, Breviarios de Ciencias y Letras, Espasa Calpe, S.A., Madrid 1936, p. 28.

(59) DIEZ PICAZO, obra cit., p. 51; BONET RAMÓN, obra cit., p. 43.

(60) BONET RAMÓN, obra cit., p. 43.

(61) BONET RAMÓN, obra cit., p. 43

según Bonet, esta distinción no debe entenderse de forma radical. El Derecho contempla, en algunos casos el elemento interno y la Moral se fija, en ocasiones, en el elemento externo. Así se establecerá esta distinción en base al predominio del elemento interno en la Moral frente al predominio del externo en el Derecho.

#### 4.C. Actos exteriorizados.

No me parece acertada la postura de aquellos que distinguen el Derecho y la Moral diciendo que el primero se ocupa sólo de los actos exteriores del hombre, y que la segunda, la Moral, se ocupa de los actos interiores. Este criterio, como hemos visto, es utilizado entre otros por Falcón, Hernando Matas, Gi-trama, etc.. Creo que en este punto sería más correcto hablar de exteriorización e interiorización (quizás el único autor de esta doctrina que recoge esta matización es Lacruz Berdejo, y de un modo indirecto (62)).

El Derecho regula también la conducta interior, aunque como dice Rad-bruch, "no en gracia a ella misma, sino solamente por las consecuencias externas que pueden acarrear" (63). Es tarea difícil, incluso me atrevería a decir imposible, separar totalmente los actos externos de los internos (64). Por esto, parece más correcto hablar de los actos exteriorizados y de actos interiorizados. Como expresa Legaz, "el más interior de los actos deja de ser interior en el momento que se exterioriza; pero una vez exteriorizado, cae automáticamente bajo la posible regulación del Derecho (65). El Derecho pues, interviene en los actos exteriorizados, si bien, no deja a un lado, cuando las circunstancias lo requieren, la motivación interna. "La Moral, en cambio, intervendría tanto en los actos interiorizados como en los exteriorizados" (66). Pero es que, además, aunque hiciésemos la distinción entre actos internos y actos externos, no se podría decir que la Moral no regularía los actos externos; la Moral se ocupa de los actos externos aunque, seguramente, persi-

(62) Véase LACRUZ BERDEJO, Elementos de Derecho civil, tomo I, vol. I, Bosch, Barcelona 1982, p. 12.

(63) RADBRUCH, Introducción a la Filosofía del Derecho, trad. W. Roces, 4ª ed., Fondo de Cultura Económica, México 1974, p. 54. Y así también dirá: "la conducta externa interesa sólo a la Moral, en cuanto es un testimonio de una conducta íntima; la conducta interna emerge sólo en el círculo del Derecho, en cuanto de ella cabe esperar una acción externa". RADBRUCH, Filosofía del Derecho, Editorial Revista de Derecho Privado, 4ª ed., Madrid 1959, p. 54.

(64) Véase LEGAZ LACAMBRA, Filosofía del Derecho, Bosch, Barcelona 1975, p. 447.

(65) LEGAZ LACAMBRA, obra cit., p. 449.

(66) DÍAZ, E., obra cit., p. 19.

guiendo fines de perfección, es decir, siguiendo un criterio interno de perfección no sólo del individuo sino también de la sociedad; porque la Moral puede tener también como fin la mejor realización de la convivencia social.

### 5.- Autonomía-Heteronomía.

Civilistas de la segunda mitad de este siglo hablan de autonomía y de heteronomía en el tratamiento de este tema. Este criterio fue ya puesto de manifiesto por Kant. Para Kant, solamente puede ser considerado como bueno la voluntad buena (67). Así, una acción es buena porque uno obedece exclusivamente al deber y no es buena si se obedece a otro motivo (68). La voluntad buena está en aquellas acciones realizadas por deber; para Kant, sólo hay un móvil éticamente aceptable: el de quien obra exclusivamente por deber (69).

Marín Pérez, al separar las normas morales de las jurídicas y de las religiosas, dice: "obedece a reglas morales aquel que sin ser constreñido por un precepto Divino o por una orden del Estado, exento de toda sanción civil o religiosa, se comporta en sus acciones como exige el sentimiento ético de la sociedad en que vive" (70).

Por su parte, Puig Brutau afirma que la primera característica propia de las normas jurídicas es su carácter heterónimo. De esta forma, "la norma jurídica no es una creación autónoma del sometido a ella, sino que la necesidad de obedecerla deriva de estar impuesta fuera del sujeto" (71).

Pero esta idea exige ciertos matices. Según Radbruch, una obligación heterónoma es una contradicción lógica, "... pues no es la norma externa como tal la que puede obligarnos, sino solamente la aceptación de la norma por nuestra conciencia" (72). Quizás exagere, el Derecho puede imponer el cumplimiento de unas normas, con las que el obligado, no está conforme. Según Radbruch,

(67) "Ni el mundo ni, en general, tampoco fuera del mundo, es posible pensar nada que pueda considerarse como bueno sin restricción, a no ser tan sólo una buena voluntad". KANT, *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, trad. de García Morentes, Calpe, Madrid 1921, p. 21.

(68) Véase GARCÍA MAYNEZ, obra cit., pt. 58.

