

DESPENALIZACION E INMORALIDAD CIVIL

Rafael Domingo

Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Navarra (España)

In memoriam de D. Francisco de Asís Sancho Rebullida

Desde hace ya unos decenios –quizá por una desorbitada aplicación de los principios de subsidiariedad¹ y de mínima intervención²– estamos asistiendo en Europa a un acusado fenómeno de progresiva abolición de figuras delictivas que podríamos denominar tradicionales.

El nuevo Código Penal español ha suprimido, por ejemplo, los delitos de desacato³, parricidio⁴ e infanticidio⁵. Por lo demás, con anterioridad a su promulgación fue suprimido, por ley orgánica de 1988, el delito de blasfemia⁶. Otras veces, más que suprimir totalmente un delito, el nuevo Código ha restringido su tipo, de suerte que comportamientos anteriormente castigados han quedado despenalizados en determinados supuestos. Tal es el caso del delito de pornografía (artículos 186 y 189), del delito de prostitución (artículos 187-190) o del delito de exhibicionismo (artículo 185), que prácticamente sólo se castigan cuando se realizan con menores de edad.

¹ Sobre la aplicación de este principio en el derecho penal, *vid.*, sobre todo, ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*² I (München 1994) 482-483; y FIANDACA-MUSCO *Diritto penale. Parte Generale*² (Bologna 1993) 40-43.

² Sobre este principio, *vid.* PRADEL, *Droit pénal général*¹⁰ I (Paris 1995) 122-123 con literatura. Este principio, sin embargo, ha tenido poca acogida en Francia.

³ Regulado en los artículos 240 y 244 del Código anterior (de 1973).

⁴ Regulado en el artículo 405 del Código anterior.

⁵ Regulado en el artículo 410 del Código anterior.

⁶ La blasfemia fue despenalizada en España por el artículo 2 de la ley orgánica 5/1988, de 9 de junio (BOE. 11 de junio de 1988), que dejó sin contenido el artículo 239 del Código Penal entonces vigente. Esa misma ley despenalizó las faltas “de imprenta contra la moral, las buenas costumbres o la decencia pública” (artículo 566, 5), las faltas “de blasfemia y contra la moral, las buenas costumbres o la decencia pública” (artículo 567, 1 y 3), así como las faltas “cometidas por quienes se bañaren faltando a las reglas de decencia o seguridad establecidas por la autoridad” (artículo 577, 1). El nuevo Código de 1995 también ha omitido la regulación de la blasfemia, así como el de estas faltas mencionadas. El iter de la regulación de la blasfemia en los distintos códigos españoles (desde 1822 hasta 1944) puede seguirse mediante las concordancias que ofrecen LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, RODRÍGUEZ RAMOS Y RUIZ DE GORDEJUELA, *Códigos penales españoles. Recopilación y concordancias* (Madrid 1988) 1380. Mucho más respetuoso con los sentimientos religiosos es el Código Penal alemán, que tipifica un delito sobre insultos contra confesiones religiosas o agrupaciones que tengan su propio credo (“Beschimpfung von Bekenntnissen, Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsvereinigungen”, 166) y otro sobre molestas en el ejercicio de la religión (Störung der Religionsausübung”, 167); *cfr.* el comentario a estos parágrafos de HERZOG, *Nomos. Kommentar zum Strafgesetzbuch* (Baden-Baden 1995) II.11.

En esta ocasión quisiera referirme a los posibles efectos civiles de actos despenalizados por la ley penal. Para centrar el tema, adelantaré algunos ejemplos: el hecho de que la blasfemia haya sido despenalizada en España, ¿hace válida una donación condicionada “a blasfemar ante las cámaras de televisión”?; despenalizado el exhibicionismo obsceno ante mayores de edad, ¿sería válida la condición potestativa “si te ‘exhibes’ en una universidad”?; la parcial despenalización del aborto, ¿convierte en válidos los contratos de prácticas abortivas despenalizadas?; ¿es válido el contrato que realiza un hospital privado con una empresa de publicidad para que promocione sus técnicas abortivas?; despenalizada la prostitución con mayores de edad, ¿sería válido el contrato de servicios con una prostituta para que trabaje en un hotel?; ¿es indigna para suceder la madre que provoque el aborto despenalizado con el fin de heredar de su marido?; la despenalización del adulterio, ¿impide que pueda alegarse este como causa de separación?

