

HART, HERBERT, L. A., *Derecho, libertad y moralidad*. Trad. y estudio preliminar de Miguel A. Ramiro Avilés, Dykinson, Madrid 2006, 168 pp.

Recoge las conferencias pronunciadas por Hart en EE.UU. hace más de cuatro décadas sobre la pertinencia de sancionar las conductas inmorales y de imponer legalmente determinadas creencias morales. Al hilo de ellas, ofrece Ramiro Avilés un estudio introductorio de relevante actualidad por su referencia al moralismo legal. La reciente aprobación de la asignatura *Educación para la ciudadanía*, instrumento que puede ser utilizado para imponer una opción moral a toda la juventud incluso en contra del parecer de los padres, es la causa de ello. Es cierto que la ley de educación no contiene amenazas de sanciones penales para quienes no cursen tal asignatura, pero sí administrativas, lo que podría situar tal exigencia en el marco del moralismo legal que viene a ser rechazado en esta obra.

El estudio introductorio centra el objeto de las conferencias en la búsqueda de respuesta a la cuestión sobre si deben ser penados los actos inmorales. Hart responde negativamente a la cuestión y defiende que sólo cuando la acción afecte de modo relevante, física o psíquicamente, a terceros debería intervenir el Estado a través de las leyes; en caso contrario, el individuo tiene derecho a hacer lo que le plazca. Derecho y Moral, en Hart, sólo mantienen una relación contingente, por lo que únicamente tendrían cabida en las reglas jurídicas aquellas “normas morales básicas que constituirían el contenido mínimo del Derecho natural y cuyo incumplimiento generalizado supondría poner en peligro la existencia de la sociedad” (p. 11).

Las ideas contenidas en las tres conferencias tienen como punto de partida el Informe Wolfenden (1957), que aconsejaba despenalizar la prostitución y las prácticas homosexuales entre adultos en privado por considerarlas irrelevantes para el Derecho. La oposición de P. Devlin a esta recomendación por considerarla erosionadora de la moralidad socialmente compartida –y, con ella, de la sociedad misma– sirvió a Hart como punto de partida para ofrecer su opinión coincidente con la contenida en el informe.

Hart reprochaba a Devlin que fundamentara sus tesis de necesaria conexión entre derecho penal y moral pública [public morality] en una intuición o sentimiento, y no en la razón. El planteamiento de Devlin arrancaba de una serie de cuestiones: ¿Existe una moral pública exigible por la sociedad o se trata de un asunto privado? Si fuera pública ¿podría la sociedad servirse del derecho para imponer su criterio? Si estuviera autorizada ¿abarcaría todas las inmoralidades o sólo algunas? Si fueran sólo algunas ¿qué criterios servirían para seleccionarlas? La respuesta a estas cuestiones podría resumirse en que es lícito a la sociedad servirse del “Derecho para imponer la moralidad social en todos aquellos casos en que se estime que está comprometida la estabilidad de la sociedad” (p. 16). El contenido de la moral pública requeriría la aprobación de un “juicio colectivo” [collective judgment], superior a una simple mayoría, y es esa moralidad compartida la que hace existir la sociedad y le da cohesión. Como está en juego su existencia y cohesión, la sociedad está legitimada *prima facie* para servirse del Derecho e imponerla a los ciudadanos.

Pero ¿cuándo sería legítima esa imposición? Rechaza la posibilidad de acudir a reglas generales, p.e., “cuando afecte a terceros”, porque nunca se sabría con exactitud si una acción tendrá repercusión sobre terceros. Si emborracharse en privado se considerara lícito, ¿qué ocurriría si media sociedad lo hiciera todas las noches en privado? No podría responder satisfactoriamente a situaciones de emergencia y, por lo tanto, esa

regla no serviría. Sólo con la imposición legal de la moralidad positiva (de las convicciones morales profundas de los ciudadanos, que dan razón de su identidad) podría salvarse la sociedad de la desintegración por causas internas a ella misma, y como cualquier inmoralidad podría dañar a la sociedad, habrá que rechazar cualquier límite teórico a la libertad del Estado para imponer la moralidad mediante el Derecho.