(69) KANT, *Introducción a la teoría del Derecho*, obra cit., pp. 57 y 58.

(70) MARÍN PÉREZ, obra cit., p. 33. En esta línea se expresan también DE BUEN, obra cit., p. 8, y PUIG PEÑA, obra cit., p. 30.

(71) PUIG BRUTAU, obra cit., p. 14.

(72) RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, obra cit., p. 55.



si las cumple ya no es por estar obligado sino por que las ha aceptado, pero esto puede no ocurrir así. Imagínese el caso típico del pago de impuestos. El obligado puede cumplir estas normas no por convencimiento, sino para evitar ciertos males más grandes que los derivados de la obediencia de esa norma. La autonomía de la Moral no debe interpretarse, como afirma Elias Díaz, "como puro subjetivismo ético, ni mucho menos como arbitrariedad" (73). La distinción entre las normas jurídicas y las morales se basa en el criterio de validez jurídica (validez apoyada en el Poder Soberano del Estado en un contexto democrático) (74). Pero además, el Derecho exige una eficacia. No se puede hablar de la existencia de un Derecho que, durante un determinado tiempo se mantiene ineficaz (en su conjunto). Y esta eficacia del Derecho que exige que sea reconocido por aquellas personas a las que regula. En conclusión, como dice Elias Díaz: "A nivel individual, probablemente el Derecho no se nos aparece siempre como algo heterónimo, pero a nivel social cuanto más autónomo sea un Derecho (cuanto más participe de verdad en su construcción toda la colectividad), mucho más perfecto será" (75).

#### IV.- LA NECESIDAD DE LA MORAL PARA DEFINIR EL DERECHO

##### 1.- Presencia de la Moral en el Derecho.

No es de extrañar que la doctrina civil española destaque la presencia de pautas morales en el Derecho, aunque, un análisis profundo de esta consideración podría llevarnos a una situación en cierto modo contradictoria: por una parte se habla de la inclusión del Derecho en el orden moral y por otro de la presencia de pautas morales en el Derecho.

Pero, volviendo al tema que nos ocupa, quizás sean Bonet Ramón, De Castro y De Los Mozos, los que comenten de una manera más detallada esta presencia.

(73) DÍAZ, E., obra cit., p. 21.

(74) PECES-BARBA, Introducción a la Filosofía del Derecho, obra cit., p.p. 152 y 157. y 157.

(75) DÍAZ, E., obra cit., p. 25. Con otra argumentación parece llegar a esta misma conclusión RUIZ GIMÉNEZ, obra cit., p. 161. Además, como expresa C. S. NIÑO, "es un hecho social aparentemente establecido que ningún sistema jurídico puede preservarse sólo sobre la base del temor al empleo de la coacción y sin la creencia, difundida entre buena parte de los súbditos y de los mismos funcionarios, en la legitimidad moral de los órganos del sistema". Ética y Derechos Humanos, Paidós, Buenos Aires 1984, p. 85.

Resalta Bonet las múltiples relaciones y los nexos muy íntimos entre la Moral y el Derecho. Estas relaciones son consecuencia de su origen común, y de su constante evolución, en virtud de la cual "las reglas éticas tienden a transformarse en jurídicas" (76).

Por su parte, De Castro señala que el Derecho positivo acoge criterios morales y repudia y sanciona lo que la Moral repugna (77). Esta misma idea estará reflejada en la obra de De los Mozos para quien, "... el ordenamiento jurídico acoge en su integración normas o principios derivados de las fides, la aequitias, la pietas o la amititia, que aunque pueden reconducirse a un significado jurídico, dependen más de los sentimientos morales que de cualquier otra cosa. Todo ello, sin tener en cuenta aquellas reglas o principios morales que se incorporan, como reglas jurídicas, al propio Ordenamiento" (78). Así, la Moral incide sobre el Derecho al dotarle de racionalidad para la apreciación de lo bueno y de lo malo (de lo justo y de lo injusto).

Se hace necesario destacar aquí el tratamiento que da Pascual Marín a este tema. Marín difiere de la mayoría de la doctrina en este punto, basándose en la idea, que atribuye a Ruggiero, de que "lo que en el mundo jurídico se toma en consideración es solamente la naturaleza del precepto jurídico" (79). Por lo que parece decirnos que al Derecho sólo le importa lo jurídico; si una regla

(76) BONET RAMÓN, Introducción al Derecho civil, obra cit., p. 42; véase también SANTOS BIRZ, obra cit., p. 4.

(77) DE CASTRO Y BRAVO, obra cit., p. 25. De Castro conecta este tema con el de la obediencia al Derecho. Para este autor, cuando se crea una norma jurídica legítima, surge la obligación moral, el deber moral de respetarla y obedecerla. Esto, siguiendo su exposición estaba claro, ya que para él una norma es legítima en tanto -esté fundada en el Derecho natural, y este Derecho natural es el que mide con criterios de Justicia las normas positivas; así, esta legitimación le vendrá a la norma por ser justa. Y en este criterio es donde Derecho natural y Moral coinciden. Por todo esto, esa norma jurídica estaba ya dentro de la Moral y, por consiguiente, ya existía ese deber moral de obedecerla, respetar y colaborar en su realización. Sobre la obediencia al Derecho véanse, entre otras: DELGADO PINTO, Obligatoriedad del Derecho y deber jurídico en el positivismo contemporáneo: El pensamiento de Hans Kelsen, Anuario de Filosofía del Derecho, Instituto Nacional de Estudios jurídicos, Torno XX, Madrid 1978, pp 1 a 43; GONZÁLEZ VICEN, La obediencia al Derecho, en Estudios de Filosofía del Derecho, Facultad de Derecho de la Universidad de La laguna, 1979; GONZÁLEZ VICEN, La obediencia al Derecho. Una anticrítica, en Sistema, núm. 65, Madrid 1985; DÍAZ, De la Maldad estatal y la Soberanía popular, Debate, Madrid 1984; FERNANDEZ, E. La obediencia al Derecho, Cuadernos Civitas, Madrid 1987.

