

Sobre las relaciones y las funciones recíprocas entre Derecho y Moral

Por ALBERTO MONTORO BALLESTEROS

Murcia

SUMARIO: I. DERECHO Y MORAL COMO SISTEMAS NORMATIVOS. CRITERIOS DE DISTINCION. 1. Finalidad de las normas. 2. Contenido de las normas. 3. Objeto de las normas y modo de valoración de los comportamientos. 4. Modo de obligar las normas. II. RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL COMO SISTEMAS NORMATIVOS DIFERENCIADOS. 1. Relaciones de indiferencia o neutralidad. 2. Relaciones de tensión o conflicto. 3. Relaciones de recepción y de remisión. 4. Relaciones de armonía y complementariedad. III. FUNCIONES RECÍPROCAS ENTRE DERECHO Y MORAL. 1. Funciones de la Moral respecto del Derecho. A. La Moral como fuente material del Derecho. B. La Moral como fin del Derecho. C. La Moral como fundamento y límite de la validez del Derecho. D. Otras manifestaciones de la función limitadora de la Moral: a) La Moral como límite a la autonomía de la voluntad. b) La Moral como límite al ejercicio de los derechos y libertades públicas. c) La Moral como límite de la capacidad de obrar. d) Incidencia de la Moral en la situación y en el estado civil de las personas. E. La Moral como garantía de la eficacia del Derecho. F. Función metódica de la Moral en el Derecho. 2. Funciones del Derecho respecto de la Moral.

I. DERECHO Y MORAL COMO SISTEMAS NORMATIVOS. CRITERIOS DE DISTINCION

El comportamiento humano está regulado por una pluralidad de sistemas normativos, entre los que destacan el Derecho y la Moral.

La Moral es, si cabe, un sistema normativo más complejo y problemático que el Derecho porque ella no tiene una significación unívoca, ni equívoca, sino plural y análoga. La Moral es un fenómeno, una realidad

compleja que comprende junto a normas de carácter individual (Moral individual que puede tener una significación religiosa o profana), normas de carácter social ¹ (Moral social), que poseen rasgos o notas que la aproximan, en diferente medida, a los sistemas normativos constituidos por el Derecho y los usos o reglas de trato social ².

Derecho y Moral constituyen dos sistemas normativos diferenciados entre los que se dan múltiples y complejos tipos de relaciones y funciones recíprocas.

La distinción entre Derecho y Moral puede establecerse de acuerdo con los siguientes criterios:

1. Finalidad de las normas

En la regulación del comportamiento humano la Moral busca la perfección individual del sujeto (*homo bonus*), mientras que el Derecho tiene como finalidad la perfección del orden social (*bonum opus*), cifrado en la consecución del bien común, para hacer posible la convivencia humana dentro de un orden justo, seguro, pacífico y libre.

2. Contenido de las normas

Con el fin de hacer bueno al hombre (*homo bonus*) la Moral obliga a hacer todo lo bueno (práctica de todas las virtudes) y prohíbe hacer todo lo malo (abstención de todos los vicios), haciendo de la realización del bien (*bona in se*) y de la evitación del mal (*mala in se*) la razón y el fundamento último del obrar. Por el contrario, el Derecho, para salvaguardar el orden y la paz social, que es su tarea específica, sólo debe prescribir hacer lo justo y evitar lo injusto. «La ley humana —indica Santo Tomás a este respecto— no prohíbe todos los vicios, de los que se abstiene un hombre virtuoso, sino sólo (...) los más graves (...), sin cuya prohibición la sociedad no se podría conservar, como son los homicidios, hurtos, y otros vicios semejantes». Por idénticas razones, añade Santo Tomás, «la ley humana no ordena todos los actos de todas las virtudes, sino sólo aquellos que se dirigen al bien común, sea de manera inmediata (...), sea de manera mediata (...)» ³.

1. KOLLER, P., *Theorie des Rechts* (Eine Einführung). Böhlau Verlag, Wien-Köln-Weimar, 1992, pp. 261 y ss.

2. Cfr. BLOCH, E., *Derecho natural y dignidad humana*, trad. esp. de Felipe González Vicen, Ed. Aguilar, Madrid, 1980, pp. 236.

3. *Summ. Theol.* I-II.q.96. a.2 y a.3. Cfr. BLOCH, E., *op. cit.*, p. 234.

3. Objeto de las normas y modo de valoración de los comportamientos

Tanto la Moral como el Derecho regulan actos humanos en los que hay que distinguir dos elementos o dimensiones constitutivas: un elemento interno o intencionalidad (síntesis de conocimiento y voluntad) y otro externo, consistente en la manifestación, concreción y realización material, física, de aquel a través del correspondiente comportamiento exterior. En función de esta estructura bidimensional del acto humano la diferencia entre Derecho y Moral puede compendiarse así:

- La Moral regula y enjuicia los comportamientos humanos, tanto unilaterales (los que no afectan a otro sujeto) como bilaterales (los que afectan a persona o personas distintas del sujeto que actúa), en función de un proceso valorativo que comienza por el elemento interno (intencionalidad) y concluye con el elemento externo (comportamiento exteriorizado) y las diferentes circunstancias (modo, tiempo, lugar, etc.) de su realización.
- El Derecho, a diferencia de la Moral, —además de conferir efectos jurídicos a determinados sucesos o acontecimientos independientes del conocimiento y de la voluntad humana (*hechos jurídicos*)—, regula sólo determinados comportamientos de carácter bilateral, enjuiciándolos a través de un proceso que comenzando por el elemento externo del comportamiento y sus efectos o consecuencias se prolonga y culmina, en la medida en que ello es posible y necesario para la finalidad del Derecho, en el análisis y valoración de la intencionalidad del sujeto (buena fe, mala fe, dolo, etc.), confiriéndole las correspondientes consecuencias jurídicas⁴.

4. Modo de obligar las normas

Por razón de su finalidad la Moral vincula al hombre en el fuero interno de su conciencia exigiendo así una perfecta adecuación o correspondencia entre el comportamiento externo del sujeto (sumisión u obediencia a la norma) y el *animus* o voluntad (elemento interno) que

4. Cfr. WEBER, M., *Economía y Sociedad* (Esbozo de Sociología comprensiva), edición preparada por J. Winckelmann. Nota preliminar de J. Medina Echevarría, segunda edición, séptima reimpresión. Fondo de Cultura Económica, México, 1984, p. 263; DEL VECCHIO, G., *Filosofía del Derecho*, trad. esp. de L. Legaz y Lacambra, novena ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 336; DE RUGGIERO, R., *Instituciones de Derecho Civil*, T. I, Trad. esp. de R. Serrano Suñer y J. Santa-Cruz Tejeiro, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1979, p. 12; RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., *La diferenciación de Moral y Derecho*, en «Filosofía y el Derecho» (Estudios en Honor al Prof. J. Corts Grau), T. II, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valencia, Valencia, 1977, p. 368.

impulsa ese comportamiento, que no debe ser otro que el cumplimiento de lo que la norma moral prescribe (*Moralität*, en el sentido kantiano).