Entonces, ¿cómo equilibrar moralidad privada y moralidad pública? No puede admitirse que la sociedad imponga siempre el criterio moral al ciudadano, alguna parte de su vida podrá ser privada, ¿qué criterios seguir? A esta cuestión apunta Ramiro que:

- debe tolerarse la máxima libertad individual que sea compatible con la integridad de la sociedad: sólo debe castigarse lo que resulte intolerable para el conjunto de la sociedad;
- los límites de la tolerancia cambian: por razón de tiempo y de espacio;
- la privacidad debería respetarse tanto como sea posible: para evitar intromisiones ilegítimas que cercenen la autonomía y la libertad;
- el Derecho debe preocuparse de lo mínimo y no de lo máximo: antes de sancionar las inmoralidades legalmente, es preciso analizar qué otros instrumentos pueden resultar más adecuados.

Pero ¿cómo y quién decide lo que es exigible o rechazable por su moralidad o inmoralidad pública? Según Devlin no sirven criterios religiosos ni la decisión de la mayoría, sino el “recto entender y sentir” de toda persona normal y razonable (reasonable man), distinta de la persona simplemente racional (rational man) que rechaza el sentimiento: “el poder del sentido común y no el poder de la razón es lo que está detrás de los juicios que hace la sociedad” (p. 23). Los requisitos de este juicio moral coinciden con los que se exigen al emitido por un jurado: a) unanimidad en la consideración de que una acción debe ser castigada; b) argumentación y deliberación antes de adoptar una decisión; c) eficacia directa de la decisión. Si no se cumplen los requisitos, en particular el primero, no cabría imponer legalmente un principio moral. Concluye Ramiro que, de seguir a Devlin, el Derecho podría prohibir “comportamientos simplemente por el hecho de ser inmorales o pecaminosos según la moralidad positiva”, entre los que habría que incluir “la homosexualidad, la prostitución, el rechazo de tratamientos médicos por motivos religiosos, la maternidad vicaria o por subrogación, la investigación con células troncales embrionarias, la pornografía, la venta de órganos humanos no indispensables, la eutanasia activa directa y la interrupción voluntaria del embarazo” (p. 24). Pero, de seguir el pensamiento de Devlin, habría que objetar que la mayor parte de estas acciones contienen una nota de alteridad que impide sean reducidas al simple campo de la moral.

La respuesta de Hart es completamente distinta a la de Devlin: el que la sociedad considere inmoral una conducta no justifica por sí mismo su prohibición legal (supondría un atentado a la libertad individual). El hombre razonable, antes de prohibir lo que la sociedad considera inmoral, debería atender a si tal acción ha tenido lugar en privado, por personas adultas, con consentimiento y si ha afectado a terceros, porque en este caso no afectan negativamente al orden público y el Derecho sólo podría interferir en ellos para reconocer un permiso débil. Puntos de partida de Hart:

- A) La sociedad comparte unos valores morales universales que le da cohesión y que deben ser preservados por el Derecho, pero no se pueden concretar en normas materiales que conformen una única moral social común que deba ser seguida por todos sin excepción. Por ello, es preciso admitir que pueden coexistir una moral positiva (social), aceptada mayoritariamente en la sociedad

—no unánimemente—, con otras morales sociales minoritarias que disienten en puntos concretos, como es la sexualidad. Junto a ellas existe otra moralidad crítica (contenido mínimo del Derecho natural), formada por principios universales que permiten enjuiciar a las sociales y que serviría de criterio racional para determinar si una inmoralidad debería ser prohibida legalmente o no. Si la acción cuestionada superara el juicio de la moral crítica, aunque contrarie la moral positiva, no debería ser impedida legalmente.

B) Sólo deberían ser impedidas legalmente las conductas inmorales que afecten a terceros de forma relevante en sus derechos y libertades, pues tales acciones podrían conllevar la “destrucción o extinción de la sociedad”. Pero si tan sólo afectaran a “intereses” de terceros, derivados de otras formas de pensar, no cabría la imposición legal, pues debe admitirse que cabe el “cambio o evolución social” sin peligro para la desintegración de la sociedad. En estos casos sólo serían legítimas otras sanciones no jurídicas (críticas, discusión o rechazo de compañía).

C) Aunque una inmoralidad afecte a derechos y libertades de terceros, sería preciso valorar si la imposición de la sanción penal supone un daño social mayor. Sería preciso demostrar que es más útil sancionar penalmente esa conducta que dejarla sin sanción a pesar del daño sobre terceros. Hart rechaza el castigo penal de la inmoralidad “sin víctima”, es decir, cuando se hace algo objetivamente inmoral pero no se ha perjudicado a terceros.

