
MARCELINO RODRIGUEZ MOLINERO
(Universidad de Salamanca)

La Moral en el Derecho vigente

I

Que el problema de las relaciones entre Moral y Derecho ha sido y es uno de los más discutidos por el pensamiento jurídico y filosófico, nadie lo pone en duda. También es fácil coincidir en reconocer que posiblemente no se llegue nunca a un acuerdo suscribible por todos respecto a la solución que quepa darle. Una prueba de ello la ofrece la literatura más reciente sobre el tema, en la que, sin que sea factible disimularlo, la carga ideológica vuelve a aparecer con más densidad de la que debiera esperarse.

Quizá la mayor dificultad para lograr una solución acorde sobre la relación entre Derecho y Moral resida en que se trata de un problema de por sí complejo y con múltiples aspectos, además de estar implicado en la mayor parte de las cuestiones jurídico-filosóficas. Pero además contribuye a ello el que, ya desde su planteamiento inicial, no se distingue convenientemente en qué sentido se toma el término Moral y en qué sentido se usa el término Derecho. Así, por ejemplo, se utiliza el término Moral sin precisar si se está hablando de la Moral personal o individual o de la Moral social, dejando de lado la cuestión aneja sobre la existencia o no de una moralidad objetiva. De la misma manera el término Derecho se utiliza en un sentido muy indeterminado, que, aunque normalmente alude al Derecho positivo vigente, en no pocas ocasiones se está haciendo referencia al Derecho en abstracto, o a un Derecho ideal o al Derecho "natural", en definitiva al que se estima

Derecho "justo"; dicho con palabras típicas del pensamiento jurídico-filosófico: no al Derecho que es, sino al Derecho que debe ser.

Todo esto tiene sin duda una importancia capital y decisiva para poder hallar una solución aceptable al arduo problema de la relación entre Derecho y Moral. Aparte de ello, como hemos apuntado ya que el vicio procede de la misma raíz, es decir, del propio planteamiento del problema, para no seguir mezclándolo todo y poner un poco de claridad en el mismo punto de partida, se hace necesario reseñar, aunque sea en forma muy sucinta, las *diversas maneras* de plantearse el tema de la relación entre Moral y Derecho, particularmente por parte de la literatura más reciente (1).

II

Sobre esta cuestión preliminar cabe distinguir por lo menos cuatro planteamientos típicos, al lado de otro muy reciente, que, brevemente descritos, presentan más o menos los siguientes perfiles:

1.—Ante todo se puede plantear el problema Derecho y Moral en relación con el estudio del concepto de Derecho, sin duda el tema capital tanto de la Ontología jurídica como de la Lógica jurídica. En cuyo caso se pregunta si Derecho y Moral son conceptualmente distintos o si se identifican básicamente, aunque luego presenten algunas notas

(1) Como muestra significativa cabe reseñar particularmente las siguientes obras y estudios: E. BLOCH, *Recht, Moral, Staat* (Frankfurt 1971); L. BLOM-COOPER (ed.), *Law and Morality* (London 1976); R. DREIER, *Recht, Moral, Ideologie* (Frankfurt 1981); K. ENGISCH, *Recht und Sittlichkeit in der Diskussion der Gegenwart*, in "Wahrheit in der Verkündigung", M. Schmaus zum 70. Geburtstag (München 1967), p. 1743-1760; *idem*, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie* (München 1971), p. 82-112; H. U. EVERS, *Der Richter und das unsittliche Gesetz. Eine Untersuchung* (Berlin 1956); J. FEINBERG, *The moral limits of the criminal Law* (London-New York 1985); Th. GEIGER, *Über Moral und Recht. Streitgespräch mit Uppsala* (Berlin 1979), trad. de E. Garzón: *Moral y Derecho. Polémica con Uppsala* (Barcelona 1982); H. L. A. HART, *Recht und Moral*, trad. de N. Hoerster (Göttingen 1971); St. HAMPSKIRE (ed.), *Public and Private Morality* (Cambridge 1978); H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts*, 2 ed. (München 1977), p. 66-93; N. HOERSTER, *Recht und Moral. Texte zur Rechtsphilosophie* (München 1977); A. KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit* (Tübingen 1964); St. LUKES, *Marxism and Morality* (Oxford 1985); D. LYONS, *Ethics and the rule of law* (Cambridge 1984), trad. de M. Serra: *Ética y Derecho* (Barcelona 1986); H. M. PAWLOSKI, *Die Aufgabe des Richters bei der Bestimmung des Verhältnisses von Recht, Sittlichkeit und Moral*. ARSP, 50 (1964) 503-519; J. RAZ, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality* (Oxford 1979), trad. de R. Tamayo: *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral* (México 1977); J. M. RODRIGUEZ PANIAGUA, *Derecho y Ética* (Madrid 1977); W. WEISCHEDEL, *Recht und Ethik* (Karlsruhe 1959, y en AFD: *El problema del Derecho y la Ética*, 6 (1959) 71-110.