Por exigencias de su fin el Derecho —sin dejar de tener en cuenta, en determinados supuestos, los motivos de obrar—, sólo exige la correspondencia o adecuación del comportamiento externo con lo prescrito por la norma (*Legalität*, en sentido kantiano)⁵, no interesándole al Derecho, en principio, las razones o motivos que empujan al sujeto a cumplir la norma. Por esta razón el Derecho no manda o prohíbe hacer algo por tal o cual motivo sino, pura y simplemente, hacerlo o no hacerlo.

El modo específico de obligar del Derecho explica que éste pueda poseer, como garantía de sus normas, la nota de coercibilidad, lo cual, por su propia naturaleza, es impensable en la Moral. Al mismo tiempo ello justifica también que un sector de la doctrina (Thomasius, Kant, Ihering, Kelsen, Ross,...) haya visto en la coercibilidad el criterio decisivo para distinguir el Derecho de la Moral⁶.

II. RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL COMO SISTEMAS NORMATIVOS DIFERENCIADOS

Moral y Derecho se configuran actualmente como dos sistemas normativos diferenciados pero íntimamente conectados entre sí, como dos ramas de un mismo tronco ético común. Ese tronco ético común es el constituido por el valor de la justicia. Tanto el Derecho como la Moral —cada uno en función de su específica finalidad y con sus respectivos medios— aspiran a ordenar el comportamiento y la convivencia humanas de acuerdo con un conjunto de valores y principios entre los que se encuentran (como valor compartido) las exigencias de la justicia.

La conexión básica entre Derecho y Moral viene constituida por tanto por el valor de la justicia, pero las exigencias de ésta no agotan el contenido de las normas del Derecho ni de la Moral. La Moral, como ya sabemos, no sólo prescribe la justicia sino la práctica de todas las virtudes, al tiempo que prohíbe todos los vicios. Por su parte el Derecho incorpora a su contenido no sólo exigencias de la justicia sino también valores, principios e ideas muy diversos de significación histórica, ideológica, política, técnica, etc. Esto determina y explica que entre Derecho y Moral, mejor aún, entre los diferentes contenidos que integran el Derecho y la Moral, en

5. KANT, I., *Die Metaphysik der Sitten* (Einleitung in die Metaphysik der Sitten III), Philipp Reclam jun. Stuttgart, 1990, p. 53.

6. Cfr. BOBBIO, N., *Il Positivismo giuridico*, Lezioni de Filosofia del Diritto raccolte dal Dr. Nello Morra, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese-Editrice. Torino. Anno Accadémico 1960-61, pp. 183 y ss.; KELSEN, H., *Teoría Pura del Derecho*, Trad. esp. de la segunda edición alemana por R. J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, p. 75; DEL VECCHIO, G., *op. cit.*, p. 336, 356 y ss.; DE RUGGIERO, R., *op. cit.*, pp. 12 y ss.; BLOCH, E., *op. cit.*, pp. 235 y ss.; RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M.^a, *op. cit.*, p. 368.

cuanto sistemas normativos considerados en su totalidad, puedan darse, simultáneamente incluso, relaciones muy diversas. Dentro de esas posibles relaciones cabe destacar la siguiente:

1. Relaciones de indiferencia o neutralidad

Esta situación se da respecto de materias y cuestiones jurídicas que son indiferentes desde el punto de vista Moral. Así, por ejemplo, los asuntos puramente técnicos de organización y funcionalidad que, al menos en su raíz, responden a puros principios de economía y eficacia de las instituciones políticas, jurídicas y económicas ⁷.

Lo mismo acontece respecto de asuntos irrelevantes desde el punto de vista jurídico, como pueden ser, por ejemplo, las cuestiones relativas a la vida virtuosa individual, en relación con las cuales el Derecho, en principio, nada tiene que decir.

2. Relaciones de tensión o conflicto

En el proceso de su evolución el Derecho y la Moral pueden presentar determinados puntos de fricción, tensión y conflicto. Estas situaciones se producen cuando el Derecho obliga o simplemente permite o autoriza cosas que la Moral prohíbe (por ejemplo, problemas relativos a la legalización del aborto, al reconocimiento jurídico de las parejas de homosexuales, persistencia en los ordenamientos jurídicos de la pena de muerte, etc.), y también cuando el Derecho prohíbe o sencillamente limita o dificulta la práctica de conductas que la Moral prescribe.

La aparición de estos puntos de tensión y conflicto entre Derecho y Moral perturba y obstaculiza de diferentes formas y con distinta intensidad el lógico y sereno desenvolvimiento de la vida social, planteándose al ciudadano y a la autoridad el problema de decidir en cada caso, cual de las normas en conflicto debe prevalecer, y a la Política Jurídica la tarea de buscar soluciones adecuadas a dichas situaciones de tensión y conflicto. De otro lado, esos momentos de tensión y conflicto pueden operar como factores de impulsión del proceso de desarrollo y perfeccionamiento tanto del Derecho como de la Moral ⁸.

7. Cfr. DENNIS, LORD D., *La idea de Derecho* (¿Perversidad represora o necesidad social?), trad. esp. de R. Aguilar de Ben y M. Barat. Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 67; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *La Moral en el Derecho vigente*, en «Derecho y Moral». Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 28. Universidad de Granada, Granada, 1988, pp. 123 y ss.

8. Cfr. DENNIS, LORD, D., *op. cit.*, pp. 65 y ss.; DREIER, R., *Recht-Moral-Ideologie*, Studien Zur Rechtstheorie, Suhrkamp Taschenbuch Wissenschaft. Frankfurt am Main, 1981, pp. 180 y ss., 184 y ss.; HAFT, F., *Aus der Waagschale der Justitia* (Ein Lesebuch aus 2000 Jahren Rechtsgeschichte), Deutscher Taschenbuch Verlag C.H. Beck, Nördlingen, 1990, 2.^a Auflage, p. 205.