Con carácter general, los códigos civiles europeos, siguiendo el Derecho romano⁷, sancionan, con la nulidad de pleno derecho, aquellos contratos celebrados con causa ilícita o inmoral (*contra bonos mores*)⁸. Así, el “Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten” (1794) establecía, en el 68 del título quinto de la primera parte, que “Verträge über unerlaubte Handlungen gelten eben so wenig, als über unmögliche”. El “Code” de Napoleón dispone en su artículo 1131 que “L’obligation sans cause, ou sur une cause fautive, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet”. El artículo 1133 señala que es ilícita la causa “quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeurs ou à l’ordre public”. De contenido semejante es el artículo 1275 del Código Civil español: “Los contratos sin causa, o con causa ilícita, no producen efecto alguno. Es lícita la causa cuando se opone a las leyes o a la moral”⁹. El artículo 1343 del Codice italiano dispone que “la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all’ordine pubblico o al buon costume”. Por su parte, el Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (879, 1) establece que “Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstösst, ist nichtig”. Por último, también el BGB, en su parágrafo 138, dispone algo semejante: “Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig”¹⁰.

Algo parecido sucede con los negocios jurídicos sometidos a condición ilícita o inmoral: en los códigos austríaco, francés, español e italiano se estable-

⁷ Vid. por ejemplo, PAPIANUS, D. 28, 7, 15 (...*facta... contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est*); PAULO, D. 2, 14, 27, 4 (*pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda*); ULPIANO, D. 17, 1, 6, 3 (*rei turpis nullum mandatum est...*); una interesante exposición de la causa en los negocios jurídicos, con abundante bibliografía, ofrece ahora GUARINO, *Diritto privato romano*¹⁰ (Napoli 1994) 389-400.

⁸ Sobre esta expresión vid. MAYER-MALY, *Contra bonos mores, en Iuris Professio. Festgabe für Max Kaser zum 80. Geburtstag* (Wien u. a 1986) 151-167; una breve síntesis de la evolución de la expresión *boni mores* en el Derecho romano ofrece ahora en su “Kurzlehrbuch” RÖMISCHES PRIVATRECHT (Wien-New York 1991) 89-90; PLESCIA, *The development of the doctrine of “boni mores” in roman law*, en RIDA. 34 (1987) 265-310. FUSCO, *Adulescens luxuriosus. Ulp. D. 17.1.12.11 –ein Mandat contra bonos mores?*, en *Mandatum und Verwandtes* (Berlín y otras ciudades 1993) 387-406.

⁹ Un comentario de este artículo puede verse en ALBACAR-LÓPEZ Y SANTOS BRIZ, *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia IV* (Madrid 1991) 689-704.

¹⁰ Un extenso comentario de este parágrafo ofrece MAYER-MALY, en *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch I. Allgemeiner Teil*³ (München 1993) 1130-1182; cfr. también PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*⁵³ (München 1994) 115-131.

ce que si se trata de actos inter vivos, son inválidos, y, si tienen *lugar mortis causa*, se tendrán las condiciones por no puestas¹¹. Un poco distinta es la redacción del 139 del BGB, que establece que si una parte ("Teil") de un negocio jurídico es nula, es nulo todo él, a no ser que se entienda que hubiese sido celebrado incluso sin la parte nula.

Del hecho de que estos códigos no hagan mención al carácter o no delictivo de los ilícitos civiles parece desprenderse que la moralidad o inmoralidad de los actos, a efectos civiles, no depende de su penalización o despenalización, sino que más bien responde a principios metajurídicos informadores de la legislación civil, y no de la penal, sometida, en todo caso, al principio de legalidad. Uno de estos principios metajurídicos es este de la invalidez civil de los actos inmorales, estén o no penalizados. Y lo llamo metajurídico, porque la moralidad o inmoralidad de los actos no viene determinada por el Derecho, sino por el objeto, fin y circunstancias de los mismos actos. De ahí que haya actos intrínsecamente malos, como la blasfemia, la prostitución, el exhibicionismo, etc., que, si figuran como causa o condición en un contrato, no podrán tener más efectos civiles que los negativos de la nulidad o de tenerlos por no puestos.

Lo mismo ocurre con los contratos relacionados con las prácticas abortivas (prestación de servicios, compraventa de instrumentos, aparatos y medios para provocar el aborto, contratos de publicidad, etc.), que, en principio, son nulos por inmorales. En el nuevo Código Penal español ha desaparecido el antiguo artículo 416, en virtud del cual se castigaba al fabricante o negociante que vendiere medicamentos, sustancias, objetos e instrumentos, etc., que sirven para provocar el aborto, a personas que no pertenezcan al cuerpo médico o a comerciantes que no estuvieran autorizados para su venta. La despenalización de esta conducta hasta ahora delictiva no afecta en modo alguno a la invalidez civil de estos contratos, que seguirán siendo nulos, a tenor de lo establecido en el artículo 1275 del Código español. El único efecto civil que produce esta despenalización es que los efectos de la nulidad se resolverán a tenor de lo previsto en el artículo 1306 del Código Civil español, que trata de la causa torpe no constitutiva de delito ni falta, y no según lo previsto en el artículo 1305, que se aplica cuando la nulidad proviene de causa constitutiva de delito o falta. Según el artículo 1306-1, cuando la causa torpe no constitutiva de delito o falta "esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiere dado a virtud de contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido". Sin embargo, el párrafo 2 dispone que si la causa torpe está de parte tan sólo de uno de los contratantes, éste no podrá repetir ni reclamar, pero el que fuera extraño a esta causa "podrá reclamar lo que hubiese dado, sin obligación de cumplir lo que hubiese ofrecido". Se trata, pues, de una traslación del régimen romano de la *conditio*.

