

Derecho y moral

José Luis Pérez Triviño

PID_00192073

Índice

Introducción	5
Objetivos	6
1. La cuestión definicional	7
1.1. La discusión clásica	8
1.1.1. El iusnaturalismo	8
1.1.2. El positivismo jurídico	11
1.2. La discusión contemporánea	14
1.2.1. El ataque al positivismo: el modelo de Dworkin	15
1.2.2. El positivismo incluyente	16
1.2.3. El positivismo excluyente	17
2. La imposición de la moral por medio del Derecho	21
2.1. El liberalismo y el principio del daño	22
2.2. El perfeccionismo	24
2.3. El paternalismo	24
2.4. El moralismo legal	25
2.4.1. Las críticas al moralismo legal	28
2.4.2. La distinción entre la moral positiva y la moral crítica	29
3. La idea de justicia y el Derecho	32
3.1. El utilitarismo	32
3.1.1. Definición de utilidad y tipos de utilitarismo	33
3.1.2. Críticas al utilitarismo	35
3.2. La teoría liberal de John Rawls	36
3.2.1. Los principios de justicia	36
3.2.2. Deontologismo frente a utilitarismo	37
3.2.3. El contractualismo	38
3.2.4. El equilibrio reflexivo y el constructivismo moral	39
3.2.5. Críticas a Rawls	41
3.3. El libertarismo de Robert Nozick	42
3.3.1. Los derechos naturales	42
3.3.2. El Estado mínimo	43
3.3.3. Críticas	45
Resumen	47
Actividades	49

Ejercicios de autoevaluación.....	49
Solucionario.....	50
Glosario.....	51
Bibliografía.....	52

Introducción

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

1) La cuestión histórica o causal: aquí la pregunta que se plantea es si, en el desarrollo histórico, el contenido de la moral ha influido en el Derecho, o al revés, si el Derecho ha ejercido algún tipo de influencia en las convicciones morales de los grupos sociales. Este tipo de cuestiones suelen ser abordadas por la historia o la sociología en general y por la sociología del Derecho, en particular.

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

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

4) La cuestión acerca de la crítica del Derecho por parte de la Moral. En realidad, esta cuestión oculta una pregunta previa: la de si es posible tal crítica. Si, por hipótesis, se responde afirmativamente, entonces se plantea otra cuestión: ¿qué criterios o teorías morales son las adecuadas para formular la crítica a los contenidos del Derecho positivo? En cualquier caso, esta pregunta es típicamente una cuestión propia de la teoría moral.

De estas cuatro cuestiones sólo examinaré las tres últimas.

Lecturas recomendadas

Sobre la relación entre Derecho y moral, podéis consultar las obras siguientes:

H. Hart (1963). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

F. Laporta (1997). *Entre el Derecho y la Moral*. México: Fontamara.

Objetivos

Este módulo didáctico tiene la pretensión de ofrecer una introducción al estudio de las diferentes relaciones entre el Derecho y la moral, como cuestión clave en la comprensión del fenómeno jurídico. En efecto, durante mucho tiempo ha sido dominante la visión según la cual, de una u otra forma, el Derecho está vinculado a los ideales de justicia. No obstante, hay juristas que dudan de que esta conexión sea necesaria. En todo caso, en este módulo, los objetivos que se han tratado de conseguir son los siguientes:

1. Exponer y debatir acerca de los principales términos de la discusión clásica y contemporánea acerca de si el Derecho puede caracterizarse con independencia o no de la moral.
2. Reflexionar sobre la cuestión práctica referente a la imposición de la moral mediante el Derecho. En este apartado, se analizan los distintos argumentos que se han aportado al debate, tanto de los que sostienen que el Derecho debe imponer la moral de la mayoría social, como los de aquellos que defienden la posición contraria.
3. Conocer y discutir tres teorías morales, como son el utilitarismo, el liberalismo rawlsiano y el libertarismo de Nozick. El examen de estas teorías morales es relevante para que los estudiantes adoptéis un punto de vista que os permita valorar y, eventualmente, criticar el diseño de los ordenamientos jurídicos y las eventuales normas que se promulgan para resolver problemas sociales, económicos, etc. Esto es, cómo una distinta concepción moral puede tener impacto en las políticas que adopte un estado.

En general, en este módulo el principal objetivo es estimular la discusión acerca de la caracterización del Derecho, y en concreto si es un fenómeno distinto y separado de la moral. Por otro lado, se pretende mostrar las conexiones que, en la actualidad, se producen entre el razonamiento jurídico y el moral. Y por último, el examen de estas cuestiones sirve para que os vayáis adiestrando en el manejo de la argumentación jurídica y moral.

1. La cuestión definicional

En unas páginas ya clásicas de su libro *El concepto de Derecho*, Hart señaló que la definición de Derecho se enfrenta a tres problemas recurrentes:

1) La relación Derecho-fuerza. Una de las características principales del Derecho es que la existencia de normas jurídicas supone, *prima facie*, que ciertas conductas humanas no son optativas sino obligatorias, siendo un factor clave en esa obligatoriedad que se predica del Derecho, la amenaza y el uso de la coacción. Tanto es así que algunas teorías han señalado que constituye el rasgo central o definitorio del Derecho, como es el caso de la teoría del soberano de John Austin.