3. Relaciones de recepción y de remisión

En determinados supuestos, el Derecho asume, incorpora a su sistema normativo valores, instituciones y normas de naturaleza moral, dotándolas de significación y efectos jurídicos. Así acontece, por ejemplo, en los supuestos del reconocimiento de plenos efectos jurídicos civiles al matrimonio canónico, del castigo del perjurio, de la blasfemia y de la regulación de determinados aspectos de las relaciones familiares (relaciones entre marido y mujer, entre padres e hijos y entre parientes), que originariamente tuvieron y siguen teniendo una significación fundamentalmente moral⁹. En otros supuestos el Derecho remite explícita o implícitamente a la Moral para determinar el criterio o la pauta de conducta a seguir. Esto es lo que acontece, por ejemplo, con las referencias que el Derecho hace a la buena fe, a las buenas costumbres, a la buena conducta, a la moralidad, etc.¹⁰

La Moral por su parte estatuye la obligación, en el foro de la conciencia, de obedecer las leyes justas¹¹, lo cual supone en cierto modo una especie de recepción del Derecho en la Moral o de remisión de la Moral al Derecho, y, en cualquier caso, una garantía moral de las normas jurídicas.

4. Relaciones de armonía y complementariedad

Se trata de una situación en la cual los contenidos de la Moral y del Derecho, sin ser necesariamente iguales o parecidos —en algún punto pueden y deben coincidir— son recíprocamente compatibles e incluso complementarios, apoyándose e impulsándose los unos a los otros¹².

9. RIPERT, G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 3.^a ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1935, pp. 7, 11 y ss.; cfr. BATTAGLIA, F., *Curso de Filosofía del Derecho*, trad. esp. de F. Elías de Tejada y P. Lucas Verdú, Vol. II, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1951, pp. 347 y ss.; DE RUGGIERO, R., *op. cit.*, p. 14.

10. Cfr. BATTAGLIA, F., *op. cit.*, p. 346. Sobre el sentido y alcance de las remisiones del Derecho a la Moral véase M. RODRÍGUEZ MOLINERO, *op. cit.*, pp. 126 a 128.

11. AQUINO, T. DE, *Summ. Theol.* I-II, q.96.a.4.

12. En este sentido escribe Lord Dennis Lloyd: «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 es misión de ambos 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. Si no evitamos el ataque físico a los demás y la apropiación indebida de lo que pertenece a otros, no puede haber seguridad en la vida ni en las transacciones humanas que permiten la vida y el bienestar de la sociedad. Los códigos morales, al reconocer que por regla general debemos evitar semejantes acciones, complementan la fuerza de la ley que las prohíbe. Y la reprobación moral que esos actos inspiran está reforzada por las sanciones penales u otras que impone la ley», *Op. cit.*, pp. 64 y 65. A este respecto véase también: LYON, D., *Ética y Derecho*, trad. esp. de M. Serra Ramoneda, Primera edición, primera reimpresión, Ed. Ariel, Barcelona, 1989, pp. 69 a 112; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *op. cit.*, p. 121 y ss.

Respecto de las situaciones de conflicto y armonía que en determinados momentos pueden existir entre Derecho y Moral cabe advertir:

1. La tensión y el conflicto es una situación normal entre sistemas normativos vigentes, pudiendo constituir esa situación de tensión y conflicto —como ya se ha indicado— uno de los factores que impulsa el cambio y el perfeccionamiento recíproco de ambos sistemas.

2. La relación de armonía y complementariedad, con independencia de que de hecho se dé en determinadas situaciones, constituye siempre una meta exigida por la unidad del acto humano —que exige compatibilidad y armonía entre las normas que lo regulan— hacia la cual debe apuntar el proceso de desarrollo y perfeccionamiento de ambos sistemas normativos.

Las relaciones de mutua armonía y complementariedad constituyen el supuesto adecuado para estudiar las funciones recíprocas que pueden y deben darse entre Derecho y Moral.

III. FUNCIONES RECÍPROCAS ENTRE DERECHO Y MORAL

Derecho y Moral son sistemas normativos diferenciados pero unidos entre sí, según indicamos ya, como dos ramas pertenecientes al mismo tronco ético constituido por el valor de la justicia. En virtud de ello Derecho y Moral, en cuanto sistemas normativos, no están meramente yuxtapuestos sino engranados, imbricados, entre sí, como dos círculos secantes. Esa relación de imbricación (*intersección*) determina la existencia, real o potencial, de un complejo de funciones recíprocas entre Derecho y Moral.

1. Funciones de la Moral respecto del Derecho

La Moral, como sistema normativo independiente del Derecho, así como los contenidos morales que circunstancialmente el Derecho asuma e incorpore a sus normas (*recepción*) pueden cumplir, en relación con el Derecho positivo, múltiples funciones. Entre ellas cabe destacar:

A. La Moral como fuente material del Derecho

Históricamente la Moral ha venido operando —con diferente alcance e intensidad, de acuerdo con las concretas circunstancias históricas de tiempo y lugar— como fuente material y factor de corrección y perfeccionamiento del Derecho positivo, al inspirar y determinar el espíritu y el contenido de algunas instituciones y normas

jurídicas¹³. En este sentido la doctrina ha puesto de relieve, de modo reiterado, hasta elevarlo a la condición de tópico, el hecho de la influencia humanizadora que la Moral cristiana ejerció —directamente, unas veces, indirectamente, otras, a través, fundamentalmente, del Derecho Canónico— sobre determinados derechos positivos. Esa influencia es claramente manifiesta en el Derecho histórico español¹⁴. En nuestra historia jurídico-constitucional más reciente encontramos un curioso precepto que consagraba formalmente la función de la Moral como fuente material del Derecho positivo. Se trataba de la *Ley de Principios del Movimiento Nacional* (de 17 de mayo de 1958), vigente hasta 1978, la cual, en su declaración segunda, establecía: «La nación española considera como timbre de honor el acatamiento de la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana, única verdadera y fe inseparable de la conciencia nacional, que inspirará su legislación».

B. *La Moral como fin del Derecho*

Con mayor o menor amplitud, según las circunstancias históricas, el Derecho ha asumido y continúa haciendo suya la tarea de proteger y promover determinados valores y contenidos morales que se convierten así en fines parciales del Derecho.

Manifestaciones diversas de esa función son, entre otras, las siguientes tareas:

a) *El reconocimiento y la protección jurídica de la religión y de la moralidad*. En nuestro Derecho histórico más reciente habría que destacar al respecto la específica protección de que fue objeto la religión católica. El *Fuero de los Españoles* disponía en este sentido, en su art. 6: «La profesión y práctica de la Religión Católica, que es la del Estado Español, gozará de la protección oficial». El mismo precepto añadía, en su párrafo segundo: «El Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público¹⁵».

13. Cfr. LLOYD, LORD D., *op. cit.*, p. 66; PRECIADO HERNÁNDEZ, R., *Lecciones de Filosofía del Derecho*, segunda edición (primera reimpresión) Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1986, p. 105.

