

de forma que en francia cuaja la idea de que la nación no puede actuar directamente por sí misma para ser poder constituyente y ha de elegir llegado el caso unos representantes pero no unos representantes ordinarios unos diputados o unos ordenadores ordinarios sino unos representantes ordinarios a los que se otorgan potestades también excepcionales para actuar como poder constituyente pues bien la concepción actual contemporánea del poder constituyente es la de que estamos en presencia de un poder unitario en segundo lugar que estamos ante un poder hijo de la idea de la soberanía del pueblo y que puede ser un poder unitario que puede ser un poder unitario que puede ser un poder unitario que puede ser un poder unitario que puede ser un poder unitario

tanto repetimos, es un poder originario y sustancialmente autónomo de cualquier poder constituido ulteriormente por la propia constitución. Y en tercer término, que el legislador ordinario, dado que es un mero poder constituido, queda sometido a la obra del poder constituyente, que es la constitución, y no puede contravenirla. Las actuaciones del poder constituyente son esencialmente creadoras e intermitentes, pues como se ha dicho, sus intervenciones son breves y escasas. Como escasos y breves son los momentos decisivos para la vida de un pueblo. Realmente la teoría del poder constituyente es el basamento, es el cimiento de la teoría de la constitución, pues es su primera piedra, colocada sobre el principio de legitimación de todas las instituciones de la Constitución. Todo el tiempo, la teoría de la Constitución es un objeto de la Constitución, y es un

sistema democrático a saber la soberanía del pueblo. Hay que reconocer que la ciencia del derecho sólo parcialmente nos puede dar respuesta a los interrogantes que se suscitan en torno al poder constituyente. El poder constituyente originario que realmente el que merece propiamente ese nombre a diferencia del poder derivativo o de reforma suele significar una ruptura de hecho de facto con el ordenamiento jurídico precedente. En ocasiones lo hace en términos de fuerza pura desnuda de todo asidero de legitimación jurídica al tiempo de derrocar un régimen político y abrir una etapa constituyente. Por eso decía Donoso Cortés que el poder constituyente no puede

localizarse por el legislador ni formularse por el filósofo porque no caben los libros y rompe el cuadro de las constituciones si aparece alguna vez proseguía diciendo donoso aparece como el rayo que rasga el seno de la nube inflama inflama la atmósfera hiere la víctima y se extingue de esta forma nos encontramos con que los cimientos del poder constituyente originario no se pueden construir sobre el orden jurídico positivo y conectan más bien con situaciones fácticas y en ocasiones con el llamado derecho a la revolución pero el gran progreso de la civilización contemporánea es el progreso conforme al cual se considera que el derecho de la revolución sólo está justificado frente a la tiranía frente a los supuestos en que el tirano niega el ejercicio de los derechos de la revolución y que el derecho de la revolución es el derecho de la revolución y que los derechos fundamentales

de las personas y la convivencia civilizada cuando esto no es así y desde luego no es así entre nosotros ni es así en las democracias europeas tan sólo tiene sentido no ya el poder constituyente originario sino el poder constituyente constituido derivativo o de reforma según lo considero queramos llamar que es el que prevé la constitución para a través de los propios cauces que la misma establece poder modificar en lo

necesario el texto de la constitución política hasta ese momento vigente nada más y muchas gracias entramos en los últimos minutos de la revista y vamos a cerrar con un tema de derecho a una

Para ello contamos con la presencia del profesor don José Luis Muñoz de Baena, que nos va a hablar de derecho y moral. Dos conceptos que se parecen pero no son iguales y su principal diferencia estriba en el motivo que nos lleva a realizar u omitir una conducta. Pero, ¿deben estar separados derecho y moral? ¿Cuál es la relación que debe existir entre ellos? ¿El derecho puede ser inmoral? Oigamos que nos responde a todas estas preguntas el profesor Muñoz. Buenas noches y bienvenido profesor Muñoz de Baena. Buenas noches. El tema que nos ocupa hoy parece interesante pero complicado. ¿Lo es realmente? Lo es pero menos de lo que parece. La dificultad de este tema deriva de que el derecho y la moral se parecen, al menos a simple vista, porque los dos cuando se analizan en su estructura vemos que son órdenes normativos, por tanto conjuntos de la moral y de la moral. ¿Qué es lo que nos hace sentirnos? ¿Qué es lo que nos hace sentirnos?