específicas. Insisten sobre todo en este planteamiento quienes arrancan de la diferencia, de indudable raigambre kantiana, entre reglas técnicas y normas éticas, que, como es sabido, remite a la conocida distinción de imperativos hipotéticos e imperativos categóricos; por esta vía se llega pronto a la conclusión de que tanto la Moral como el Derecho pertenecen al ámbito de las normas éticas, pese a sus múltiples caracteres específicos, que luego son examinados más o menos minuciosamente. Esto en el fondo supone aceptar la tesis de que tanto el Derecho como la Moral son reductibles a *normas*, mejor dicho, a un complejo de normas, ya contengan éstas preceptos o prohibiciones e incluso permisiones o autorizaciones. Desde esta perspectiva, la ulterior determinación de la diferencia específica, que conduce a separar convenientemente Moral y Derecho, tiene como meta última delimitar lo que *no es Derecho* y en cambio *sí es Moral*, y a su vez lo que *no es Moral* y en cambio *sí es Derecho*, una vez más pese a su pertenencia a un mismo *genus proximum*, el de las normas éticas (2).

2.— Un planteamiento próximo al anterior, sobre todo en la versión últimamente indicada, es el que parte del análisis del lenguaje moral o, quizás más genéricamente, del lenguaje ético. Aquí el primer paso consiste en distinguir y contraponer dos tipos de lenguaje radicalmente diferentes: el lenguaje descriptivo y el lenguaje prescriptivo. Se observa que el primero usa términos y contiene enunciados pertinentes al mundo del ser y que tiene por objeto la descripción de hechos verificables y corroborables empíricamente, quedando por tanto sometido a los criterios de verdad o falsedad y pudiendo en consecuencia ser calificados tales enunciados de verdaderos o falsos. El segundo, el lenguaje prescriptivo o normativo, se indica que usa términos y contiene enunciados pertinentes al mundo del deber ser, cuya finalidad es conformar y dirigir el comportamiento; por ello estos enunciados no pueden ser verdaderos o falsos; los calificativos que les son aplicables son éstos otros: válido o no válidos, vigentes o no vigentes, eficaces o ineficaces. Hecho esto, el segundo paso consiste en mostrar la diferencia entre los enunciados o proposiciones morales y los enunciados o proposiciones jurídicas. Mientras los primeros se consideran siempre enunciados valorativos, que implican la calificación de una acción como buena o mala, los enunciados del Derecho han de ser, o por lo menos

(2) Así lo indica expresamente K. ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit*, cit., p. 83. Coincidiendo con este planteamiento, v. especialmente H. L. A. HART, *The Concept of Law* (Oxford 1961), trad. de G. R. Carrió: *El Concepto de Derecho* (Buenos Aires 1963); y recientemente N. HOERSTER, *Zum begrifflichen Verhältnis von Recht und Moral*, en "Neue Hefte für Philosophie", 17 (1981).

aspirar a ser, valorativamente *neutros*: lo único que han de pretender es ordenar la conducta de los destinatarios y delimitarla como jurídica o no jurídica para imputarle unas u otras consecuencias jurídicas (3).

