

## DERECHO Y MORAL

La relación entre el ámbito jurídico y el moral ha generado habitualmente polémica. Sin duda porque conceptos como Derecho, Moral y, por si fuera poco, Ética se han prestado a posturas muy diversas; tanto en su propio contenido como en su mutua relación.

Abordo el problema desde mi personal emplazamiento jurídico, consciente de que la óptica sería distinta desde un punto de vista diverso. Propongo entender por ético todo lo que hace referencia a cómo debe comportarse una persona. Esto tropezará con otras versiones terminológicas; por ejemplo, quien es, por el momento, el más prestigioso filósofo del Derecho nos hablará de planteamientos éticos denominándolos en alemán «normativos».

Sin salir de tan amplio territorio, es obligado distinguir entre el mínimo ético necesario para que resulte posible una convivencia que merezca considerarse humana y las exhortaciones maximalistas derivadas de uno u otro código moral. El Derecho no aspira a garantizar la felicidad, la utilidad o la santidad de los ciudadanos; aspira a ajustar las relaciones sociales para hacer más humana la convivencia. De ahí su parentesco –no siempre bien entendido– con la justicia. El Derecho pretende hacer justicia objetivamente, lo que no exige que el sujeto de la actividad jurídica sea moralmente justo, aunque no vendría nada mal. El Derecho, de relacionarse con alguna virtud moral, sería más bien inseparable de la prudencia; de ahí lo de jurisprudencia. El imprudente sería siempre un jurista perturbador. La virtud de la justicia, como nos enseñaron ya los romanos, es un hábito moral que inclina a dar a cada uno

lo suyo; pero determinar lo suyo de cada uno es una actividad jurídica y no un meritorio esfuerzo moral.

La relación entre los tres conceptos planteados se complica aún más si entra en juego la religión. La justicia objetiva a la que nos hemos referido es, por definición, horizontal; de ahí el papel de la igualdad como valor superior del nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). La religión, por el contrario, tiende a girar en torno a una tensión vertical, dado el habitual protagonismo de los dioses de turno. La respuesta exigible en el trato con ellos tenderá a resultar maximalista, desbordando los límites de lo jurídico. Esto explica que los planteamientos de herencia greco-romana, desarrollados luego por la escolástica cristiana, puedan identificar Ética con Moral y acabar concibiendo el Derecho como un mínimo ético alojado en el maximalismo de una Moral obligada a satisfacer a un dios celoso; aunque tal postura acabe también suscribiéndola un agnóstico y prestigioso teórico del Derecho, norteamericano en este caso.

Lo curioso es que resultado similar acaba hoy derivando de planteamientos herederos del positivismo jurídico. En efecto, esta teoría del Derecho convirtió a la neta separación entre Derecho y Moral en su seña de identidad. Entendió el Derecho –con una querencia formalista– como la normativa puesta por una autoridad legitimada al efecto. Le preocupaba lo que, puesto con la forma homologada, era –de hecho– jurídico, mientras que consideraba moral y meta-jurídica cualquier propuesta sobre cómo debería ser el Derecho. Cuando la misma racionalidad científica ha hecho im-

posible seguir admitiendo que solo sea jurídico lo formalmente considerado como tal, ha acabado asumiendo, no que es obligado admitir la existencia de exigencias jurídicas antes de aparecer como formalmente puestas –lo que llevaría a rendirse al iusnaturalismo– sino que prefiere calificarlas como morales y dar por hecho que no pocas veces –por no decir todas– el juez, jurista por antonomasia, tendrá que recurrir a criterios morales para aplicar el Derecho. Tal conclusión, catalogada por algunos autores como post-positivista, no deja de tener su mérito.

Más allá del derbi que, durante siglos, ha ido enfrentando a iusnaturalismo y positivismo como eternos rivales, no faltará quien –dando pocas facilidades para acertar al atribuirle camiseta– considere, como los viejos escolásticos, que el Derecho se aloja en el ámbito de la Moral, haciendo así imposible la deseable frontera, dentro de lo ético, entre mínimo jurídico y maximalismo moral.

La cuestión se complicará si vuelve a entrar en liza lo religioso, dada la querencia a identificarlo con lo moral. Esto lleva a ignorar que el decálogo bíblico contiene preceptos jurídicos. Precisamente por tratarse de sugerencias de sentido común, ante la triste experiencia de que se trata del menos común de los sentidos, han sido revelados por vía religiosa tallados en sólida piedra. No matar, no robar o no mentir son contenidos básicos del mínimo ético que el Derecho aspira a garantizar. Lo jurídico no es un mero elemento coactivo, destinado a imponer las exigencias morales más relevantes; al contrario, es el mínimo ético jurídico –por ser, además de mínimo, indispensable– el que generará una obligación moral.

