

el propio TC había seguido, por ejemplo, en su resolución de 26 de febrero de 1990, por la que inadmitió la demanda de amparo de doña Gregoria López Ostra frente a las inmisiones originadas por los malos olores, el humo y el ruido de una planta depuradora de aguas residuales de la ciudad de Lorca (Murcia), que posteriormente vendría a ser enmendada por el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) en la sentencia de 9 de diciembre de 1994.»

## 2.2. Los fines en el Derecho

### 2.2.1. Introducción

Sin duda alguna, este constituye uno de los apartados más complicados en la caracterización del Derecho. Una pregunta frecuente es si el Derecho tiene fines, y cuáles serían y cuál sería su naturaleza. De alguna manera, las discusiones seculares entre las concepciones positivistas e inusnaturalistas también girarían sobre estas cuestiones. Asumiremos que habría un cierto consenso en señalar que la seguridad es uno de los fines principales de cualquier orden jurídico, razón por la cual será el primer punto que examinaremos en este apartado.

El segundo problema que se analizará será la cuestión acerca de las relaciones entre el Derecho y la moral. Por esta razón, veremos algunas de las cuestiones que plantea tal vinculación para, a continuación, hacer especial hincapié en cuáles son los límites de la intervención del Estado (a través de la sanción penal) frente a los individuos. Estos serán los dos temas que analizaré a continuación. Otro tema nuclear, como es de las teorías de la justicia, se tratará en el capítulo quinto.

### 2.2.2. La seguridad

En términos amplios, seguridad equivale a garantizar el mínimo de orden y paz que hace posible la vida en sociedad. En un sentido más restringido, significa que las personas a las que van destinadas las normas jurídicas deben saber a qué atenerse, cuál va a ser la reacción del ordenamiento jurídico ante su conducta o decisiones. En ambos casos, la seguridad se constituye en elemento o exigencia imprescindible de los ordenamientos jurídicos. En la forma moderna en que hoy concebimos

el Estado de derecho, la autoridad estatal somete su acción a las leyes válidamente creadas y, en ese sentido, trata de evitar, también, la arbitrariedad en el ejercicio de su poder. De esta manera un incumplimiento generalizado convertiría dicho sistema jurídico en injusto o, directamente, no se podría considerar Derecho.

Entre otras condiciones, la idea de seguridad jurídica incorpora las siguientes exigencias que pueden agruparse en dos grandes apartados según dónde se situen: a) en el ámbito de la creación de normas o, b) en el ámbito de la aplicación.

#### 2.2.2.1. Exigencias en la creación de normas

En el primero de estos contextos, esto es, en el de la creación de normas, se encontrarían las exigencias de:

- Conocimiento de las normas por los destinatarios: si las normas fueran desconocidas por los destinatarios, estos no sabrían qué actuaciones les exige el Derecho y, por tanto, vivirían en un estado de inseguridad permanente, al desconocer si sus conductas están prohibidas o no. Ahora bien, este requisito no exige que sean conocidas todas las normas por los destinatarios, puesto que sería una obligación de cumplimiento imposible dada la enorme cantidad de normas que existen en la actualidad en los ordenamientos jurídicos. Más bien, tal requisito exige que los ciudadanos puedan acceder a su conocimiento.
- Claridad de las normas: si se pretende que los ciudadanos se comporten de una determinada manera, es decir, que guíen su conducta a través de lo dispuesto en las normas jurídicas, estas deben expresarse en un lenguaje que les resulte comprensible.
- Publicidad de las normas: estas deben haberse publicado de manera oficial procurando que los individuos interesados tengan la opción de conocer su contenido. Por otro lado, este requisito implica que se eviten al máximo las normas secretas.

#### 2.2.2.2. Exigencias en la aplicación de normas

En el ámbito de la aplicación se ubicarían las denominadas garantías procesales, las cuales constituyen en la actualidad un aspecto central de la exigencia de seguridad jurídica propia de un Estado de derecho. Se

trata del conjunto de derechos cuya finalidad es proteger la libertad y la seguridad jurídica de los individuos frente a la intromisión abusiva y/o arbitraria del Estado. Como se ha señalado repetidamente, en la actualidad una parte importante de la amenaza que pueden sentir los ciudadanos proviene del propio Estado dada su gran capacidad de actuación y el monopolio de la fuerza física.

Lo característico de esta categoría de exigencias es que se ubican alrededor del proceso, esto es, el mecanismo jurídico que utiliza el Derecho para resolver los conflictos y colateralmente dar legitimidad al uso eventual de la violencia institucionalizada. Existe un gran número de estas garantías:

- *El derecho a la tutela judicial*: significa que cualquier sujeto tiene la posibilidad de recurrir a los tribunales para defender los derechos que le hayan sido cercenados o conculcados por el propio Estado o por otro ciudadano. En este sentido, implica que los jueces y los tribunales tienen el deber de juzgar y resolver las demandas (y denuncias) haciendo uso de las normas jurídicas pertinentes.