3.— El tercer planteamiento del problema de la relación entre Moral y Derecho consiste en estimar que entre ellos existe una vinculación esencial que, de la manera más clara y también más tradicionalmente aceptada, se especifica diciendo que la Moral es el *fundamento* del Derecho y ha de operar como *fundamento* del Derecho. Según este planteamiento, el Derecho que no se ajuste a los criterios de la Moral, tanto en su aspecto entitativo como en su aspecto operativo, carece de validez. Es la tesis sostenida desde antiguo por el iusnaturalismo, con sus múltiples matizaciones según el tipo de iusnaturalismo, y que sintéticamente se le conoce también como *tesis de la unidad* entre Derecho y Moral. Esto no quiere decir, lo que es por lo demás un error de simplificación bastante extendido, que con ello se considere que todo el Derecho haya de derivarse necesariamente de la Moral. Muy al contrario, casi todos los partidarios del iusnaturalismo insisten en que, en la medida en que el Derecho se aleje cada vez más de los principios o verdades morales supremas, se le ha de reconocer, no sólo una autonomía más o menos plena, sino incluso una neutralidad total, en cuanto se estima que en ese plano su contenido normativo es moralmente indiferente (4).

4.— En contraposición al anterior existe otro planteamiento en que la Moral y el Derecho se contemplan como dos bloques compactos unitarios, en los cuales, aunque gozan de la relación de vecindad, se diferencian radicalmente. Es la que sintéticamente se conoce como *tesis de la separación* entre Moral y Derecho, y que, también con sus múltiples peculiaridades, es defendida principalmente por el denominado positivismo jurídico. Incluso se reconoce que una misma acción humana puede incidir en ambos campos de regulación, el moral y el jurídico, pero desde muy diverso punto de vista. En general, este último modo de ver la relación entre Moral y Derecho se reconduce a la tesis,

(3) A esta conclusión última arriban principalmente los representantes de la Escuela de Uppsala, contra quienes polemiza con acierto Th. Geiger; v. su obra citada *Moral y Derecho. Polémica con Uppsala*. Para el análisis del lenguaje moral es preciso partir de la obra de R. M. HARE, *The language of Morals* (Oxford 1952).

(4) Como muestra de análisis histórico-doctrinal, v. el estudio de P. M. FARREL, *The Location of Law in the Moral System of Aquinas*, ARSP, Beiheft 39 (1963) 165-194. Desde un punto de vista actual, v. A. KAUFMANN, *Recht und Sittlichkeit*, cit. y J. RODRIGUEZ PANIAGUA, *Derecho y Ética*, cit.

también de origen kantiano, de que la Moral se ocupa del aspecto interno de la conducta, mientras que el Derecho sólo se ocupa de su aspecto externo. Es esclarecedor en este sentido el ejemplo del préstamo que alguien hace a un amigo y que sirve de pórtico a L. Legaz para el tratamiento del tema Moral y Derecho. Según sugiere el propio Legaz, esta conducta cae a la vez bajo la regulación jurídica y bajo la regulación moral. Desde el punto de vista de la regulación jurídica, el prestamista cumple debidamente con su obligación entregando el dinero en el momento pactado, exigiendo el pago de los intereses acordados y la devolución del préstamo una vez expirado el plazo establecido. Y a su vez el prestatario cumple también con su obligación recibiendo el dinero pactado, pagando a su tiempo los intereses acordados y devolviendo el importe del préstamo en el plazo fijado. Lo que sería irrelevante desde el punto de vista jurídico es si la intención con el que el prestamista hizo el préstamo fue para ayudar al amigo necesitado, si lo hizo con ánimo de lucro o de usura o incluso para aprovecharse de la situación angustiosa del supuesto amigo con el fin de hundirle económicamente. Lo mismo cabe decir, invirtiendo los papeles, respecto a la intención con que el prestatario recibe y negocia el préstamo. En ambos casos, sin embargo, la valoración de la conducta cambia radicalmente desde el punto de vista de la Moral. Aquí el criterio determinante es la *intención* con que se lleva a cabo el contrato, tanto por parte del prestamista como por parte del prestatario. Los ejemplos pueden multiplicarse y son de sorprendente actualidad en situaciones como el alquiler de una vivienda, particularmente por parte de estudiantes, etc., etc. (5).