Es obvio que –de acuerdo con lo ya expuesto– cuando hablamos de Derecho

no nos estamos refiriendo a cualquier contenido formalmente homologado, sino a exigencias éticas indispensables para lograr una convivencia humana; lo cual obliga, más allá de lo formal, a profundizar sustancialmente en lo material. A la vez, tampoco cabría considerar que la norma sustancialmente injusta no sea Derecho. Se trata de un Derecho deficiente, que sin duda perturbará y deshumanizará la convivencia; pero sería poco realista olvidar que, si no se logra sustituirlo, acabará imponiéndose de hecho. Asunto distinto es que, pese a ser Derecho, pueda generar paradójicamente una obligación moral de desobedecerlo, si el déficit democrático de ordenamiento jurídico deficiente no permite, al menos, ejercer el derecho a la objeción de conciencia.

Lo ya dicho lleva consigo una consecuencia de no menos sentido común. Ese mínimo ético ha de ser contenido indispensable de cualquier maximalismo moral. Pretender que una supuesta misericordia –que más de una vez puede ser mero síntoma de debilidad– pueda tolerar injusticias, desprecia el mínimo ético jurídicamente propuesto. Quizá una tendencia clerical a suscribirlo puede explicar que –incluso en ámbitos religiosos– haya incidido la lacra social de la pedofilia. No ha faltado algún pontífice que se haya visto obligado a recordar que con la injusticia no se juega, con ocasión de posibles «requerimientos seudopastorales».

La objeción de conciencia, a la que ya nos hemos referido, es campo en el que resulta frecuente malentender la relación entre Derecho y Moral. Cuando esto ocurre, se genera un vértigo que inclina a una actitud restrictiva. En el fondo late el olvido de que la objeción de conciencia es ante todo un derecho y no el fruto de una indebida suprema-

cía de lo moral sobre lo jurídico. El derecho a la objeción es síntoma de la madurez democrática del ordenamiento, pues se trata de respetar con su reconocimiento el juego práctico de un derecho fundamental. Asunto distinto es que haya que constatar la seriedad de la actitud del objetor, evitando cualquier instrumentalización picaresca de actitud tan digna de respeto.

No deja, por último, de tener relación con el problema que abordamos una segunda polémica, menos resaltada, que juega en paralelo a la ya señalada entre iusnaturalismo y positivismo. Esta segunda matriz teórica tendía a caer en el normativismo, amparado en la existencia de un sistema jurídico cuya plenitud haría superfluo y malicioso cualquier intento de dar entrada a elementos no contenidos ya en la norma puesta. Na-

poleón hizo famosa tal postura con su pintoresca prohibición de que el Código Civil fuera objeto de interpretación. Cuando llegaba a admitirse la posible existencia de lagunas en el sistema, se confiaba su eliminación a la entrada en juego de unos principios generales del Derecho que –en teoría– no aportarían nada que no estuviera ya implícito en él. Algo así como un zumo obtenido de los contenidos legales convertido en spray con el que calafatear las porosidades advertidas.

En realidad, buena parte de las actuales Constituciones, como refleja el capítulo tercero del título primero de la nuestra, reconocen la existencia de unos principios prelegales, cuyo respeto y protección «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (art. 53.3 CE).

## BIBLIOGRAFÍA

- BENEDICTO XVI: *Discurso ante los miembros del Tribunal de la Rota Romana en la inauguración del Año Judicial*. Ciudad del Vaticano, 2010.
- BOBBIO, N.: *Iusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1995.
- DÍEZ-PICAZO, L.: Voto particular a la STC 34/1981, de 10 de noviembre.
- DWORKIN, R.: *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- HABERMAS, J.: «Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz», en *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*. Frankfurt: Suhrkamp, 1971.

Andrés OLLERO TASSARA  
Académico de Número de la  
Real Academia de Ciencias Morales y Políticas  
Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos  
Magistrado del Tribunal Constitucional

VER TAMBIÉN: DERECHOS HUMANOS / DESOBEDIENCIA CIVIL / EFICACIA JURÍDICA / IUSNATURALISMO / JUSTICIA / LIBERTAD POLÍTICA / OBJECIÓN DE CONCIENCIA / POSITIVISMO JURÍDICO / TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

