
ANTONIO-ENRIQUE PEREZ LUÑO
(Universidad de Sevilla)

Derecho, moral e ideología
(Una aproximación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo)

Se ha hecho notoria —casi tónica— la observación de Rudolf von Ihering de que el problema de la distinción entre la moral y el derecho constituye el Cabo de Hornos o de las tempestades de la Ciencia jurídica. Y todavía fue más lejos Benedetto Croce, quien al glosar aquella observación, indicó que más bien debería hablarse de Cabo de los naufragios, debido al fracaso de la mayor parte de los intentos teóricos que se han propuesto establecer los motivos de continuidad, divergencia o tensión entre ambos sistemas normativos de la conducta humana.

Una exégesis completa de esas posturas doctrinales no sólo es imposible; sería tan extensa que ocuparía a generaciones enteras de estudiosos. Cuando comienzan a rastrearse las fuentes teóricas de la relación moral/derecho se descubre que cada fuente remite a otras y ésta, a su vez, a otras más remotas, de tal modo que la totalización entronca, tarde o temprano, con la historia entera de las ideas jurídicas y filosóficas. De ahí que el tratamiento de esta cuestión exija un mero apunte o un tratado y aquí, por obvias razones de adecuación al contexto y finalidad de este comentario, se ha optado por lo primero. Es más, esta nota circunscribe al máximo su objeto al limitarlo a ese peculiar banco de prueba de toda doctrina jurídica que es la práctica de los tribunales.

Dos advertencias bastarán para cerrar este planteamiento: que en el ámbito jurisprudencial las aporías que suscita la relación moral/

derecho no son menores que en el plano teórico; y que esta aproximación se centrará en las decisiones jurisprudenciales del Tribunal Supremo español durante el período franquista.

* * *

Una ojeada superficial a las sentencias del Tribunal Supremo durante el régimen político de Franco, en asuntos relativos a la moral, pudiera hacer pensar que se produjo un decidido empeño del juzgador por sustraerse de los condicionamientos políticos de aquel período crítico de nuestra más reciente historia. Se reitera, en efecto, una línea de argumentación jurisprudencial que insiste en el carácter *suprahistórico* y *metacoynatural* de sus valoraciones morales.

Se alude así expresamente a: «principios de ética y moral universalmente aceptados... normas que forzosamente admite y practica toda conciencia humana moral...» (CA-10-3-51/Arz. 566). Siendo también muy frecuente la apelación a: «los generales sentimientos de honestidad y probidad poseídos en toda sociedad regida por mínimas normas de cultura...» (P-10-5-75/Arz. 2018).

Ahora bien, pese a las continuas remisiones a estas declaraciones de principios y a otras de análogo tenor, un somero análisis a la práctica del Tribunal Supremo en el período que transcurre desde el final de la guerra civil hasta el año 1975, permite concluir que precisamente lo contrario es la verdad.

a) Es fácil comprobar, en efecto, bajo ese ropaje argumentativo pretendidamente universalista la remisión implícita, e incluso explícita, al sistema de moralidad positiva dominante, construida en base a los principios de la moral católica, en su versión más integrista, y la ideología política inspiradora del Movimiento Nacional.

Resulta muy ilustrativa al respecto la postura del TS al inferir de la confesionalidad del Estado español franquista que: «la conciencia nacional ha de formarse conforme a los principios de la moral católica» (CA-22-11-69/Arz. 5197). Y no menos esclarecedora de la actitud de los magistrados del Supremo en este punto fue su decisión condenatoria de un profesor «por resultar evidente que en sus explicaciones filosóficas se atuvo... a la más rigurosa racionalidad científica y experimental, con exclusión de toda intervención divina en la vida sobrenatural de la persona... (conculcando) la obligación de

atenerse en sus explicaciones a los principios de la Moral y el Dogma católicos...» (CA-23-1-74/Arz. 37).

La identificación entre la pretendida moral universal y la moral positiva de la ideología política imperante se aprecia con cruda elocuencia en la sentencia que desestima la aplicación de la atenuante del artículo 9.7 del Código penal, referida a la actuación por motivos morales, altruistas o patrióticos. Tal atenuante a juicio del TS «ha de ser rotundamente desestimada, prescindiéndose en absoluto del contenido elogioso a la moral comunista sostenido en el fondo de la motivación, impropia de dirigirla a los Tribunales de Justicia, que deben ceñirse únicamente a la realidad concreta, de la declaración repetida de fuera de la Ley de dicho Partido, por tratar de destruir las normas sobre las que se asienta la sociedad española y el Estado legalmente establecido» (P-6-11-72/Arz. 4760. En similares términos cfr. P-9-7-73/Arz. 3042 y P-27-10-73/Arz. 3985).