14. Cfr. COING, H., *Europäisches Privatrecht*, T. I. (Älteres Gemeines Recht) C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung. München, 1985, pp. 35 y ss., 43 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *La vocación jurídica del Pueblo español*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», septiembre y octubre, 1948, pp. 6 y ss.; GALO SÁNCHEZ, *Curso de Historia del Derecho*, décima ed. revisada por J. A. Rubio, Editorial Miñón, Valladolid, 1980, pp. 11, 12, 53, 80 y 142; MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, J., *Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. XXIII, Madrid, 1953, pp. 467 y ss.; *El Derecho Canónico y el Derecho Civil*, cap. III de la obra colectiva, *Derecho Canónico*, T. I. Eunsa, Pamplona, 1974, p. 134 y ss., 137 y ss., 142 y ss., 148 y ss.

15. Se trata de preceptos que, con diferente alcance e intensidad, según las circunstancias políticas, tienen una larga tradición histórica en nuestro Derecho constitucional: Constitución de 1808, art. 1; Constitución de 1812, art. 12 y 117; Constitución de 1845, art. 11; Constitución de 1856, art. 14; Constitución de 1869, art. 21; Constitución de 1876, art. 11.

En nuestro Derecho vigente se ha operado, entre otros cambios, el desplazamiento y sustitución, en muchos casos, de las referencias a la protección de la moralidad y de la religión por el relativo a la libertad moral y religiosa. A ello hace referencia la Constitución al reconocer y garantizar la «integridad moral» de las personas (art. 15), la «libertad religiosa y de culto de los individuos y de las comunidades» (art. 16.1), así como «el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» (art. 27.3).

b) *El castigo de las conductas contraria a la religión y al orden moral.* Manifestaciones de ello en nuestro Derecho histórico fueron el castigo de la herejía, de la blasfemia, del adulterio, del amancebamiento, de la homosexualidad, de la pornografía, etc.¹⁶ En este sentido el *Código Penal*, en su anterior redacción, hacía referencias al pudor, a las buenas costumbres y a la moral pública, como bienes que el Derecho debía proteger castigando las conductas que atentaren contra ellos. Así, por ejemplo, el art. 431, párrafo primero, de dicho texto punitivo castigaba «al que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia». Y el art. 432 sancionaba al que expusiere o proclamare «por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad, o con escándalo, doctrinas contraria a la moral».

En nuestro Derecho vigente —como consecuencia de la desaparición de la confesionalidad del Estado y de un más extenso reconocimiento de libertades—, encontramos, en relación con las conductas contraria a la religión, un planteamiento más amplio y equitativo al proteger sin más el sentimiento religioso y la libertad de conciencia (arts. 205 y ss. del *Código Penal*). A este respecto dicho texto punitivo tipifica como delictiva la conducta consistente en ejecutar «actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados» (art. 208). Asimismo castiga a quien «de palabra o por escrito hiciere escarnio de una confesión religiosa o ultrajare públicamente sus dogmas, ritos o ceremonias» (art. 209).

En relación con las conductas contraria a la moralidad pública el *Código Penal* sanciona los actos de exhibicionismo y provocación sexual llevados a cabo ante menores o deficientes mentales (art. 431), así como la difusión, venta o exhibición de «material pornográfico entre menores de dieciséis años o deficientes mentales» (art. 432). También castiga la ley penal las actuaciones relativas a la cooperación o protección de la prostitución (o cualquier forma de corrupción) de otra persona (arts. 452 bis a. y ss.).

16. Diferentes aspectos de esta amplia temática en relación con la interpretación y aplicación de la ley por el poder judicial, en una etapa muy concreta de nuestra historia, pueden verse en el libro de PÉREZ RUIZ, C., *La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975)*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987.

Junto a la legislación punitiva hay que tener en cuenta, a este respecto, las disposiciones administrativas que, dentro de lo que tradicionalmente ha venido denominándose «policía de costumbres», se ordenan a la protección de la moralidad pública, prohibiendo y sancionando las conductas contrarias a ella.

c) Con todo debe advertirse que la Moral no se reduce exclusivamente a las cuestiones relativas a la religión y a la sexualidad. El Derecho protege también la moralidad cuando persigue y castiga conductas tales como el homicidio, las lesiones, las calumnias e injurias, el robo y las falsedades, etc.¹⁷, o cuando salvaguarda y favorece determinados valores, como la buena fe¹⁸.

C. *La Moral como fundamento y límite de la validez del Derecho*

Con independencia de la tesis del iusnaturalismo tradicional según la cual la ley humana sólo es ley (y por tanto sólo obliga) en cuanto se deriva de la ley natural (esto es, en la medida en que es justa) y que cuando se con contrapone a la ley natural ya no es ley, sino corrupción de ley¹⁹, un moderno sector de la doctrina a la hora de indicar el fundamento último de la obligatoriedad del Derecho (del deber jurídico) remite a la Moral: a la obligación moral de obedecer al Derecho²⁰.

Al pasar del ámbito de la doctrina al plano del Derecho positivo nos encontramos con que la Moral opera como límite de la validez de las normas jurídicas. Según nuestro *Código Civil* (art. 1.3), «la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y resulte probada».

17. Cfr. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *La moralidad pública como límite de las libertades públicas*, en XII Jornadas de Estudio, *Los Derechos fundamentales y libertades públicas* (I), Vol. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1992, p. 1008; RIPERT, G., *op. cit.*, pp. 332 y ss., 343 y ss.

18. Cfr. RIPERT, G., *op. cit.*, p. 7, 303 y ss.

19. Cfr. AQUINO, T. de, *Summ. Theológica*, I-II, q.95, a.2 y q.96, a.4.

20. A este respecto escribe HART: «Se dice a menudo que un sistema jurídico tiene que apoyarse en un sentido de obligación moral o en la convicción del valor moral del sistema, dado que no se apoya, ni puede hacerlo, en el mero poder del hombre sobre el hombre». *El concepto de Derecho*, trad. esp. de Genaro R. Carrió, Segunda ed. (reimpresión). Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 250.

Sobre este punto véase: RADBRUCH, G., *Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1932, en «Gesamtausgabe» T. II, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1993, p. 271; *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948, en «Gesamtausgabe», T. III, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1990, p. 156. MARTIN KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado* (Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático), trad. esp. de E. Bulygin, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, pp. 23 y 24; DELGADO PINTO, J., *El deber jurídico y la obligación moral de obedecer al Derecho*, en «Obligatoriedad y Derecho» (XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social), del 28 al 30 de marzo de 1994, Servicio de Publicaciones. Universidad de Oviedo. Oviedo, 1991, pp. 37 y ss.; RODRÍGUEZ MOLINERO, M., *op. cit.*, p. 120.

En relación con el Derecho legal nos encontramos con el problema de la invalidez (nulidad, anulabilidad) de las disposiciones legales contrarias a la Moral. En nuestro Derecho histórico la *Ley de Principios del Movimiento Nacional* disponía que serían «nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los principios proclamados en la presente Ley Fundamental del Reino», entre las que se encontraba, configurada como fuente material del Derecho, como hemos visto ya (declaración segunda), «la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana». En nuestro ordenamiento jurídico vigente cabe pensar al respecto en la posibilidad de interponer el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley (art. 161.1 de la Constitución), que violen los derechos y libertades de contenido moral reconocidos y protegidos por la Constitución.