5.— Hay, sin embargo, un nuevo y más reciente planteamiento, superador de los dos anteriores, que consiste en considerar que la Moral y el Derecho ni están inseparablemente unidos ni tampoco radicalmente separados, sino que se complementan y prestan mutuo apoyo. Este planteamiento suele enunciarse sintéticamente con la fórmula *la Moral en el Derecho positivo*. Lo importante es que, desde esta nueva perspectiva, el Derecho se convierte en la vía para la efectiva realización de la Moral, y a su vez la Moral presta un apoyo decisivo para que el Derecho establecido aparezca legitimado ante la opinión

(5) Para L. LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, 2. ed. (Barcelona 1961), p. 407-408. Sin llegar a estas concesiones conciliadoras, el paradigma expositivo de la tesis de la separación de Moral y Derecho sigue siendo H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2. ed. (Wien 1960), p. 60 ss.; pero merece también ser leído y meditado el conocido artículo de H. L. A. HART, *Legal Positivism an the Separation of Law and Morals*, en "Harward Law Review", 71 (1958) 598 ss.

pública y consiga también ser obedecido con mayor facilidad y amplitud (6).

III

Pues bien, este planteamiento, que supone tanto la superación de la tesis de la unidad y aboga por la no identificación entre Moral y Derecho, como de la tesis de la separación y pretende la no disgregación de ellos como si apuntaran a dos órdenes de valores que nada tienen que ver entre sí, parece sin duda el más adecuado hoy en día y parece además estar avalado por las frecuentes y constantes remisiones, explícitas o implícitas, del Derecho positivo a la Moral. Así ocurre que no pocos preceptos de los Códigos civiles vigentes de las naciones civilizadas remiten expresamente, bien a la Moral como criterio delimitador de la validez o del contenido normativo de una norma jurídica, o bien a las "buenas costumbres" o a la buena fe, conceptos ambos que, por muy aséptica interpretación que se les quiera otorgar, son ininteligibles sin tener presente su innegable contenido moral. Asimismo es fácil encontrar en los ordenamientos jurídicos administrativos referencias expresas a la *moralidad pública* o a la moralidad ciudadana y constatar que se establece taxativamente que su protección y defensa es uno de los objetivos típicos e irrenunciables de la función y de la actuación administrativas. Aunque no es misión de la reglamentación administrativa fijar de modo vinculante lo que se entiende por moralidad pública, ni mucho menos lo que es querer detener el inevitable cambio social y las mutaciones de la conciencia colectiva en la delimitación de su concreto contenido normativo en cada situación afectada, lo que no cabe pensar es que, por esta condición suya que la hace variable y flexible toda referencia a la moralidad pública o ciudadana o a la Moral social carezca de sentido práctico. Por último, en otras áreas del orden jurídico positivo de todos los países de cultura occidental, pero sobre todo en el Derecho penal, se hace apelación constante a la Moral social, principalmente en relación con la honestidad en materia sexual, o se alude a principios morales o éticos como pautas directivas en orden a delimitar el contenido regulativo de los preceptos jurídicos.

Aparte de estas remisiones *explícitas*, en todos los cuerpos legislativos son frecuentes otras muchas remisiones *implícitas*, entre ellas

(6) Este planteamiento subyace sin duda a la excelente exposición del tema por parte de D. Lyons, en su libro *Ethics and the rule of Law*, cit., trad. de Montserrat Serra, *Ética y Derecho*, cit., principalmente pp. 69-112.

las que suponen el servirse de un mismo vocabulario y utilizar un mismo juego de lenguaje y, más aún, manejar unos mismos conceptos o bien conceptos que, aunque se presenten en un lenguaje de pura técnica jurídica, están fuertemente teñidos de color moral y son ininteligibles sin su innata referencia moral, como, por ejemplo, los conceptos de asesinato y homicidio, con materia de moralidad sexual. Pero es más todavía: en esta misma línea argumentativa cabe recordar que conceptos que actúan como ejes de toda la construcción jurídica, como los de dolo y culpa, buena y mala fe, lo mismo que los conceptos de responsabilidad e imputabilidad, o los de deber y obligatoriedad, quedarían desvanecidos y serían operativamente inertes si se les privara de su densa carga moral.