- IGLESIAS, Enrique V. – *Iberoamérica*.
- INNERARITY, Daniel – *Integración europea*.
- JEREZ CALDERÓN, José Joaquín – *Aforamiento*.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio – *Expropiación forzosa / Soft Law*.
- LA PORTA, Antonio María – *Teoría comunicacional del Derecho*.
- LABORDA MARTÍN, Juan José – *Socialismo*.
- LAMO DE ESPINOSA, Emilio – *África / Asia-Pacífico / Pandemia: Perspectiva internacional / Pandemia: Perspectiva sociológica / Poder político / Progreso*.
- LANDA ARROYO, César – *Derechos sociales*.
- LAVILLA ALSINA, Landelino (†) – *Transición democrática*.
- LAVILLA RUBIRA, Juan José – *Administraciones Públicas / Decreto Ley*.
- LIÑÁN NOGUERAS, Diego – *Acervo (de la Unión Europea) / Constitución Europea (Proyecto de) / Reservas a los Tratados*.
- LLAMAS SAÍZ, Carmen – *Discurso político*.
- LLAMAS POMBO, Eugenio – *Código Civil / Derecho de familia*.
- LLERA RAMO, FRANCISCO J. – *Calidad democrática (Enfoques empíricos) / Ciencia Política*.
- LÓPEZ NIETO, Lourdes – *Elecciones / Oposición política*.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo – *Consejo General del Poder Judicial / Jueces y magistrados / Tribunal Supremo*.
- MAINER, José Carlos – *Literatura y política*.
- MALDONADO MONTOYA, Juan Pablo – *Salario*.
- MANFREDI SÁNCHEZ, Juan Luis – *Comunicación política*.
- MANGAS MARTÍN, Araceli – *Tratados internacionales / Unión Europea*.
- MARÍN CASTÁN, M.<sup>a</sup> Luisa – *Common Law*.
- MARTÍN REBOLLO, Luis – *Buena administración / Contratos públicos*.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ, FRANCISCO – *Ciberterrorismo*.
- MAURANDI, Nicolás – *Jurisdicción contencioso-administrativa*.
- MENÉNDEZ, Agustín J. – *Comisión Europea*.
- MILLÁN QUEROL, Juan – *Clivaje / Voto electrónico*.
- MOLINA CANO, Jerónimo – *Polemología*.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo – *Derecho del Trabajo / Huelga*.
- MORALES, Antonio – *Sanciones administrativas*.
- MORESO, José Juan – *Teoría analítica del Derecho / Utilitarismo jurídico*.
- MORILLAS, Pol – *Sociedad internacional*.
- MUÑOZ-GRANDES GALILEA, Agustín – *Defensa (el arte del buen mandar)*.
- NADAL, Álvaro – *Agenda digital / Estado asegurador / Políticas públicas*.
- NATERA, Antonio – *Liderazgo político*.
- NEGRO PAVÓN, Dalmacio – *Formas políticas / Historia de las Ideas / Iusnaturalismo*.
- NUEZ, Paloma de la – *Emociones políticas*.
- OLIVIÉ, Iliana – *Poder blando*.
- OLLERO TASSARA, Andrés – *Derecho y moral / Diálogo de tribunales*.
- OÑATE, Pablo – *Buen gobierno / Cultura política*.
- OREJA AGUIRRE, Marcelino – *Diplomacia*.
- ORELLANA CANO, Ana M.<sup>a</sup> – *Jurisdicción social*.
- ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso – *Extranjería*.
- OVEJERO, Félix – *Republicanismo cívico*.
- PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón de – *Gueerra y Conflicto político*.
- PAREJO ALFONSO, Luciano – *Administración Local / Municipio*.
- PASCUA MATEO, Fabio – *Administración electrónica / Domicilio*.
- PAU, Antonio – *Discapacidad*.
- PENDÁS GARCÍA, Benigno – *Democracia / Estado / Estado social / Globalización / Nación y nacionalismo / Pandemia: Perspectiva jurídica / Pandemia: Perspectiva política / Política / Política cultural / Razón de Estado / Real Academia de Ciencias Morales y Políticas / Soberanía*.
- PENDÁS PRIETO, Pablo J. – *Corona / Jurisprudencia / Sistema soviético*.
- PÉREZ DE LOS COBOS, FRANCISCO – *Contrato de trabajo / Convenio colectivo*.
- PÉREZ-DÍAZ, Víctor – *Sociedad civil (Perspectiva sociológica)*.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique – *Seguridad jurídica*.

ENCICLOPEDIA DE LAS CIENCIAS  
MORALES Y POLÍTICAS  
PARA EL SIGLO XXI

CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS  
(Con especial referencia a la sociedad pos-Covid-19)

EDICIÓN DE BENIGNO PENDÁS  
PRÓLOGO DE MIGUEL HERRERO DE MIÑÓN

# ENCICLOPEDIA DE LAS CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS PARA EL SIGLO XXI

## CIENCIAS POLÍTICAS Y JURÍDICAS

Edición de Benigno Pendás  
Prólogo de Miguel Herrero de Miñón



REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS  
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO