

PRÓLOGO

He aceptado con mucho gusto el ruego de Jesús Ignacio Delgado Rojas de que elabore un pequeño prólogo para su monografía *Ciudadanía liberal y moralismo legal*, que tiene como precedente una tesis doctoral, mucho más extensa, defendida, con el mismo título, en octubre de 2019, y elaborada bajo mi dirección. La tesis contó con las felicitaciones y la máxima calificación de un tribunal formado por notables especialistas, Victoria Camps, Rodolfo Vázquez y José María Sauca. Además ha recibido, recientemente, la Mención Especial por unanimidad del jurado del Premio Luis Díez del Corral, instituido por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales para premiar tesis excelentes.

Quizá el ruego de Jesús Ignacio y la aceptación mía puedan interpretarse como un acto de cortesía académica. También de reconocimiento a la figura y al tiempo y trabajo dedicado por el director de la tesis, que no es corto en duración ni pequeño en cantidad. Mientras el doctorando precisa de tiempo, conocimientos, ilusión, rigor, curiosidad, perseverancia y hasta humildad, el director debe añadir a algunas o a todas esas cualidades esfuerzo intelectual, dedicación, responsabilidad y paciencia. Es raro que el final de una buena tesis doctoral no se vea recompensado por la sensación de que se ha aprendido más, por la opinión de que teníamos por seguras creencias que ahora se tambalean y por el surgimiento de nuevas preguntas teóricas que enriquecerán nuestro trabajo futuro. Es decir, por esas características que constituyen la savia del progreso científico.

Y si seguimos ahondando en la pregunta de para qué sirve un prólogo de estas características podríamos responder que para afianzar el comienzo de una buena amistad. A pesar de que el mantenimiento de esa amistad no es una tarea fácil que cuente con la seguridad de un final feliz, por ello, hay que cuidarla y mimarla, lo mismo que el amor. Los motivos que pueden

obstaculizar el buen desenlace son de distintos tipos, pero, en general, se pueden reducir, básicamente, a dos. El primero nos conduce a echar las culpas a lo que Kant, con gráfico realismo, denominó el «fuste torcido de la humanidad», algo que ha resucitado hábilmente I. Berlin para mantener una tesis moral, social y política sobre el conflicto entre valores, la necesidad del pluralismo y la debilidad teórica y la perversidad de las teorías éticas totalizadoras, armónicas y redentoras. El segundo nos lleva a enfrentarnos con el hecho de que cuando esos artificios humanos, que son todo ese tipo de instituciones sociales que hemos creado para superar nuestra inicial animalidad (brutalidad) y garantizar una convivencia decente, no son el producto de la racionalidad, del afán de hacernos mejores y de la prudencia, sino del egoísmo y del beneficio individual a cualquier precio, estamos abocados a la enemistad y al perpetuo enfrentamiento. Trasladado lo anterior al ámbito universitario, a la Universidad pública española del 2020 para ser más concretos y claros: cuando no hay una carrera académica, regulada por normas igualitarias y públicas, donde se premie la valía, el esfuerzo y la competencia individual, estamos poniendo las bases del triunfo del amiguismo, de la mediocridad, de la tan citada y reconocida (pero con pocas ganas de acabar con ella, porque da mucho poder) endogamia y, poco a poco, de la inevitable destrucción de lo mejor que ha aportado la Universidad durante siglos. En definitiva, donde había brotado la amistad, generada por el mutuo amor al conocimiento, nos encontramos con su negación. Es el momento de la transformación del maestro universitario (lo que hemos de suponer, aunque sea una presunción optimista) en un déspota que confunde la fidelidad con el servilismo y que, precisamente, se irá desentendiendo de la Universidad para entrar en política o en negocios lucrativos. Pero también ese inteligente, curioso, entusiasmado por el saber e ilusionado en seguir el camino de una carrera, como es la universitaria, difícil, pero apasionante, recién doctor, corre el peligro de sucumbir a la rivalidad entre compañeros, a querer ir demasiado deprisa, a buscar atajos interesados, a sacrificar el rigor teórico en aras de lo que mejor se vende y a la adulación a los superiores de quien puede sacar utilidad. Creo que los que estamos en la Universidad podemos poner cara y nombre a todo este tipo de patologías. Y que se me puede tachar de pesimista, pero no de embustero.

Quizá alguien pensará que me he excedido en reflexiones típicas de un profesor maduro que alguna vez conoció una Universidad mejor que la actual, que soñó con una Universidad distinta a lo que ha conocido en cuarenta y siete años de dedicación exclusiva en las Universidades Complutense, Autónoma de Madrid, Cantabria y Carlos III de Madrid, que ha aprendido mucho (de los libros y de la vida) entre sus paredes, que ha disfrutado bastante, que ha conocido a compañeros/as notables y sabios,

además de buenas personas, que ha tenido alumnos y alumnas ejemplares (que en algunas ocasiones le han superado), pero que también ha sido herido por injusticias, envidias, decepciones y deslealtades. Del resultado final puedo decir, sin ambages, que ha merecido la pena.

Pero lo que quiero resaltar es que el trabajo doctoral de Jesús Ignacio Delgado Rojas, y que por razones editoriales, derivadas de su extensión, ha tenido que ser reducido, para conformar la monografía presente, es una investigación excelente. Al tratarse de la obra de un profesor universitario en sus inicios, no será imposible hallar algún defecto (defectos que se comparten con trabajos de profesores maduros) pero la tesis que mantiene, la metodología utilizada, el uso (y hasta abuso) de la bibliografía, tanto la de los autores clásicos como la de los actuales, el descubrir las cuestiones más importantes, el saber hacerse las preguntas, la claridad en la exposición (a pesar de un cierto barroquismo) adquieren un nivel muy satisfactorio. Sin duda, con personas, investigadores y profesores como Jesús Ignacio está asegurada, a pesar de las malas leyes y de los excesos de la autonomía universitaria, la supervivencia de la institución. Y, vista la cuestión desde la actualidad, queda garantizada su necesaria mejora.

Anteriormente he señalado que una buena tesis es el comienzo de una buena amistad (y, sin duda, el pretexto para ella). Más tarde he querido advertir de los peligros que acechan al joven investigador con vocación universitaria, unos derivados de su propia personalidad y otros del ámbito en el que ha de desarrollar su profesión. Posteriormente he intentado rescatar la esperanza, sustentándola en el capital humano que tiene la universidad española, en las personas que la componen y en la calidad de los trabajos que se elaboran en ella.

La Universidad, pues, permite la amistad cívica, posibilita el triunfo de los mejores, estimula el desarrollo de ciertas virtudes como la fidelidad, la generosidad, la tolerancia, la urbanidad, la gratitud, la iniciativa y la humildad, reconoce el esfuerzo y el mérito, nos prepara para el ejercicio de una profesión, transmite conocimientos y forma (o puede formar) ciudadanos más cultos, libres, autónomos y críticos (lo más alejado, por tanto, de una Universidad concebida como una empresa, que se ha impuesto en los últimos tiempos).

Las labores propias de la Universidad sirven para enlazar el conocimiento del pasado, el del presente y el del futuro. Una tesis doctoral, y en general cualquier trabajo de investigación, ayuda a la transmisión y continuidad del conocimiento, simulando un supuesto contrato de asociación que, en el ámbito del progreso de la cultura, reconstruye esa alianza y hermandad entre generaciones (pasado, presente y futuro) que, siguiendo a E. Burke, es el mismo que mantiene vivas las sociedades y los Estados.

La diferencia entre un invento y un trabajo académico es que en este último caso se elabora una hipótesis de trabajo a partir del conocimiento de una bibliografía precedente. En el hacer cotidiano del estudioso cobra total sentido la proposición que encontramos en el libro tercero de los *Ensayos* de Montaigne: «Mi biblioteca es mi reino y en ella trato de que mi gobierno sea absoluto». Por ello no es extraño que los componentes de este diverso, plural y singular gremio, que es el universitario, ante un trabajo académico, vayamos directamente a consultar la bibliografía utilizada por el autor (también, porque somos muy vanidosos, a ver si nos citan en ella). Muy pocas ausencias importantes (teniendo, además, en cuenta las citas que ha tenido que sacrificar por imperativos editoriales) podemos detectar en esta monografía.

Y ha sido motivo de satisfacción personal encontrar referencias bibliográficas utilizadas en mis primeros trabajos y, sobre todo, encontrar mencionados y bien entendidos e incluidos a mis maestros José Luis López Aranguren, Elías Díaz, Gregorio Peces-Barba o Javier Muguerza. Una buena prueba de que ese contrato entre generaciones funciona. A Emilio Lledó le gusta repetir que pensar es conversar. Pues sí, felizmente, tenemos la gran suerte de poder mantener una permanente, abierta e ilimitada conversación con los pensadores del pasado y del presente, gracias a los libros. Es preocupante que la formación universitaria de carácter general haya dado la espalda a los libros, priorizando otras formas de acceso al conocimiento, mucho más simples y banales.

Jesús Ignacio entra y participa en debates actuales de importancia para la Filosofía jurídica y política y la Ética. Conversa, en igualdad de condiciones, con autores de hoy. Pero, además, ha sabido seleccionar a los autores clásicos pertinentes, demostrándonos que asuntos como la vida buena, la dignidad humana, la felicidad, el papel del Derecho en todo ello, el autorrespeto o la responsabilidad tienen su historia, han sido la preocupación de pensadores que nos han precedido, que la conversación comenzó hace mucho tiempo y que va a proseguir mientras existan seres humanos con el deseo de vivir y convivir decentemente.

Cuando Jesús Ignacio nos informa de las polémicas entre J.S. Mill y J.F. Stephen (y creo que es la primera vez, en castellano, que se trata por extenso a este juez), de las vicisitudes del Informe Wolfenden y del renovado debate entre el juez Devlin y H.L.A. Hart, lo hace de manera clara y objetiva. Parece que ha seguido el consejo de B. Spinoza, que aparece al inicio de su *Tratado teológico-político*: «No burlarse, no lamentarse, no detestar, sino comprender». Pero, al mismo tiempo, nos hace saber, ya de manera implícita, ya expresamente, que comprender no significa justificar ni dar la razón. Es decir, interviene en la conversación. Y no de manera impertinente ni espontánea sino con razones muy pertinentes.

En la tercera parte del trabajo reaparece el análisis del moralismo legal, aquí acompañado del populismo y del conservadurismo. El estudio se extiende a otras posturas que se disputan autores contemporáneos a la hora de buscar la mejor manera de conjugar la libertad individual, los intereses generales o bien común, el reflejo de los sentimientos y pasiones en las decisiones personales y en las formas de gobernar las comunidades y en las leyes por las que se rigen o la búsqueda de la vida buena. Hacen su aparición, por tanto, el perfeccionismo, el paternalismo o el comunitarismo y su convivencia con el liberalismo, que es la postura por la que parece que se inclina nuestro autor. Pero el liberalismo que rige en la sociedad liberal (la mejor de las posibles) no se reproduce en una opción política partidista ni en un programa de gobierno. Es un conjunto formado por convicciones teóricas enlazadas fuertemente con una forma de vivir tolerante y abierta, que rechaza cualquier tipo de dogmatismo.

Creo que el contenido de este libro juega con la ventaja de que nos habla, en clave académica, de cuestiones reales, palpitantes y actuales y de decisiones y opciones que afectan al ciudadano de nuestras democracias. En cuanto al autor (él debería confesarlo), parece que escribe no únicamente condicionado por las circunstancias del tiempo que nos ha tocado vivir, con sus preocupaciones, exigencias y urgencias, sino también impulsado por vivencias personales que buscan su acomodo en un tratamiento teórico y académico. Jesús Ignacio Delgado Rojas no traiciona ciertas convicciones tuyas muy sólidas. La del principio de la autonomía personal, es decir, la prioridad de la conciencia moral individual, que nos convierte en dueños de nuestra vida y de las decisiones corrientes que no debemos dejar en manos de redentores ajenos. Por cierto, conviene advertir que esta postura no tiene nada que ver con el subjetivismo, con el individualismo egoísta o con el ateísmo. Se trata de la opción que nos toma más en serio como sujetos morales libres y responsables. Y, hablando de elecciones, está claro para quien lea este libro, que Jesús Ignacio ha tomado partido por Sócrates en la discusión que éste mantiene con Antifonte (que quiere demostrar, ante la audiencia, que el maestro no puede llevar una vida feliz pues rechaza los bienes materiales que desean normalmente los seres humanos). Nos la cuenta Jenofonte en el libro primero de *Recuerdos de Sócrates* (introducción, traducción y notas de Juan Zaragoza, Biblioteca Gredos, Barcelona, 2007, p. 56):

«Yo mismo, Antifonte, lo mismo que a otros les gusta un buen caballo, un perro o un pájaro, a mí me gustan más los buenos amigos y, si sé algo bueno, se lo enseño y los pongo en relación con otros que pienso que

podrán serles provechosos por su virtud. Los tesoros que los antiguos sabios dejaron escritos en libros yo los desenrollo y los recorro en compañía de mis amigos y, si encontramos algo bueno, lo seleccionamos. Consideramos un gran beneficio hacernos amigos unos de otros».

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política.
Profesor Emérito de la Universidad Carlos III de Madrid

NOTA PREVIA

Este trabajo es el fruto de la investigación doctoral que desarrollé entre septiembre de 2014 y julio de 2019. El resultado fue presentado y defendido en sesión pública, el 19 de octubre de 2019, en la Universidad Carlos III de Madrid ante un tribunal integrado por la Profa. Dra. Dña. Victoria Camps Cervera, el Prof. Dr. D. Rodolfo Vázquez Cardozo y el Prof. Dr. D. José María Sauca Cano. A juicio del benevolente jurado la tesis doctoral mereció la calificación, por unanimidad, de Sobresaliente Cum Laude y recibió Mención Internacional. El Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España la distinguió con la Mención Especial del Premio Luis Díez del Corral en diciembre de 2020.

El objeto central de mi trabajo doctoral, ahora convertido en monografía publicada gracias a la cuidada edición del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, fue la discusión en torno a la existencia de determinados espacios legales en los que la imposición de una moral (mayoritaria o social) pudiera estar o no justificada. La nota distintiva del denominado moralismo legal es, pues, la imposición de la moral por medio del Derecho. De forma paralela también presento las posturas acerca de la necesaria neutralidad o de la intervención de las instituciones jurídicas y políticas del Estado, en relación con las convicciones éticas de sus ciudadanos, modelos de vida buena o concepciones del bien.

El tema de la *Ciudadanía liberal y moralismo legal* no es el recuento inabarcable de las relaciones entre el Derecho y la moral, sino un capítulo concreto de la historia de dicha relación siempre tensa y nunca pacífica. Es, precisamente, un tema específico que sólo puede comprenderse a partir de mediados del s. XIX, desde el planteamiento liberal iniciado con John Stuart Mill en el *On liberty* (1859), y la respuesta que a éste da el juez Fitzjames Stephen en *Liberty, Equality, Fraternity* (1873). Polémica que

vuelve a revitalizarse, casi un siglo después, en Inglaterra con las obras de H.L.A. Hart y Patrick Devlin, tras la publicación del Informe Wolfenden que recomendaba la despenalización de la homosexualidad.

Este es un trabajo que se adentra en la historia de las ideas morales y políticas. Que no espere el lector prescripciones al poder público sobre cómo se deberían regular cuestiones latentes que siguen siendo polémicas. Me interesa, más bien, rescatar estos debates para comprobar lo que nos pueden seguir aportando al encarar problemas actuales. En este sentido, más que de Filosofía Política o de Ciencia Política, es un trabajo que se enmarca en el ámbito propio de la Filosofía del Derecho. Éste es su enfoque y, más concretamente, el de la Ética jurídica.

Siento especial atracción por las biografías personales e intelectuales de los personajes que desfilan por estas páginas. Por ello he dedicado, en ocasiones más de lo debido, algunas partes a mostrar sus itinerarios vitales. Entiendo que conocer la vida y obra de estos juristas ayuda a contextualizar y comprender mejor su pensamiento acerca de estos temas.

En este trabajo se asume la existencia del Estado y el valor de la democracia como logros irrenunciables que posibilitan la convivencia y el desarrollo de las potencialidades del ser humano en un marco de orden y paz. Se parte del Estado social de Derecho y del límite infranqueable de los derechos humanos fundamentales como único escenario respetuoso con la dignidad, libertad y autonomía de los individuos para desplegar sus proyectos vitales.

La perspectiva filosófica que creo que tiene mejores credenciales para abordar estos temas es la liberal. La filosofía del liberalismo converge en una visión del mundo en la que prima el papel central del individuo, sus derechos y deberes, y un Estado que ejerce su poder de forma limitada en beneficio y al servicio de aquél. Se aboga por un liberalismo conocedor de sus deficiencias tradicionales y que reconoce las tensiones y demandas que genera el postulado de la igualdad. Las tesis del liberalismo igualitario serán un punto de arranque apropiado para empezar a discutir sobre la cabida o no del moralismo legal en nuestras sociedades actuales.

No me preocupó tanto dónde situar la línea del daño como señalar que ésta existe. Detrás de ella se esconde la valía de nuestra intimidad, la sencillez de nuestras decisiones personales, la grandeza de nuestra autonomía y la configuración de nuestro plan de vida. Si existe algo parecido a la vida buena esa será la que cada uno elija para sí.

Al comienzo de mi formación doctoral obtuve un contrato de Formación de Profesorado Universitario (FPU) del Ministerio de Educación. Ello me permitió poder dedicarme a este trabajo con la decencia que merece y, lo que es más importante, me posibilitó participar de la vida académica profesional. En el departamento de Derecho Internacional Público, Ecle-

siástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid hubo profesores/as de quienes recibí cordial ayuda en el inicio de la investigación y la docencia.

También realicé, en el marco de mi programa FPU, una estancia de investigación en la Universidad de Los Andes de Bogotá (Colombia), bajo la tutela del profesor Rodolfo Arango, hoy magistrado de la tan anhelada y necesaria Jurisdicción Especial para la Paz. Recuerdo de forma entrañable aquel periodo de mi formación gracias a las personas a las que tuve ocasión de conocer y con las que pude intercambiar impresiones sobre mi tema de investigación.

La tesis doctoral —y también este libro— se nutrió del magisterio indudablemente liberal, y moderado por convicciones socialdemócratas, de su director. Al profesor Eusebio Fernández García le debo agradecer, por encima de todo, el don de su sincera amistad. De su ayuda y acertados consejos soy deudor. Y, como se suele decir en este contexto, su guía y dirección académica no le responsabilizan de modo alguno de los errores que este trabajo pudiera contener.

El Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDYJ) fue, en buena medida, un excelente foro para la discusión y el contraste de ideas. Sus diferentes miembros, en especial las generaciones más jóvenes de doctorandos, son buenos ejemplos de investigadores comprometidos, con talentos críticos y abiertos, que muestran siempre la cara más amigable de este oficio.

Dediqué mi trabajo para la obtención del grado de Doctor en Derecho a mis padres, Marily y Emiliano, por habérmelo dado todo. A ellos dedico también este libro.

JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS
Torremolinos, a 7 de enero de 2021.

INTRODUCCIÓN

Una de las reflexiones más importantes que se plantean en el pensamiento jurídico-filosófico es la del alcance y límites de la coacción por el Derecho de las acciones u omisiones de los individuos sometidos a su imperio. Se trata de responder a la capital pregunta sobre qué ámbitos de conducta debe un orden jurídico someter bajo su regulación y qué otros, por el contrario, deben quedar al margen de este.

La respuesta a esta cuestión entraña más importancia que la que una respuesta precipitada podría recomendar. Pues de su articulación, más o menos acertada, se pueden inferir otros muchos componentes de un ordenamiento jurídico. Por ello, es una respuesta que depende de la contestación previa que demos sobre los fines buscados con el Derecho y, así, a los fundamentos que le legitiman para establecer las prohibiciones y mandatos a las personas que penden bajo su disciplina, y qué castigar (y por qué castigarlo) cuando sus normas coactivas son transgredidas. Qué comportamientos puede el Derecho regular y qué otros deben ser dejados libres de toda interferencia coactiva dependerá, en definitiva, de qué fines postulemos que debe el sistema jurídico perseguir: así no se someterán a la misma regulación los comportamientos de los individuos cuyo ordenamiento jurídico aspire a la salvación de sus almas que aquel que se ciña a estrictas tareas de mantenimiento del orden y la seguridad; al igual que se alcanzarán resultados jurídicos distintos si el Derecho sitúa entre sus fines la realización terrenal de un derecho natural o, en cambio, la garantía indubitada de los derechos fundamentales y las condiciones sociales para la creación de una sociedad de ciudadanos libres e iguales.

El debate en torno a esta cuestión reviste importancia no solo desde un punto de vista práctico, en tanto que incide frontalmente en la vida

que los ciudadanos despliegan privada y socialmente, sino que se ha convertido en uno de los asuntos que más interesan a la filosofía jurídica y política contemporánea. Como ya señalaba el profesor Laporta, «el problema de las relaciones entre moral y Derecho no es *un* tema de la filosofía jurídica, sino que es *el* lugar donde la filosofía del Derecho *está*. Tan pronto como se planta uno ante un problema filosófico-jurídico está pisando ya ese terreno ubicado entre la moral y el Derecho (...). Las relaciones entre la moral y el Derecho es como la definición de su propio ámbito de reflexión, aquel terreno para trabajar en el cual se van acarreando las herramientas de otros saberes. Su seña de identidad»¹.

No es mi intención aquí, ya avanzo, pues sería presuntuoso por mi parte a la par de infructífera mi actividad, intentar mostrar la vasta y extensa literatura que la relación entre el Derecho y la moral ha ocupado en el pensamiento jurídico.

Hacer acopio de los tantos debates que se han enzarzado en torno a la complejidad y dimensiones que irradia la conexión o separación del Derecho y la moral en un sistema jurídico, sería una ardua tarea que haría desfallecer al mejor de los mortales. Que no augure el lector que al final de estas páginas se vaya a dar respuesta concluyente a lo que los siglos y la sabiduría iusfilosófica no han podido consagrar².

Es una reflexión siempre presente en la tradición filosófica y de la que, desde uno u otro enfoque, ha participado cualquier teórico del Derecho. Una relación entre dos órdenes normativos cuya imbricación nunca ha podido ser rechazada ni aceptada con meridiana contundencia. Y en el panorama que hoy se nos presenta tampoco parece que la situación vaya a ser mucho más esclarecedora.

La bibliografía iusfilosófica latina y anglosajona atestigua un renovado interés por los problemas de Ética jurídica, por los dilemas de la

¹ LAPORTA F.J., *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993 (reimpr. 2007), p. 7. Algo similar a lo que mantenía años antes el filósofo norteamericano Ronald Dworkin cuando en la Introducción a su *Philosophy of law* ya sugería que «la filosofía jurídica no es una disciplina de segundo orden que tenga por objeto el razonamiento jurídico ordinario, sino que ella misma es el nervio de la reflexión sobre el derecho». DWORKIN R. (ed.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1977. Cito por la traducción de Javier Sáinz de los Terreros, *La Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed. 1980 y 2ª ed. 2014, p. 40.

² Como ha señalado Pérez Luño, «al abordar la temática de la distinción entre la moral y el Derecho se penetra en una de las cuestiones más complejas de la investigación iusfilosófica. Con razón la denominó Ihering el Cabo de Hornos, o de las tempestades, de la ciencia jurídica y glosando estas palabras Croce propuso que se la denominase el Cabo de los naufragios, aludiendo al fracaso de gran parte de las tentativas teóricas de trazar una clara delimitación entre el significado de la experiencia jurídica y las reglas de la moral». PÉREZ LUÑO A.E., *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1982, p. 43.

razón práctica y una rehabilitación de los temas clásicos de Ética normativa. La búsqueda de una moral social en sociedades plurales y complejas, la convivencia con los desacuerdos irresolubles que plantean las diferentes doctrinas comprensivas, la estabilidad de consensos mínimos para la paz social, la legitimación del poder político (y cuando no la crisis de la representación política), la importancia de los derechos humanos en los avances tecnológicos y científicos, el valor de la privacidad en la sociedad de masas y de las telecomunicaciones, el inagotable concepto de dignidad humana como fundamento del individualismo ético o las continuas referencias a la supuesta crisis del liberalismo o de la democracia liberal son algunas cuestiones que transitan continuamente de la Filosofía política a la Filosofía moral, y viceversa. Quizás no es que estemos asistiendo a una recuperación de estos asuntos; sino que nunca se llegaron a marchar.

El tema sigue atrayendo la atención de juristas en torno a problemas prácticos que ni son anacrónicos ni están superados³. Una relación siempre tensa y nunca pacífica, incluso «inevitablemente condenada a la polémica»⁴, cuya problemática se actualiza cuando, de modo acuciante, se nos exige hoy la asunción de una posición moral (o de un punto de vista sobre la moral) respecto a cuestiones que, cayendo en terreno «fronterizo», no sabemos bien a qué orden normativo corresponde su juicio.

En las siguientes líneas, pecando de atrevimiento, daré prioridad al tema de las conexiones entre el Derecho y la moral más que predicar sus desencuentros y separaciones tajantes. Quizás este proceder sea ya una toma de postura previa, pero que sin embargo no puede caer en el equívoco de ignorar su pertinente diferenciación. Mi punto de partida es la defensa de una conexión empírica —no conceptual— entre ambos órdenes normativos, teniendo a bien reconocer la distinción de planos, problemas y contenidos que los delimitan. Ya que en muchas ocasiones la confusión imperante en la materia responde más bien a defectos intrínsecos conceptuales que a la no menos inevitable polémica entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Solo desde la comprensión de las diferen-

³ De hecho, todo *curso* de Filosofía del Derecho sigue situando entre sus temas tópicos las referencias a estas cuestiones. El que sigan apareciendo estos temas en los manuales de dicha asignatura da muestra de su centralidad y actualidad. Por ejemplo, uno de los manuales que se utiliza en Oxford es el de Mark Tebbit. Sus primeros siete capítulos se dedican a la identificación del Derecho y sus relaciones con la moral; el capítulo 10, titulado «Law and private morals», trata precisamente el tema del que aquí me ocupo. Véase TEBBIT M., *Philosophy of law*, Routledge, Oxford, 3ª ed. 2017, pp. 162-174.

⁴ Como señala el profesor Andrés Ollero en OLLERO A., GARCÍA AMADO J.A. y HERMIDA DEL LLANO C., *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, p. 11. Comprobamos como el título de la obra ya es suficientemente evocador de la traumática tensión entre ambos órdenes.

cias que distinguen al Derecho de la moral, estaremos en la mejor posición para comprobar los múltiples ámbitos de operación compartidos por ambos órdenes normativos⁵. Nos avisaba Eusebio Fernández que, si hay que «mirar con desconfianza cualquier invasión de la política en la moral o una excesiva moralización del Derecho», ello a lo que nos invita es a distinguir y no confundir, pero no a separar, el Derecho de la moral⁶.

Ética, política y Derecho se rigen por códigos diferentes, pero ello no quiere decir que sus relaciones sean de oposición recíproca⁷. En este trabajo se pretende dar cuenta de la importancia de la distinción de planos y problemas que caracteriza a cada una de estas tres áreas que influyen en la conducta humana. Estar convencidos de la necesidad de que el Derecho se sustente en una ética, que la política no puede estar desconectada de contenidos éticos, y que la ética puede aportar soluciones no válidas para el juego político y jurídico no equivale a afirmar la unidad de estos tres mundos. Tampoco se afirma la identidad de planos en que cada uno opera. Ni se aboga por una moralización desorbitada del Derecho. La triada ética, política y Derecho, con sus problemas conexos y diálogos continuos, debe mantenerse sin invadir los campos que le son propios a cada área, sin las confusiones a las que abocan los paternalismos y perfeccionismos. De ello se dará cuenta aquí. Recordemos que lo valioso de la conducta ética es la adhesión personal, el firme convencimiento de estar obrando correctamente. Al entrar en contacto con el elemento coactivo, toda conducta cumplida a golpe de amenazas pierde su mérito moral.

Es cierto que como ciudadanos contemporáneos, miembros de sociedades abiertas y plurales, estamos afectados por las tensiones entre estos tres órdenes normativos. Las distinciones entre moral pública y moral privada a veces son más difusas que claras. De todos modos, aunque sea a efectos metodológicos y expositivos, la diferencia entre lo público y lo privado sigue siendo válida para evidenciar un conjunto de problemas que, pareciendo pertenecer a ambos mundos, sería bueno que siguiéramos manteniendo las fronteras entre la individualidad y lo co-

⁵ Ya advertía el profesor Gregorio Peces-Barba que «la distinción entre Derecho y moral no debe dificultar el esfuerzo por constatar las conexiones entre ambas normatividades en la cultura moderna, ni la lucha por la incorporación de criterios razonables de moralidad en el Derecho, ni tampoco la crítica desde criterios de moralidad al Derecho válido». PECES-BARBA G., *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, p. 157.

⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA E., *La obediencia al Derecho*, Cívitas, Madrid, 1987 (reimpr. 1998), p. 27.

⁷ BUCHHEIM H., *Política y poder*, trad. de Ernesto Garzón Valdés y Ruth Zimmerling, Alfa, Barcelona, 1985, p. 40.

lectivo. Si todo ordenamiento jurídico democrático debe mantenerse sobre una base de consensos mínimos, de mínimos morales o de una ética de mínimos, también hay un ámbito privado de la ética que debe permanecer fuera de las injerencias estatales. Creo que en este sentido sigue siendo muy útil la caracterización *dramática* que hacía Aranguren del modo en que vivimos esta tensión. Frente a la concepción trágica que nos paraliza y nos impide solucionar la tensión, la postura dramática se caracterizaría por la problematicidad que es constitutiva a estas relaciones:

«La moralidad política —como, por lo demás, la moralidad privada, individual— es ardua, problemática, difícil, nunca lograda plenamente, siempre *in via* y, a la vez, siempre *en cuestión*. La auténtica moral es y no puede dejar de ser *lucha* por la moral. Lucha incesante, caer y volverse a levantar, búsqueda sin posesión, tensión permanente y autocrítica implacable. La relación entre la ética y la política, en cuanto constitutivamente problemática, sólo puede ser vivida, de un modo genuino, dramáticamente»⁸.

Tanto la moralidad política como las cuestiones éticas de índole más privada son, en esencia y antes de todo, personales. Hablar de moralidad política o social no puede hacer desconocer que la ética es un asunto estructuralmente humano. Las acciones y las virtudes, los deberes y las obligaciones, las emociones morales, la sana conciencia, los remordimientos y la responsabilidad por nuestros actos son asuntos que incumben a las únicas personas realmente existentes, que son las humanas.

Pero ya he avisado que no es mi propósito intentar campar por los extensos e imprecisos designios de la relación entre el Derecho y la moral, sino centrarme en una faceta que, cayendo dentro del amplio espectro de problemas de esta dicotomía, aparece con perfiles y rasgos propios: la imposición de la moral por el Derecho.

Por los motivos expuestos resultará útil acotar el objeto de estudio para no pretender abarcar más allá de los puntos centrales del debate sobre la imposición legal de la moralidad. Realizaré una delimitación negativa sobre lo que este debate no abarca o en lo que no debería convertirse:

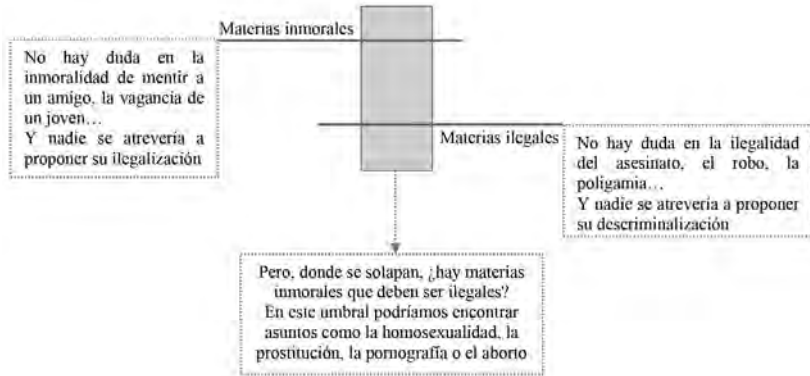
- a) La polémica no se ocupa de si existen o deben establecerse normas morales en el Derecho. Ambos ‘bandos’ confrontados en este debate asumen que es un hecho innegable que en cualquier socie-

⁸ LÓPEZ ARANGUREN J.L., *Ética y política*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2011, p. 51.

- dad, y en los códigos por los que éstas se rigen, hay normas jurídicas morales o de fuerte contenido moral. La cuestión no es determinar el estatuto de estas normas, si son eternas o transitorias, absolutas o relativas, reveladas o convencionales.
- b) Admitiendo que en el Derecho de nuestras sociedades hay normas fuertemente moralizadas, el debate no se centra en la cuestión de si estas reglas son cognoscibles por todos los individuos que a su cumplimiento se ven compelidos. De manera que no es este un debate sobre cognitivismo y no cognitivismo.
 - c) El debate no cuestiona si una ley que entra en conflicto con un código moral superior es válida o no lo es. Tampoco cuestiona que el orden moral deba ser superior al jurídico o que, su acomodación a aquel, marque el criterio de validez de las normas positivas. El debate, por tanto, es diferente de aquel entre iusnaturalistas y positivistas. Y, por ello, en cierto modo, distinto también al denominado debate Hart-Fuller.
 - d) El debate no pretende esclarecer si un ciudadano tiene la obligación moral de obedecer al Derecho. La justificación de la desobediencia civil es, por ello, una cuestión distinta.
 - e) El debate, ya avisé, tampoco se dedica a averiguar si hay conexiones entre el Derecho y la moral. Por lo general, ambas esferas han sido consideradas como sistemas normativos distintos y se ha hecho caer el acento en las relaciones *necesarias/conceptuales* o *contingentes/empíricas* entre ellos. De reconocer más o menos dependencias, se caracterizan las distintas propuestas teóricas en un sentido u otro.
 - f) El debate no plantea si la ley impone *realmente* la moral en aquellos casos que están fuera de toda duda y que la sociedad considere incorrectos y condena desde cualquier punto de vista, jurídico o moral. Así como la punibilidad del asesinato o el robo no se discute, por atentar tanto a valores morales como a bienes jurídicos protegidos, la imposición de la moral ha causado más controversia en asuntos de sexualidad.

Para delimitar finalmente el objeto de mi estudio debo anotar que, además de los asuntos que son considerados inmorales e ilegales de modo indiscutible, existen: a) materias que son consideradas inmorales pero no son ilegales; y b) otras materias que, siendo ilegales, no plantean problemas para los juicios de moralidad que sobre ellas se viertan. Hay, por tanto, dos extremos en los que nadie discute las materias que en ellos se residen y un umbral en el que los juicios jurídicos y morales se solapan:

INTRODUCCIÓN



El debate que aquí planteo no pretende analizar si los asuntos de la categoría 'ilegales' deberían dejar de serlo. Lo que se cuestiona es si, en el área de solapamiento conflictivo, hay asuntos en la categoría de 'inmorales' que deberían figurar, también, en la categoría de 'ilegales'. De su viabilidad, justificación y mecanismos para conseguirlo es de lo que versa mi investigación. Para una mejor comprensión de la estructura de este trabajo, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

- a) La exposición de la polémica en torno al moralismo se presenta por el orden cronológico en el que ésta se ha ido desarrollando.
- b) En la medida de lo posible se ha prescindido de valoraciones y juicios de oportunidad o pertinencia, sobre todo, en aquellos aspectos que se refieren a la presentación de las posturas en discusión. Lo que no ha sido óbice para, posteriormente, haberlas refutado o validado con comentarios y reflexiones añadidas con espíritu crítico.
- c) He deseado resaltar a lo largo del trabajo la importancia y necesidad de reconocer el valor *moral* del planteamiento liberal, su argumentación con contenido axiológico sustantivo y cómo ello enraíza con el —de entrada incompatible— principio de neutralidad.

La polémica sobre la imposición jurídica de la moralidad abre la puerta a toda una panoplia de casos que tienen estrecha relación con la calificación moral de determinados comportamientos. Cabe mencionar, entre otros, la prostitución, el rechazo de tratamientos médicos por motivos religiosos, la maternidad por subrogación, la investigación con células em-

brionarias, la venta de órganos humanos, la eutanasia, el aborto, la sodomía, el incesto o la pornografía. De todo el elenco de temas, el que aquí centrará mi atención es el de la moral sexual.

En la primera parte de esta monografía abordaré cuestiones tanto clásicas como presentes que tienen que ver con la filosofía del liberalismo y algunos conceptos morales tópicos de la filosofía moral (dignidad, autonomía, autorrespeto, vida buena), que serán el andamiaje teórico necesario con el que leer y comprender la polémica en torno al moralismo legal. Luego, en la segunda parte, presentaré, de forma sistemática y cronológica, los debates centrales, en perspectiva histórica, sobre el moralismo legal a través de sus principales protagonistas. Finalmente, en la tercera parte, retomaré los conceptos morales vistos y el tratamiento de las polémicas anteriores para analizar algunas propuestas actuales sobre el moralismo legal.

El debate sobre la imposición jurídica de la moralidad es rico en matices y diverso en argumentos. En él confluyen, con toda probabilidad, muchos de los planteamientos más interesantes que se discuten en la Filosofía del Derecho contemporánea. Tampoco la política práctica puede ni debe quedar desconectada de estas cuestiones. Una sociedad liberal y abierta, laica y cosmopolita, a la altura del siglo XXI, necesita de la crítica teórica para emprender proyectos políticos sólidos. Nos jugamos demasiado en ello: no sólo el tipo de sociedad que tendremos, sino el buen vivir de las personas que la integrarán. Y esa preocupación, me temo, es un asunto irremediabilmente humano sobre el que merece la pena seguir reflexionando.

PARTE
PRIMERA

CAPÍTULO PRIMERO

LA FILOSOFÍA DEL LIBERALISMO Y EL MORALISMO LEGAL

1. ENTRE LIBERALES Y MORALISTAS¹. EL ENFOQUE DEL LIBERALISMO IGUALITARIO

Debo trazar un marco desde el que poder discutir sobre el Derecho y la moral sin riesgo de confusiones, pues dicha relación en ningún caso alberga una cuestión única, y sus posibilidades de enfoque y análisis son muchas y variadas, mereciendo cada una consideración totalmente separada. Así lo recordaba H.L.A. Hart haciéndose eco del «fragor de la disputa» ya que «cuando el Derecho y la moral se mencionan en conexión, habitualmente se pasa por alto que no existe una única pregunta sobre dicha relación», y las enumeraba del siguiente modo: «la primera es una pregunta *histórica y causal*: ¿ha estado el desarrollo del Derecho influido por la moral? La respuesta a esta pregunta claramente es sí (...). La segunda pregunta puede denominarse *analítica o definicional*: ¿deben ciertas referencias a la moralidad formar parte de una definición adecuada del Derecho o del sistema legal? ¿Es un hecho contingente que el Derecho y la moral a menudo se solapen? (...). La tercera pregunta trata de la posibilidad y las formas de la *crítica moral del Derecho*. ¿Está el Derecho abierto

¹ En la doctrina se han manejado también otras etiquetas, como progresistas-conservadores y neutralistas-perfeccionistas. Adopto la de liberales-moralistas por ser, en mi opinión, la más ilustrativa para el caso que nos ocupa.

a la crítica moral?». Y, por último, el profesor británico enunciaba un cuarto interrogante, que es el que nos atañe, sobre «la *imposición legal de la moralidad*: ¿el hecho de que cierta conducta sea inmoral, según los estándares comunes, es suficiente para justificar que esa conducta sea punible por el Derecho? ¿es moralmente permisible imponer la moralidad como tal? ¿Debería la inmoralidad ser un delito?»². Es esta última cuestión, así deslindada, la que aquí ocupará nuestra atención, en aras de no fracasar en el estéril intento de estudiar la inabarcable relación Derecho y moral en todas sus manifestaciones. Pero antes de adentrarnos en polémicas y posturas al respecto, algunas consideraciones preliminares pueden arrojar algo de luz al debate y allanar el camino por el que deberemos transitar. Ya que dibujar el escenario en el que se enmarca nuestro cometido puede situarnos en un punto de inicio acertado para comprender mejor análisis posteriores.

Tomando estas distinciones del profesor Hart, rápidamente se comprueba que el problema aparece ya esbozado al confundir, como más tarde pondré de relieve, el tercer y cuarto interrogante. En concreto, la fuente de toda polémica podría reconducirse al hecho de haber diluido —más consciente que inconscientemente— la diferencia de planos en que opera la crítica jurídica y justificación moral del Derecho, por un lado, con la cuestión, por otro, del reforzamiento jurídico de la moralidad positiva. Los autores que contestarían afirmativamente la cuarta pregunta concluirían apresuradamente que la moralidad positiva *es* una moralidad justificada, y de ahí, darían el salto mágico (falaz) de que *debe ser* reforzada por el Derecho. La respuesta a esta forma de proceder no puede ser más que una: del hecho de que una moralidad sea positiva no se deduce (al menos por lógica, no sé si por revelación) que sea una moralidad correcta o valiosa y, por tanto, el dato empírico de su positividad no nos autoriza a utilizarla como fundamento del alcance y contenido de las leyes. Sería un espejismo querer identificar las pautas morales vigentes con los ideales morales en sí, lo que muchos autores no están dispuestos a aceptar ni la lógica argumentativa dispuesta a admitir. Convenciendo de este discurso, o negando su plausibilidad, se han escrito centenares de páginas en la historia del pensamiento político.

Los que han afirmado el cuarto interrogante llegan a la conclusión de que mantener lo contrario es privar al Derecho de toda moralidad, es decir, desmoralizar o amoralizar las leyes. Frente a ellos diría que no se trata de discutir si las leyes deben ser morales, inmorales o amorales. Lo que parece fuera de toda duda. El problema es qué tipo de moralidad, qué principios, qué pautas morales deben incorporar esas leyes. Y aquí es donde

² HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, trad. de Miguel Ángel Ramiro, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 97-99.

encaja la distinción que hizo Hart entre *moralidad positiva*, como aquella «aceptada y compartida por un grupo social dado», y *moralidad crítica* que son «los principios morales generales usados en la crítica de las instituciones sociales, entre las que se incluía la moral positiva». Podemos afirmar, con Hart, que «nuestra pregunta es de moralidad crítica, pues versa sobre la imposición legal de la moralidad positiva»³.

De acuerdo con esta distinción, el problema que se nos plantea es el de qué criterios usamos para *justificar* el contenido y alcance de una ley. Habrá quien piense que es suficiente con acudir a la moralidad positiva y ver cuál es la pauta establecida para quedar justificado su traslado al plano jurídico y otros alegarán, en cambio, que algunos de los mandatos de esa moralidad carecen de justificación a la luz de la moralidad crítica y, por tanto, no deben ser impuestos por la ley. Si aceptamos la premisa de que las leyes deben efectivamente incorporar y proteger la moralidad, porque solo de esa manera pueden aspirar a ser leyes justas o justificadas, de ello no se deriva (o no automáticamente) que la moralidad que tales leyes deban portar tenga que ser la dominante o *mayoritariamente* aceptada. Y digo mayoritariamente porque, como luego examinaré, el criterio de la decisión por mayorías, que tanto favor ha hecho al principio democrático, tampoco justifica moralmente la adopción de cualquier resultado que por ese mecanismo se obtenga. El procedimiento democrático de toma de decisiones por mayoría alberga en su seno rasgos morales que son imposibles de soslayar, pero eso sólo lo defiende como cauce más idóneo (justicia procedimental), como históricamente hemos aprendido, frente a otras experiencias y modelos, pero no asegura, en ningún caso, que el producto de ese procedimiento esté moralmente justificado de forma categórica (justicia sustantiva). Y esta problemática es especialmente sensible cuando existen minorías que se sienten permanentemente desamparadas por el gobierno mayoritario.

Cuando no existe consenso sobre cuál es la mejor forma de vida o cuando distintas formas de vida son ejercidas por minorías que saben que «en los asuntos que más les incumben jamás podrán salirse con la suya, precisamente debido al principio de mayoría, ese principio deja de ser adecuado. La existencia de minorías permanentes, cuyas aspiraciones, deseos e incluso principios son ignorados sistemáticamente o soslayados en los procesos colectivos de toma de decisiones, puede fácilmente hacer inoperable una democracia mayoritaria»⁴.

³ HART H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, op. cit., p. 113.

⁴ ARBLASTER A., *Democracia*, trad. de Adriana Sandoval y rev. de Jesús Alborés, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 106. Equiparar la voluntad del pueblo con la voluntad de la mayoría puede estar a menudo justificado; pero quienes forman parte de la minoría, sobre todo de las que se encuentran permanentemente en desventaja y sin posibilidad de que la

En este sentido los derechos individuales suponen un límite al poder político, algo así como un catálogo de materias no legislables, como esfera de «lo inviolable» o de «lo no opinable» (Bobbio) o ámbito de «lo indecidible» (Ferrajoli), como asuntos sustraídos al juego de mayorías o materias que ni siquiera democráticamente son discutibles⁵. De un «derecho general a la libertad» ha hablado Ruiz Miguel: «un perímetro genérico de libertad de acción que puede llegar a impedir restricciones legales no suficientemente justificadas»⁶. Sobre determinados asuntos funcionarían, como también señaló Nozick, unas «restricciones indirectas» que impiden que los objetivos colectivos primen sobre los derechos individuales⁷. O si se prefiere, que los derechos individuales son como «cartas de triunfo» que las personas alegan frente a los gobiernos que pretenden subordinar su bienestar al interés general o a algún tipo de utilidad pública. Este derecho se vería amenazado si el gobierno de turno apelara a una mayoría democrática para imponer su voluntad de limitarlo. Este derecho a hacer algo, si es auténtico, es oponible aun cuando la mayoría piense que lo que hacemos está mal⁸.

La función de estos derechos es servir de barrera de protección frente a las injerencias indebidas en el ámbito de autonomía de los individuos. Estos derechos como «triumfos» impiden que puedan imponerse sobre el individuo privaciones de bienes de manera no justificada, ni que una persona pueda ser utilizada como instrumento para la satisfacción de los deseos de otra, ni quedar la autonomía individual supeditada a algún tipo de interés general de una colectividad. En este sentido, dicho principio cierra la puerta a ciertas versiones del utilitarismo que estarían dispuestas, por una mayor cantidad de felicidad para muchos, a sacrificar la felicidad de unos pocos. Cierra el paso también a cualquier expresión paternalista o perfeccionista que suplantara la autonomía del individuo por decisiones

mayoría atienda sus reclamos, «siempre tienen derecho a recordar al resto de la sociedad que ellos también forman parte de ‘el pueblo’». Pues «uno de los peligros del mayoritarismo es que las mayorías tienden a olvidar que en otro contexto puede constituir una minoría», pp. 104 y 110.

⁵ BOBBIO N., *Teoría general de la política*, ed. de Michelangelo Bovero y trad. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2005, pp. 478-479. FERRAJOLI L., «Los derechos fundamentales», en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. de A. de Cabo y G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2001, p. 36.

⁶ RUIZ MIGUEL A., *Cuestiones de principios: entre política y Derecho*, pról. de Francisco Laporta, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, p. 314.

⁷ NOZICK R., *Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford, 1974. Cito por la traducción al castellano de Rolando Tamayo y Salmerón, *Anarquía, Estado y Utopía*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988 (reimpr. 2017), pp. 43-44.

⁸ DWORIN R., *Taking Rights Seriously*, Gerald Duckworth, Reino Unido, 1977. Cito por la traducción al castellano de Marta Guastavino, con prólogo de Albert Calsamiglia, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 37 y 289.

ajenas a él e impuestas para mejorar su vida sin su consentimiento. E, igualmente, reconocer este principio significa limitar la persecución de políticas públicas u objetivos sociales —aunque se adoptaran por mayoría— que antepongan algún tipo de interés colectivo, utilidad pública, bienestar general, bien común o interés nacional a los intereses de las únicas personas realmente existentes, que son las individuales.

Estas propuestas van en la dirección de demostrar la incompatibilidad del liberalismo con la democracia ilimitada en la que la mayoría social parece arrogarse el presunto derecho de poder decidir cómo debería vivir todo el mundo. En un texto titulado *Opinión mayoritaria y democracia contemporánea*, Hayek alertó de los riesgos de la democracia ilimitada, de la necesidad de los límites al gobierno, de las restricciones al poder de las mayorías y de la existencia de cuestiones que nadie más que el individuo puede decidir:

«El hecho de que cuando resulta necesaria una acción común, ésta tenga que ser dirigida por la opinión de la mayoría, y que todo poder coactivo, para ser legítimo, precise de tal aprobación, no significa que el poder de la mayoría tenga que ser ilimitado, y tampoco que para cualquier cuestión tenga que recurrirse a comprobar cuál es la voluntad de la mayoría. (...).

Puede parecer pequeña la diferencia entre creer que sólo lo que es aprobado por la mayoría debe ser vinculante para todos, y creer que todo lo que es aprobado por la mayoría tiene tal fuerza vinculante. Pero en realidad se trata del paso de una concepción del gobierno a otra totalmente diferente: de una concepción según la cual el gobierno tiene las funciones limitadas y definidas que se precisan para la formación de un orden espontáneo, a la concepción según la cual sus poderes son ilimitados. Se trata de la transición de un sistema en el que, mediante procedimientos reconocidos, se decide cómo deben llevarse ciertos asuntos comunes, a un sistema en el que un grupo de personas puede declarar a discreción cualquier cosa como cuestión de interés común y, por ello mismo, sujeta a tales procedimientos. Mientras que la primera concepción se refiere a decisiones comunes necesarias para el mantenimiento de la paz y del orden, la segunda permite a algunos grupos organizados a controlar cualquier cosa, y se convierte fácilmente en pretexto de opresión»⁹.

El concepto de libertad, obviamente, es lo definitorio de la ideología liberal. La libertad es un bien muy apreciado por todos los liberales y es un

⁹ HAYEK F.A., *Law, Legislation and Liberty*, 3 vols., Routledge & Kegan Paul, London, 1973-1979. Cito por la traducción de Luis Reig Albiol, *Derecho, legislación y libertad. Una nueva formulación de los principios liberales de la justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 2ª ed. 2014, pp. 371 y 372.

valor que recorre toda la historia del liberalismo. Es su núcleo y esencia, el punto común de los diversos liberalismos. Si el liberalismo sitúa al individuo en el centro de su programa, el ordenamiento jurídico y las instituciones político-sociales quedan diseñadas a partir del reconocimiento de dicha centralidad. Son los derechos del individuo, sus deberes, sus necesidades, su plan de vida, su autonomía en definitiva, entendida como libertad moral, lo que justifica la existencia del sistema social. O por decirlo en términos kantianos, sólo el individuo es fin y las organizaciones jurídico-políticas, que no son agentes morales, son medios al servicio de lo único que es fin en sí mismo: el hombre y la mujer.

Si, como recordaba Gregorio Peces-Barba, todos los derechos fundamentales son derechos de libertad ya que «pretenden facilitar la autonomía de las personas y su desarrollo integral creando esas condiciones de libertad»¹⁰, entonces resulta lógico que sea la filosofía liberal la más apropiada para fundamentarlos. La filosofía liberal que anima estas páginas es la que apuesta por un enfoque igualitario. Intentaré revisar algunas formulaciones liberales para aceptar o refutar —según sea el caso— las explicaciones que ofrecen acerca de la autonomía individual. Las tesis igualitaristas me llevarán a lo primero y las neoliberales a lo segundo. Con ese aparato conceptual asumiré los fundamentos éticos de una de una concepción igualitaria de la autonomía que entronca con determinados valores (dignidad, pluralismo, neutralidad/imparcialidad...) y que marca salvedades con otros (los del llamado moralismo legal). La concepción liberal de la libertad que aquí se mantiene queda marcada indeleblemente tanto por la defensa de los derechos humanos fundamentales como por la existencia del Estado de derecho. Este Estado de derecho, que es liberal en su originario nacimiento, es garantía para la libertad, autonomía y seguridad de los individuos. El imperio de la ley, la división de poderes y la legalidad de la administración se dirigen al establecimiento jurídico-constitucional de los derechos fundamentales de la persona. La protección de las libertades y los derechos fundamentales constituye, como diría tempranamente Elías Díaz, el objetivo de todo Estado de derecho¹¹.

Sin reparar en la doctrina liberal sería inconcebible e irreconocible el Estado moderno. Su aparición y construcción histórica debe mucho en este sentido a la historia del liberalismo. El Estado de derecho fue, antes de todo, Estado liberal. El Estado que los liberales tuvieron en mente es uno que sitúa los intereses del individuo por encima de los del gobernante; que reconoce la necesidad del gobierno pero también le impone restricciones y

¹⁰ PECES-BARBA G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, p. 202.

¹¹ DÍAZ E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1ª ed. 1966, p. 25.

límites; que posibilita los intercambios comerciales para lograr un nivel de vida digno; que justifica la propiedad privada como manifestación de la libertad; que se subordina a la ley y a la constitución. En su historia más reciente el liberalismo también ha sabido ver las deficiencias de este Estado liberal clásico y ha mostrado preocupación por los más desfavorecidos, por sus dificultades y el bienestar de los más vulnerables.

Sin la concepción liberal de la dignidad humana, sería difícil articular mínimamente cualquier propuesta que reconociera la centralidad del ser humano en el Estado de derecho. El Estado liberal está al servicio de aquella dignidad. Creo que la concepción liberal de esta dignidad, de indudables ecos kantianos, es la mejor forma de argumentar a favor de los derechos individuales básicos (al menos sobre los derechos que aquí estarán en juego; indagaré si puede utilizarse ese discurso para las mal llamadas *generaciones* sucesivas de derechos). Esta concepción kantiano-liberal de los derechos estaría bien representada —y así irán desfilando por estas páginas— por la tradición inaugurada por I. Kant y la herencia que de él se recoge en las obras de J. Rawls, R. Dworkin, R. Nozick, M. Nussbaum o, entre nosotros, de E. Garzón Valdés, Rodolfo Vázquez o Francisco Laporta. A pesar de las evidentes diferencias entre ellos, en el fondo compartirían una concepción de los derechos individuales que funcionan como límite —llámese bienes primarios, cartas de triunfo, restricción, capacidades básicas, coto vedado— al poder político.

Sólo superando las insuficiencias de la concepción clásica y también de la neoliberal podría lograrse alguna compatibilidad entre libertad e igualdad que pudiera dar contenido tanto a los derechos individuales básicos como a los económicos, sociales y culturales. La idea de un liberalismo igualitario va en esa dirección. La versión igualitarista haría más amable el frío liberalismo clásico en el que prima la libertad, lo corregiría y lo volvería más humano. No existe una desconexión o incompatibilidad absoluta entre los valores de libertad e igualdad, pero su reconciliación pasa por entender que viven en una permanente tensión por responder ambos —como argumenta Rodolfo Vázquez— a estructuras diferentes pero complementarias: «La libertad es un valor sustantivo, cuya extensión no depende de cómo esté distribuido entre diversos individuos, ni incluye a priori un criterio de distribución. En cambio, la igualdad es en sí misma un valor adjetivo que se refiere a la distribución de algún otro valor. La igualdad no es valiosa si no se predica de alguna situación o propiedad que sea en sí misma valiosa. Esto sugiere la posibilidad de combinación de ambos valores: la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad»¹².

¹² VÁZQUEZ R., *Liberalismo, Estado de derecho y minorías*, Paidós, México, 2001, pp. 31-32.

El liberalismo contemporáneo no puede hacer oídos sordos a las reivindicaciones por una sociedad más igualitaria, ni tampoco puede imponer una uniformidad moral a sociedades que son, de por sí, plurales y heterogéneas. La libertad reclama que cada individuo elija su plan de vida. La igualdad apela a extender dicha libertad a todos sin distinción. No es deseable que seamos iguales en los modos de vida, sino iguales en la libertad de poder elegir cada uno el nuestro.

Por tanto, para este trabajo siguen teniendo validez las etiquetas y distinciones entre un liberalismo clásico (referido a Tocqueville, Stuart Mill o Constant), un liberalismo conservador (que encontraría en Burke a su mejor exponente político y en el juez Stephen a un liberal conservador dogmático), un neoliberalismo más economicista (como el de la escuela de Chicago con precursores como Hayek y Friedman, y filósofos como Nozick), un neoconservadurismo tradicionalista (como el de Irving Kristol, Russell Kirk, Robert Nisbet o Michael Novak en Norteamérica; o en Inglaterra, el de Michael Oakeshott, una *rara avis* dentro del conservadurismo dado su escepticismo, y Roger Scruton, recientemente fallecido), un conservadurismo cultivado desde el iusnaturalismo de base teológica (como John Finnis o Robert P. George) y desde los tribunales de justicia (como sería el caso de aquellos jueces que, como hiciera Scalia, siguen el llamado *originalismo* en sus sentencias). Todos ellos se distinguirían netamente de un liberalismo igualitarista (más emparentado con Ronald Dworkin y sobre todo con John Rawls¹³) que asume el déficit de Estado social que tiene el clásico Estado liberal. Esta es la tradición de Filosofía del Derecho que jalona estas páginas¹⁴.

¹³ De los cinco regímenes que Rawls somete a examen en la *Justicia como equidad* (capitalismo de *laissez-faire*; capitalismo del Estado de bienestar; socialismo de Estado con Economía planificada; democracia de propietarios; y socialismo liberal), sólo la democracia de propietarios y el socialismo liberal «incluyen disposiciones institucionales diseñadas para satisfacer los dos principios de justicia». En las siguientes páginas de su obra Rawls parece centrarse primordialmente en el estudio de la democracia de propietarios y descuida las tesis del socialismo liberal. RAWLS J., *La justicia como equidad. Una reformulación*, trad. de Andrés de Francisco, Erin Kelly (ed.), Paidós, Barcelona, 2002, p. 188.

¹⁴ Este liberalismo igualitario estaría muy próximo al del político e historiador ROSSELLI C., *Socialismo liberal*, trad. de Diego Abad de Santillán e introd. de Norberto Bobbio, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 1991. El italiano Rosselli aboga por un liberalismo social a la manera inglesa de HOBHOUSE L.T., *Liberalismo*, trad. de Julio Calvo Alfaro y estud. prelim. de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2007. En España, este liberalismo igualitario sería cercano al liberalismo democrático defendido por DÍAZ E., *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Cívitas, Madrid, 1977; y por PECES-BARBA G., *Libertad, poder, socialismo*, Cívitas, Madrid, 1978. La obra quizás más representativa en España de este socialismo liberal sea la de Fernando de los Ríos en 1926 *El sentido humanista del socialismo* (hay ed. de Elías Díaz, Catalia, Madrid, 1976; y más reciente con introd. de Jacobo Muñoz, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006). En Italia tampoco resultaría difícil encuadrar a Norberto Bobbio dentro de este socialismo liberal. En la obra que mejor se deja ver este

Este liberalismo igualitario intenta acomodar el ejercicio de la libertad con las condiciones sociales de los individuos. El liberalismo clásico habría permitido que la libertad en su más inmediato sentido conviviera con desigualdades palpables en el ámbito económico y social. Si la libertad de elegir nuestras opciones vitales depende, en gran parte, no sólo de nuestra autonomía, sino de las condiciones sociales que nos rodean, es lógica la preocupación por mejorar del mejor modo posible el contexto en el que dichas opciones se escogen, a fin de aumentar y cualificar las opciones a nuestro alcance. De nada valdrá la capacidad de elegir nuestras oportunidades vitales si los actos derivados de nuestra dignidad y autonomía se ven seriamente limitados por un entorno económico y social adverso. La capacidad de elegir será ilusoria si no va acompañada de las condiciones externas que la posibiliten.

El individualismo liberal sería incorporado a las tesis igualitaristas (Dworkin, Rawls, Nussbaum...) que, evolucionando hacia un individualismo ético, recoge tanto los elementos emancipadores de la tradición liberal como las necesidades de sociabilidad del individuo —sin caer en comunitarismos— para la profundización de la democracia¹⁵.

1.1. LO QUE EL LIBERALISMO IMPONE, PROPONE Y PRESUPONE

Es ineludible en esta tarea intentar esbozar, al menos, el marco iusfilosófico en el que se sitúa la génesis de la polémica del moralismo legal, pues seguramente ésta sería ininteligible si prescindiéramos de los argumentos que se han aducido a su favor o en su contra. El contexto teórico completo en el que se libra el debate entre liberales y moralistas no puede ser aquí objeto de atención, pero sí debo detenerme en perfilar las posiciones morales y políticas que unos y otros han mantenido.

planteamiento del profesor turinés es en BOBBIO N., *Derecha e izquierda. Razones y significados de una distinción política*, trad. de Alessandra Picone, Taurus, Madrid, 1995.

¹⁵ Estas tesis del *individualismo ético* y la *profundización de la democracia* fueron expuestas magistralmente por LÓPEZ ARANGUREN J.L., *La democracia establecida: una crítica intelectual*, Taurus, Madrid, 1979; y retomadas por MUGUERZA J., *Desde la perplejidad. Ensayos sobre la Ética, la razón y el diálogo*, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1ª ed. 1990, en especial el capítulo 5 titulado «Entre el liberalismo y el libertarismo». El *individualismo ético* no es una tesis comunitarista, pero sí parte del reconocimiento de que el individuo es siempre un individuo *en relación*. Para Muguerza, el *individualismo ontológico* propio de la teoría liberal clásica es un imposible y «encierra el más robusto grano de verdad en las críticas dirigidas al individualismo desde una posición comunitarista». Ver sobre esta forma de entender el *individualismo ético*, MUGUERZA J., *Ética, disenso y derechos humanos (en conversación con Ernesto Garzón Valdés)*, Argés, Madrid, 1998, pp. 77 y 145 y ss.

Recontar la historia del liberalismo es una tarea que supera mi objeto de estudio, debido tanto a la amplitud como a la complejidad de un proceso histórico lento y no lineal, con avances y retrocesos, que se remonta a la Edad Moderna en algunos de sus rasgos originarios —a pesar de los antecedentes premodernos que intentan hallarse¹⁶—, con renovaciones y aditamentos en los siglos XVII y XVIII y que recibe una importante impronta cuando se alía con la democracia a finales del siglo XIX¹⁷.

Hay un segmento de la moral que se refiere a las *concepciones del bien* personal o de la *vida buena* de los individuos, esto es, al tipo de fines, modelos de virtud o excelencia individual que las personas deben buscar o cultivar para hacer que sus vidas sean moralmente ricas, valiosas o meritorias. En este punto el debate se plantea entre un individualismo de corte liberal, y su defensa de los derechos de los individuos, y el moralismo, que exige del Estado una actuación tendente a promover dichas vidas virtuosas y, correlativamente, desalentar aquello que las perturbe. A la definición de lo que se entiende por *vida buena* dedicaré un capítulo. Por ahora lo que me interesa es plantear, a partir de este marco general, una de las posibles formas de abordar la tradicional polémica entre liberales y moralistas. Deseo centrarme en los argumentos esgrimidos por unos y otros en torno a la relación entre la moral y la política; es decir, las posturas que discuten sobre las relaciones de los distintos proyectos privados de buen vivir y el ámbito público, donde esos proyectos confluyen y conviven.

Desde esta perspectiva, el liberalismo pugna por una separación de los ámbitos privado y público que será más o menos tajante según las distintas versiones liberales. Los individuos tendrían plena autonomía para escoger sus proyectos de florecimiento y optar por lo que consideraran una vida buena. Por su parte el Estado no puede mostrar preferencia

¹⁶ ROSENBLATT H., *La historia olvidada del liberalismo. Desde la antigua Roma hasta el siglo XXI*, trad. de Yolanda Fontal, pról. de José María Lasalle, Crítica, Barcelona, 2018.

¹⁷ Algunos textos ya clásicos sobre el liberalismo, pero aun hoy muy válidos, siguen siendo el de RUGGIERO G., *Historia del liberalismo europeo*, trad. de Carlos G. Posada y ed. al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2005; y el de VACHET A., *La ideología liberal*, dos tomos, trad. de Pablo Fernández Albaladejo, Valentina Fernández Vargas y Manuel Pérez Ledesma y pról. de Henri Lefebvre, Fundamentos, Madrid, 1972. Son más sintéticas las historias del liberalismo de LASKI H., *El liberalismo europeo*, trad. de Victoriano Miguélez, Fondo de Cultura Económica, México, 1939; GRAY J., *Liberalismo*, trad. de María Teresa de Mucha, Alianza Editorial, Madrid, 1994; y, recientemente, la de FREDEN M., *Liberalismo. Una introducción*, trad. de Roberto Ramos Fontecoba, Página Indómita, Barcelona, 2019. Entre nosotros se ha ocupado de la filosofía del liberalismo MARTÍNEZ GARCÍA J.L., «Liberalismo y derechos humanos», en *Historia de los derechos fundamentales*, tomo IV, siglo XX, vol. II, Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández, Rafael de Asís, Francisco Javier Ansuátegui y Carlos Ramón Fernández Liesa (dirs.), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 1-57.

o incentivar una determinada elección moral de sus ciudadanos. Ya que si lo característico del liberalismo es que «su moral constituyente es una teoría de la igualdad que exige la neutralidad oficial frente a las teorías sobre lo que es valioso en la vida»¹⁸, esa misma concepción liberal de la igualdad, como ideal político por excelencia, apela al gobierno a que «trate a todos los que están bajo su cargo como *iguales*, o sea, como con el mismo derecho a su igual respeto y consideración»¹⁹. Me detengo brevemente en este punto de la teoría de Dworkin porque su propuesta presenta datos de interés para articular un liberalismo contemporáneo de base igualitarista.

¿Qué significa que el gobierno trate a sus ciudadanos como *iguales*? Para Ronald Dworkin esta pregunta «puede contestarse de dos modos fundamentalmente diferentes. El primero supone que el gobierno debe ser neutral acerca de lo que pudiera llamarse el problema de la buena vida. El segundo supone que el gobierno no puede ser neutral en este asunto, porque no puede tratar a sus ciudadanos como seres humanos iguales sin una teoría de lo que debieran ser los seres humanos (...). Cada persona sigue una concepción más o menos bien articulada de lo que da valor a la vida (...). La primera teoría de la igualdad supone que las decisiones políticas, en la medida de lo posible, deben ser independientes de cualquier concepción particular de la buena vida, o de lo que da valor a la vida. Ya que los ciudadanos de una sociedad difieren en sus concepciones, el gobierno no los trata como iguales cuando prefiere una concepción a la otra, porque los funcionarios creen que es intrínsecamente superior, o porque pertenece al grupo más numeroso o poderoso. La segunda teoría argumenta, por el contrario, que el contenido del tratamiento igualitario no puede ser independiente de una teoría sobre lo que es bueno para el hombre o sobre la vida buena, porque tratar a una persona como igual significa tratarla de modo como una persona buena o verdaderamente sabia desearía ser tratada. El buen gobierno consiste en el fomento, o cuando menos en el reconocimiento, de las buenas vidas; el tratar como igual consiste en tratar a cada persona como si estuviera deseosa de llevar la vida que de hecho es buena, al menos en la medida en que esto es posible (...). El liberalismo —con-

¹⁸ DWORKIN R., «Liberalism», en *Public and Private Morality*, Stuart Hampshire (comp.), Cambridge University Press, Reino Unido, 1978. Cito por la traducción al castellano de Mercedes Córdoba, «El Liberalismo», en *Moral Pública y Privada*, Fondo de Cultura Económica, México, 1983, p. 165. (Este artículo se incluyó como cap. 8 en DWORKIN R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Massachusetts, 1985, pp. 181-204; hay traducción más reciente de Victoria Boschioli, en *Una cuestión de principios*, present. de Roberto Gargarella y Paola Bergallo, Siglo Veintiuno editores, Buenos Aires, 1ª ed. 2012, pp. 231-258).

¹⁹ DWORKIN R., *El Liberalismo*, op. cit., p. 146.