La lesión de esos derechos y libertades de significación moral constituiría el fundamento, mediato al menos, de la nulidad de pleno derecho de las disposiciones reglamentarias que deroguen o modifiquen el contenido de las normas de rango superior que regulan y garantizan dichos derechos y libertades (art. 28 de la *Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado* y art. 62.3 de la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*).

D. *Otras manifestaciones de la función limitadora de la Moral*

La función limitadora de la Moral se manifiesta también en otros planos y dimensiones de la vida del Derecho. A este respecto cabe destacar:

- a) La Moral como límite de la «autonomía de la voluntad».

En el *Código Civil* encontramos múltiples ejemplos de ello. Así en materia de *contratos* dispone el Código que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público». (art. 1255).

En relación con las cosas que pueden ser *objeto de contrato* establece dicho texto legal que «pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres» (art. 1271, párrafo tercero).

Respecto del *contenido* y alcance de las *prestaciones contractuales* prescribe el Código que, los contratos, una vez perfeccionados, «obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» (art. 1.258).

En relación con la *causa de los contratos* dispone el Código que «los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno», añadiendo que «es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral» (art. 1.275).

Establece el *Código Civil* también la posibilidad de que el donante pueda *revocar* la donación «por causa de ingratitud», en una serie de supuestos en los que la razón decisiva es la violación por parte del donatario de determinadas obligaciones morales (art. 648).

A propósito de las *capitulaciones matrimoniales* prescribe el Código que «será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge» (art. 1.328).

Respecto de las *obligaciones condicionales* dispone el mencionado texto legal que «las condiciones imposibles, las contrarias a las buenas costumbres y las prohibidas por la ley anularán la obligación que de ellas dependa» (art. 1.116).

En materia de *testamentos* establece la ley civil que «las condiciones imposibles y las contrarias a las leyes o a las buenas costumbres se tendrán por no puestas y en nada perjudicarán al heredero o legatario, aun cuando el testador disponga otra cosa» (art. 792) ²¹.

Debe advertirse que los principios generales del Derecho, en cuanto informadores del ordenamiento jurídico, proyectan sus exigencias, en la medida en que lo permita su practicabilidad, tanto sobre el Derecho privado como sobre el Derecho público. De ahí que los principios de significación moral (buena fe, buenas costumbres, licitud de objeto, causa, finalidad... en los actos y negocios jurídicos, etc, etc.) condicionen y limiten también la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho público. Ello se ha subrayado con especial énfasis en relación con el Derecho Administrativo ^{21 bis}. A este respecto tenemos:

1.º Desde el punto de vista de los ciudadanos, no tiene ningún sentido, no hay ninguna razón para pensar que el ejercicio de la autonomía de la voluntad por parte de los administrados en sus relaciones con la Administración no esté sujeto a los condicionamientos y límites que tiene en el ámbito del Derecho privado.

2.º Desde el punto de vista de la Administración, de la actividad administrativa, nos encontramos con que, la Administración —no obstante su genérica sumisión al principio de legalidad (en el Estado de Derecho)— tiene reconocidas determinadas potestades discrecionales, en las que aflora la autonomía de la voluntad de la Administración, y respecto de las cuales los mencionados principios generales de significación moral operan también como límites de la actividad discrecional. Así sucede, por ejemplo, en materia de contratación administrativa, en donde el art. 3 de la *Ley de Contratos del Estado* (de 8 de abril de

21. Sobre estos diversos aspectos del problema véase GEORGES RIPERT, *op. cit.*, pp. 6 y ss. 44 y ss. y 64 y ss.

21 bis. Cfr. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio General de la buena fe en el Derecho Administrativo*, 2.ª ed, Ed. Civitas, S.A., Madrid, 1989, en especial las pp. 19 y ss., 22 y ss., 34 y ss., 37 a 43, 56 a 69, 106 y ss., 161 y ss.

1965) dispone: «La Administración podrá concertar los contratos, pactos o condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas, en su caso, en favor de aquella». Otro tanto cabe decir de la actividad de la Administración en relación con los siguientes aspectos de la misma: 1.º Constatación, apreciación y valoración del hecho determinante de la actuación administrativa; 2.º Contenido del acto administrativo, cuando la ley ofrece varias posibilidades de actuación; 3.º Oportunidad (tiempo o momento) de la actuación de la Administración, y 4.º Elección del medio más adecuado para conseguir la finalidad propuesta (art. 53 de la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*). En todos estos supuestos la Administración está sometida a las exigencias y límites de la buena fe, de la buena administración y demás principios que se manifiestan, entre otras formas, en el «principio de protección de la confianza legítima» del administrado en el buen funcionamiento de la Administración (Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 1 de febrero de 1990).

- b) La Moral como límite al ejercicio de los derechos y libertades públicas.

Constituye un principio o lugar común de la conciencia ético-jurídica del mundo moderno la idea de que el ejercicio de los derechos y libertades no puede ser permitido cuando no tiene más finalidad que causar daño a los demás²². En este sentido el *Código Civil* establece, que «la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo» (art. 7.2), y prescribe que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» (art. 7.1).

En el ámbito del Derecho constitucional cuenta ya con una larga tradición histórica el principio de que el respecto a la Moral constituye un límite al ejercicio de la libertad de conciencia y de religión. Con diversas formulaciones ello ha sido recogido y proclamado por varios textos de nuestra historia constitucional. Así tenemos:

— La *Constitución de 1869*, después de declarar que «la Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica», añadía: «El ejercicio público o privado de cualquier otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España [así como a “los españoles que profesaren otra religión que la Católica”], sin más limitaciones que las universales de la moral y del derecho» (art. 21).

22. Cfr. BATTAGLIA, F., *op. cit.*, pp. 350 y ss.; RIPERT, G., *op. cit.*, pp. 7, 167 y ss.

— La *Constitución de 1876* disponía: «Nadie será molestado en el territorio español por sus opiniones religiosas, ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana» (art. 11, párrafo segundo).

— La *Constitución de 1931* establecía al respecto: «La libertad de conciencia y el derecho de profesar y practicar libremente cualquier religión quedan garantizados en el territorio español, salvo el respeto debido a las exigencias de la moral pública» (art. 27).

— El *Fuero de los Españoles*, tras declarar que la religión católica era la oficial del Estado español, disponía que el «Estado asumirá la protección de la libertad religiosa, que será garantizada por una eficaz tutela jurídica que, a la vez, salvaguarde la moral y el orden público» (art. 6).