Sin embargo en la práctica esta tesis, que podemos considerar normal, de *complementariedad* entre Derecho y Moral, pretende ser suplantada con reiterada frecuencia tanto por la tesis de la *contrariedad* operativa como por la tesis de la total *neutralidad*. Así, por lo que respecta a la oposición o contrariedad operativa, se piensa por una parte que el Derecho, no sólo debe oponerse a las ideas de las personas o de los grupos sociales, máxime cuando éstos se apoyan en y proceden de convicciones religiosas o tradicionales, por ejemplo, y por ser el caso más notorio, la permisibilidad o legalización del aborto, sino que también debe oponerse a los criterios de la propia Moral social y aun cuando ésta sea la Moral social dominante. De ello serían ejemplos, aparte el anteriormente citado, otros muchos de distinto signo, como la discriminación racial o étnica impulsada por el Derecho del Estado, así como la desigual promoción social de quienes se afilian o simpatizan con el partido en el Poder y los demás ciudadanos, etc. etc. Es la misma línea en la que se sitúa la doctrina marxista-leninista cuando ataca a la Moral burguesa y la pretende sustituir por una nueva moral acorde con los módulos políticos de su concepción del Estado, que no duda en colocar por encima de los derechos e intereses de las personas individuales los intereses del Estado cifrados en lo que llama productividad social, elevando a criterio supremo de conducta el cumplimiento sumiso de sus dictámenes.

Por lo que atañe a la tesis de la total *neutralidad* siguen teniendo actualidad los intentos y proyectos de considerar neutrales o indiferentes frente a la Moral, no sólo aquellos sectores que tradicionalmente se consideraban tales, bien fuera debido a su condición de materia moralmente indiferente que en cuanto tal permite cualquier tenor de

regulación jurídica, o bien sea debido a su carácter técnico y que por tanto se ha de guiar preferentemente por el criterio de la máxima eficacia, sino más bien todos los campos del Derecho, tanto del Derecho privado como del Derecho público, incluidas aquellas zonas que la propia Ciencia jurídica estima indesligablemente vinculadas a las pautas morales de conducta. Así se piensa, por lo que respecta al Derecho privado, que no sólo el Derecho privado patrimonial, sino también el Derecho de personas y el Derecho de familia deben ser liberados de toda atadura moral. Y por lo que respecta al Derecho público se pretende erigir toda su regulación sobre los consabidos criterios de funcionalidad y eficacia, sin excluir por supuesto el propio Derecho penal. En éste los dos criterios anteriores se complementan con el de la peligrosidad social del delincuente, que sustituye de raíz a los criterios de culpabilidad e imputabilidad; como complemento se invocan los criterios de rehabilitación y de reinserción social, quedando olvidados o muy en la penumbra los derechos y los intereses de las víctimas, a los cuales en último término se pretende atender con una medida de compensación económica, siempre en armonía con la afirmada funcionalidad del sistema. Por esta vía hasta se llega a afirmar que las acciones o actos punibles, sean calificadas como delitos o como faltas, no deberían llamarse así en adelante, sino a lo sumo acciones o actos socialmente recusables, contra los que la Sociedad, y en su caso el Derecho del Estado, ha de defenderse (7). Falta saber si esta total liberación del Derecho respecto a los aspectos morales que inevitablemente le acompañan, contribuye a hacerlo más operativo socialmente, como se pretende, o más bien producirá inevitablemente el efecto contrario.

IV

Hemos de tratar ya, desde la amplia perspectiva anteriormente descrita, de la relación concreta entre Moral y Derecho en el Derecho vigente, que en este caso no puede ser otro que nuestro propio Derecho. Para ello hemos de partir de las *remisiones* de este Derecho a la Moral, sirviéndonos como guía la distinción que hemos establecido entre remisiones *explícitas* e *implícitas*. En segundo lugar conviene examinar minuciosamente qué sentido tiene estas remisiones del De-

(7) Tales ideas constituían el núcleo del famoso Proyecto alternativo de Código penal de la R.F.A. de 1968, redactado en contra del Proyecto oficial de 1962, y que motivaron una polémica cuyo eco no se ha extinguido todavía. Sobre ello brevemente K. ENGISCH, o.c., p. 102-103.

recho a la Moral o a las pautas morales, para lo cual es preciso dilucidar qué se entiende en esos casos por Moral y hasta dónde es posible delimitar ese punto de referencia.