- *El principio de legalidad*: exige que todas las acciones del Estado se regulen según lo establecido en las disposiciones legales previamente dictadas, de forma que no haya resoluciones ilegales o arbitrarias que dañen la seguridad jurídica a la que tiene derecho cualquier ciudadano.

*El principio de independencia del poder judicial*: establece que el poder judicial desarrolle su función sin interferencias de los otros dos poderes, el legislativo y el ejecutivo.

- *La presunción de inocencia*: todo individuo es inocente mientras que no se demuestre lo contrario. Los jueces, para condenar a un individuo, deben probar la culpabilidad, y en el caso de que haya una duda al respecto, se debe establecer su inocencia (*in dubio pro reo*).

- *La asistencia letrada*: todo individuo tiene derecho a ser asistido en todas las fases del proceso por un abogado.

- *El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable*: ningún individuo está obligado a declarar contra sí mismo, de forma que se evitan muchas presiones que los agentes policiales o los jueces podrían ejercer contra los detenidos o procesados, incluyendo posibles abusos físicos o psíquicos.

- *Publicidad del proceso*: todo proceso judicial debe ser público, aspecto que sirve entre otras cosas para que no se puedan cometer abusos.

- *Limitación del período de duración máxima*: los individuos tienen derecho a ser puestos a disposición judicial en un plazo corto y previamente determinado, desde el momento en el que han sido detenidos por la policía. La brevedad de dicho período tiende a evitar que pueda haber abusos por parte de la policía y, a su vez, permite que los jueces puedan llevar a cabo un cierto control de dicha detención.

- *Irretroactividad de la ley penal*: las normas penales son irretroactivas, esto es, no pueden ser aplicadas a hechos que han tenido lugar con anterioridad a la entrada en vigor de las mismas. En el ámbito penal, de manera enfática, este tipo de normas está prohibido, con la única excepción de que sean favorables, como sucede, por ejemplo, en el caso de que la nueva norma reduzca la pena o despenalice la conducta que dio origen a la condena.

### 2.2.3. El Derecho y la moral: los límites de la intervención punitiva del Derecho

Una de las cuestiones más debatidas en el examen del fenómeno jurídico es su relación con la moral. Ha sido un tema central en la discusión acerca de la caracterización del Derecho, no solo porque comparten un mismo vocabulario, regulan un conjunto de acciones comunes, sino también porque ambos órdenes normativos tienen fines comunes, entre ellos, y como el más destacado, la justicia. Sin embargo, en el análisis de las relaciones entre ambos fenómenos no existe una única cuestión debatida, sino varias (Laporta, F., 1993).

La cuestión histórica o causal: la pregunta que se plantea aquí es si en el desarrollo histórico el contenido de la moral ha influido en el

Derecho, o a la inversa, si el Derecho ha ejercido algún tipo de influencia en las convicciones morales de los grupos sociales. Este tipo de cuestiones suele ser abordado por la historia o la sociología en general y por la sociología del Derecho en particular.

La cuestión analítica o definicional: en este ámbito el interrogante principal es si el Derecho puede caracterizarse con independencia de la moral o, en caso contrario, no puede darse cuenta del concepto de Derecho sin hacer referencia a la moral. Esta es una cuestión tradicionalmente abordada por la teoría del Derecho.

La cuestión acerca de la imposición de la moral a través del Derecho: el problema que se discute en este contexto es si se considera moralmente correcto utilizar la coacción propia del Derecho para imponer los criterios morales vigentes y mayoritarios en el grupo social. O dicho de otra manera, si es suficiente justificación que haya una mayoría de individuos en una sociedad que compare una creencias morales para que puedan imponerlas al resto del grupo a través del Derecho. Esta discusión es propia de la ética normativa.

La cuestión normativa plantea la crítica del Derecho por parte de la moral. En realidad, esta idea implica una pregunta previa: la de si es posible tal crítica. Si, por hipótesis, se responde afirmativamente, entonces se deriva otra incógnita: ¿qué criterios o teorías morales son las adecuadas para formular la crítica a los contenidos del Derecho positivo? En cualquier caso, esta pregunta es típicamente propia de la teoría moral y será analizada en el último capítulo de esta obra cuando se aborden algunas teorías de la justicia.

A pesar del interés que tienen las cuatro cuestiones, en este capítulo analizaremos la tercera cuestión y dejaremos la cuarta para otro capítulo posterior.