(78) DE LOS MOZOS, obra cit., p. 35.

(79) MARÍN PÉREZ, obra cit., p. 3. Véase RUGGIERO, Instituciones de Derecho civil, Reus, Madrid 1929, pp. 11 a 25.

moral entra en el Ordenamiento jurídico, no se debe hablar de existencia de preceptos morales en el Derecho, ya que esa regla es ya una norma jurídica.

Y esta idea de Marín, me parece acertada; es posible, como recalca la mayor parte de la doctrina civil, que haya artículos y conceptos dentro del sistema normativo que sean expresiones del paso de preceptos morales a preceptos jurídicos. Se trata de un hecho que ha ocurrido con frecuencia en la historia; ahora bien, en el momento en que esos preceptos morales se positivizan, para la perspectiva jurídica ya sólo interesa su aspecto de norma jurídica. En el campo del Derecho, de nada sirve acudir a unos preceptos morales no positivizados, ya que podría ocurrir el problema expresado por Theodor Geiger: "cuando la ley declara nulo un contrato que contradice las bonae mores, es el juez quien tiene que dar contenido al concepto formal bonae mores. Puede aquí prescindir de su concepción moral personal. Las bonae mores no se refieren en general a una moral personal de la conciencia, sino a una moral tradicional de un grupo. Pero ¿cuales personas?" (80). Así, en opinión de este autor, esta práctica nos puede llevar a una justicia clasista, sometiendo a todas las clases a las pautas de la clase dominante. De aquí el peligro que tienen estas pautas morales no positivizadas, o esos principios no recogidos en el ordenamiento (81). En cuanto a las reglas jurídicas inspiradas en pautas morales (pautas morales positivizadas en el ordenamiento jurídico), el problema que señala Geiger se soluciona, desde mi punto de vista, siempre que se parta de un poder soberano, dentro de un Estado Social, que de fundamento de validez a las normas en base a su legitimación democrática (82).

En mi opinión, en este tema hay que distinguir entre Moral y Derecho, pero

(80) GEIGER, *Moral y Derecho*, polémica con Uppsala, trad. de Garzón Valdes, Alfa, Barcelona 1982, pp. 185 y 186.

(81) De ahí el peligro que pueden tener concepciones como la de DWORKIN, ver sus obras *Los Derechos en Serio*, trad. de Marta Gustavino, Ariel, Barcelona 1984; *A Matter of Principie*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, England 1985; *Laws Empire*, Fontana Press, London 1986. Sobre Dworkin es muy interesante el trabajo de PRIETO SAN-CHIS, *Teoría del Derecho y Filosofía Política* en R. Dworkin, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14, Mayo-Agosto, 1985.

(82) "Negar una legitimación democrática del Derecho a estas alturas de la historia es negar, cayendo en el absurdo, una de las exigencias más fundamentales de todo individuo y de todo pueblo: su autonomía práctica. LÓPEZ CALERA, *Derecho y Soberanía popular*, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 16-1976, Universidad de Granada, Granada 1976, p. 42. Ver también, DÍAZ, E. *De la Maldad estatal y la Soberanía popular*, obra cit.; FERNANDEZ, E. *La obediencia al Derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid 1987.

no separarlos radicalmente (83), no llegar a la conclusión de que puede haber un derecho que esté totalmente separado de la Moral. "Cada sistema jurídico se basa en una concepción determinada de la moral, algunos de cuyos estratos son de general aceptación y otros chocan con las creencias y criterios de grupos más o menos amplios" (84). Y en este sentido hay que destacar la importancia que para esta relación va a tener la legitimidad democrática; como expresa el prof. Luis Prieto, "... la democracia garantiza un ámbito de libertad que hace posible la crítica al Derecho vigente y que permite llevar al ánimo de los demás ciudadanos las opiniones propias acerca de la justicia" (85).

En conclusión, entre el Derecho y la Moral debe haber relación pero no subordinación. El Derecho tiene y debe tener una dimensión moral, pero un Derecho "inmoral" no quiere decir que no sea Derecho; si bien al Derecho hay que moralizarlo y esto se consigue positivando las pautas morales. Además al Derecho hay que criticarle y esto se realiza por medio de la moralidad crítica, la que no se ha positivado y que presiona, con esa crítica, a la legalidad con la pretensión de positivarse. Pero siempre habrá que dejar claro que la Moral no puede ser invocada jurídicamente mientras no esté positivada, ya que esto afectaría a la seguridad jurídica y también al fin del Derecho: la Justicia.