normas que nos mandan a hacer ciertas cosas y evitar otras. Ese es el motivo por el cual entre ellos existen ciertas analogías que a veces nos pueden resultar confundentes. Y precisamente por eso antes de comenzar quiero avanzar una idea que resulta muy reveladora para los alumnos que se enfrentan por primera vez con este tema. Y la idea es que la principal distinción entre el derecho y la moral está no tanto en los tipos de conductas que uno y otra regulan, en las conductas que ambos nos piden que realicemos o que evitemos, como en el motivo que nos lleva a realizar o a omitir esas conductas. Es decir, que una persona puede realizar la misma acción, exactamente la misma, por motivos morales o bien por motivos jurídicos. Sobre este punto voy a volver después con cierto detalle, pero ahora me interesa dejarlo apuntado. Profesor Muñoz de Baena, resulta un tanto sorprendente para una persona no versada en estos temas, como pueda ser yo, eso de que el derecho y la moral se han separado. En periodos relativamente recientes.

A pesar que todas las distinciones conceptuales que manejamos hoy en día nos han venido dadas desde los más remotos tiempos de la historia, pero no. Ciertamente hay una determinada época histórica que es bastante amplia. Convencionalmente se suele decir que esto se produce a fondo desde la Ilustración, pero hay desde luego bastantes precedentes. A partir de esa época histórica se considera que el derecho no puede inmiscuirse en el ámbito interno de la persona. O por decirlo de otra manera, que al derecho le importa lo que hacen o lo que dejan de hacer, insisto, las personas, pero no lo que piensan o sienten. Esto parece una evidencia, como he dicho antes, pero en realidad es una conquista histórica. Y es una conquista histórica relativamente reciente. Y de luego solo es concebible precisamente en una sociedad en la cual el derecho y la moral están separados como campos distintos. Esto es una cosa que por supuesto tiene sus ventajas, pero también sus inconvenientes. Esa separación entre derecho y moral no puede llegar a ser peligrosa. Usted acaba de decir que...

tiene sus ventajas pero también sus inconvenientes, ¿no? Efectivamente. Se dice, se suele entender que es peligrosa cuando el derecho es totalmente indiferente a cualquier tipo de barreras morales. Pero es que la separación de derecho y moral, que es en sí una distinción conceptual, no tiene modo alguno por qué llevarnos ahí. Lo que no quiere decir que algunas veces no lo haya hecho. Yo entiendo que el auténtico valor de

dicha separación está en que permite asegurar, y este fue el motivo que dio lugar a su nacimiento, a asegurar, digo, que las convicciones morales de una persona no puedan, en ningún caso, ser objeto de examen por el sistema jurídico. Por ejemplo, la convicción moral de que existen seres inferiores que deben ser eliminados nos parece a la mayoría moralmente reprobable. Moralmente reprobable. Pero nada podemos hacer contra ella mientras permanezca en el ámbito del pensamiento de aquellos que la sustentan. Sencillamente porque el derecho no castiga pensamientos o convicciones. Esta es la ventaja, entiendo yo, de la separación de derecho y moral. Otra cosa muy distinta es que quien sostiene...

este tipo de ideas perversas, se dedique a ponerlas en práctica o incluso a hacer apología pública de ellas, en cuyo caso el derecho sí habría de intervenir. ¿Habría de intervenir? ¿Por qué? ¿Porque son ideas inmorales? No, fundamentalmente porque las conductas que esa persona desarrollara, como la práctica o la apología de esas ideas, serían constitutivas de ciertos tipos penales, esto es, jurídicos. Por cierto, en relación con esto, todos sabemos que en ciertas épocas históricas no muy lejanas, en el mismo siglo XX, el propio sistema jurídico sostuvo este tipo de ideas, bueno, ciertos sistemas jurídicos, claro está, y se dedicaron a ponerlas en práctica. Eso tiene que ver con lo que antes me preguntaba sobre si la distinción entre derecho y moral puede llegar a ser peligrosa. Pues sí, puede serlo cuando es el mismo Estado el que piensa que no hay barreras morales de ningún tipo para sus normas y se dedica, por ejemplo, a regular el genocidio en vez de penarlo, cosa que ha ocurrido históricamente. Pero claro, la separación entre derecho y moral aparece históricamente como una garantía, como una garantía de la libertad de pensamiento. Gracias.