### 2.2.3.1. *La imposición de la moral a través del Derecho*

Una de las cuestiones más acuciantes para la filosofía política, moral y jurídica actual es hasta dónde puede intervenir el Derecho para castigar las conductas de los individuos que atentan contra las creencias morales de la mayoría. Este problema es especialmente espinoso, dada la diversidad de credos religiosos, morales y formas de vida de nuestras actuales sociedades. Esta circunstancia hace más complicado responder a las preguntas acerca de si una sociedad está facultada para imponer, mediante el Derecho, una determinada moral; o si está justificado el castigo jurídico de aquellas conductas que son inmorales.

Estos planteamientos se ilustran a continuación mediante varios casos que se plantearon a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y que fueron resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

En un caso que resolvió el Tribunal en 1976, se discutió si estaba justificado limitar derechos individuales en aras de la protección de la moral mayoritaria. En dicho caso, el recurrente, el señor Handyside, propietario de una editorial, publicó en 1971 el libro *The Little Red Schoolbook* para uso de los escolares. El libro, de origen danés, también había sido publicado en diferentes países europeos y había obtenido una notable fama. Poco tiempo después, tras una campaña periodística en contra de su contenido, el director del Public Prosecution ordenó la apertura de una investigación de la que surgió la orden de registro de los locales ocupados por la editorial. En virtud de lo dispuesto en el Artículo 3 de una ley de 1959 sobre publicaciones obscenas, se procedió al secuestro de más de 1.000 ejemplares de la obra. El tribunal de instancia condenó al señor Handyside por ser culpable de dos infracciones de dicha ley. A pesar del recurso, los tribunales confirmaron la sentencia del tribunal de instancia.

En el caso Dudgeon (1981), el apelante afirmaba estar amenazado con persecuciones penales a causa de su comportamiento homosexual, criminalizado en una antigua legislación de Irlanda del Norte de 1864 y 1865, y eso en menoscabo del artículo 8 del CEDH, que garantiza el derecho al respeto a la vida privada. En efecto, una legislación que databa de 1861 y 1885, así como los precedentes jurisprudenciales del Common Law, condenaban esas prácticas. Según esta legislación, cualquier individuo podía entablar una acción pública para perseguir un comportamiento homosexual, quedando a discreción de las autoridades irlandesas la facultad de asumir la dirección del proceso. Las quejas del apelante se basaban sobre todo en que, tanto el Derecho en vigor en Irlanda del Norte como la investigación policial que se realizó en su domicilio, constituían una interferencia injustificada en su derecho a la vida privada, con la consiguiente violación del artículo 8 de la Convención, según el cual toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar, a su domicilio y a su correspondencia.

Pues bien, en este caso las autoridades irlandesas hicieron uso de la legislación penal para sancionar no la conducta o acción sino, únicamente, la inclinación sexual del señor Dudgeon. La justificación de la que se valieron señalaba que la homosexualidad atentaba contra las

costumbres y la moral de la sociedad irlandesa, y que su tolerancia produciría un resquebrajamiento irreversible del tejido social. Argumentos similares se esgrimiron en el caso Handyside. Es decir, el TEDH, amparándose en varios artículos que establecen «la protección de la moral» como uno de los límites a los derechos recogidos en el tratado, concluyó que los derechos humanos pueden supeditarse a las convenciones morales mayoritarias o, expresado en otros términos, que era favorable a la imposición de la moral a través del Derecho.

El problema con que se enfrentó el Tribunal en estas sentencias ya tenía una larga historia de debate en la filosofía moral. Veamos algunos de los puntos centrales de la discusión, comenzando por las ideas de Liberalismo y las revisiones posteriores que introdujeron los defensores del moralismo legal.

### 2.2.3.2. *El liberalismo y el principio del daño*

Los utilitaristas clásicos, J. Bentham y J. Stuart Mill, sostuvieron que el uso del Derecho como instrumento represivo sólo estaba justificado cuando un individuo había lesionado a otro efectivamente. Carecía de justificación cuando la acción afectaba al código moral de la comunidad. Dicho en otras palabras, su propuesta era un principio que tendría la virtud de justificar cuándo debería intervenir el Estado a través de su coacción. Tal criterio rechazaba rotundamente que sea suficiente para justificar dicha intervención el que la conducta sea inmoral. En uno de los párrafos más citados, Stuart Mill explicó los rasgos centrales de tal principio, que conduciría a delimitar el ámbito de interferencia del Estado sobre el individuo:

«Tal principio es el siguiente: el único objeto que autoriza a los hombres, individual o colectivamente, a interferir la libertad de acción de cualquiera de sus semejantes, es la propia defensa; la única razón legítima para usar la fuerza contra un miembro de una comunidad civilizada es la de impedirle producir un daño a otros. Su propio bien, sea físico, sea moral, no es razón suficiente. Ningún hombre puede ser obligado a actuar o a abstenerse de hacerlo, porque de esa acción o abstención haya de derivarse un bien para él, porque ello le ha de hacer más feliz, o porque, en opinión de los demás, hacerlo sea prudente o justo. Estas son buenas razones para discutir con él, para convencerle o para suplicarle, pero no para obligarle o causarle daño alguno si obra de modo diferente a nuestros deseos. Para que esa coacción fuese justificable, sería necesario que la conducta de este hombre tuviese por objeto el daño a otro. Para aquello que le atañe sólo a

él, su independencia es, de hecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su cuerpo y su espíritu, el individuo es soberano.»

Las ideas de Mill son simples y sencillas: la única justificación para limitar la libertad de los agentes, siempre y cuando sean adultos y con competencia básica para autogobernarse, es evitar que produzcan un daño a otros individuos.

De tal tesis se extrae una distinción básica que forma parte del globalismo liberal: la distinción entre acciones que afectan a uno mismo y las que afectan a terceros. Las primeras, que pueden denominarse acciones autorreferentes, interesan principalmente al propio sujeto, y solo indirectamente a la sociedad y al Estado. Respecto a ellas, no cabe la interferencia coactiva del Estado. El Estado y la sociedad pueden discutir con el individuo acerca de si es una acción o un plan de vida correcto, o si es instrumentalmente adecuado para alcanzar la felicidad, o si es inmoral, etc. Pero no puede imponer un plan de vida externo a través de la coacción.

En cambio, las segundas, aquellas acciones que realiza un individuo y pueden afectar y, eventualmente, dañar a otras personas si pueden ser objeto de la regulación jurídica. Así, por ejemplo, se puede justificar la prohibición y posible castigo de acciones como el asesinato o el robo.

Han sido varios los problemas y discusiones que ha generado la delimitación del principio del daño.

Por triviales que sean nuestras acciones, estas pueden afectar a terceros (a nuestros hijos, padres, vecinos, amigos, etc.), por lo que es preciso delimitar mejor el sentido del daño a terceros, pues si se toma en un sentido poco estricto, conduciría a limitar de manera exagerada nuestro ámbito de actuación. Por otro lado, la noción de daño también es imprecisa: ¿cuál debe ser la intensidad de la afectación?, ¿cuáles son los intereses que se trata de proteger?

Pero en este punto bastará señalar que el propósito de Mill fue precisamente evitar que tales sentimientos de disgusto moral formaran parte del significado de daño. El Derecho no puede castigar una acción por la única razón de que afecta las creencias morales de un individuo, por muy extendidas que estén esas creencias o sentimientos en el grupo social. Por ejemplo, un liberal que defendiera el principio del daño difícilmente justificaría el castigo de los comportamientos homosexuales simplemente porque producen un disgusto moral en la mayoría de la sociedad. El Derecho, y en concreto el derecho penal, debe tener un concepto de daño más restrictivo, en el que quede fuera la mera afectación a la sensibilidad moral de

los individuos como base para la criminalización de comportamientos y para, en definitiva, limitar la libertad individual.

En realidad, el principio del daño se opone a tres concepciones acerca de la intervención del Estado en la vida de los miembros de una sociedad:

- El perfeccionismo moral: esta concepción defiende que el Estado debe actuar positiva y coactivamente en aras de la promoción de aquellos valores o formas de vida que considere objetivamente valiosos, con independencia de que concuerden con los valores de los propios individuos.
- El paternalismo legal: sostiene que también se encuentra facultado el Estado para actuar e interferir coactivamente en la vida de los individuos cuando se trate de prevenir daños que el propio individuo se pueda causar a sí mismo.
- El moralismo legal: defiende la intervención del Estado para castigar aquellas acciones que son consideradas inmorales según las creencias mayoritariamente compartidas por los miembros de una sociedad, o bien porque minan las creencias y valores que constituyen la base cultural y valorativa de ese colectivo.

Analizaremos brevemente el perfeccionismo y el paternalismo para volver con más detenimiento sobre el moralismo legal.

### 2.2.3.3. El perfeccionismo moral

La tesis principal del perfeccionismo sostiene que es una misión legítima del Estado hacer que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal. Por lo tanto, el Estado: a) no es neutral respecto de las concepciones morales que puedan asumir los individuos; b) debe adoptar las medidas educativas y punitivas necesarias para que los individuos ajusten su vida a los verdaderos ideales de virtud y de bien que sostenga una determinada concepción moral. Aquello que es bueno para un individuo o satisface sus intereses es independiente de sus deseos o de su elección de forma de vida.