La referencia a la Moral desaparece en la *Constitución de 1978* que establece: «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitaciones, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley» (art. 16.1). Con todo, en el orden constitucional vigente tenemos que la Moral pública continúa constituyendo un límite al ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Constitución. Así acontece, por ejemplo, en relación con la «libertad de expresión» reconocida en el art. 20.1 del vigente texto constitucional al poner en conexión los art. 20.4 y 10.2 del mismo. El art. 20.4 dispone que las libertades reconocidas en la Constitución «tienen un límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». El art. 10.2 establece: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». En dichos textos internacionales existen numerosas referencias explícitas a la Moral —referencias que en nuestro ordenamiento jurídico han ido desapareciendo progresivamente al hilo de las reformas introducidas desde 1982—. En este sentido la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) dispone en su art. 29,2: «En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y satisfacer las *justas exigencias de la moral*, del orden público y del bienestar en una sociedad democrática»²³.

23. A su vez, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (1966) establece: «Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones

c) La Moral como límite de la capacidad de obrar ²⁴.

La Moral incide también sobre la determinación de la capacidad de obrar de las personas. En este sentido, por ejemplo, el *Código Civil*

salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto» (art. 12.3).

Sobre esta cuestión véase J.R. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *op. cit.*, pp. 1005 y ss., 1010 y ss., 1019 y ss.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) dispone: «Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar el desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil» (art. 10.3).

El Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 1950; París, 1963 y 1966) establece: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en material penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la Sala de la Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia» (art. 6.1).

Sobre esta cuestión véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., *op. cit.*, pp. 1005 a 1011, 1019 y 1020. Estas dos últimas pp. en relación con la protección de la juventud y de la infancia frente a la publicidad inmoral.

En relación con la idea de «buena fe» el Tribunal Constitucional español ha entendido que dicha categoría constituye un límite al ejercicio de todos los derechos, incluidos los de rango constitucional (Sentencias 120/1983, de 15 de diciembre y 6/1988, de 21 de enero, entre otras). Una posición discrepante mantiene al respecto ANTONIO MORENO GARCÍA, *Buena fe y derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en «Revista Española de Derecho Constitucional», núm. 38, mayo-agosto de 1993, en especial las pp. 267 y ss., 269, 271, 274 y ss.

24. En el ámbito del Derecho constitucional habría que recordar aquí las limitaciones de capacidad que por motivos religiosos establecía nuestro Derecho constitucional histórico como consecuencia lógica del reconocimiento de la religión católica como la oficial del Estado. Mención expresa a esa circunstancia hacían:

— *La Constitución de 1808*: «La religión católica, apostólica y romana, en España y en todas las posesiones españolas, será la Religión del Rey y de la nación; y no se permitirá ninguna otra». (art. 1)

— *La Constitución de 1812* establecía: «La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única y verdadera» (art. 12), y disponía luego: «El Rey tendrá el tratamiento de Majestad Católica» (art. 169).

dispone que no pueden ser *tutores*, entre otras, «las personas de mala conducta o que no tuvieren manera de vivir conocida» (art. 244.3.º). En materia de sucesiones establece el Código que «son incapaces de suceder por causa de indignidad», entre otros: «los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos» (art. 756.1.º), y «el que hubiere acusado al testador de delito al que la Ley señale pena no inferior a la de presidio o prisión mayor, cuando la acusación sea declarada calumniosa» (art. 756, 3.º).

Por su parte el *Código Penal* dispone que, en los delitos relativos a la prostitución (arts. 452 bis a. y ss.), el Tribunal sentenciador podrá «privar a los culpables (ascendientes, tutor) de la *patria potestad* y *tutela*» sobre los menores de edad que hayan sido prostituidos (art. 452, bis, g.). Asimismo castiga el *Código Penal* con la pena de «*inhabilitación* especial para el ejercicio de la enseñanza pública y privada» a quienes, con motivo u ocasión del ejercicio de su función docente, incurrieran en alguno de los delitos contra la libertad de conciencia (art. 212).

Un límite potencial a la capacidad de las personas es el constituido por la posibilidad que tienen las partes en el proceso de poder tachar como testigo a quien hubiere sido «condenado por falso testimonio» (art. 640, 4.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

- d) Incidencia de la Moral en la situación y en el estado civil de las personas.

La moral puede influir y condicionar también el estado civil de las personas. Así, por ejemplo, el *Código Civil* establece, entre otras, como causas de *separación matrimonial*, «la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación, violación grave o reiterada de los deberes conyugales» (art. 82.1) o «de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar conyugal» (art. 82.2).

— La *Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado*, de 1947, tras declarar que «España, como unidad política, es un Estado católico, social y representativo, que, de acuerdo con su tradición, se declara constituido en Reino» (art. 1), disponía que «para ejercer la jefatura del Estado como Rey o Regente se requerirá (...entre otros requisitos) profesar la religión católica» (art. 9).

En otra línea de pensamiento la *Constitución republicana de 1931* establecía: «La condición religiosa no constituirá circunstancia modificativa de la personalidad civil ni política, salvo lo dispuesto en esta Constitución para el nombramiento de Presidente de la República y para ser Presidente del Consejo de Ministros» (art. 27 párrafo quinto). En análoga línea de pensamiento la *Constitución monárquica de 1978*, desde el pleno reconocimiento de «la libertad ideológica, religiosa y de culto» (art. 16.1), no establece ningún condicionamiento de tipo religioso para ser Rey o Regente (art. 56 y ss. y 59.4).

Además de la separación de hecho durante el tiempo prescrito en la ley, la separación conyugal fundada en cualquiera de las citadas conductas inmorales podrá servir luego, a tenor de lo dispuesto en el art. 86, para justificar el *divorcio* 25.

E) *La Moral como garantía de la eficacia del Derecho*

Con independencia de que sea cierta o no la tesis doctrinal que ve en la Moral el fundamento último de la validez (obligatoriedad) del Derecho y como consecuencia de las relaciones de armonía y complementariedad que deben darse entre Derecho y Moral, esta puede y debe operar como coadyuvante, como garantía de la eficacia del Derecho, estimulando la aceptación y cumplimiento de sus normas 26. La explicación última de ello habría que buscarla en la dinámica, en la interrelación existente entre la justicia (fin del Derecho) y sus partes potenciales 27. En este sentido recordaba Legaz: «Es evidente que donde está muy elevado el nivel moral de la sociedad, todas aquellas normas que no pugnan con la conciencia ética dominante en ellas son cumplidas espontáneamente en grado mayor que donde sólo el temor a las sanciones puede ser eficaz; lo mismo cabría decir —añade Legaz— de la religiosidad del pueblo, pudiendo afirmarse con Donoso Cortés que cuando baja el barómetro de la religión, sube el de la represión penal y viceversa» 28. Por su parte, Lord Dennis Lloyd ha insistido en la idea de que la ley, «para gozar de toda su autoridad, (necesita) ser reforzada por las convicciones morales de la comunidad» 29. De modo más explícito si cabe se manifiesta Hart al recordar que «un sistema jurídico tiene que apoyarse en un sentido de obligación moral o en la convicción del valor moral del sistema, dado que no se apoya, ni puede hacerlo, en el mero poder del hombre sobre el hombre» 30.