Y esto sería precisamente lo contrario. Casi todas las grandes ideas tienen su parte positiva y su reverso negativo, pero se sostiene por la mayoría que acaba siempre prevaleciendo el primero sobre el segundo. Profesor Muñoz de Baena ha hablado de cierto tipo de convicciones morales que a la mayoría nos parecen inmorales. ¿Quiere eso decir que hay moral o debe más bien hablarse de morales, de diferentes morales? Hay morales, efectivamente. Lo que para algunas formas de moral resulta bueno, para otras es condenable. Y esto es sencillamente porque cada moral es producto de una época y de unas circunstancias determinadas. Y hay épocas como la nuestra que generan una gran pluralidad de posturas morales y esto hace que no existan valores morales uniformes en el cuerpo social, salvo en aspectos concretos. Por supuesto, hay intentos de encontrar principios morales comunes para todas las épocas y todos los lugares, pero estimo que no vienen al caso en un tema elemental como este. Vamos a ver, ¿qué nos puede contar de los diferentes criterios o de los criterios que hay para diferenciar derecho y moral?

Hay varios. Voy a comenzar refiriéndome al criterio externo-interno, que me parece uno de los más sencillos. Este criterio hace referencia al hecho incuestionable de que la moral tiene que ver con nuestras convicciones íntimas, en ese sentido internas, mientras que al derecho le importa exclusivamente nuestro comportamiento externo. Este es el criterio más simple, desde luego, y principalmente porque es el primero en aparecer. Con él se pretendía, sobre todo, defender la conciencia de las personas en épocas en que aún resultaba posible inculpar a alguien por sus ideas. Y el caso más típico es el de las ideas religiosas, que como todos sabemos, en otras épocas daban lugar a procesos. Las ideas religiosas que no son, estrictamente hablando, ideas morales, pero que van unidas a ellas. Y aprovecho además aquí para hacer una aclaración que

se refiere a algo obvio, pero que es importante. Toda religión lleva consigo una moral, pero no viceversa, porque existen morales laicas y morales ateas, además de morales religiosas.

el de la estructura lógica, creo que también es bastante sencillo y evidente. Se dice en el texto que la moral es subjetiva y es unilateral porque emana del sujeto y se refiere a su propio mundo de valores y de convicciones, esto es subjetiva, y porque además el cumplimiento de una obligación moral no puede ser exigido por un sujeto ajeno, esto es unilateral. Por el contrario, la objetividad del derecho y su bilateralidad derivan del hecho incuestionable de que lo jurídico sólo se entiende en el ámbito de la relación intersubjetiva, al contrario que la moral, y en este ámbito, el de la relación intersubjetiva que regula el derecho, todo derecho subjetivo tiene su obligación correlativa que puede ser exigida por otro, lo que no ocurre desde luego en el plano moral. Hay un tercer criterio basado en la posibilidad de recurrir a la coacción, tampoco parece que plante demasiados problemas este, ¿no? No, es uno de los más evidentes para la gente no versada en estos temas. La moral puede aconsejar pero no puede castigar

en el sentido más directo de la palabra repito en el sentido más directo la palabra el que a todos nos viene a la mente cuando decimos castigar el que implica pues un sentido físico toda sanción moral que las hay evidentemente apela pues a cosas como nuestro sentimiento de culpa o al dolor por haber traicionado normas que pensamos que deben regir nuestro comportamiento o en el peor de los casos si es una moral como decía antes una moral de base religiosa apela al temor a un castigo eterno pero la norma moral como tal norma moral ojo lo que digo como tal norma moral no puede llevar aparejado una sanción jurídica como la privación de libertad o una multa sus sanciones exclusivamente moral pero vamos a ver ciertas conductas están sancionadas por el derecho precisamente por ser inmorales como por ejemplo el abuso de menores no es así efectivamente estas conductas tan polémicas y tan de actualidad desgraciadamente son castigadas por el derecho en nombre eso es cierto en nombre de una determinada concepción de lo moral que el derecho a

suya. Pero el reproche, que esto es lo que cuenta, el reproche que se dirige contra ellas es un reproche jurídico, lo que no obsta de modo alguno a que sea compatible también con un reproche moral. La diferencia está, dicho de una manera bastante simple pero yo creo que ilustrativa, la diferencia está en que quien invoca la sanción moral diría algo así como, ojalá se sienta culpable el resto de su vida, mientras que quien invoca la jurídica diría, espero que no salga de la cárcel en muchos años. Y evidentemente no es lo mismo. Lo cual tampoco es obvio para que sentirse culpable toda una vida, desde el punto de vista moral, pueda ser incluso peor que pasar 12 años en la cárcel. Esto dependerá, por supuesto, del tipo de cárcel. Evidentemente las dos sanciones no son lo mismo, pero desde luego son perfectamente compatibles. Pero volviendo al tema hay una cosa clara y es que el derecho no juzga inmoralidades que no hayan sido definidas además como antijurídicas. Y por lo tanto en la medida en que lo han sido le importan no, como tales inmoralidades, si no valga la expresión, como antijurídicas.