Sería un ejemplo de una política perfeccionista la prohibición de la prostitución (cuando esta se ejerce entre individuos adultos y plenamente competentes). También lo serían aquellas medidas que impusie-

ran la censura de películas, obras literarias, etc., sobre la base de que pueden herir la sensibilidad o la moral de los individuos.

Las principales objeciones que se han dirigido contra el perfeccionismo, desde una perspectiva liberal, son:

- a) Entra en colisión con la libertad de las personas de elegir y desahollar sus propios planes de vida sin interferencias externas.
- b) Como ya se mencionó anteriormente, no distingue entre dos dimensiones en las que parece necesario establecer principios o reglas distintas: 1) las reglas referidas a nuestros comportamientos hacia los demás, es decir, nuestras acciones sociales; 2) las reglas que definen modelos de virtud personal. Mientras parece legítimo que el Estado intervenga para delimitar las primeras, no está tan clara su legitimidad para imponer modelos de virtud personal.

### 2.2.3.4. El paternalismo legal

Sostiene que está justificado imponer a los individuos conductas aptas para que satisfagan sus preferencias subjetivas y los planes de vida que han adoptado libremente.

La finalidad que persigue el paternalismo es proteger a los individuos frente a actos y omisiones propias que puedan afectar a sus intereses subjetivos o a las condiciones que los hacen posibles. Por lo tanto, a diferencia del perfeccionismo, no se trata de imponer ideales de excelencia sino de preservar la salud física y mental de los individuos que posibilita la realización de sus planes de vida.

Son ejemplos de medidas paternalistas: suministrar información que pueda resultar relevante (como la que se refiere a los daños por el consumo del tabaco), hacer más difíciles ciertos pasos obligando de esa manera a que se medite más cuidadosamente acerca de ellos (por ejemplo, los trámites del divorcio o el establecimiento de planes de pensiones obligatorios) o la institución de obligaciones o prohibiciones con su correspondiente sanción (por ejemplo, el castigo por no llevar abrochado el cinturón de seguridad en los vehículos o el casco en el caso de los motoristas).

Las justificaciones que se alegan en defensa de las medidas paternalistas son variadas:

- Evitar situaciones irreversibles, como las consecuencias derivadas de no llevar abrochado el cinturón en caso de accidente.

• Evitar los perjuicios que podrían derivarse en casos de debilidad de la voluntad. Esta última justificación es la que en ocasiones se alega en la imposición de algunos planes de pensiones, sobre la base de que el trabajador por sí mismo no tendría la fuerza de voluntad para ahorrar pensando en las contingencias y necesidades que tendrá cuando deje de percibir ingresos por la prestación de su trabajo.

• Otra diferencia entre el perfeccionismo y el paternalismo estriba en que mientras el primero tiene dificultades para justificarse desde los presupuestos del liberalismo (del principio del daño), el paternalismo, o al menos algunas de las medidas que se imponen bajo esta denominación, sí puede justificarse, debido a que en última instancia no impone una concepción moral, sino que trata de asegurar las condiciones para un ejercicio más completo de la autonomía personal. No obstante, las fronteras entre medidas de uno y otro tipo no siempre están claras.

### 2.2.3.5. El moralismo legal

#### Las tesis de Devlin

La discusión acerca del moralismo legal suele examinarse a la luz de la crítica de Patrick Devlin al informe «Wolfenden» (1957) sobre la regulación jurídica inglesa de la prostitución y la homosexualidad, cuyas propuestas coincidían con las ideas de los utilitaristas acerca del principio del daño, es decir, que no sería legítimo castigar las acciones sobre la base exclusiva de su inmoralidad, sino que estas deben producir un daño efectivo a terceros. El punto fundamental que Devlin discutió de dicho informe fue el problema de la relación entre Derecho y moral o, en otras palabras, entre delito y pecado. Su idea principal era que el Derecho debería castigar la inmoralidad.

En una sociedad existen patrones morales que la mayoría de la población excluye de la tolerancia y que impone a quienes disienten de ellos, como, por ejemplo, la exclusión de la poligamia y la imposición de la monogamia. Una sociedad no puede sobrevivir a menos que algunos de sus principios morales sean de ese tipo, porque para su vida es esencial otro consenso moral. Las pautas morales constituyen una especie de cemento social que debe ser reforzado con la sanción jurídica oficial. Si el Gobierno no impone el código moral dominante sobreviene un colapso

de los frenos sociales y de las costumbres basadas en la tradición comparada. El orden y la cohesión sociales sufren un deterioro. Esto es lo que se denomina «tesis de la desintegración».

De esta tesis, Devlin deduce que toda sociedad tiene derecho a preservar su propia existencia y por consiguiente, derecho a reclamar alguna forma de conformidad. Si la sociedad posee tal derecho, entonces tiene la facultad de usar las instituciones y sanciones de su derecho penal para imponerlo.