Teoría del soberano de John Austin

Para este autor, el Derecho se caracterizaba por haber sido creado por el soberano de una sociedad. Tal autoridad suprema dictaba mandatos que eran obligatorios para los destinatarios. La obediencia que recibía el soberano tenía como único fundamento la posibilidad de castigar a los infractores. Sólo ese uso potencial de la violencia explicaba la obediencia al Derecho, y su propia existencia.

2) La relación entre el Derecho y las reglas. No parece discutible señalar que los ordenamientos jurídicos se componen de reglas, pero ¿qué son las reglas? Hay una amplia diversidad de reglas (sociales, morales, ideales, etc.) que deben ser distinguidas de las reglas jurídicas. Este sería otro asunto capital propia de una teoría jurídica.

3) La relación Derecho-moral. El Derecho está relacionado estrechamente con ciertos aspectos de la moral. Comparten un mismo vocabulario, así como algunas finalidades. Esa semejanza ha llevado a algunos teóricos a afirmar que el Derecho es una rama de la moral, y que por ello, lo definitorio del Derecho no es su combinación de reglas y amenazas, sino su vinculación con la moral. Pero esta no es una idea pacífica, sino al contrario, una de las discusiones centrales de la teoría jurídica y será analizada brevemente a continuación. En primer lugar, se examinará los términos clásicos de la discusión, en los que habría dos teorías opuestas, el iusnaturalismo y el positivismo. En segundo lugar, se abordará la discusión tal y como ha sido planteada contemporáneamente.

Los crímenes nazis ante el Derecho y la moral

Tras finalizar la Segunda Guerra Mundial, las potencias vencedoras decidieron llevar a juicio a las principales autoridades del régimen nazi. Se les acusó, dicho brevemente, por delitos de guerra y crímenes contra la humanidad. La primera de estas categorías de delitos incluía algunos supuestos que ya estaban regulados en el Derecho internacional, básicamente, el delito de agresión y los crímenes ejecutados en el propio desarrollo del conflicto bélico. La segunda categoría, los delitos contra la humanidad, incluía acciones que no estaban previamente establecidas ni en el Derecho alemán ni en el Derecho internacional vigente en el momento en que tuvieron lugar.

El problema principal que se planteaba, a la hora de juzgar a Hitler y a sus secuaces, es que una parte importante de los hechos por los que se le quería juzgar no estaban prohibidos

Lectura recomendada

Sobre la definición de Derecho, podéis consultar:

H. Hart (1963). *El concepto de Derecho* (págs. 7-16). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Ved también

Este tema ha sido examinado en el módulo "Norma jurídica y sistema jurídico".

Lectura complementaria

Sobre los juicios de Nuremberg, podéis consultar:

J. L. Pérez Triviño (2006). *Los juicios de Nuremberg*. Barcelona: Edivoc.

jurídicamente en el tiempo de su realización, y que, por lo tanto, se les iba a juzgar con unas leyes dictadas posteriormente, leyes que además serían interpretadas y aplicadas por un tribunal también creado posteriormente.

Tales medidas eran jurídicamente discutibles, ya que suponían infringir uno de los principios nucleares del Derecho civilizado como era la prohibición de dictar leyes retroactivas que supusieran el castigo de actos que, en el momento de su realización, no estaban contemplados formalmente por una norma penal. Por lo tanto, con tal medida se corría el riesgo de llevar a cabo unos juicios ilegales, como precisamente habían hecho los nazis. Pero, por otro lado, la alternativa era dejar impunes a los nazis por hechos que a todas luces contravenían las más elementales ideas de justicia. Por lo tanto, se planteaba una cuestión de hondo calado práctico: ¿qué se debía hacer con los nazis considerados responsables de las atrocidades por todos conocidas? ¿Debían ser condenados en virtud de unas leyes naturales (principios morales) o debían ser exonerados de castigo dada la inexistencia de normas jurídicas que calificaran como delito sus actuaciones?

Estas preguntas implican a su vez la cuestión acerca de la relación que hay entre el Derecho y la moral. Si la respuesta es que a los jueces les está permitido aplicar principios morales, entonces hay una conexión necesaria entre el Derecho y la moral, y por lo tanto, todas las normas (o sentencias, como en este caso) serían justas, ya que si no lo fueran, dejarían de ser jurídicas. Y en cambio, si la respuesta es que los jueces sólo pueden aplicar las normas jurídicas vigentes (creadas por las autoridades competentes), entonces la conexión no es necesaria. El Derecho sería un fenómeno independiente de la moral y, por lo tanto, habría normas jurídicas (o sentencias) válidas jurídicamente, pero injustas desde un punto de vista moral. La primera respuesta es propia del iusnaturalismo, y la segunda del positivismo.

1.1. La discusión clásica

A continuación, se examinará con más detenimiento las tesis de estas dos concepciones acerca de la relación entre el Derecho y la moral.