antijuridicidades. Recuerdo a este respecto que uno de los imputados en el famoso caso Naseiro, haciendo referencia a la inexistencia de pruebas legalmente obtenidas contra él, decía irónicamente, yo creo que también cínicamente, algo así como, no se nos puede acusar de malos pensamientos. Bueno, yo creo precisamente que esa frase resume muy bien la diferencia

entre la separación del derecho y de la moral a la hora de imputar. Un cuarto criterio, el de autonomía-heteronomía, es quizá el más complicado de entender, ¿no? A primera vista sí, pero yo creo que si se tiene en cuenta lo que dije hace unos minutos al comienzo de esta intervención, concretamente eso de que lo que cuenta es el motivo, la cosa se aclara bastante. Voy a tratar de explicar esto un poco más y después además daré un ejemplo. Que la moral es autónoma significa que sus normas se las da el sujeto a sí mismo. Esto es sobre todo... Herencia del pensamiento kantiano. Las normas, digo, en la moral se las da el sujeto a sí mismo, como sujeto a la moral.

racional, o por decirlo de otro modo, el sujeto se obliga a lo que él estima que es bueno en sí mismo, con independencia de los dictados externos. No voy a ocultar que esto es matizable. El que nace en un país católico, pues generalmente suele tener una moral católica, por lo menos existe un mayor porcentaje de posibilidades de que herede, por así decirlo, una moral católica. Y en este sentido, lo mismo ocurre con un musulmán o con un protestante. Y en este sentido, eso de la autonomía es matizable, porque no se elige totalmente, ¿verdad? Pero en última instancia, uno siempre es, al menos teóricamente, dueño de su propio ámbito moral y puede renunciar a los principios morales que le fueron inculcados y elegir otros cualesquiera. En contra de esto, el concepto de autonomía, eso de decir que el derecho es heterónimo, significa que al sujeto las normas jurídicas le vienen dadas desde fuera, desde una instancia que es ajena a sí mismo. Lo que quiere decir que no las obedece, o no tiene al menos por qué obedecerlas, por su independencia. No por su íntima convicción, sino por la confianza.

de que los mandatos del derecho son buenos no en sí mismos, sino por imposición. Por lo tanto, la diferencia tiene que ver con algunos de los criterios que se han manejado anteriormente, pero no se reduce estrictamente a ellos. Voy a dar un ejemplo por si puede aclarar más este problema. La persona que debe pagar sus impuestos a Hacienda lo puede hacer, o bien porque la normativa fiscal vigente le obliga a ello, esto es, por motivos jurídicos, o sea, que caen dentro de la órbita de la heteronomía, o bien porque está convencido de que debe pagar, porque tiene que hacerlo moralmente con independencia de que exista una inspección fiscal que pueda sancionarle. Esto es, por motivos morales que se dan dentro del ámbito de la autonomía. Al derecho le importan sólo relativamente sus motivos. Lo que le importa en realidad es que pague. Por supuesto que... El sistema jurídico intentará, mediante campañas en los medios de comunicación,

convencer, concienciar, como dicen ahora los repipis, concienciar a los ciudadanos de que sin impuestos no hay carreteras ni hospitales, ni universidades si no hubiera universidades no sabemos si saldríamos ganando o perdiendo pero en última instancia lo que quiere decir el derecho es que el ciudadano tiene que pagar, porque si no lo hace será sancionado sería estupendo desde luego que pagara convencido de que debe hacerlo, si paga enrabietado como lo hace el 99% de los ciudadanos al derecho en el fondo le da igual lo que cuenta es que pague, esto es heteronomía porque la norma que regula nuestro comportamiento, la norma jurídica que nos dice, simplificando debes pagar tus impuestos nos viene dada, nos viene impuesta desde fuera, es heterónoma nosotros la cumplimos en principio, no como un fin bueno en sí mismo lo que sería cumplirla de manera moral sino como un medio para evitar una sanción es decir, la cumplimos de forma instrumental, por supuesto hay ciudadanos también que pagan religiosamente