En determinadas decisiones se establece, sin el menor recato, una estricta continuidad entre la moral católica y la ideología política franquista. Así, por ejemplo, en la decisión precitada en la que se sanciona a un docente por desarrollar su magisterio en contra de: «los Principios fundamentales del Movimiento Nacional, entre los que figura el II conforme al que la Nación española considerará como timbre de honor el acatamiento a la Ley de Dios, según la doctrina de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana...» (CA-23-1-74/Arz. 37).

Por esa vía argumentativa no tan sólo se identifica la moral *in genere* con la moral positiva dominante, sino que ésta acaba reducida a la mera legalidad. Se comprueba, de este modo, que al establecer el justiprecio moral de la conducta de un servidor de la Administración, el TS proclama sin rubor que: «para el funcionario público no cabe otra norma de conducta que la derivada de sus deberes oficiales, regulados inequívocamente... por Leyes y disposiciones de Derecho administrativo superiores a toda otra consideración» (P-17-1-61/Arz. 209).

En esta línea de confusión entre legalidad y legitimidad, que en la práctica es absorbida y fagocitada por aquella según el más implacable positivismo legalista, es sumamente expresivo el fallo sustentador de que: «los principios morales, religiosos o de derecho natural o internacional, a parte de su explicable imprecisión y carácter

frecuentemente admonitivo, anejo a su peculiar índole, no son, en sí mismos, fuente jurídica propia, aplicable por los Tribunales... sino fuente mediata, inspiradora de la normativa estatal... no van dirigidos al juez, sino al legislador... no a vincular directamente al juzgador, cuya genuina misión no es otra que aplicar el derecho positivo en su país» (S-22-11-67/Arz. 4301).

Pienso que esta sentencia ahorra, por sí sola, largas y tediosas controversias teóricas sobre la *real* significación iusnaturalista del orden jurídico franquista. Queda así en entredicho la postura doctrinal que, desde perspectivas abiertamente reaccionarias y a través de una fraseología huera, pretendió legitimar al franquismo en cuanto encarnación política del derecho natural; pero, al propio tiempo, se descalifican las tesis de quienes, desde un sedicente progresismo, trazaron una identificación simplificadora entre el franquismo y la tradición iusnaturalista.

b) Si la *universalidad* de las valoraciones morales del TS resulta, en muchos casos asaz *particular*, su, en tantas ocasiones proclamada, *inmutabilidad* no se muestra menos *fluctuante* y *veleidosa*. Ese carácter protéico de la jurisprudencia del TS se evidencia, de modo especial, en algunas decisiones en materia de escándalo público.

La preocupación de nuestra máxima instancia jurisdiccional por edificar nos moralmente se desprende de su condena de la publicación de «una fotografía de una artista de cine con un escote tan ancho a la par que tan largo, que permite ver gran parte de su seno»; así como otra de una artista «desnuda de medio cuerpo hacia arriba, cubierta simplemente con un escasísimo sostén estampado que permite ver por encima y por debajo de esa prenda lo que incompletamente intenta ocultar»; y la de la artista desnuda que se cubre «el pecho con ambos brazos enlazados sobre él, teniendo un reloj de pulsera en la muñeca...» (CA-8-2-69/Arz. 449).

Considerandos que revelan una sutil y exhaustiva perspicacia observadora por parte del juzgador, al describir tan minuciosamente estas imágenes lúbricas «tan descaradas que realmente ofenden a la moral y a las buenas costumbres en la medida en que son poseídas por la sociedad española» (ibíd.).

El celo por la salvaguardia de las buenas costumbres llevó al TS de la etapa franquista a convertirse en un auténtico «martillo de biki-

nis», no menos contundente que lo fuera Trento para los herejes. Un amplio elenco de decisiones se hallan dirigidas a castigar la utilización de esta «abominable» prenda, que tan directamente atenta a las convicciones del juzgador que incluso se resiste a utilizar su nombre, empleando para aludir a ella rebuscados y peregrinos circunloquios y perífrasis. Como botón de muestra baste recordar la sentencia en la que, con referencia al bikini, se le califica de lesivo «contra la honestidad, el pudor y el decoro de las personas, por constituir una ofensa a la moral pública». En este fallo, dictado en el año 1969, se llega incluso a juzgar la susodicha prenda femenina como atentatoria «a los valores morales de la comunidad nacional» (P-27-12-69/CLE 2262).