25. Cfr. LLOYD, LORD D., *op. cit.*, pp. 68 y ss. En el ámbito del Derecho español la jurisprudencia y la Ciencia jurídica han puesto de relieve que la significación y el alcance moral de las causas de separación y de divorcio establecidas en la ley son mucho más ricos de lo que, en una primera lectura, podría parecer deducirse de las palabras del texto legal. Véase al respecto LÓPEZ ALARCÓN, M., *El nuevo sistema matrimonial español* (nulidad, separación y divorcio), Ed. Tecnos, Madrid, 1983, en especial las pp. 151 y ss., 160 y ss., 216 y ss.

26. Cfr. JELLINEK, G., *Teoría General del Estado*, trad. esp. y prólogo de Fernando de los Ríos, Editorial Albatros, Buenos Aires, 1978, pp. 591 y 592; LLOYD, LORD D. *op. cit.*, pp. 53 y ss., 64 y ss., 72 y ss.; PRECIADO HERNÁNDEZ, R., *op. cit.*, pp. 105 y ss.

27. Cfr. AQUINO, T. de., *Summ. Theol.* II-II.q.80 art. único; PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales*, trad. esp. de M. Garrido (Cap. Justicia), 3.ª ed., Ediciones Rialp, Madrid, 1990, pp. 162 y ss.; ARANGUREN, J.L.L., *Ética*, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1990, p. 253.

28. *Filosofía del Derecho*, 4.ª Ed., Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1975, p. 403.

29. *Op. cit.*, p. 73. En otro lugar escribe: «En el Derecho Penal toda idea de “culpabilidad” está vinculada a la idea de responsabilidad moral y de este modo la moral refuerza la autoridad de la ley y el deber de rendir obediencia a sus preceptos», *op. cit.*, p. 72.

Para una reflexión crítica sobre este punto, desde la perspectiva del pensamiento marxista, véase ERNS BLOCH, *op. cit.*, pp. 240 y 241.

30. HART, H.L.A., *op. cit.*, p. 250.

F) *Función metódica de la Moral en el Derecho*

En el despliegue de su función ordenadora de la vida social el Derecho no se sirve siempre de términos, expresiones y categorías lógicas de significación clara y precisa sino que, en ocasiones, utiliza «cláusulas generales» o *standards* que constituyen una pauta ideal, imprecisa, «móvil», necesitada de concreción en cada caso particular³¹. Muchas de estas cláusulas generales o *standards* poseen una indudable significación moral. Así sucede, por ejemplo, con las referencias que el Derecho hace a categorías o principios valorativos tales como las buenas costumbres, la buena fe, la buena conducta, la rectitud moral, la ética profesional, el buen padre de familia, la moralidad pública, la competencia leal, etc.³². Ante la dificultad de precisar lo que la Moral social vigente exige en cada situación el Derecho no tiene más remedio que recurrir a tales cláusulas generales o *standards*³³, que operan como pautas de conducta, como «criterios metódicos», para indicar el tipo de comportamiento exigido en cada caso concreto.

En nuestro Derecho vigente existen numerosas manifestaciones de esta función metódica de la Moral. En el Derecho Civil, por ejemplo, la encontramos, entre otros casos, en relación con las siguientes situaciones:

— Respecto del ejercicio de los derechos dispone el *Código Civil* que «los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe» (art. 7.1).

— En relación con el cumplimiento de las obligaciones prescribe dicho texto legal que «el obligado a dar una cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia» (art. 1.094).

31. Cfr. LARENZ, K., *Methodenlehre der Rechts-Wissenschaft*, 6.^a Auflage, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-New York, 1991, pp. 464 y ss.; PÉREZ RUIZ, C., *op. cit.*, pp. 32 y ss.; WIEACKER, F., *El principio general de la buena fe*, trad. esp. de J.L. Carro y prólogo de L. Díez-Picazo, segunda reimpression, Ed. Civitas, Madrid, 1986, pp. 29 y ss., 35, 37 y ss., 38 y ss., 41 y 45 y ss.

32. Cfr. ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. esp. de E. Valenti Fiol, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1961, pp. 194 y ss.; WIEACKER, F., *op. cit.*

J.W. Hedemann indica a este respecto, en relación con el Derecho de obligaciones: «El tráfico origina en todas partes desconsideraciones, que muchas veces pueden ser evitadas tan sólo mediante la aplicación de normas jurídicas. Pero esto no basta, sino que el Derecho de obligaciones como un todo ha de estar penetrado de sentido moral» *Derecho de obligaciones*, trad. esp. de J. Santos Briz, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pp. 25 y 26. En relación con la buena fe véanse las pp. 75 y ss.

Sobre la dimensión moral de las ideas de orden público y buenas costumbres véase JOSÉ ANTONIO DORAL, *La noción de orden Público en el Derecho civil español*, Ed. Universidad de Navarra, Pamplona, 1967, pp. 65 y ss., 77 y ss.

33. Cfr. LARENZ, K., *op. cit.*, p. 289.

— A propósito de la fijación del contenido y alcance de las obligaciones nacidas de los contratos establece el *Código Civil*: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley» (art. 1.258).

2. Funciones del Derecho respecto de la Moral

Desde un punto de vista puramente lógico, el Derecho puede desplegar respecto de la Moral —y así lo ha hecho históricamente— múltiples funciones entre las que cabe señalar: 1) Proteger y potenciar la Moral; 2) Desentenderse de las cuestiones morales; 3) Combatir a la Moral, provocando situaciones de tensión y conflicto al reprimir conductas que la Moral prescribe y al permitir o incluso ordenar comportamientos que la Moral prohíbe; 4) Una forma más sutil de combatir la Moral es la de tratar de obstaculizar, limitar y debilitar la *praxis* moral³⁴. Esto es lo que acontece, por ejemplo, cuando en nombre de la neutralidad o aconfesionalidad del Estado se procede a limitar y obstaculizar la manifestación de ideas, creencias, actitudes y hábitos de carácter moral, mientras que en nombre de la tolerancia —que en este supuesto no sería sino mera permisividad³⁵— se permiten e incluso se fomentan y

34. A este respecto observa HART: «Del mismo modo, las normas jurídicas pueden establecer niveles de honestidad y humanidad que eventualmente modifican y elevan la moral corriente; a la inversa, la represión jurídica de prácticas concebidas como moralmente obligatorias puede, a la larga, hacer que se pierda el sentido de su importancia y, con ello, su status moral; sin embargo, con mucha frecuencia el Derecho pierde tales batallas con la moral imperante, y la regla moral continúa en pleno vigor al lado de normas jurídicas que prohíben lo que ella manda». *Op. cit.*, p. 219.