## **2.- El Derecho como orden dentro de la Moral.**

Común a toda la doctrina es la consideración de la Moral como algo superior al Derecho. Esta idea se encuentra en iusfilósofos como Radbruch, para quien "la Moral es por un lado fin del Derecho, y por otro, fundamento de su validez obligatoria" (86).

(83) "De todos modos no hace falta ir muy lejos para encontrar la razón por la que existe un amplio ámbito común al Derecho y a la moralidad, pues misión de ambas es imponer ciertos modelos de conducta sin los cuales la sociedad humana difícilmente podría sobrevivir, y en muchos de estos modelos mínimos fundamentales, el Derecho y la moralidad se refuerzan y se complementan mutuamente como parte del tejido de la vida social". LLOYD, *La idea del Derecho*, trad. de Rosa Aguilar de Ben y Mercedes Barat, Losada S.A., Buenos Aires 1978, p. 79. Véase también FERNANDEZ, E. *La obediencia al Derecho*, obra cit., p. 28, cuando dice: "Hay que distinguir y no confundir, pero no hay que separar, pues el Derecho debe tender a ser justo, y ahí es donde adquiere su legitimidad y justificación...".

(84) LATORRE, A. *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona 1974, pp. 27 y 28.

(85) PRIETO SANCHIS, *La objeción de conciencia como forma de desobediencia al Derecho*, Sistema, núm. 59, Madrid 1984, pp. 43 y 44.

(86) RADBRUCH, *Filosofía del Derecho*, obra cit., p. 61.

Para De Diego, el Derecho está dentro de la Moral. Podemos decir que considera a la Moral como fundamento del Derecho. Considera a la moralidad como "la cualidad que se predica del hombre y de sus actos cuando se conforman con las leyes éticas" (87). La Moral es, para este autor, la ciencia "cuyo fin es valorar las conductas humanas, específicamente humanas, efectuando, las valoraciones con arreglo al Ordenador" (88). Afirma que la Moral es la ciencia del bien y de los deberes y el Derecho la ciencia de los deberes, por lo tanto el Derecho es parte de la Moral.

En esta línea de pensamiento se halla Gregorio Burón, que no afronta de una manera sistemática el estudio sobre la relación entre el Derecho y la Moral; pero de sus conceptos sobre el Derecho objetivo y sobre el Derecho subjetivo, se desprenden ciertas notas, sobre las que me voy a detener. Según Burón tanto la Moral como el Derecho pueden entenderse desde un punto de vista filosófico: el Derecho objetivo "existe con independencia del hombre, es una entidad metafísica que reúne caracteres análogos a los del orden moral" (89). En cambio, el Derecho subjetivo será "la potestad moral inviolable del hombre que le autoriza para obrar según la proporción de las relaciones esenciales a la sociedad humana" (90).

Desde el punto de vista práctico, el Derecho objetivo sería "el orden jurídico establecido por el legislador conforme al cual se determinan y rigen las relaciones humanas" (91). De esta manera, si se compara el concepto filosófico de Derecho objetivo y el concepto práctico, encontramos diferencias esenciales. En el primero no hay participación humana en cuanto a su formulación, en el segundo sí. ¿Quiere decir esto que en la práctica, las notas derivadas del concepto filosófico de Derecho objetivo no nos sirven para nada?. Si esto lo entendiéramos así, ¿no estaría Burón separando claramente Derecho y Moral?. Burón trata de resolver estas dificultades hablando de una norma, de un principio que debe seguir la voluntad del legislador; principio único, absoluto, obligatorio y no contradictorio. Un principio que vendría dado por el Derecho na-

(87) CLEMENTE DE DIEGO, obra cit., p. 364.

(88) CLEMENTE DE DIEGO, Discurso de apertura de los Tribunales celebrado el 15 de Septiembre de 1942, Reus, Madrid 1942.

(89) BURON GARCÍA, Derecho civil español, tomo I, Librería Nacional y Extranjera de Andrés Martín, Valladolid 1898, p. 2.

(90) BURON GARCÍA, obra cit., p. 9.

(91) BURON GARCÍA, obra cit., p. 4.

tural, con lo cual se llegaría a la satisfacción de la necesidad del orden moral (92).

En cuanto al concepto de Derecho subjetivo en el orden práctico dirá: "es la facultad que corresponde al hombre conforme a las leyes, para ejercitar ciertos actos o exigirlos de los demás" (93). Se puede observar lo mismo que ocurría con los dos conceptos de Derecho objetivo: una clara separación entre el concepto filosófico y el práctico. Esta distinción entre concepto filosófico y práctico es significativo del carácter retórico de este tipo de iusnaturalismo, y de la aceptación total del Derecho positivo en la práctica.

Estas tesis son recogidas por civilistas como De Castro, para quien es conveniente afirmar "la íntima conexión y dependencia jerárquica del Derecho respecto a la Moral" (94), Castán, Puig Peña y Gitrama (95).