1.— Dentro de las *remisiones explícitas* de nuestro Derecho vigente a la Moral, tenemos ante todo aquéllas en las que expresamente se consigna este término o sus derivados. Su muestra más típica y conocida la tenemos en el Derecho civil y más concretamente en el Código civil y en tres ocasiones. La primera ya en el nuevo art. 1, ap. 3, al referirse a la costumbre como fuente del Derecho, y que dice: “La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que *no sea contraria a la Moral* y al orden público y que resulte probada”.

La segunda referencia expresa la hallamos en materia de contratos al consagrar la libertad contractual en el famoso art. 1255 del C.c., que dice textualmente: “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”.

Y la tercera, también en materia de contratos, al regular la *causa* como elemento esencial del contrato en el art. 1275, que dice: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es ilícita la causa cuando se opone a las leyes o *a la Moral*”.

En todos estos casos la Moral aparece como instancia inapelable para restringir el ámbito de validez de lo dispuesto en la norma jurídica completa que le precede.

En el campo del Derecho público destacan las referencias expresas del Código penal a *la moralidad* y también a *la Moral* como objeto de protección jurídico-penal, entre cuyos ejemplos más diáfanos cabe señalar los arts. 566, 5.º y 567, 3.º, que dicen respectivamente:

— “Los que de igual manera *ofendieren levemente a la Moral* o a las buenas costumbres o a la decencia pública”.

— “Los que, con la exhibición de estampas o grabados o con otra clase de actos, *ofendieren levemente a la Moral, a las buenas costumbres* o a la decencia pública”.

Ejemplos como éstos son también frecuentes en el amplio campo de la regulación administrativa, sobre todo en materia de orden público y de policía. En todos ellos el denominador común es la protección y salvaguarda de la *Moral* o de la *moralidad*, que a veces se le llama *pública*, otras veces *social*, pero que otras veces son citadas sin más calificativos.

A la hora de determinar qué sentido tienen estas *remisiones* o referencias *explícitas* del Derecho vigente a la *Moral*, tanto si esta aparece como criterio delimitador del ámbito de validez de una norma como si se presenta como objeto de protección por parte del Derecho, la cuestión decisiva es saber *qué se entiende por Moral o por moralidad* en esos preceptos legales. Es obvio que aquí recobra toda su virtualidad la necesaria distinción entre *Moral* personal o individual y *Moral* social. Si el Derecho vigente insinuara que se habrían de tener en cuenta las convicciones morales de todos y cada uno de los destinatarios de las normas jurídicas, sería imposible su realización práctica. El Derecho vigente ni siquiera debe aceptar como punto de referencia válido la concepción que tengan de la *Moral* o de la *moralidad* una religión determinada o una ideología ética, salvo que ambas se identifiquen con los módulos conformadores de la *Moral* social. La *Moral* y la *moralidad* a que el Derecho hace referencia no pueden ser otras que la *Moral* y la *moralidad* imperantes en la Sociedad, es decir, los dictámenes que ésta emite sobre la licitud o ilicitud de ciertos comportamientos y acciones. Como quiera que el sujeto que emite esos dictámenes es en gran medida indeterminado y amorfo, habrá que superar no pocas dificultades para saber dónde se ubica en concreto el punto de referencia o criterio delimitador que se busca. Estas dificultades son principalmente dos y dependen de la condición pluralista de la Sociedad moderna y del cambio y evolución de la conciencia social. La primera nos lleva a la conclusión de que en una Sociedad pluralista no hay propiamente una *Moral* social, sino *varias Morales*. La solución aquí parece radicar en el concepto de *Moral social dominante o predominante*, cuya medición quedaría al arbitrio de quien aplica el Derecho, o bien se confiaría a métodos aleatorios, como pueden ser las encuestas sociales. La segunda dificultad a la hora de determinar cuál es la *Moral* social, es decir, la dificultad que consiste en el cambio y evolución de la conciencia valorativa de la Sociedad, es todavía de mayor entidad y entraña el peligro de confundir todo cambio en el modo de pensar y de enjuiciar ciertas acciones con la necesaria evolución y progreso en la recta formación de la conciencia social. En ambos casos, tanto

en el aspecto de la Sociedad pluralista como en el del cambio social, queda o puede quedar en entredicho tanto la necesaria pretensión de objetividad de los criterios morales como la no menos clara pretensión de universalidad de sus verdades, únicas instancias hoy reconocidas por todos los que quieren huir del escepticismo o del relativismo moral radicales.