Dos años más tarde una sentencia califica al bikini de mero «aspecto de liviandad en las costumbres» (P-3-7-71/Arz. 3434). Se arriba así a una reveladora sentencia de 1974 en la que el TS cede, muy a su pesar, ante el espíritu avasallador de los tiempos y se resigna a admitir que: «Con referencia a ese atuendo femenino —traje de baño de dos prendas— denominado con el neologismo aceptado en el lenguaje usual de «bikini», con que aparecen las mujeres de las dos fotografías... no es posible desconocer que se utiliza públicamente no sólo a diario durante las temporadas de baño, muy dilatadas en algunas regiones de nuestro país, en playas y piscinas, sino también en espectáculos públicos, películas cinematográficas y en la prensa; por lo que siendo indudable, aunque censurable en puros principios de moral, que la sociedad viene admitiendo y tolerando desde hace algunos años el uso público de tal trivial atuendo femenino, no puede considerarse que las fotografías insertas en la referida publicación constituyan una ofensa a la moral...» (CA-26-2-70/Arz. 994).

La sentencia en cuestión entraña una auténtica «confesión de parte» del carácter oscilante y variable de los «inmutables» principios sobre los que pretendidamente cimienta el TS su edificio de la moralidad pública. El tono de la argumentación refleja, además, el padecimiento que produjo en la sensibilidad moral de determinados magistrados de entonces la progresiva irrupción de aquel sucinto atavío femenino; tributo obligado a las exigencias consumistas de los Planes de desarrollo y del *boom* turístico.

Auténtico estupor cabe imaginar que habrá causado la sentencia de julio de 1986 del Juzgado número uno de la Audiencia de Palma de Mallorca, a los magistrados del TS de la etapa franquista que hayan

tenido ocasión de conocerla. En dicho fallo se desestima una demanda de atentado contra el derecho a la intimidad y a la propia imagen presentada por una mujer frente a la agencia de prensa que había publicado su foto en *top-less*, tomada en la playa sin su consentimiento. La decisión del juez establece que: «en el tiempo y en el espacio en que nos hallamos no puede existir o no existe intromisión (en la intimidad y la propia imagen)..., ya que tomar el sol en *top-less* es un hecho público y notorio». Es decir, el cotejo de estas decisiones permite observar que, en un espacio relativamente breve de tiempo, unos mismos hechos (u otros de incluso mayor alcance) son sancionados por el derecho como atentados graves a la moral pública, pasan luego al dominio de las elecciones morales personales sin trascendencia jurídica, y devienen a la postre meros hábitos o costumbres sujetos a la dinámica de los usos sociales.

c) Junto a la quiebra de la supuesta universalidad e inmutabilidad de las decisiones jurisprudenciales atinentes a la moral cabe advertir, en buen número de ellas, una flagrante vulneración del empleo riguroso de categorías conceptuales, fácticas y/o técnicas, por obra de una mal disimulada manipulación ideológica.

En algunos fallos del TS se utilizan expresiones como «normalidad» o «racionalidad» hipostasiando bajo ellas lo que no son sino el sistema de preferencias o valoraciones subjetivas (en ocasiones, burdamente arbitrarias) del juzgador. Así, se reputa conducta moralmente anormal, «haber convivido el expedientado con su esposa después de haberla sorprendido en el dormitorio con un hombre completamente desnudo, estando ella en combinación, el de exhibirse con la adúltera pocos días después en cierto festival... (hechos que) revelan un evidente contenido incompatible con los más elementales dictados de equidad y honestidad... integrante de la falta grave de ausencia inequívoca de moralidad» (CA-5-1-57/Arz. 2767).

Ese sistema de valoraciones resulta, ante determinadas circunstancias, descaradamente ideológico. Considérese, a título de ejemplo, cuanto entraña de tergiversación de las técnicas de aplicación del derecho el que se utilice como factor relevante para calibrar la conducta moral de un funcionario el que «después del Glorioso Movimiento Nacional tuvo relaciones con la esposa de un nacionalista vasco, que estaba conceptuada como espía» (CA-23-4-49/Arz. 174).

En otras ocasiones, asistimos perplejos a la conversión en conducta moral «natural», de lo que no son sino actitudes que obedecen a pintorescas visiones mezcla de la parafernalia caballeresca medieval y de un trasnochado romanticismo. «La agravante de desprecio de sexo... encuentra su fundamentación natural y jurídica —según el TS—, en la razón sentimental y caballeresca, de la delicadeza y debilidad física de la mujer» (P-4-11-71/Arz. 4470).