Por otra parte, como hemos visto, gran parte de la doctrina civil española, toman a la Moral como fuente del Derecho, incluso natural. Pero en este punto surge una pregunta. ¿Por qué no recogen luego en sus estudios de las fuentes del derecho a la Moral?. Se puede contestar a esto hablando de la distinción entre fuentes materiales y fuentes formales. Decir que en las primeras sí que estaría la Moral, pero no así en las preguntas. Pero esto no nos dice nada, ya que consideraciones y preceptos que ellos consideran morales, se encuentran recogidos en el Código Civil (por ejemplo en los artículos 1.3, 1255, 1275, etc.), y no en el sentido de fuentes materiales, sino más bien de fuentes formales (ver arts. 1255 y 1275 del Código civil).

¿Es posible afirmar la existencia de un orden moral como fundamento del Derecho?. La relatividad del valor moral es una dificultad para ello. Kelsen lo expone hablando de la imposibilidad de una Moral absoluta. Esto sólo sería posible utilizando lo común a todas las morales. Pero, dice Kelsen, "frente a la extraordinaria diferenciación de lo que, de hecho, los hombres en distintas épocas y en distintos lugares han considerado lo bueno y lo malo, justo e injusto, no cabe establecer ningún elemento común a los contenidos de los dife-

(92) BURON GARCÍA, obra cit., pp. 5 a 8.

(93) BURON GARCÍA, obra cit., p. 10.

(94) DE CASTRO, obra cit., p. 23.

(95) CASTAN escribe: "el hecho de no haberse hallado todavía un concepto del Derecho es sólo un fenómeno característico de los tiempos modernos y achacable a haberse separado el Derecho de la Moral". Obra cit., p. 68.; PUIG PEÑA, obra cit., p. 30; GITRAMA, obra cit., pp. 12 a 16.

rentes órdenes morales" (96). Hart, no es tan tajante; para este autor, la relación más clara entre el Derecho y la Moral vendrá dada por un lado por la existencia en el Derecho de un Contenido Mínimo de Derecho natural y por otro por la existencia de una moral interna en el Derecho (97).

Pero aún dejando claro estas consideraciones, como opina Elias Díaz, "sólo desde una plataforma ética, cabe, en última instancia, la crítica, el cambio y la necesaria transformación del Derecho. Se trata de no confundir el Derecho que es y el que debe ser; pero se trata también de que ambos niveles no se desconozcan ni ignoren" (98).

Y este esfuerzo es complejo ya que el Derecho está determinado, es reconocible. Cuando hay duda sobre su contenido, el juez lo determinará. Pero esto no ocurre con la Moral, la Moral "vive un estado confuso en la conciencia moral. Su falta de rigurosa determinación origina incertidumbres que se manifiestan en aplicaciones concretas cuando se trata de establecer que norma es la que debe seguirse... Estas incertidumbres pueden ser tanto más graves, cuanto que, además de la Moral general que vive difundida en toda la sociedad, hay también morales particulares" (99).

Estas matizaciones son necesarias para el estudio de la relación entre el Derecho y la Moral. Así, si se habla de un orden superior al Derecho, habrá que dejar claro que se parte de una consideración religiosa o de alguna consideración previa (100). No se puede hablar, sin más, de un Derecho derivado de la Moral como un Derecho justo, porque no hay una única Moral. Además, si se

(96) KELSEN, Teoría Pura del Derecho, obra cit., pp. 62 y 77. Sobre la relatividad de la Moral y de los juicios de valor, véase KELSEN, ¿Qué es Justicia?, trad. de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona 1982.

(97) HART, El concepto de Derecho, obra cit., pp. 241 y ss. Sobre Hart véase, en España, el libro de PARAMO ARGUELLES, H.L.A. Hart y la Teoría analítica del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984.

(98) ELIAS DÍAZ, Sociología y Filosofía del derecho, obra cit., p. 17. Es importante la labor de la ética en la crítica y el cambio del Derecho; "... la ética como utopía -la utopía ética- nos podría... seguir dando -incluso si la noche y la niebla de la disutopía han hecho hecho desaparecer de nuestro campo de decisión todo horizonte- más de una razón, tal vez las únicas razones, para no estarnos quietos". Javier MUGUERZA, obra cit., p. 190.

(99) ICILIO VANNI, obra cit., p. 104.

(100) Como expresa MANUEL ATIENZA: "Por un lado, no hay que perder de vista la Moral -al menos en las sociedades complejas de nuestros días- es un fenómeno esencialmente pluralista: el Derecho refleja siempre algún tipo de Moral, pero lo cierto es que existen diversos códigos morales vigentes en una misma sociedad". Obra cit., p. 45.

quiere hablar de una Moral fundamentadora, habrá que señalar, en mi opinión, que se trata de una Moral producto del consenso y de la comunicación de una racionalidad histórica, y no una Moral absoluta e inmutable (de la que parecen hablar casi todos los civilistas).

Uno de los pocos civilistas que difiere, en cierto sentido y no de manera radical, de esta consideración es Alfonso de Cossío. Cossío no ve a las normas jurídicas dentro de un orden Moral. Destaca las conexiones que se dan entre las reglas morales y el Derecho, pero esto no significa una dependencia por parte de algunos de los órdenes. Así la Moral influye en el Derecho, pero éste también influye en la Moral; "... toda actuación humana se encuentra integrada por una dosis de libertad. El mundo, la naturaleza, condicionan su acción y la orientan, pero esta acción, a su vez, influye y transforma ese mundo, esa naturaleza, en cierta medida..." (101). De esta forma, para Cossío, la Moral influye en el Derecho, le informa de un determinado camino a seguir, pero la conducta humana, entre la que está la conducta del legislador, también se refleja independientemente en el Derecho, y en cierto modo influye en la Moral (102).