¿Qué clase de actividad inmoral debería ser prohibida por el Derecho? Según el jurista inglés, la delimitación de lo que es una acción inmoral debe llevarse a cabo sobre la base del criterio del «hombre medio razonable»: una acción inmoral es peligrosa cuando el individuo «razonable» sufre una profunda sensación de indignación y repugnancia. La inmoralidad es, básicamente, lo que cualquier persona razonable considera inmoral.

Devlin sostiene que cuando los legisladores deben decidir si una conducta es inmoral y, por tanto, punible, deben hacerlo según las pautas del consenso que haya alcanzado la comunidad. Esto es lo que exige, en su opinión, el principio democrático.

En definitiva, frente a la cuestión de si la sociedad tiene el derecho de utilizar el aparato coactivo del Ordenamiento Jurídico para hacer cumplir la moral vigente, la respuesta de Devlin es totalmente afirmativa: la sociedad tiene un derecho ilimitado a legislar contra la inmoralidad. La justificación es bien clara: la pervivencia de la propia existencia de la sociedad. Por ello, no es extraño que acabe comparando el castigo del vicio con el castigo de la traición. Esto se advierte con claridad en el siguiente párrafo, que se transcribe íntegro a pesar de su extensión:

«La sociedad tiene derecho a protegerse a través de sus leyes de los peligros, bien procedan de dentro, bien de fuera. Aquí pienso de nuevo que el paralelismo con la política es legítimo. La Ley de la Traición está dirigida directamente contra la prestación de ayuda a los enemigos del rey y contra la sedición desde el interior. La justificación de esto reside en que es necesario un gobierno establecido para la existencia de la sociedad, y por tanto se debe proteger la seguridad de aquél de ataques violentos. Una moral establecida es tan necesaria como un buen gobierno para el bienestar de la sociedad. La desintegración sobrevendrá cuando no se observe moralidad compartida alguna, y la historia enseña que la pérdida de los lazos morales es, en muchas ocasiones, el primer paso hacia la desintegración, de manera que la sociedad está justificada para tomar las medidas con el fin de proteger su código moral, de la misma forma que lo hace para preservar su gobierno

y otras instituciones esenciales. La supresión del vicio es asunto del Derecho, tanto como lo es la supresión de las actividades subversivas. No es más definible una esfera de moralidad privada que una esfera de actividad subversiva privada. No hay límites rítoricos al poder del Estado para legislar contra la traición y la sedición, como creo que tampoco puede haber límites rítoricos a la legislación contra la inmoralidad.» (Devlin, 1959, pág. 134.)

Las tesis de Devlin no solo han sido acogidas por algunos filósofos, sino también por las autoridades estatales de algunos países. Quizás el caso más famoso es Bowers contra Harvick (1986) en el que el Tribunal Supremo estadounidense se manifestó favorablemente al mantenimiento de la ley penal de Georgia que tipificaba el delito de sodomía. Como se ha mencionado al comienzo de este apartado también en Europa existen ejemplos de este tipo de actitud. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretó en las sentencias citadas (véanse págs. 61-62) el término «moral» como el conjunto de creencias, actitudes y estándares morales compartidos por la mayor parte de ciudadanos de una sociedad determinada:

«Esta última [la protección de la moral] implica la protección del ethos moral o de los estándares éticos de la sociedad en su conjunto.»

El dato relevante para dotar de significado al término «moral» deben ser las concepciones éticas que sostienen los miembros de una sociedad:

«A pesar de la diversidad y la evolución constante de las concepciones éticas y educativas en el Reino Unido, los magistrados ingleses estuvieron en su derecho de creer, en aquella época, en el ejercicio de su poder de apreciación, que el Schoolbook tendría repercusiones nefastas sobre la moralidad de muchos niños y adolescentes que lo leyeran.»

El TEDH concluyó que «la protección de la moral» debe ser utilizada cuando el bien que protege está por encima del bien que garantiza un derecho humano. Por otro lado, el Tribunal también se manifestó sobre un punto importante de la protección de los derechos humanos y su relación con la protección de la moral, como es el caso de la distinta valoración que se ha de otorgar a esta última según la sociedad de que se trate:

«El hecho de que medidas similares no se consideren necesarias en otras partes del Reino Unido o en los Estados miembros del Consejo de Europa no significa

que no puedan ser necesarias en Irlanda del Norte. Cuando existen disparidades culturales entre las comunidades que residen en el mismo Estado, el Gobierno debe hacer frente a las diferentes exigencias, tanto morales como sociales.»