1.1.1. El iusnaturalismo

Sin lugar a dudas, la comprensión del concepto de Derecho que más importancia ha tenido históricamente ha sido la del iusnaturalismo. Su idea básica es que la definición del Derecho no puede prescindir de la moral, y ello porque uno de sus intereses centrales, junto con la definición del Derecho, era contestar a la pregunta práctica ¿cómo se debe actuar? De ahí que le preocupara primordialmente la relación entre el Derecho, la moral y la justicia. Lo que interesaba era encontrar el fundamento de la validez del Derecho positivo, que a su vez daría respuesta a la pregunta acerca de por qué debemos obedecerlo. Este es el verdadero objeto de estudio de una teoría del Derecho.

Es importante distinguir entre el Derecho natural, que es un conjunto de normas, y las doctrinas iusnaturalistas, que son teorías que tratan de caracterizar tal Derecho. En este sentido, existen diferentes (y hasta opuestas) doctrinas iusnaturalistas que tienen como objeto la caracterización del Derecho natural.

En esta caracterización, habría dos tesis básicas, el dualismo y la superioridad del Derecho natural:

1) **El dualismo.** Toda teoría iusnaturalista defiende la **dualidad del concepto de Derecho**, es decir, existen dos fenómenos jurídicos; por un lado, el conjunto de las leyes naturales y, por otro, el conjunto de las leyes positivas, esto es, las leyes creadas por los seres humanos. Esta tesis conllevaría el reconocimiento de una afirmación de filosofía moral como es la que sostiene la existencia de principios morales y de justicia que pueden ser conocidos por los seres humanos.

El Derecho natural es el conjunto de leyes y principios unitarios, universales e inmutables superiores, que rige el comportamiento humano y que puede ser conocido por los agentes humanos. Su naturaleza es supraempírica, es decir, es un conjunto de principios abstractos que no cambia y que constituye el verdadero concepto de Derecho. Por otro lado, el Derecho natural es independiente del Derecho positivo, en tanto que no es creado por seres humanos. En este sentido, pueden entrar potencialmente en contradicción. Ahora bien, ¿cómo se resuelven los conflictos entre ambos Derechos? La respuesta a este interrogante lleva a la segunda tesis.

2) **La superioridad del Derecho natural.** Existe una vinculación necesaria entre la moral y el Derecho, en el sentido de que las normas de carácter moral son superiores a las del Derecho positivo, lo cual implicaría que si una norma de Derecho positivo no se adecua al contenido de una norma de Derecho natural no es una verdadera norma jurídica. ¿Por qué es superior?:

a) Porque tal ley natural es justa, y es este rasgo el que determina que se deba obediencia al Derecho natural y no al Derecho positivo.

La desobediencia a las normas positivas

Este razonamiento es el que subyace a los fenómenos de resistencia y desobediencia a normas positivas como el que se da con los insumisos respecto de la obligación de realizar el servicio militar, los testigos de Jehová con relación a la obligación de realizar transfusiones sanguíneas, etc. Las actuaciones de estos individuos presuponen una normatividad más justa y superior que fundamenta su desobediencia a normas que, aunque positivas, les parecen erróneas.

b) Porque es inmutable, lo cual ofrece una mejor base para construir una teoría del Derecho.

La caracterización del Derecho natural

Como antes se ha señalado, las notas que los autores clásicos del iusnaturalismo atribuyen al Derecho natural son unidad, universalidad e inmutabilidad:

a) **Unidad:** sólo puede existir un Derecho natural. Esta tesis es conocida como la tesis de la exclusividad.

b) **Universalidad:** existe un Derecho común a todos los agentes que tiene un ámbito de vigencia universal que, a su vez, se divide en tres ámbitos: el temporal, el espacial y el personal. Dicho de otra manera, rige en todo tiempo,

en todo espacio y para todos los individuos. Frente al Derecho positivo, que siempre tiene un ámbito de vigencia limitado en esos tres ámbitos, el Derecho natural pretende regir ilimitadamente.

c) **Inmutabilidad:** el Derecho natural no cambia en el tiempo, mientras que el Derecho positivo se caracteriza precisamente por su mutabilidad.

Tipología

Si bien la mayoría de iusnaturalistas coinciden sustancialmente en las dos tesis y en las características del Derecho natural, discrepan acerca del origen o fundamento de los principios morales y de cuáles son esos principios.

Así, por ejemplo, ha habido diferentes teorías iusnaturalistas en lo que respecta al origen de las leyes naturales. Para el iusnaturalismo teológico de Tomás de Aquino, el Derecho natural es aquella parte del orden eterno del universo originado en Dios, que es accesible a la razón humana.

En cambio, para el iusnaturalismo racionalista de Grocio, Puffendorf o Kant, el Derecho natural no deriva de los mandatos de Dios sino de la naturaleza o estructura de la razón humana. Por ejemplo, para Grocio el rasgo central de la naturaleza humana era la tendencia a la sociabilidad, rasgo del cual se derivarían las normas positivas.

Otra variante del iusnaturalismo ha sido el iusnaturalismo historicista, que pretendía inferir normas universalmente válidas a partir del desarrollo de la historia.