2.— También deben considerarse *remisiones explícitas* del Derecho vigente a la Moral aquéllas que, en vez de referirse nominalmente a ésta, utilizan la consabida cláusula de “buenas costumbres”, que con fórmula equivalente es posible leer en todos los Códigos modernos, al menos los de la cultura occidental. En nuestro Derecho es frecuente encontrarla tanto en el ámbito del Derecho privado como en el del Derecho público. Así en el Código civil la hallamos preferentemente en sede de obligaciones y contratos, pero también en el Derecho de familia y sucesiones. Así vemos como, al regular las obligaciones condicionales, el art. 1116 del C.c. establece que: “las condiciones imposibles, *las contrarias a las buenas costumbres* y las prohibidas por la ley, anularán la obligación que de ella dependa”; fórmula que se repite literalmente en el art. 792 al referirse a la institución condicional de heredero, pues dice: “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 testado disponga otra cosa”.

Y en materia de contratos se insiste en la misma fórmula en el conocido art. 1271, referente al *objeto* del contrato, en cuyo ap. 3 dice: “Pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o *a las buenas costumbres*”. Lo que volvemos a encontrar en el art. 1316, al regular las capitulaciones matrimoniales: “En los contratos a que se refiere el artículo anterior no podrán los otorgantes estipular nada que fuere contrario a las leyes o *a las buenas costumbres* ni a los fines del matrimonio”.

En la esfera del Derecho público la referencia a las “buenas costumbres” como pauta delimitadora de un contenido jurídico normativo es frecuente tanto en el ámbito del Derecho penal como en el ámbito del Derecho administrativo, principalmente en aquellas disposiciones relativas a la divulgación o publicidad de doctrinas, imágenes o grabaciones, y que pretenden ampararse en los preceptos constitucionales que garantizan la libertad de expresión y de información.

Como en el caso de la Moral, la dificultad estriba también aquí en saber qué se ha de entender por “buenas costumbres”. Ante todo no cabe duda que se trata de una pauta abierta, que habrá de ser llenada de contenido o concretizada por quien aplica el Derecho. Pero es evidente que si hubiera de ser el legislador quien determinara con su autoridad inapelable lo que se ha de entender en cada caso por “buenas costumbres”, la invocación de éstas como criterio orientador del contenido normativo de la disposición legal carecería totalmente de sentido, aparte de que se incurriría en un lamentable círculo vicioso. Por ello ha de pensarse que se trata de una pauta socio-cultural, que como tal apunta en la misma dirección que el concepto de Moral social y que se empareja con ésta. En todo caso es preciso insistir que en no pocas ocasiones será precisa una labor interpretativa y concretizadora, que deberá llevar a cabo singularmente el juez, pero también el funcionario administrativo competente.

3.— Aparte de estos dos tipos de remisiones explícitas, en nuestro Derecho vigente no cabe duda que existen multitud de *remisiones implícitas* a la Moral. En primer lugar ya en el ámbito del Derecho constitucional y dentro de éste en la regulación de los derechos y libertades fundamentales, tanto por parte de la propia Constitución vigente como por parte de las Leyes orgánicas que la desarrollan. Conviene recordar sobre todo el art. 10 sobre la dignidad de la persona y los derechos a ella inherentes, el art. 14 sobre la igualdad ante la Ley y la exclusión de todo tipo de discriminación, el art. 15 sobre el derecho a la vida y a la integridad física y *moral*, el art. 16 sobre la libertad ideológica y religiosa, el art. 17 sobre la libertad personal, y el art. 18 sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como los límites que se establecen en el art. 20,4 a la libertad de expresión, entre los que se enumeran “especialmente el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

Entre las leyes orgánicas de rango constitucional que desarrollan estos derechos y deberes, cabe recordar como ejemplos en los que se detectan frecuentes remisiones implícitas a la Moral, la Ley (62/1978) de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, la Ley orgánica (8/1985) del derecho a la educación, y la Ley General (14/1986) de sanidad.