La protección de la moral incluiría los estándares morales que compare una sociedad en general. La inexistencia de una noción europea uniforme de moral provocaría que el Convenio confíe, prioritariamente, a cada Estado el cuidado de asegurar el goce de los derechos y libertades que se recogen en el Tratado. Y dado que las exigencias de la moral varían en el tiempo y el espacio debido principalmente a la rápida e importante evolución de las costumbres, creencias y opiniones sobre la materia, son los propios legisladores de los Estados los que están en una mejor posición para captar y decidir acerca del contenido de las exigencias de la moral; especialmente, están más capacitados para valorar la necesidad de que los derechos humanos sean restringidos en favor de la protección de la moral.

#### Las críticas al moralismo legal

La concepción de los límites del derecho penal basada en la protección de la moral no está exenta de algunos problemas, por lo que se han señalado algunas objeciones importantes. Tras su exposición, se hará mención de otra crítica que involucra la distinción entre moral positiva y moral crítica.

La renovación de las ideas liberales y, por lo tanto, la crítica a los postulados de Devlin, ha sido liderada por Herbert Hart, quien opuso a las ideas de aquel una serie de críticas que merece la pena reseñar.

En primer lugar, Hart objeta la dificultad conceptual para aceptar el mencionado criterio «hombre medio razonable»: lo que la gente «sienten» como peligroso no tiene que coincidir necesariamente con aquello que es efectivamente peligroso para la preservación de la sociedad. El sentimiento puede suministrar datos que permitan describir el estado de creencias y actitudes morales de una sociedad, pero no puede tomarse como criterio para distinguir transgresiones morales peligrosas y no peligrosas. En este sentido, es factible pensar en casos en los que el sentimiento de repugnancia e indignación se basa en el prejuicio o en la inercia provocada por una tradición ancestral nunca cuestionada críticamente (Hart, H., 1963). Piénsese, por ejemplo, en los prejuicios que durante tanto tiempo se han tenido contra la homosexualidad.

En segundo lugar, Devlin no presenta pruebas empíricas que demuestren que las modificaciones en los hábitos morales de la gente

hayan conducido a la desintegración de alguna sociedad. Puede ser cierto que una sociedad necesite una moral, pero no una moral determinada. Esta puede cambiar sin que lo haga la sociedad.

En tercer lugar, este tipo de posiciones encubren una confusión entre democracia y «populismo moral», es decir, la doctrina en que la mayoría no determina quiénes deben gobernar, sino cómo los demás deben vivir. El principio de la mayoría puede servir para elegir a los representantes políticos en una sociedad, pero como principio acerca de cómo deben vivir los miembros de una sociedad, no está justificado moralmente.

La distinción entre la moral positiva y la moral crítica

Un punto importante en la discusión acerca del moralismo legal es la necesidad de clarificar el significado que lord Devlin atribuye al término «moral». Cuando se habla de moral se puede hacer referencia a dos cosas distintas: la moral positiva y la moral crítica.

La moral positiva

Es aquella aceptada y compartida por la mayoría de un determinado grupo social. El elemento básico de la moral compartida o aceptada por un grupo social consiste en reglas primarias de obligación, es decir, que se sustentan en una seria presión social, y por el considerable sacrificio del interés o la inclinación individual que su cumplimiento trae aparejado.

Hart señala que las reglas que componen la moral social pueden ser distinguidas y clasificadas de maneras diferentes. Por un lado, algunas tienen un ámbito de aplicación restringido que se refiere a una esfera particular de conducta, como por ejemplo el vestir, o a actividades para las cuales solo hay oportunidades discontinuas (ceremonias y juegos). En otros casos, las reglas se aplican solo a subgrupos sociales, mientras que en otros se aplican a un grupo completo. Desde otro punto de vista, cuando algunas reglas morales son transgredidas pueden causar una simple advertencia, y otras ocasiones, un reproche, una exclusión o un desprecio colectivo.

Sin embargo, y esto es lo que importa destacar, dentro del nombre genérico de «moral» se incluyen reglas que se consideran de alguna importancia, y que se aplican a lo que debe hacerse o no hacerse, en circunstancias que se suceden con reiteración en la vida social cotidiana. Exigen conductas u omisiones determinadas y específicas, cuya transgresión genera una censura seria. Las obligaciones y deberes que surgen de esta moral positiva pueden variar de una sociedad a otra, o incluso

dentro de la propia sociedad, y también en el transcurso del tiempo. Generalmente, esta variedad viene motivada por las distintas necesidades que manifiesta cada sociedad.