35. JAVIER HERVADA ha tratado de esbozar al respecto la distinción entre ley tolerante y ley permisiva. En sentido sentido escribe: «La *Ley tolerante* parte de la existencia de un mal que no es posible extirpar sin provocar un mal mayor y se ciñe a regular esa situación contraria al bien común, procurando limitarla en cuanto lo consiente el estado moral y las circunstancias de la sociedad. La tolerancia de las leyes tiene una delimitación clara: las leyes no pueden tolerar aquellas conductas que atentan directamente contra las instituciones sociales básicas o los derechos más fundamentales de las personas: el derecho a la vida y a la integridad física o moral (homicidio, aborto, lesiones, etc.), la libertad (secuestro), el matrimonio, la autoridad social, etc.» En relación con la *ley permisiva* añade: «La ley permisiva, en cambio, presupone negar la existencia de reglas objetivas de moral y, en consecuencia, *legaliza*, esto es, da estatuto de moralidad social, a las conductas inmorales, con tal de que lo pidan sectores de la sociedad suficientemente numerosos. Esto supone un trastrueque de la función de la ley, que se convierte así en vehículo de la mala ciudadanía y de la inmoralidad. Tales leyes no sólo no obligan en conciencia, sino que obrar según lo que permiten es contrario a la moral». *La distinción entre Moral y Derecho en la perspectiva del realismo clásico*, en «Derecho y Moral». *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, *cit.*, pp. 302 y 303.

Sobre el tema de la permisividad véanse las lúcidas reflexiones de F. CARPINTERO BENÍTEZ, *Derecho y Ontología Jurídica*, Ed. Actas, Madrid, 1993, pp. 817 y ss.

tratan de justificar, sofisticadamente, conductas abiertamente inmorales (aborto, homosexualidad, diferentes tipos de corrupción, etc.).

Desde la específica perspectiva de la Filosofía del Derecho, que se ocupa más que de los «*hechos*» (de lo que ha sido, es o puede llegar a ser —tarea esta propia de las Ciencias Jurídicas, en especial de la Historia y de la Sociología del Derecho—) de los «*valores*» («deber ser»), la respuesta al problema que nos ocupa (funciones del Derecho respecto de la Moral) es algo que viene exigido e impuesto —como ya se ha indicado en otro momento— por la naturaleza unitaria de la conciencia y del obrar humano. Estos postulan, como meta ideal, soslayando en la medida de lo posible toda situación de tensión y conflicto entre Derecho y Moral, una relación de armonía y complementariedad entre ambos sistemas normativos, capaz de permitir a todo ser humano, en paz consigo mismo (con su propia conciencia) y en armonía con los demás, ejercer sus derechos y cumplir los deberes que le imponen el Derecho y la Moral.

Para satisfacer ese ideal el Derecho debe:

1.º No prescribir actos contrarios a la Moral ni prohibir comportamientos exigidos por ella.

2.º Dentro de su ámbito y con sus propios medios, combatir la inmoralidad en la medida en que el bien común lo exija, prohibiendo y reprimiendo determinadas actuaciones y comportamientos que la Moral condena.

3.º Tolerar determinadas situaciones y comportamientos contrarios a la Moral, siempre que no comprometan el bien común, y en relación con los cuales la intervención del Derecho pueda resultar inoportuna, contraproducente o abiertamente ineficaz ³⁶.

4.º Crear las condiciones adecuadas y necesarias para el libre desenvolvimiento y desarrollo de la vida moral (ideas, creencias, actitudes, hábitos, instituciones...), conforme a la formulación de Radbruch para quien el Derecho se configura como posibilidad de la Moral, «no por los deberes jurídicos que ordena, sino por los derechos que garantiza. El Derecho garantiza derechos a los individuos para que estos (...) puedan cumplir mejor sus deberes morales» ³⁷.

36. A este respecto dice Lord DENNIS LLOYD: «Pueden existir campos de la actividad humana en el que el Derecho prefiere deliberadamente abstenerse de apoyar la norma moral por creer que la maquinaria es demasiado pesada para comprometerse en una labor concreta, y que se puede crear mayor daño social que el que se impide con su intervención. Ejemplo de ello en los tiempos modernos es el rechazo a penalizar la fornicación o la embriaguez en privado. En algunos lugares (en ciertos Estados de los Estados Unidos, por ejemplo) donde el adulterio se considera ofensa criminal, la disposición que así lo impone es poco más que papel mojado, y en ese caso tiende a hacer daño al causar un sentimiento de falta de respeto hacia la ley». *Op. cit.*, p. 67.

37. *Rechtsphilosophie, cit.*, p. 272. En otro lugar indica Radbruch que «si bien es cierto que el Derecho no puede realizar directamente la Moral, puesto que esta es, necesariamente, obra de la libertad, sí puede hacerla posible; el Derecho —insiste Radbruch— es la posibilidad de la Moral». *Vorschule der Rechtsphilosophie, cit.*, p. 156. Véase también GIUSEPPE GRANERIS, *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, trad. esp. de C. Lértora Mendoza, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973, pp. 173 y ss., 175 y ss.

5.º Avanzando un grado más en esta línea de actuación y cuando las circunstancias así lo permitan y aconsejen el Derecho debe llegar incluso —y así lo ha hecho en muchas ocasiones— a asumir y dotar de significación jurídica determinados contenidos morales, mandando hacer lo que la Moral prescribe y prohibiendo lo que la Moral condena. El derecho puede así garantizar mediante sus normas el cumplimiento de determinadas obligaciones que primariamente, sustancialmente, poseen una significación moral. Esto es lo que acontece, por ejemplo, con la obligación de dar alimentos que el *Código civil* establece entre parientes³⁸ o con los deberes de carácter social que en relación con el trabajador impone al empresario el Derecho laboral.

La consideración de estas funciones nos llevan, en un plano más profundo, y en cierto sentido previo, al planteamiento del problema de por qué y en qué medida el Derecho puede y debe intervenir en la Moral, cuestión de la que ya nos hemos ocupado en otro lugar³⁹.

38. Véanse los art. 9.7 y 142 y ss. del *Código Civil*. Cfr. BATTAGLIA, F., *op. cit.*, pp. 347 y ss.

39. *Sobre las relaciones entre Derecho y Moral*, en «Derecho y Moral». Anales de la Cátedra Francisco de Suárez, *cit.*, pp. 82 y ss.