### **3.- La posibilidad de definir el Derecho sin tener en cuenta a la Moral.**

El problema de la relación entre el Derecho y la Moral se refiere hoy en día principalmente al problema derivado de si es necesaria o no la presencia de la Moral en el Derecho. Además es un tema importante para la especificación de qué normas son aplicables a determinados casos y de que modo inciden por ejemplo en casos como el divorcio, el aborto, etc.. (103).

Creo que el Derecho puede ser definido sin tener en cuenta a la Moral, si

(101) COSSIO, obra cit., p. 32. Véase en este sentido MARÍN PÉREZ, obra cit., pp. 35 y 36.

(102) Como escribe BENTHAM: "Hay más: en muchos casos, la moral deriva su existencia de la ley, es decir, que para saber si una acción es moralmente buena o mala, es preciso saber si está permitida o prohibida por la ley". *Tratados de legislación civil y penal*, edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil, Editora Nacional, Madrid 1981, p. 78.

(103) "... el núcleo del problema en la actualidad está centrado más que en la diferenciación de los distintos modos o clases de comportamiento que produce el sometimiento a una norma moral o a una norma jurídica, en los comportamientos que pueden ser sometidos o que de hecho se someten a uno u otro orden normativo en un sistema social dado". LÓPEZ CALERA, *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Don Quijote. Los libros del Bachiller Sansón Carrasco, Granada 1981, p. 88.



bien esta afirmación debe ser matizada. El estudio del Derecho se puede realizar desde dos puntos de vista: formal y material. Esta distinción resulta difícil de realizar totalmente en el caso de las normas básicas formales y materiales.

En cuanto a las normas básicas materiales sus derivaciones éticas son claras, si bien, sólo en el momento en el que se positivizan van a tener importancia para el Derecho. Así, en el caso de estas normas habría que distinguir dos momentos: uno ético, en el que se podrían denominar valores (o pretensiones morales), y otro jurídico, que es cuando se convierten en normas al ser recibidas por el Ordenamiento jurídico.

Por lo que respecta a las normas básicas formales, éstas se refieren a la organización, competencias, etc., y se separan de los contenidos materiales, si bien esto no es rigurosamente así. La norma básica formal puede ser identificada con aquella que va a dictar los criterios de producción normativa, pero no hay que olvidar que esta norma básica formal va a ser dictada por el Poder, fundamento último del Derecho, que no es sólo expresión de la fuerza sino que conlleva también creencias, valores, etc., que pretende realizar, situados en un momento histórico. En el caso de un sistema democrático ese Poder se presenta como soberanía popular (104), que incorpora unos valores producto de la razón, el consenso y la historia. En este sentido, esta norma básica formal va a tener en su origen, en cierta forma, aspectos materiales (105). La existencia de estas normas básicas materiales se produce tanto en los sistemas democráticos como en los no democráticos. En un sistema democrático estas normas, que estarán dentro del mismo Poder, vendrán dadas por la positivación de ciertos valores producto de la comunicación racional consensual e histórica (106) que podríamos identificar con los derechos humanos. En otros regímenes, como por ejemplo los

(104) "La legitimación del poder a través de la soberanía popular no tiene que conducir al decisionismo allí donde se garantizan la racionalidad formal (consenso basado en una comunicación libre de distensiones) y la racionalidad material (sociedad emancipada que persigue intereses generalizables) del discurso". A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid 1984, p. 202.

(105) Ver PECES-BARBA, *Los Valores Superiores*, obra cit., pp. 92 a 95. Ver también de Elías DÍAZ, *De la Maldad Estatal y La Soberanía Popular*, Debate, Madrid 1984.

(106) "Una razón que en circunstancias diversas podrá ordenar compartimentos diversos pero que supondrá siempre la necesidad de legitimar el poder en el consentimiento y la participación popular, a la vez que orientará al gobierno surgido de la mayoría en el respeto de la igualdad, la dignidad, la tolerancia y la libertad". A. E. PÉREZ LUÑO, obra cit., p. 211.

autoritarios, ésta norma básica material (también inmersa en el concepto de Poder), será expresión de una serie de valores producto de la ideología de la clase gobernante o de la decisión del partido en el Poder (107).

Tiene que ver con esta problemática la concepción de moral interna del Derecho de Fuller, que está constituida por una serie de principios que podríamos llamar de legalidad (generalidad, promulgación en el sentido de publicidad, irretroactividad, claridad del Derecho, no presencia en él de contradicciones, constancia a través del tiempo, congruencia entre la acción oficial y la regla declarada y no mandar cosas imposibles). Estos principios van a ser necesarios, según Fuller, para la propia existencia del Derecho; se trata de una especie de Derecho natural procedimental (108).

No me parece acertado considerar a estos principios como normas básicas formales (cosa que no hace Fuller), y menos llamarles la "moral interna" del Derecho (cosa que sí hace), ya que se trata, como el mismo Fuller dice, de elementos que el propio Derecho lleva consigo, sin los cuales no puede existir. Si siguiéramos adelante con esta consideración, tendríamos que llamar moral interna del Derecho también al lenguaje, por ejemplo.