No deja de suscitar estupefacción que en lo que concierne a la estricta comprobación empírica de situaciones fácticas se introduzcan «de contrabando» valoraciones de «deber ser». En ello incurren diversas decisiones relacionadas con la temática de la virginidad. Para una reiterada doctrina del TS, la mujer española soltera de vida honesta es virgen. «... Siendo esta doctrina manifestada sin excepciones con harta reiteración, por ser lo normal en la vida real de la mujer española su doncellez, cuando proclama con su conducta humana una honestidad conocida, demostrativa usualmente de su integridad moral y fisiológica a la vez... (por ello, la mujer soltera de) buena vida, costumbres o ejemplar conducta, ha de presumirse virgen y doncella» (P-27-6-67/Arz. 2672).

Esta inferencia del TS trae a mientes la desarrollada por San Agustín en los inicios de su *De civitate Dei* para tranquilizar las conciencias de aquellos cristianos que, tras el saqueo de Roma por los Godos, lamentaban la pérdida del don de la virginidad por parte de las pías doncellas violentadas por los bárbaros. El santo rechazó de plano esta hipótesis, sosteniendo que aquellas virtuosas mujeres continuaban siendo vírgenes, pese a su violación, con el único requisito de no haber experimentado goce durante el acto carnal. En ese caso, serían pecadoras. Ahora bien, lo que en el plano teológico puede ser un criterio encomiable para dirimir la existencia o no del pecado, no parece, sin embargo, que constituya un mecanismo apropiado para la determinación de «hechos» con trascendencia jurídica. Un juicio sobre cuestiones fácticas (y la virginidad lo es) no puede ser tergiversado por valoraciones subjetivas, sin merma de las exigencias de rigor formal e imparcialidad que deben concurrir en el proceso.

El universo de filias y fobias morales del TS se evidencia con singular nitidez en su enjuiciamiento de la homosexualidad. Las conductas homosexuales son condenadas sin palitivos con epítetos tales como los de: «acto contra natura» (P-11-6-56/Arz. 2062) y en la misma,

«repugnante vicio»; «manifestación de aberración sexual denigrante para cualquier ciudadano» (CA-26-9-58/Arz. 3125); «anormalidad o desviación sexual» (CA-27-6-59/Arz. 3517); «nefando vicio que ofende gravemente la conciencia de las personas honradas» (P-29-4-67/Arz. 1919); «antinaturales prácticas» (P-3-5-67/Arz. 1926); «inversión del orden natural» (P-8-6-67/Arz. 2816); «repugnante porquería» (P-7-10-67/Arz. 4093); «vicio nefando» (P-13-3-70/Arz. 1390)...

Si bien no deja de suscitar sorpresa que estas prácticas calificadas reiteradamente de «antinaturales», «anormales» y «desviadas» que parecen, por ello, privativas de un sector muy minoritario del cuerpo social sean usuales en lo que el propio TS denomina «legión de los invertidos sexuales» (P-28-10-55/Arz. 2962).

Pero quizás de lo que más adolecen las apreciaciones del juzgador en el plano de la moral sexual es de una acusada carencia de datos sociológicos, etnológicos y psíquico-antropológicos en que fundamentarse. Instrumentos tan relevantes como, por ejemplo, el célebre *Kinsey Report*, que tan decisivamente contribuyó a clarificar el comportamiento sexual efectivo de hombres y mujeres, confirmado por encuestas e informes posteriores, se hallaron, las más de las veces, fuera del plano orbital de los presupuestos y categorías operativas del TS de la etapa franquista.

Ese *décalage* entre unas valoraciones cimentadas en prejuicios tradicionales mantenidos por la mera fuerza de la inercia y el desarrollo real de los comportamientos sociales, determina que pequen de crasa arbitrariedad numerosas calificaciones jurisprudenciales de determinadas conductas reputadas anormales, desviadas o moralmente perversas.

No menos trascendencia reviste la sistemática ignorancia, por parte de determinadas decisiones del TS, de la conocida distinción, debida a Thomasio y Kant, entre el fuero interno y el fuero externo de la conducta, que permite establecer, en muchas ocasiones, un adecuado criterio de deslinde entre la moral y el derecho (piénsese, por ejemplo, en la reformulación de esta tesis por Herbert Hart en su polémica con Lord Patrick Devlin).

Se advierte así, con estupor, que una decisión del TS sanciona como constitutiva de *escándalo público* la mera tenencia de unas fotografías referidas a comportamientos pretendidamente obscenos, para

lo que basta su «permanencia en imágenes perdurables», aunque nadie las haya visualizado (P-8-11-61/Arz. 3817). Y todavía va más allá el juzgador cuando proclama que: «... si bien el onanismo, en su estricto sentido de vicio solitario, en cuyo campo, actuales corrientes de dudosa eticidad, tratan de restarle validez infractora en cuanto acto de desviación o frustración sexual, el carácter que, desde el pasaje bíblico que lo condena, siempre le fue asignado...» (P-10-5-75/Arz. 2018).

* * *

Es evidente que el carácter fragmentario y urgente de estas consideraciones no autoriza la formulación de juicios concluyentes. Estimo, sin embargo, que sí pueden avanzarse algunas consecuencias derivadas de los aspectos básicos de cuanto hasta aquí se ha expuesto.

1) En primer término, se desprende de esta relación casuística que el postulado del positivismo jurídico sobre la separación entre moral y derecho, pese a sus eventuales ventajas en el plano metodológico, resulta irrealizable en el práctico. Ello se debe a la complicación de factores éticos e ideológicos en el desenvolvimiento de la experiencia jurídica. Pero, reconocer esto, no supone afirmar que la tesis iusnaturalista de la continuidad entre moral y derecho constituya en sí misma una respuesta satisfactoria de esta problemática. Aceptar la remisión recíproca entre moral y derecho no entraña la solución de *nada*, sino más bien el planteamiento de *todo*. Por ello, la apertura del derecho a la moral no debe ser un cómodo expediente para suplantarse el rigor en la formulación del razonamiento jurídico por categorías difusas y nebulosas que, bajo la apelación a la moral, enmascaren las opciones ideológicas del juzgador.

2) De ahí que la remisión por parte del derecho a categorías morales deba realizarse con propiedad. Por ser la ética una estructura normativa del comportamiento humano parece necesario tener en cuenta los factores antropológicos, psicológicos, socio-biológicos y culturales que constituyen el contexto explicativo de la conducta individual y social. En la medida en que las valoraciones morales, utilizadas en el ámbito jurídico, respondan a criterios verificables tenderá a debilitarse su componente ideológica, en la acepción peyorativa de la ideología jurídica entendida como deformación, consciente o inconsciente de la realidad en función de los intereses de quienes crean o aplican el derecho.

3) Por último, basta el somero elenco de los fallos reseñados para advertir el carácter protéico y situacional de los valores y concepciones morales. De ahí el peligro de dogmatismo que implica el que el derecho apele a categorías morales sedicentemente universales e inmutables. Por ese camino se corre el riesgo de hipostasiar como principios de moralidad válidos *semper et ubique* lo que no son sino el sistema de creencias e intereses de quienes detentan el aparato jurídico. El derecho de una sociedad pluralista no puede servir de instrumento para someter a una determinada concepción moral todas las restantes. Para ello deberá evitarse una injerencia de la normatividad jurídica en aquellos comportamientos morales que no afecten o perjudiquen a terceros.

Ahora bien, el rechazar las amenazas, en orden al pluralismo y la libertad, de una concepción absolutista y dogmática de la moral, en la que los valores éticos que influyen o informan la experiencia jurídica, so pretexto de su universalidad e inmutabilidad, son en la práctica el fruto de una intuición arbitraria y decisionista que suele degenerar en una auténtica tiranía de los valores (*Tyrannei der Werte*), no debe precipitarnos en el otro polo o cara de la moneda. Es decir, no menos inquietante resulta la alternativa opuesta de un total relativismo ético conducente al nihilismo y la abstinencia de valores. Frente a ambas opciones he intentado, en otros trabajos, abogar por un intersubjetivismo axiológico cifrado en el reconocimiento de la posibilidad de que la razón práctica llegue a un consenso, abierto y revisable, sobre el fundamento de los valores ético-jurídicos. Consenso que, por otra parte, lejos de traducirse en fórmulas abstractas y vacías, recibe su contenido material del sistema de necesidades básicas o radicales que constituyen su soporte antropológico.

SIGLAS UTILIZADAS

- Arz. = Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi
- CA = Contencioso-administrativo
- CLE = Colección Legislativa de España
- P = Penal
- S = Social
- TS = Tribunal Supremo

NOTA BIBLIOGRAFICA

Para una completa exposición de la doctrina moral del TS durante el franquismo cfr. el libro de CARLOS PÉREZ RUIZ, *La argumentación moral del Tribunal Supremo*, prólogo de A. E. Pérez Luño, Tecnos, Madrid, 1987. Sobre el planteamiento doctrinal de las relaciones moral/derecho vid. mis *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Minerva, Sevilla, 2.ª ed., 1986, Cap. II; en relación con la teoría intersubjetivista de la fundamentación de los valores ético-jurídicos, cfr. mis libros, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1986, Cap. III; y *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2.ª ed., 1986, Cap. III.