¹¹ Cfr. los 698 y 898 del ABGB; los artículos 900 y 1172 del Código de Napoleón; los artículos 1116 en relación con el 792 del Código Civil español; los artículos 634 en relación con el 626, y 1354 del Código italiano. Aunque haya varios textos que implícitamente la recojan (cfr. JULIANO, D. 45, 1, 65; también en tema de estipulaciones PAPINIANO D. 45, 1, 123; MARCIANO, D. 28, 7, 14; PS. 3, 4b, 2), esta distinción de efectos entre actos inter vivos y mortis causa no fue definitivamente asentada en Derecho romano clásico, sino más bien por la Pandectística; cfr. en este sentido las observaciones de DE RUGGIERO, *Condizioni immorali e contra leges*, en *BIDR.* 16 (1904) 162-192, que siguen siendo válidas, así como las de TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano* (Milano 1990) 255-256.

Absolutamente inconsecuente es, sin embargo, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 28 de mayo de 1993¹², en materia de aborto. En el apartado V, núm. 6 (JZ. p. 30), el Tribunal Constitucional señala que “la obligación estatal de proteger la vida del no-nacido no puede llevar a considerar jurídicamente ineficaces los contratos de los médicos y hospitales sobre abortos no penalizados, en virtud del sistema de asesoramiento (“Beratung”). El concepto de asesoramiento exige más bien que el intercambio de prestaciones entre el médico y la mujer tenga la consideración de relación jurídica, a fin de que se realicen con fundamento jurídico”. A mi comentario sobre esta sentencia me remito¹³.

El derecho civil, quizá por su carácter privado, está más atento a la moral personal que el derecho penal, que tiende a proteger —influido por el liberalismo¹⁴— la ética social que debe ser imperativa y coactivamente impuesta a los ciudadanos. Esto hace que los límites de la ilicitud civil sean más estrictos que los de la ilicitud penal. Por lo demás, el derecho penal, al estar informado por el principio de legalidad, no puede servirse de principios metajurídicos, ni tan siquiera incorporándolos en la propia ley.

El ámbito de lo inmoral y de lo penal no necesariamente coinciden, pues hay comportamientos inmorales no delictivos y delitos que no lo son por naturaleza. Permítaseme citar algunos ejemplos: un senadoconsulto de fecha desconocida —que d’Ors conjetura puede ser el Liboniano, del 16 d.C.¹⁵— consideró inmoral y tuvo por no puesta la llamada condición captatoria, es decir aquella que supedita el nombramiento de heredero o legatario a la recepción de una liberalidad que se reciba, en el futuro, del así instituido¹⁶. Pero también existen ejemplos recientes, como puede ser la llamada condición “de celibato” (Zölibatsklausel), que ha sido declarada inmoral en Alemania¹⁷.

Pero el hecho de que no coincidan estos dos ámbitos no significa que dejen de estar íntimamente relacionados. Esta conexión es lo que explica precisamente que la ley penal puede convertir en ilícito un acto moralmente lícito (la compraventa de animales protegidos; arrancar plantas briofitas, etc.). Lo que no podrá hacer la ley penal, sin embargo, es suspender los efectos civiles de los actos despenalizados que sean de suyo inmorales, *contra bonos mores*. Aquí radica, sin lugar a dudas, uno de los límites éticos más claros de los ordenamientos occidentales¹⁸. A sensu contrario, se puede decir que no le compete a la

¹² Debido al interés de la sentencia, esta ha sido publicada en varias revistas jurídicas: *Neue Juristische Wochenschrift* 28 (1993) 1751-1779; *Europäische Grundrechte* 9-10 (1993) 229-275, así como en una edición especial de la *Juristen Zeitung* de 7 de junio de 1993.

¹³ Vid. *Otrosí* 12 (1993) 34-37; una versión ampliada, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* 11 (1995) 323-330.

¹⁴ Sobre la distinción entre “moral individual” y “ética social”, vid. ahora A. D’Ors, *Liberalismo moral y liberalismo ético*, en *Razón Española* 75 (1996) 9-19.

¹⁵ Vid. A. D’Ors, *Derecho Romano*⁸ (Pamplona 1991) 341.

¹⁶ Cfr. GAYO, D. 30, 64; PAPIANO, D. 28, 5, 71 (70); PAULO, D. 28, 5, 72 (71), pero vid., sin embargo, LABEÓN D. 28, 7, 20, 2.

¹⁷ Cfr. *Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts* 4 (Berlín 1958) 274-285. En España, una cláusula contractual de este estilo se tendría por no puesta, en virtud del artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido de 14 de marzo de 1995.

¹⁸ Sobre el problema de la armonización de la Unión Europea y los ordenamientos nacionales, vid. las Actas del XIII Simposio de la Fundación Alexander von Humboldt *Europäische Integration und nationale Rechtskulturen* (Köln-Berlín 1995).

ley civil penalizar actos que sean contrarios a ella, sino tan sólo declararlos nulos. El artículo 217 del nuevo Código penal, por ejemplo, castiga la pretensión de contraer con efectos civiles segundas o ulteriores nupcias realizadas "a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior (matrimonio)". Una supuesta despenalización de este delito no llevaría consigo en modo alguno la validez civil de la poligamia, pues el segundo matrimonio, por derecho civil, seguirá siendo nulo *ipso iure*, exista o no en el ordenamiento un delito que penalice la poligamia.

Tampoco altera los efectos civiles de los hechos inmorales despenalizados el hecho de que estos hayan sido autorizados por acto administrativo. Tal sería el caso del contrato de práctica de la prostitución con mayores de edad en un prostíbulo autorizado por acto administrativo. Naturalmente, al menos en España, el acto administrativo sería válido¹⁹, pero no lo serían los contratos de prostitución. En mi opinión, el acto administrativo se ajustaría al hecho de la despenalización –tal acto sería válido en virtud de la despenalización–, pero no afectaría al principio de invalidez civil de los contratos inmorales, como tampoco al Derecho penal.

A pesar de su despenalización, continúa teniendo relevancia civil –sin lugar a dudas, por su naturaleza inmoral– el adulterio²⁰, que es tenido en cuenta, sin distinción de sexos, en los juicios de separación, a tenor del artículo 82 del Código Civil español, que señala como causa de separación la "infidelidad conyugal". También acude a él el 543 del ABGB: "Personen, welche des Ehebruches, oder der Blutschande gerichtlich geständig, oder überwisen sind, werden unter sich von dem Erbrechte aus einer Erklärung des letzten Willens ausgeschlossen".

Problema distinto se plantea cuando la ley civil hace un reenvío a la ley penal. Tal es el caso en tema de indignidad para suceder. En efecto, el artículo 463 del Código Civil italiano excluye de la sucesión como indigno al que voluntariamente mató a un descendiente del de *cuius* "purché non ricorra alcuna delle cause che escludono la punibilità a norma della legge penale". Este inciso final excluiría de indignidad a la viuda feticida que –amparándose en una causa despenalizada de aborto– eliminara al *nasciturus* con la finalidad de heredar ella de su marido, y no el hijo, de su padre. El artículo 756 del Código Civil español, sin embargo, no se remite expresamente a la ley penal, sino que exige "condena judicial". Como este requisito de la "condena judicial" no excluye en todo caso que los tribunales civiles puedan apreciar causas de indignidad con independencia del proceso penal²¹, queda abierta la duda de si causar la muerte del feto sin

¹⁹ Cfr. artículo 62, 1 c) de la Ley 30/1992 sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que establece que los actos son nulos de pleno derecho cuando "sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta".

²⁰ Tanto el adulterio como el amancebamiento fueron despenalizados en España por Ley 22/1978 de 26 de mayo (BOE 30.5.1978). Esta ley siguió considerando el adulterio como causa de desheredación de herederos forzosos (último inciso del artículo 852 del Código Civil español). Esta causa de desheredación, sin embargo, fue suprimida por Ley 11/1990, de 15 de octubre (BOE 18.10.1990) sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón del sexo.

²¹ Vid. en este mismo sentido el comentario al artículo 756 de ALCABAR LÓPEZ y DE CASTRO GARCÍA, en *Código Civil. Doctrina y jurisprudencia III* (Madrid 1991) 462.

consentimiento del difunto, en un supuesto de aborto despenalizado, sería en España causa de indignidad.

En resumen, se puede decir que la despenalización de un hecho delictivo no tiene efectos civiles, salvo que la propia ley civil se remita a la ley penal; sin embargo, la penalización de una conducta anteriormente lícita sí tiene efectos civiles, ya que, por ejemplo, convertiría en ilícita la causa o condición contractual, y no se daría en este caso el principio de irretroactividad propia de la ley penal. Esto no es sino una consecuencia de que el ámbito de lo punible debe ser más restringido que el ámbito de lo ilegal.