Ahora bien, los juicios que se refieren a la moral positiva describen hechos, por lo que no expresan juicios justificativos, en sentido estricto, de acciones o decisiones. Como señala Carlos Nino, la moral social no es tomada en consideración por el individuo como última razón justificante de sus acciones, sino como razón prudencial para evitar consecuencias que considera desagradables. La moral positiva parece vinculada a la persona «prudente o estratégica», quien está principalmente preocupada por evitar las reacciones sociales en forma de castigo o reproche que pueden provocar sus acciones. Entonces, tal individuo no realiza la acción en cuestión por considerarla correcta en sí misma, sino porque adecuándose a la moral social evitará algún tipo de sanción.

Ejemplos de comportamientos de este tipo son aquellos que suelen darse en sociedades dictatoriales o confesionales donde se imponen patrones de conducta muy estrictos, como por ejemplo los que hacen referencia a la moral sexual o las relaciones matrimoniales. En algunas de dichas sociedades, no está bien visto mantener relaciones extramatrimoniales, lo que provoca que muchos individuos se casen para mantener las apariencias y así acomodarse a la moral social, a pesar de que sus creencias morales al respecto sean completamente opuestas.

La moral crítica (o ideal)

Se refiere a los principios generales obtenidos racional o reflexivamente por los individuos y que se aplican para criticar sus propias acciones, así como las instituciones sociales y la propia moral positiva. En contraposición a la moral positiva, la crítica corresponde al razonamiento práctico de la persona «moral», es decir, aquella que no se guía por las reacciones sociales de sus juicios éticos, sino por la fuerza justificante de sus actos y decisiones.

No obstante, la relación entre la moral social y la ideal no es excluyente: hay juicios válidos desde el punto de vista de una moral ideal que son vigentes socialmente. Es más, una total asimetría entre los juicios morales ideales individuales es inviable; una moral social se mantiene en la medida en que converge con los juicios morales críticos que la gente está dispuesta a formular.

La relevancia de esta distinción, que es característica del liberalismo, permite establecer un distanciamiento al evaluar las normas socia-

les desde el punto de vista externo, de la moral crítica. En cambio, el moralismo trata de diluir esta diferenciación acentuando que toda crítica debe partir y terminar en los valores compartidos por la comunidad; es decir, toda crítica moral es interna. Tal postura hace difícil la explicación del cambio en los valores sociales, y también condena toda disidencia de la moral social.

Puede afirmarse que el uso del término «moral» que ha utilizado Lord Devlin corresponde al sentido «social». La moral que debe ser protegida es aquella que manifiestan los individuos que forman la sociedad, es decir, sus convicciones y actitudes frente a las acciones de sus congéneres.

La adopción de este sentido social o antropológico de la noción «moral» plantea graves inconvenientes como punto de apoyo justificador de las prohibiciones que puede imponer un derecho. Como señala R. Dworkin, aunque sea cierto que una comunidad manifieste un tremendo aborrecimiento hacia una conducta (por ejemplo, la homosexualidad), también puede ser que dicha opinión no se sustente en ningún argumento racional, sino todo lo contrario, que sea un conglomerado de prejuicios (por ejemplo, que los homosexuales son moralmente inferiores) y de aversiones personales no reflexionadas. En estos casos, es improbable que el «hombre razonable» pueda ofrecer razones autónomas y críticas al respecto.

En estos supuestos, la adhesión al principio de la mayoría como criterio de resolución de cuestiones morales se presenta como problemática. Los prejuicios y las aversiones personales inherentes a la moralidad positiva no justifican la limitación de ciertos derechos. En la misma línea, el legislador o el juez que debe resolver un dilema debe considerar y tener en cuenta la práctica moral generalmente observada, pero no está justificado que se adhiera a ella acríticamente.

Frente al moralismo legal, cualquier teoría que defienda la distinción entre daño a terceros y daño a la moral de una comunidad está, en principio, mejor posicionada para tratar de solucionar los problemas en los que se encuentra una comunidad que da cobijo a diferentes concepciones morales positivas.

Como se verá más adelante, cuando se analice una concepción liberal de la justicia como la de John Rawls, una teoría de estas características supone el reconocimiento de la pluralidad de creencias y concepciones morales, cuya coexistencia puede lograrse a través de una teoría procedimental de la justicia.

## ORGANIZACIÓN DEL ESTADO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

ALFRED FORT BARROT y José Luis Pérez Trujano

### 3.1. Estado y ciudadanos

ALFRED FORT BARROT

DENOMINAMOS ESTADO, EN LOS MISMOS términos que en el capítulo primero, a la organización jurídico-política que ejerce la soberanía sobre una población y un territorio y que, como institución, genera y sanciona de manera excluyente el conjunto de normas que integran un determinado sistema jurídico. Podríamos añadir, desde el punto de vista del derecho internacional, que también es normalmente una condición necesaria para ser considerado un Estado soberano el reconocimiento internacional generalizado.