Críticas

1) Como se ha señalado anteriormente, una de las pretensiones centrales del iusnaturalismo es descubrir las leyes naturales que rigen los actos de los individuos en su vida social. Pero la existencia de distintas interpretaciones acerca de la pretendida naturaleza humana, así como de esas leyes que derivan de ella, dan indicio de la dificultad de ponerse de acuerdo acerca de ese contenido unitario del Derecho natural.

Basta mirar las obras de autores iusnaturalistas que han sostenido que el ser humano es malo por naturaleza (Hobbes), mientras que otros han defendido lo contrario (Rousseau). En virtud de una determinada interpretación de las leyes naturales, se ha sostenido que la esclavitud es una institución de Derecho natural (Aristóteles), mientras que otros alegan que el estado natural de los individuos es la libertad (Locke). Algunos han abogado por formas de gobierno antidemocráticas (Tomás de Aquino), y otros, por las democráticas (Rousseau).

El problema, por lo tanto, no es sólo identificar el contenido de las leyes naturales, sino también las dificultades que eso genera a la hora de responder a la pregunta crucial a la que tratan de ofrecer una solución los iusnaturalistas: ¿cómo se debe actuar?

2) Otra crítica alega que el iusnaturalismo conduce a la superfluidad del Derecho positivo. En efecto, si como sostiene el iusnaturalismo es factible identificar las normas de Derecho natural que guían finalmente nuestra conducta, entonces el Derecho positivo se convierte en superfluo y redundante, ya que no añadiría nada nuevo o distinto a las leyes naturales. No obstante, un iusnaturalista podría objetar que el Derecho positivo es necesario para llevar a la concreción del caso particular las regulaciones generales y abstractas de las leyes naturales.

3) Si para determinar la existencia y *vinculatoriedad* de las normas jurídicas se tuviera que señalar, necesariamente, que su contenido se adecua a ciertos principios naturales, entonces habría un margen muy grande en dicha identificación, ya que cada teórico o cada órgano de aplicación (los jueces) podría sostener una concepción moral distinta, y, según fuera el caso, las soluciones que podrían dar a los casos serían distintas (por ejemplo, un juez contrario a los matrimonios homosexuales podría impedir que una pareja de lesbianas pudiese adoptar niños, a pesar de que la legislación positiva lo permitiera, ya que para su concepción esas normas no serían válidas al no acomodarse al Derecho natural). Por otra parte, al sostener que sólo son válidas las normas justas (las que se acomodan al Derecho natural), la evaluación y la crítica moral externa de las normas jurídicas se vuelve imposible. En cambio, parece útil distinguir entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser, ya que de esta manera se tiene un criterio externo para la crítica del contenido de las normas jurídicas.

1.1.2. El positivismo jurídico

La tesis central del positivismo jurídico puede sintetizarse en el rechazo de la segunda tesis del iusnaturalismo: para caracterizar el Derecho vigente en una sociedad no es necesario apelar al Derecho natural, pues el único Derecho es el positivo.

Esto no implica, sin embargo, que el positivismo jurídico niegue necesariamente la existencia de principios morales (sean parte de una moral ideal o de una moral social); lo que niega es que, para identificar una norma como jurídica, sea necesaria la referencia a tales principios.

Sin embargo, más allá de esta aproximación inicial, la noción de *positivismo jurídico* es ambigua, pues con ella se han pretendido sostener ideas muy distintas. Así, por ejemplo, se han atribuido al positivismo jurídico afirmaciones tan dispares como las siguientes:

- Las leyes son mandatos de seres humanos.
- No existe una relación necesaria entre el Derecho y la moral.
- El Derecho es un sistema lógico cerrado, en el que pueden deducirse, por medios lógicos, las decisiones jurídicas correctas a partir de las normas preestablecidas.
- No pueden justificarse racionalmente los juicios morales.
- La existencia del Derecho positivo justifica por sí misma su obediencia.

Esta ambigüedad lleva a distinguir, como mínimo, dos significados de *positivismo jurídico*: el positivismo ideológico y el positivismo como enfoque metodológico.

El positivismo ideológico

Representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al Derecho existente, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el Derecho ideal.

Esta atribución de valor positivo al Derecho se basa en que su mera existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, sirve para la obtención de ciertos fines deseables: el orden, la paz, la certeza, la seguridad, etc. Como consecuencia de estas premisas, las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas.

En este sentido, el positivismo no es una teoría descriptiva del Derecho, sino valorativa: señala que es correcto moralmente obedecer al Derecho. El Derecho, por el mero hecho de existir, cualquiera que sea su contenido, tiene de por sí un valor positivo, y hay que prestar obediencia incondicionada a sus prescripciones.

Como podrá observarse a continuación, es una tesis opuesta al positivismo metodológico, y sería bastante extraño atribuir ambas tesis a un mismo autor. Por otro lado, en su sentido más literal, este positivismo apenas tiene defensores en la actualidad, razón por la cual el sentido más extendido de positivismo es el que se analizará a continuación.

El positivismo como enfoque metodológico

Entendido de esta manera, el positivismo no es una tesis sustantiva acerca del Derecho, es decir, no ofrece una caracterización del Derecho (qué son las normas, cómo se estructura el sistema jurídico, quiénes son las autoridades jurídicas, etc.), sino una concepción acerca de qué presupuestos hay que adoptar para acercarse al estudio del Derecho. Es un enfoque, una forma de delimitación del Derecho como objeto de investigación. Pero, ¿cuáles son estos presupuestos metodológicos?

1) La tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral

El positivismo jurídico metodológico distingue claramente entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser (Derecho ideal). No es necesario apelar a la moral para identificar el Derecho vigente en una sociedad. La concepción positivista se propone ofrecer una imagen neutral del Derecho, lo cual supone que para poder describirlo no es necesario un compromiso con ideales morales.

El positivismo sostiene que sólo si se respeta la neutralidad valorativa es posible el conocimiento del Derecho. Sin embargo, esto no significa que no se pueda cuestionar, criticar o elogiar el Derecho existente en una sociedad determinada desde un punto de vista moral. Pero esta actividad ya no es científica. El Derecho es independiente de la moral: las obligaciones jurídicas no están relacionadas conceptualmente con las obligaciones morales, por lo que sería perfectamente coherente señalar, por ejemplo, que un individuo está obligado a realizar una acción según el Derecho vigente y que tiene prohibida su realización según un principio moral. La existencia del Derecho y su contenido se verifica sin formular juicio moral alguno.

Ahora bien, el positivismo jurídico no niega que el desarrollo del Derecho, en todo tiempo y lugar, ha estado de hecho profundamente influido tanto por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares, como por formas de crítica moral esclarecida, formuladas por individuos cuyo horizonte moral ha trascendido las pautas corrientemente aceptadas. Pero lo que niega el positivismo jurídico es que un sistema jurídico tenga que mostrar alguna concordancia específica con la moral o con la justicia para determinar su existencia y vinculatoriedad. Defiende, por lo tanto, un acercamiento científico en el que se trata de evitar la emisión de juicios de valor sobre hechos naturales.

2) La tesis de las fuentes sociales del Derecho

El Derecho positivo es creado por seres humanos. Las normas jurídicas son fruto de actos de voluntad de las autoridades jurídicas de una sociedad. El único Derecho existente es el Derecho positivo, y éste constituye el único objeto de la ciencia jurídica. La cuestión de saber cuál es el Derecho que existe en una determinada sociedad tiene que resolverse mediante la constatación de que ciertos hechos han tenido lugar en el espacio y en el tiempo. Básicamente se

trata de hechos, actos humanos realizados por determinados miembros de la sociedad: los legisladores, los gobiernos, los jueces, etc. El jurista debe preocuparse por describir el Derecho que es, el que está vigente en una sociedad.

Tesis de la discrecionalidad judicial

Algunos autores sostienen una tercera tesis característica del positivismo jurídico: la **tesis de la discrecionalidad judicial**, según la cual, el Derecho no ofrece respuesta clara y definida a todos los casos que pretende regular. Como se ha visto en el módulo sobre interpretación jurídica, el lenguaje establece ciertos límites a la actividad aplicadora de los jueces a la hora de resolver un caso, de modo que una disposición jurídica puede, ocasionalmente, ser interpretada de distintas formas. Y esto provoca que los jueces tengan un cierto grado de discrecionalidad.

La conclusión a la que llegan los positivistas metodológicos es que el único tipo de Derecho que puede ser abordado por una genuina teoría es el Derecho positivo. Pero esto no supone que exista una única teoría positivista del Derecho, sino que se proponen diferentes teorías generales; cada una de ellas se presenta como la versión más adecuada del positivismo.

1.2. La discusión contemporánea

El caso Palmer, uno de los más famosos en la teoría jurídica reciente, sirve, según Ronald Dworkin, para ejemplificar algunas deficiencias del positivismo jurídico como teoría del Derecho. La obra de Dworkin ha supuesto una revitalización del debate clásico iusnaturalismo-positivismo, al aportar nuevos argumentos. En efecto, lo que viene a sostener Dworkin es que el positivismo jurídico es incapaz de explicar, desde sus presupuestos, una sentencia como la del caso Elmer (también conocido como el caso Riggs contra Palmer), pues según sus propios postulados lo que debería haber hecho el juez, dado el vacío legal existente, no es apelar a principios morales, sino dictar una nueva regla jurídica para el caso. Pero entonces surgirían dos inconvenientes difíciles de explicar desde el positivismo jurídico: uno es que el juez no elegido democráticamente crea una nueva regla; el otro, que esa regla es retroactiva ya que se aplica a un caso anterior al surgimiento de la misma regla. Frente a estas respuestas, Dworkin presenta una teoría que permitiría justificar la decisión del Tribunal en el caso Elmer.

El caso Palmer

En 1889, el Tribunal de Nueva York dictó una sentencia por la que se privaba a un individuo, Elmer, de la herencia de su abuelo, Francis Palmer. Éste había dejado establecido en el testamento que gran parte de su herencia la recibiría su nieto. Sin embargo, Elmer asesinó a su abuelo con el fin de evitar la alteración del testamento a la que eventualmente conducirían las segundas nupcias del señor Palmer. El fundamento de esta decisión no fue una regla jurídica positiva, ya que la legislación no regulaba el asunto concreto, sino un principio moral que dice así: "A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad de su propio crimen".

Teorías positivistas generales

En un breve repaso de las diferentes teorías positivistas generales, se puede mencionar la teoría de John Austin, la teoría de Hans Kelsen y la teoría de Herbert Hart. También sería positivista en este sentido la teoría realista del Derecho.

Lectura recomendada

Sobre la crítica del positivismo de Dworkin a partir del caso Palmer, podéis consultar la obra siguiente:

F. Laporta (1997). *Entre el Derecho y la Moral* (pág. 39). México: Fontamara.

1.2.1. El ataque al positivismo: el modelo de Dworkin

Dworkin presenta una alternativa al positivismo jurídico basándose en la incapacidad de éste para resolver los "casos difíciles", aquellos en los que no es posible encontrar una solución jurídica en el conjunto de reglas (ya sea por dificultades lingüísticas, sistémicas, etc.).

Su enfoque consiste en señalar que un sistema jurídico no sólo consta de reglas jurídicas, sino también de principios. Estos principios establecen derechos individuales. Pero el punto que más interesa en este contexto es señalar que la identificación de tales principios se lleva a cabo mediante su adecuación a criterios morales. Éstos configuran y estructuran el ordenamiento jurídico en su conjunto, especialmente en lo que hace referencia a su valor como sistema institucional que guía justificadamente el orden social. En este sentido, puede afirmarse que, aunque en un nivel distinto al de las reglas, estos principios morales forman parte del sistema jurídico.

Así pues, cuando se presenta un caso difícil, el juez tiene que reconstruir todos los materiales jurídicos en juego, incluidos los de naturaleza moral (los principios), para tratar de alcanzar una solución que sea coherente con el sistema jurídico en su conjunto. El juez debe tratar de alcanzar una solución correcta que sea la mejor respuesta que pueda obtenerse del Derecho y, para ello, tal respuesta debe pasar por dos filtros:

a) La exigencia de la dimensión de adecuación: la solución debe ser consistente con las reglas jurídicas y la jurisprudencia. Ahora bien, dado que pueden existir varias respuestas que pasen esta exigencia, se hace necesario un segundo filtro, la dimensión de valor.

b) La exigencia de la dimensión de valor (moralidad): viene a significar que la solución propuesta debe ser la mejor justificación desde una perspectiva política y moral.

Según Dworkin, esta perspectiva moral está incorporada en los ordenamientos jurídicos. De manera típica, los textos constitucionales de muchos ordenamientos jurídicos establecen derechos de innegable naturaleza moral (principios de igualdad, de solidaridad, de libertad, de dignidad, etc.), así como procedimientos institucionales para declarar inválidas las leyes que atenten contra tales derechos. Parece, en estos casos, que existe una conexión necesaria entre los derechos y los principios morales en los que se asientan.

En definitiva, el razonamiento judicial, en el cual se establecen y desarrollan los derechos de los ciudadanos, no es un razonamiento únicamente *jurídico* (basado exclusivamente en la interpretación de las reglas), sino que se mezcla e incorpora criterios propios de la argumentación política y la moral. Las fronteras entre esos tres ámbitos se diluye.

Lectura recomendada

Sobre el modelo de Dworkin, podéis consultar la obra siguiente:

R. Dworkin (1978). *Taking Rights Seriously*. Londres: Duckworth. Trad. castellana (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

Ahora bien, es necesario hacer notar alguna diferencia entre el iusnaturalismo y el planteamiento dworkiniano, aunque no sea más que para observar que, mientras el iusnaturalismo colocaba al Derecho natural (los principios morales) en un ámbito externo (de naturaleza supraempírica) al del Derecho positivo, Dworkin inserta esos principios morales en el propio Derecho. Los principios son, hablando metafóricamente, los pilares donde se asientan las normas jurídico-positivas y nuestros derechos individuales.

Evolución del pensamiento de Dworkin

No obstante, Dworkin ha ido modificando alguna de sus tesis, pero su examen excede nuestras pretensiones en este contexto.

1.2.2. El positivismo incluyente

Este tipo de positivismo, que en ocasiones también se denomina positivismo inclusivo, incorporacionismo o "soft-positivism", trata de salvar al positivismo del desafío dworkiniano según el cual habría una relación necesaria entre el Derecho y la moral.

El envite dworkiano tiene como principal virtud detectar un rasgo insoslayable de la práctica jurídica: los jueces con cierta frecuencia deben llevar a cabo argumentaciones morales, como sucede reiteradamente en el caso de los tribunales constitucionales cuando discuten sobre principios como los de igualdad, dignidad, etc., o cuando se apela a razones subyacentes a las reglas.