porque no es casualidad que utilizamos precisamente este término, pero cabría en este caso decir que pagan moralmente sus impuestos. Debe haber por lo menos cinco o seis en este país. Mi padre, por ejemplo, los paga absolutamente encantado ante el escándalo de mi madre. Pero la obligación que cumplen con ese pago es jurídica, es heterónoma, aunque sus motivos para hacerlo sean muy limpios, muy honrados y sean profundamente morales. Esto es autónomo. Por eso decía antes que lo moral y lo jurídico confluyen en ciertas conductas o en ciertas omisiones y que lo que los distingue no es la conducta o la omisión de qué se trata, sino el motivo. Hay un último criterio que separa o con el cual se puede diferenciar el moral y derecho, que es el de la finalidad social, ¿no? Sí, ese es el más evidente de todos. Además es el que más fácilmente se puede resumir. La moral persigue un perfeccionamiento personal, igual que la religión a la que muchas veces va ligada, pero no siempre, como he dicho antes, y el derecho a lo que busca.

Es fundamentalmente una convivencia civilizada, una convivencia lo más ordenada posible. Lo que no obsta, por supuesto, a que puedan influir mutuamente, es decir, a que el derecho pueda contribuir a nuestro perfeccionamiento personal, mediante unas normas cada vez más elaboradas y más justas, y que a la inversa una moral social aceptablemente uniforme pueda tener efectos sociales muy beneficiosos. Pero desde luego la distinción conceptual está clara, y con independencia de las interferencias que se puedan dar en el plano puramente fáctico, aquí estamos tratando sobre todo de las diferencias, pero también de las analogías que se dan en el plano conceptual. Y ya, para finalizar, profesor Muñoz de Baena, y teniendo en cuenta lo que nos ha dicho anteriormente sobre que no hay moral, sino morales, ¿cómo se puede plantear en la actualidad el problema de la relación entre derecho y moral? Yo estimo que se puede y se debe plantear precisamente... ..la pluralidad. Porque el derecho lleva implícita siempre una determinada opción moral, esto es evidente. Al derecho se le plantea la necesidad...

Puede elegir y todo derecho lleva siempre detrás una moral, que unas veces es más o menos deseable, más o menos buena, desde nuestro punto de vista, porque no olvidemos que siempre juzgamos morales desde morales. Y otras veces puede tener detrás una moral intrínsecamente perversa. El derecho, repito, siempre elige una determinada opción moral y esa opción moral no es la única posible en una sociedad, mucho más todavía cuando esa sociedad, ya lo he dicho antes, es tan variable desde el punto de vista moral como la nuestra y hay tantas posturas distintas. Pero lo que sí conviene, desde luego, es que esa opción moral que tiene detrás el derecho sea la predominante. Y es evidente también que cuanto más se acerque a ella, sin dejar de respetar las discrepancias, que esto es muy importante, mayor será la cohesión social que se sienta. Y el sistema jurídico será capaz de concitar. Pero en última instancia, lo realmente importante será siempre, y aquí hago alusión a unas palabras de Kelsen que las decía, referidas a la justicia, pero yo creo que también se pueden aplicar.

a la opción moral que adopta un sistema jurídico, que la opción más adecuada sería aquella que tenga en cuenta la tolerancia, porque la tolerancia, si se define por algo precisamente, es por aceptar lo que es distinto. Entonces, quizá, con independencia de que el derecho adopte determinadas posturas morales más o menos claras y terminantes, hay una postura moral que debe haber siempre, detrás de todo sistema jurídico, al menos de los democráticos, que es la de que el respeto de cualesquiera

normas morales, siempre que éstas no entren en el ámbito de lo jurídico penal, es algo absolutamente insoslayable. Yo creo que con eso está cumplido el mínimo de respeto moral que debe siempre sostener todo sistema jurídico, con independencia, repito, de que tenga sus propias opciones morales, y además es que es imposible sustraerse a ellas. Profesor Muñoz de Baena, hemos visto claramente el concepto de derecho y de moral, y la relación y a veces la divergencia que puede haber entre ellos dos.

Muchísimas gracias por haber estado con nosotros compartiendo estos minutos en la revista de Derecho. Muchas gracias, buenas noches. Llegó el momento de despedirnos. Dentro de una semana traeremos una nueva edición de la revista de Derecho donde les presentaremos los temas de segundo curso de la carrera. Sigán en nuestra sintonía y les invitamos a escuchar en primer lugar el informativo universitario y a las diez y media el curso de acceso. Beatriz Santamaría que estuvo como siempre en el control de sonido y Charo López de Haro ante el micrófono. Les damos las gracias por su atención y esperamos que este tiempo que hemos compartido con todos ustedes haya sido de su agrado. Muy buenas noches y les esperamos el viernes que viene.