El Derecho como sistema, tiene su fundamento en el Poder, pero este Poder hay que entenderlo como conjunto de instituciones, poderes, creencias, etc.; es decir, Poder en el sentido en el que se expresa el profesor Peces-Barba (109). Y así, en este punto, encontramos la conexión importante entre el Derecho y la Moral (110).

(107) Constantino MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Giuffrè, Milano 1940. Por cierto que después de la muerte de Mortati el 24 de Octubre de 1985 hay una iniciativa del Centro de Estudios para la Historia del pensamiento jurídico moderno de Florencia, en colaboración con los discípulos de dicho profesor, para reimprimir entre otros, estas obras, como indica Paolo GROSSI en la introducción al número 15 de los Quaderni Fiorentini, Giuffrè, Milán 1986, pp. 2 y 3.

(108) FULLER, obra cit., pp. 45 a 97. Esta tesis de Fuller se derrumba con un sólo argumento: un procedimiento justo no lleva siempre a resultados justos. Véase HART, *El Concepto de Derecho*, obra cit., pp. 254 a 256. Véase también PARAMO ARGUELLES, H.L.A. *Han y la Teoría analítica del Derecho*, obra cit., pp. 340 y ss, donde se refiere a la polémica entre Hart y Fuller.

(109) Véase PECES-BARBA, *Derechos y Deberes Fundamentales*, en imprenta, obtenido del manuscrito.

(10) "Hay así, en la noción misma del Derecho como consistente en reglas generales, algo que nos impide tratarlo como si desde el punto de vista moral fuese totalmente neutro, sin ningún contacto necesario con los principios morales". H.L.A. HART, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, trad. de Genaro R. Carrió, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1962, p. 55.

Pero ¿de qué Moral estamos hablando?. A mi entender de aquella Moral producto de la razón, del consenso y de la historia: "Una ética propia del mundo moderno y, por consiguiente, con un fundamento histórico para desarrollar una idea más permanente que es la dignidad humana" (111).

Esta Moral, nos va a proporcionar unos principios básicos producto de la autorreflexión y del diálogo (112). Pero hay que dejar claro que el consenso del que se habla no es un consenso fáctico, sino un consenso racional que se produce en la historia y evoluciona (113), y este consenso acogerá seguramente el criterio democrático de las mayorías con el respeto de las minorías (114). El respeto a las minorías vendrá dado, fundamentalmente, por el carácter re-visable del consenso, esto permitirá mantener una consideración no dogmática respecto a estos valores (115); por último, la institucionalización de la dis-

(111) PECES-BARBA, Los valores superiores, Tecnos, Madrid 1984, p. 111.

(112) CORTINA, Ética Mínima. Introducción a la Filosofía práctica, Tecnos, Madrid 1986, p. 94.

(113) La razón no es incompatible con la historia. La razón es "siempre la razón del hombre, y el hombre es un ser situado en un momento concreto de la historia", "...la razón es siempre un punto de vista situado en el tiempo y en espacio, aunque con vocación de explicación general y trascendente". PECES-BARBA, Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los Derechos fundamentales, obra cit., pp. 256 y 257.

(114) Véase ELIAS DÍAZ, De la Maldad Estatal y la Soberanía Popular, obra cit., pp. 136 y ss; también ELIAS DÍAZ, Problemas de legitimidad, en Anuario de Derechos Humanos 1981, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Complutense de Madrid, p. 70, cuando escribe: "Las mayorías deciden pero, tanto por coherencia interna (ética y hasta lógica) del sistema de legitimidad democrático como por necesidad funcional del sistema político y económico, dichas mayorías tendrán siempre que contar y tener muy presentes los intereses, deseos, aspiraciones, exigencias de las minorías como, por lo demás, de los individuos todos".

(115) "Cuando los juicios con contenido ético son aceptados recíprocamente, prueban la existencia de formas convergentes de influencia que deben darse en toda sociedad en la que hay pautas instituidas. Sin embargo, tales pautas se encuentran a menudo en una etapa formativa o en un proceso de transición o de reajuste". CHALES L. STEVENSON, Ética y Lenguaje, Paidós, Buenos Aires 1971, p. 24. Ver también CORTINA, obra cit., p. 223; desde otra perspectiva, PRIETO SANCHIS, Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los Derechos humanos, obra cit., p. 310. Entendiendo por dogmático a aquel que acepta "un principio sin dar posibilidades de someter ese principio a la crítica de la razón. Ser dogmático significa ser acrítico, aceptar sin reflexión una serie de principios, ser incapaz de reformar o cambiar esos principios, no admitir las razones que se oponen a la aceptación de tales principios, no admitir las razones que se oponen a la aceptación de tales principios". A. CALSAMIGLIA, Sobre la dogmática jurídica: presupuestos y funciones del saber jurídico, en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 22, Metodología y Derecho privado, Granada 1982, pp. 219 y ss.

cusión moral "debe realizarse en una situación histórica concreta, siempre determinada por el conflicto de intereses" (116).

Esta conexión entre Ética y Derecho no va en detrimento de la claridad lingüística-conceptual; "la apertura valorativa y normativa que de esta manera adquiere el concepto de Derecho es más bien una expresión adecuada a la complejidad de los problemas que designa" (117).

Como conclusión a este artículo, podríamos proponer una definición de Derecho acorde con lo aquí expuesto y que nos permita por otra parte una caracterización de los derechos humanos como normas básicas materiales.

El Derecho vendría a ser así un conjunto de normas apoyadas en el Poder y destinadas a la regulación de la conducta humana. Dentro de una concepción democrática, creo que podríamos identificar al Poder como la expresión de la soberanía popular, que llevará incorporada un conjunto de creencias y valores situados en un momento histórico determinado. Dentro de la soberanía popular va inmersa la comunicación consensual racional; en las dos se va a ver expresada la autonomía de la voluntad con lo que se va a evitar el peligro del corporativismo. Así, la soberanía popular va a ser definitiva para esclarecer el concepto de Derecho, si bien es cierto que nos estamos refiriendo al Derecho que debe ser y no al Derecho que es, ya que, como señalé antes, el fundamento de validez de un Derecho puede ser la voluntad de un dictador.

Para esta consideración, los derechos humanos son ciertas normas que provienen de algunos valores morales y que han sido reconocidos por el Ordenamiento. No se trata ya sólo de principios o valores morales, sino de normas jurídicas que tienen también una dimensión moral y relevancia jurídica exclusivamente por su reconocimiento por el Poder.

Es decir, las normas básicas materiales (valores superiores -art. 1.1 de la Constitución Española o derechos fundamentales), pueden provenir de una ética del tipo a la que me refiero en este artículo (118). Pero esta ética sólo va a

(116) Karl Otto APPEL, *La transformación de la Filosofía* (1973), tomo II, versión castellana de Adela Cortina, Joaquín Chamorro y Jesús Conill, Taurus, Madrid 1985, p. 405.

(117) DREIDER, *Derecho y Moral*, en *Derecho y filosofía* de Garzón Valdés, obra cit., p. 88. Y así dice ALF ROSS hablando de la relación entre el Derecho y la Moral, "es obvio que tiene que haber un grado considerable de armonía entre uno y otros. Porque uno y otros están arraigados en valores fundamentales comunes en la tradición de cultura de la comunidad". *Sobre el derecho y la Justicia*, obra cit., p. 62.

(118) Como escribe PÉREZ LUÑO, "... la utopía filosófica de una sociedad plenamente libre y democrática, que halla su plasmación concreta en la entera satisfacción de sus necesidades radica-

tener importancia para el mundo jurídico desde el momento en el que sus criterios sean reconocidos por el Derecho (119).

Constituye esta una de las posiciones que se dan dentro del vastísimo campo Filosofía del Derecho. Así he llegado a la conclusión de que temas como éste, que abarcan una consideración del ordenamiento en general, no deben ser tratados por disciplinas que contemplan sólo una parte del mismo. La relación del Derecho y la Moral, y en el último término, la Teoría del Derecho exige una visión completa del Derecho (tanto del Derecho privado como del público), para no convertirse en teorías parciales del Derecho.

La Teoría del Derecho y, como parte de ella, la relación entre el Derecho y la Moral, no debe olvidar al Poder; la relación Derecho-Poder ocupa en estos temas un lugar importantísimo, si bien es desconocida en la mayoría de las Teorías Generales de los civilistas estudiados. Además, una visión exclusiva de los Derechos positivos, como hemos visto y advertido en las obras de algunos de estos autores, no hace posible la dimensión crítica del Derecho. "Con una Teoría del Derecho derivada exclusivamente del material proporcionado por los Derechos positivos, constituida en una superdogmática jurídica, se mutila a la reflexión sobre el concepto del Derecho de su dimensión crítica, y consiguientemente se acepta sin reacción, el material aportado por una reflexión científica muy condicionada por la ideología liberal burguesa, y por la preponderancia de examen del Derecho privado, como consecuencia de lo anterior para la formación de los conceptos jurídicos" (120).

les, no creo que pueda concebirse al margen de una comunicación intersubjetiva libre y racional, es decir, basada en una búsqueda libre y racional de la verdad". Derechos humanos, Estado de Derecho y constitución, obra cit., p. 172.

(119) Creo que no se puede llamar a esta concepción iusnaturalista en el sentido en el que se expresa Luis Prieto cuando, (hablando de las tesis de Rawls, Dworkin y Nozick), dice: "... pueden adscribirse estas posiciones a la cultura del iusnaturalismo, al menos si aceptamos que toda concepción que presente los derechos como anteriores a cualquier forma de pacto o voluntad humana tiene algo de iusnaturalista". (Ver Ideología y fundamentación iusnaturalista de los Derechos humanos, obra cit., p. 301). Desde mi punto de vista, se trata de valores morales que están, en un primer momento, por encima del Ordenamiento, pero no por encima de la razón, el consenso y la historia. Una vez reconocidos por el Poder, se convierten en derechos; es decir, no puede hablarse de derechos antes del reconocimiento por el Ordenamiento. Y además, estos valores son producto del diálogo consensual y de la historia, su consideración como valores viene dada por esta vía (aunque su existencia puede ser anterior).

(120) PECES-BARBA, Introducción a la Filosofía del Derecho, obra cit., p. 187.