Un razonamiento típico del positivismo incluyente

Si una regla de tráfico establece que está prohibido pasar un semáforo cuando está en color rojo, entonces el conductor tiene ahí una pauta clara y definitiva para guiar su conducta (si es que quiere evitar la sanción).

Ahora bien, el positivismo incluyente afirma que esto no es siempre así, por cuanto, circunstancialmente, el juez debe identificar el contenido de la norma sobre la base de razones morales subyacentes, como por ejemplo, las finalidades que guiaron al legislador al crear la norma. Así, volviendo al ejemplo, si la infracción la realizó una ambulancia que transportaba a un enfermo grave hacia el hospital, el juez podría interpretar que el legislador quizá hubiera insertado una excepción en el redactado de la norma para este tipo de supuestos. Es decir, el juez podría interpretar que la norma que prohíbe pasarse el semáforo en rojo incluiría, aunque tácitamente, una razón que permite tal acción cuando se realiza para garantizar o proteger otro bien jurídico de tanta o más relevancia que la seguridad en el tráfico, como es en el caso de la ambulancia para salvar la vida de una persona.

Pues bien, el positivismo incluyente trata de dar cuenta de este fenómeno que es habitual en la práctica jurídica contemporánea, pero sin renunciar a la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral. En este sentido, sostiene varias ideas clave:

1) No niega que puedan existir en los ordenamientos jurídicos normas que remitan a la moral, pero excluye que necesariamente sea siempre así. En otras palabras, pueden darse casos en los que la existencia y el contenido de las normas jurídicas no dependa (no remita) a criterios morales. Por ejemplo, una regla que establezca cómo debe ser el etiquetado de los productos alimenticios.

2) Sin negar que las eventuales remisiones a la moralidad se den en nuestros ordenamientos constitucionales por medio de reglas (por ejemplo, los derechos incluidos en una Constitución), también es cierto que tales derechos consti-

Lectura recomendada

Sobre la influencia de la moral en la práctica jurídica, podéis consultar la obra siguiente:

J. J. Moreso (2000). *Filosofía del Derecho* (pág. 16). Barcelona: Ediuoc.

tucionales han sido creados en virtud de hechos sociales (aprobación por un parlamento, por referéndum, etc.), lo cual significaría que quedaría incólume la tesis de las fuentes sociales del Derecho.

3) En ocasiones, tales remisiones a principios morales convierten a éstos en aplicables para solucionar un caso, pero eso no significa que pasen a pertenecer al sistema jurídico. Con la moral puede ocurrir algo similar a lo que ocurre con las normas de Derecho internacional privado que dan pie a que normas de otros Derechos estatales se apliquen en un sistema jurídico, sin que ello implique que pasen a formar parte de él.

4) Un ordenamiento jurídico puede remitirse a criterios morales (por ejemplo, una norma puede establecer: "Los contratos contrarios a la moral pueden ser declarados nulos"), pero también puede darse el supuesto de que en el mismo ordenamiento jurídico existan normas contrarias a la moral, por lo que no habría, en definitiva, una conexión necesaria entre el Derecho y la moral.

Como puede observarse, esta concepción del Derecho sostiene una idea próxima al iusnaturalismo (y a Dworkin), al aceptar que ciertos principios, derechos o normas puedan aplicarse en el sistema jurídico, no porque hayan sido formulados por autoridades positivas (como sostiene la tesis positivista de las fuentes sociales del Derecho), sino por su contenido moral. Sin embargo, puede todavía aseverarse su filiación positivista en tanto en cuanto sostiene que esto no ocurre siempre, ni que sea necesariamente así. Puede haber sistemas jurídicos en los que la identificación de las normas jurídicas no remita a criterios morales. Y si es el caso de que haya tales remisiones, los principios señalados serán aplicables, pero no necesariamente pertenecientes al sistema jurídico.

1.2.3. El positivismo excluyente

Si el positivismo incluyente afirmaba que la identificación del Derecho no necesita depender de la moral, el positivismo excluyente sostiene que no debe depender de la moral.

Siguiendo en este punto a Moreso en su descripción de esta teoría, el positivismo excluyente sostiene una tesis normativa según la cual no es deseable que los jueces, a la hora de aplicar las normas jurídicas, remitan a pautas de la moral. Incorporarla en el Derecho (como sostienen claramente el iusnaturalismo, Dworkin y, de una forma algo más débil, el positivismo jurídico incluyente) es contraproducente.

Entre otros argumentos en los que el positivismo jurídico excluyente basa esta idea, destacan los dos siguientes:

a) El argumento de la controversia

Ved también

Veáse la distinción entre pertenencia y aplicabilidad en el módulo "Norma jurídica y sistema jurídico".

Lectura recomendada

Sobre el positivismo excluyente, podéis consultar la obra siguiente:

J. J. Moreso (2000). *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Ediuoc.

El positivismo concibe el Derecho como un fenómeno social y convencional, lo que significa que la identificación de las normas por parte de los jueces al resolver un caso no remite a criterios externos y altamente discutibles como son los de naturaleza moral, sino a las prácticas y usos que desarrollan las autoridades y ciudadanos de una determinada sociedad.