D) Para Hart habrá verdadera moralidad cuando el sujeto acepta voluntariamente la bondad o maldad de la acción; no debería perseguirse el comportamiento moral de los ciudadanos a través del miedo al castigo legal, sino por convicción.

Conclusiones que extrae Ramiro de todo lo anterior: a) Hart y los defensores del moralismo legal difieren en que éstos defienden que una acción considerada mayoritariamente inmoral cuenta con una buena razón y suficiente para ser criminalizada; b) Hart no pretende desmoralizar el Derecho, sino deslegalizar la moral: una moralidad positiva no implica un contenido correcto o valioso (sólo aceptación mayoritaria), por lo que no se justifica automáticamente que quede recogida en las leyes; c) Para Devlin las reacciones sociales de intolerancia, indignación o repugnancia ante una acción inmoral podrían justificar su sanción penal, pero Hart rechaza taxativamente esta posibilidad. Podría admitir otro tipo de sanciones; d) Hart entiende que hay que derogar todas las normas legales moralistas, no conformándose con el desuso, pues éste deja siempre la puerta abierta a que algún juez pueda aplicarlas.

Criticó también Hart a Devlin por confundir paternalismo jurídico (físico o moral) con moralismo legal. Para Devlin no cabe distinguir a la hora de justificar que la sociedad pueda imponer restricciones legales a la libertad personal para evitar que nos causemos un daño físico y no para evitar el daño moral, pues lo que está en juego en ambos casos es la perfección personal y alcanzar la felicidad: entiende que el sujeto puede estar impedido no sólo para percibir cuál es su bien físico, sino también el moral. Por ello eliminaba la línea divisoria entre paternalismo (que tiene que ser físico y moral) y moralismo legal (imposición de la moral pública): cuando el Derecho sanciona una inmoralidad sólo busca el bien moral del sujeto.

Ramiro rechaza esta identificación con los argumentos de Hart, que justifica el paternalismo que sanciona las inmoralidades dañosas para terceros (aunque exista consentimiento de éstos), pero no el moralismo que “limita derechos de las minorías

raciales, sexuales o religiosas” (p. 43), siendo preferible en este caso la desintegración de la propia sociedad antes que se limiten esos derechos. Y a continuación expone tres precisiones relevantes. La primera es la necesidad de diferenciar entre normas jurídicas que tratan de impedir daño a terceros y normas simplemente moralistas: a) en el primer supuesto se protege del daño a personas concretas, mientras que en la segunda se protege a la sociedad en cuanto sociedad; y b) proteger a los terceros de un daño, sea cual sea, debe ser considerado siempre como un bien en sí mismo (no se puede afirmar lo mismo de la protección impuesta al propio sujeto que actúa con autonomía). Una segunda precisión diferencia entre normas jurídicas que tratan de impedir daño a terceros y normas jurídicas paternalistas: éstas segundas regulan acciones sin efectos de ningún tipo sobre terceras personas, protegen exclusivamente al actor de sí mismo y a nadie más. Y la tercera precisión diferencia entre paternalismo jurídico y moralismo legal. Aquí Ramiro se sirve de C.L. Ten para destacar las diferencias: a) el primero protege del daño al sujeto actuante que no puede ser consciente de ese daño, mientras que el segundo lo protege aunque sea plenamente consciente y lo consienta; b) el primero no castiga la maldad moral en sí misma, sino que protege de una decisión viciada por incapacidad del sujeto, mientras que el moralismo persigue la sanción de la inmoralidad; c) el paternalismo trata de proteger intereses de los destinatarios de las normas paternalistas, mientras que el moralismo apela a consideraciones generales que poco tienen que ver con los destinatarios de las normas.

A la hora de justificar el paternalismo, la “competencia” o capacidad de decidir debe presuponerse en todos los ciudadanos, pero cabe que “ciertas personas” en “ciertas circunstancias” carezcan de ella: “puede considerarse como incompetente básico a aquella persona que no evalúa suficientemente los riesgos de la actividad en la que está inmersa, o que es incapaz de salvaguardar aquellos bienes que considera valiosos, o que no es capaz de saber qué es lo que más le conviene atendiendo a sus intereses” (p. 48), es decir, cuando es ignorante, compulsivo o carece de razón. En estos casos quedaría justificado el paternalismo jurídico, porque trata de protegerles a ellos de sí mismos, pero a juicio de Ramiro habría que excluir el moralismo, que trata de proteger la sociedad en general limitando las opciones de vida de esos incompetentes (p. 49).

Destaca también Ramiro la crítica de Hart a la posibilidad de una “tiranía de las mayorías” en los estados democráticos, es decir, el peligro de que desde una moral social mayoritaria se imponga a las minorías un modo de actuar o se les impida otro. Devlin entendía que el legislador podía hacer uso de las leyes para “conservar” los valores morales tradicionales, admitidos en la sociedad mayoritariamente desde tiempo inmemorial y dotados, por tanto, de esa *legitimidad de origen*. Este “populismo moral” es criticado por Hart porque supone confundir el aceptable principio de que es mejor dejar el poder político en manos de la mayoría con la inaceptable afirmación de que lo que hace la mayoría con ese poder está exento de crítica y nunca puede oponerse resistencia (pp. 162-163). Esto es una verdad inapelable, pero no sólo en cuanto al populismo moral, sino que también lo sería en cuanto al “populismo legal”: resultaría indefendible que una ley aprobada democrática y correctamente en cuanto al procedimiento deba ser incuestionable, con independencia de lo que establezca, tenga o no un contenido moral. Esta deslegitimación de la simple mayoría recogida en la p. 54 es reiterada en las pp. 58-67 para rechazar que la mayoría pueda pronunciarse con validez sobre todas las materias que afectan a los ciudadanos, y estoy de acuerdo con tal afirmación, pero ¿cómo determinar las cuestiones sobre las que es legítimo que se pronuncie la mayoría? ¿Por qué excluir la orientación sexual, con trascendencia pública, y no

la fiscal, por ejemplo? Todos los argumentos de Hart, Dworkin, Kelsen, Feinberg, etc., son utilizados para afirmar que una mayoría moral no puede ser impuesta a las minorías, pero ¿nunca? ¿Ni siquiera cuando el sujeto se autodestruye a sí mismo? ¿Ni siquiera cuando quiera desprotegerse, trabajando por un salario inferior al mínimo legal? ¿Ni siquiera cuando quiere trabajar sin alta en la Seguridad Social?

En estas páginas se confunde, además, la no penalización con el reconocimiento de derechos. El que una práctica homosexual entre adultos y en privado no esté penalizada no puede servir de base para reivindicar todos los derechos imaginables. Es razonable que esas prácticas no estén penadas, pero de ello no se puede deducir, por ejemplo, un derecho a la adopción. Por ello, acierta Ramiro, siguiendo a Sartori, cuando afirma que la legitimidad del poder no deriva solamente de su origen (tesis de Devlin), sino también del “ejercicio respetuoso con los derechos individuales” (p. 56). Pero de aquí no se puede concluir que ese peso de la mayoría en las decisiones sociales suponga siempre un recorte del pluralismo cuando impida opciones minoritarias, pues dependerá de la licitud de estas otras opciones. Por ello creo que es incorrecto afirmar que es el populismo moral (o el moralismo legal) el que impide el verdadero pluralismo propio de la democracia cuando niega la igualdad entre parejas homosexuales y heterosexuales en materia de adopción (p. 57). Olvida Ramiro que en este supuesto existen efectos sobre terceros –los adoptados– que hay que valorar: no se trata de practicar o no la homosexualidad, sino de ponderar qué efectos puede tener esa práctica sobre el menor adoptado; y ese tener en cuenta los efectos sobre terceros es lo que se ha definido previamente –siguiendo a Hart– como paternalismo jurídico y como proceder correcto.

Coincido en que el moralismo legal, tal como él lo presenta, es injustificable, pero da la impresión de que el objetivo de estas páginas es simplemente preparar previamente un terreno para justificar a continuación que todo es relativo, que la mayoría nunca cuenta con razones para justificar su oposición a diversos comportamientos inmorales, que toda oposición deriva de sentimientos irracionales e injustificables.

Las pp. 68-70 están dedicadas a mostrar un Devlin partidario del relativismo moral (emotivismo), no porque no existan las verdades morales, sino porque al no ser accesibles a la razón humana, deben ser descubiertas por otras vías, con la carga de subjetividad que ello pueda conllevar. Las críticas las plantea desde los posicionamientos de Hart y George (pp. 70-72), que defienden la suficiente capacidad de nuestra razón para acceder a las verdades morales. Pero, si existen esas verdades y son accesibles a nuestra razón, ¿no podrían éstas servir de fundamento para que una mayoría impida legítimamente una opción minoritaria? No me refiero a sancionarlas penalmente cuando no causen daño a terceros, sino a denegar pretendidos derechos reivindicados sobre la base de tales opciones. Si “la moralidad del grupo dominante no implica la corrección moral y no es un criterio suficiente para determinar el contenido de las leyes” (p. 79), ¿no es posible mantener que tampoco la moralidad del grupo minoritario constituye criterio suficiente para reivindicar derechos?

Por último, aboga Ramiro por seguir la doctrina de los derechos humanos, que “permite construir una ética pública que posibilite la existencia de una pluralidad de éticas privadas” (p. 77). La primera debe ser entendida como el marco general que configura una organización política en la que cada miembro puede libremente establecer sus planes de vida en atención a los valores que le resultan más atractivos. Los únicos requisitos para las éticas privadas serían: que no sean excluyentes, que respeten la autonomía y libertad de acción de las personas y que sean universalizables. La inter-

vención del Estado contra alguna de ellas sólo estaría justificada cuando se pudiera demostrar que afectan de forma negativa a derechos y libertades de los demás. Si un comportamiento no afectara a terceros, el Estado debe “respetarlo, legalizarlo y reconocerlo” (p. 78), trato que solicita para la prostitución y la clonación (pp. 81-82), pero resulta difícil probar que existe verdadera libertad del actor y que no afecta a terceros.

Para concluir, queda fuera de duda que el objeto de las conferencias pronunciadas por Hart tiene hoy una actualidad indiscutible, y que sus argumentos aportan una enorme riqueza a las discusiones sobre la relación entre derecho y moral actualmente. El derecho no puede ser utilizado para imponer toda una moralidad mayoritaria, ni para castigar las inmoralidades sin repercusión sobre los demás. Pero de aquí no se puede concluir que cualquier opción moral –sea mayoritaria o minoritaria- constituya fundamento suficiente para reivindicar cualquier tipo de derecho, y esto es lo que parece desprenderse del estudio introductorio que precede a las conferencias.

JOSÉ J. MEGÍAS QUIRÓS

LERNER, NATAN, *Religion, Secular Beliefs and Human Rights. 25 years after the 1981 Declaration*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2006, 228 pp.

“This is not entirely a new book”. Son las palabras de su autor, Natan Lerner, al explicar cómo parte del contenido del libro que es objeto de reseña pertenece al volumen *Religion, Beliefs, and International Human Rights* publicado en el año 2000 por Orbis Books, Maryknoll, New York. Y es que en realidad se trata de un volumen el que se recopilan por un lado aquellos escritos, debidamente actualizados, que pertenecen al libro anteriormente mencionado, junto con una serie de nuevos artículos bien ya publicados en otras sedes bien inéditos.

Es evidente, aunque no por ello hayamos de estar de acuerdo, que el ejercicio y la protección del derecho de libertad religiosa a nivel internacional es limitado. Y lo es, entre otros motivos, porque en el Derecho internacional concurren culturas y tradiciones radicalmente diversas que dificultan notablemente el acuerdo entre los diferentes Estados de la comunidad internacional. Hace ya más de medio siglo que la ONU proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos y todavía hoy la libertad religiosa, tanto en su vertiente individual como colectiva, sigue siendo el derecho fundamental que mayores controversias plantea entre los diferentes países que han suscrito la misma.

Además, y con la excepción de lo dispuesto en la Declaración Universal sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o las Convicciones de 1981, la protección internacional de la libertad religiosa se ha centrado en el plano individual, dejando de lado los derechos de las confesiones y otros grupos religiosos. Y uno no puede existir sin el otro. Es difícil defender que existe libertad religiosa cuando el individuo no ha sido libre para elegir una determinada opción fideísta o cambiarla, lo que sólo es factible cuando la persona tiene ante sí la posibilidad de elegir entre las diferentes confesiones que están establecidas en el territorio. Así pues, la necesidad de reconocer y desarrollar una mayor protección del derecho colectivo de libertad religiosa por parte de la comunidad internacional se nos presenta como una de las tareas que es necesario abordar con una cierta urgencia.