Peero también son frecuentes las remisiones implícitas a la Moral en el Derecho legal de rango inferior. Aparte de la referencia constante a la buena o mala fe en el C. civil y disposiciones complementarias, en el Código penal hay no pocas figuras delictivas que son ininteligibles y carecen de sentido si se les priva de todo contenido moral, como ocurre con algunos delitos contra las personas, como el asesinato, homicidio, infanticidio, aborto, ciertos tipos de lesiones, etc.; lo mismo sucede con los delitos contra la honestidad, como la violación y los abusos deshonestos, el estupro, el rapto, los relativos a la prostitución, y por supuesto los delitos contra el honor, como la calumnia o las injurias. La pretendida neutralidad moral del Derecho en materias como éstas parece más bien un sueño alucinante sin base real alguna.

4.— En el amplio campo de la utilización de unos mismos conceptos por parte de la Moral y del Derecho vigente, así como de un mismo vocabulario, lo que implica un flujo y reflujo constantes entre ambos órdenes normativos, es prácticamente imposible hacer siquiera una enumeración completa de todos los conceptos y términos que recíprocamente se prestan o se intercambian. Dejemos ir la mirada solamente a vuelo de pájaro sobre ejemplos tan típicos como los siguientes: las palabras y los conceptos de equidad, justicia, libertad e igualdad, así como la referencia a valores; los propios conceptos de regla, ley y norma de conducta, así como los de prescripción o precepto, prohibición, autorización y permisión; palabras y conceptos claves como los de deber, obligación, obediencia, y desobediencia, cumplimiento e incumplimiento, así como intención e intencionalidad, dolo, negligencia e imprudencia, responsabilidad, culpabilidad e imputación, junto con la mayoría de los arropados bajo las categorías genéricas de circunstancias atenuantes, agravantes y eximentes, como alevosía, premeditación, arrepentimiento, reincidencia, contumacia, etc., etc.; el mismo concepto de acción y el de omisión, o el concepto de acto, de acciones y actos lícitos e ilícitos, de motivos o móviles de la acción, etc.; sin olvidar el concepto decisivo de consentimiento y también el de desestimiento, junto con la categoría conceptual de vicios del consentimiento: error (vencible e invencible), ignorancia, miedo (grave o leve, insuperable, reverencial), intimidación, violencia, simulación; por último recordemos el concepto de daños, o más expresamente de daños *morales*, junto con el de perjuicios, así como los conceptos correlativos de reparación, resarcimiento, indemnización, restitución, etc.; o los términos y los conceptos bajo ellos alojados de dignidad e indignidad, fidelidad e infidelidad, confianza y desconfianza, uso y

abuso (de confianza, de credulidad, de autoridad, de superioridad), etc. En fin, cerremos esta visión panorámica de conceptos y términos intercambiables por parte de la Moral y del Derecho, volviendo la mirada, como hicimos al principio, a algunos conceptos y términos de la Constitución vigente, donde hallamos los de dignidad de la persona, desarrollo de la personalidad, inviolabilidad de los derechos, derecho a la vida, integridad física y *moral*, tratos inhumanos o degradantes de la persona, intimidad personal, honor y buen nombre, etc., etc.; con ello constatamos que el lenguaje jurídico y su aparato conceptual es ininteligible en muchos casos sin tener en cuenta su contenido moral y en consecuencia es una ceguera imperdonable no querer reconocer la inevitable presencia de la Moral en el Derecho vigente de cualquier nación civilizada. Y es que, como observa con su habitual agudeza intelectual K. Engisch, una emancipación total del Derecho vigente de la Moral, no sólo es fácticamente imposible, sino que, de llevarse a cabo en algún momento histórico, nadie sabe cual es el precio que se habría de pagar por ello (8).

(8) Dice Engisch textualmente: "Sinnvoll scheinen will mir vor allem die Frage, ob eine Emanzipation des Rechtes von der Sittlichkeit, so sehr man sie bemühen mag, faktisch überhaupt durchgehalten werden kann, ohne einen schier unerschwinglichen Preis zu zahlen", o.c., p. 104.