Piénsese en las dificultades que habría si para identificar una norma, su contenido, se debiera tener en cuenta si es justa, si afecta a la dignidad, etc. Apenas cabe duda de que, respecto de los criterios morales, hay una enorme discusión acerca de su significado y alcance, de forma que tales nociones son altamente indeterminadas y posiblemente cada órgano aplicador llegaría a una conclusión distinta acerca de cuál es su contenido.

Es evidente que esto tendría repercusiones negativas respecto de dos valores que se consideran importantes en nuestras sociedades: la seguridad y la autonomía. En efecto, si las normas jurídicas deben ser identificadas de acuerdo con pautas morales, entonces, dada la indeterminación y pluralidad de dichos criterios, el Derecho apenas podría aportar seguridad jurídica a los ciudadanos, pues habría serias dificultades para prever la reacción del ordenamiento jurídico respecto de sus acciones.

Por otro lado, en la medida en que no se sabe con certeza qué consecuencias se derivan de nuestras acciones, no sólo se pierde previsibilidad y seguridad, sino que también nuestra autonomía se vería menoscabada, puesto que tendríamos muchas dificultades para organizar nuestros planes de vida. Por ello, el positivismo excluyente sostiene la conveniencia de que el Derecho no dependa de la moral, pues esta última es notablemente controvertida.

b) El argumento de la autoridad

Otro argumento central del positivismo, en sentido amplio, es que las normas jurídicas son guías del comportamiento que, una vez determinadas, vinculan al destinatario y, eventualmente, también ofrecen la solución al juez al resolver un caso. Como antes se ha señalado, si una regla de tráfico establece que está prohibido pasar un semáforo cuando está en color rojo, entonces el conductor tiene ahí una pauta clara y definitiva para guiar su conducta (si es que quiere evitar la sanción). Y también el juez tendrá una regla determinada si se ve en la tesitura de imponer una sanción a un conductor que ha infringido la norma. Esto es lo que, brevemente, se quiere decir cuando se habla de las normas jurídicas como razones dotadas de autoridad e independientes del contenido.

Dicho de una forma poco sofisticada, las reglas jurídicas son vinculantes por el mero hecho de haber sido dictadas por la autoridad competente, más allá de que su contenido sea o no justo.

Aplicación del argumento de la controversia

Es habitual y apenas sometido a discusión que, por lo general, los jueces identifican las normas en el ordenamiento jurídico español sobre la base de la Constitución, y en particular en las disposiciones que establecen la competencia del Parlamento y del Gobierno para crear leyes y reglamentos.

Ved también

Sobre las consecuencias jurídicas de las acciones humanas, consultad el módulo sobre las funciones del Derecho.

El positivismo excluyente señala que el juez no debe entrar a considerar otras razones para identificar el contenido de la norma (por ejemplo, la finalidad con que la promulgó el legislador). Si esto fuera así, entonces el Derecho dejaría de cumplir su función de guiar el comportamiento social en favor de la moral.

En efecto, desde el positivismo excluyente se critica al positivismo jurídico incluyente porque llevaría a afirmar que las obligaciones (prohibiciones, permisos, etc.) que tienen los individuos serán las que establezca el Derecho, siempre y cuando haya una razón subyacente de naturaleza moral que así lo establezca. El Derecho sería, de esta forma, superfluo respecto de la moral y, por tanto, perdería su carácter práctico de guía del comportamiento. Dejaría de tener autoridad por sí mismo. Su autoridad dependería de la moral.

Argumentos iusnaturalistas y positivistas utilizados en los juicios de Nuremberg

Al volver a examinar el caso discutido en los juicios de Nuremberg, podrían examinarse tres posibles respuestas en que se hizo uso de argumentos iusnaturalistas clásicos, como también de argumentos similares a los que podrían utilizar Dworkin y argumentos positivistas.

Las tesis iusnaturalistas encontrarían fiel reflejo en los argumentos de Gustav Radbruch, quien al finalizar el régimen nazi abdicó del positivismo jurídico para sostener tesis claramente iusnaturalistas, como su conocida fórmula según la cual el Derecho extremadamente injusto no es Derecho. Para este autor, "cuando la injusticia del Derecho positivo alcanza una medida tal que la seguridad jurídica garantizada por el Derecho positivo carece de significación frente a esta injusticia, el Derecho positivo injusto tiene que ceder ante la justicia".

Esta idea, bautizada como la fórmula Radbruch, ha sido utilizada recientemente en un caso que ha adquirido cierta fama: la sentencia de 24 de octubre de 1996 en la que el Tribunal Constitucional alemán juzgaba a los guardias fronterizos del Muro de Berlín, de la zona de Alemania democrática, que habían disparado a alemanes orientales que trataban de pasar a la República Federal de Alemania.

Robert Jackson, el fiscal norteamericano en los juicios de Nuremberg, utilizó estrategias argumentativas similares a las que defiende Dworkin. Sabía muy bien que en el Derecho internacional convencional no había un anclaje para los delitos por los que se quería sancionar a las autoridades nazis.

Los delitos por los que fueron acusados en el juicio de Nuremberg fueron: delitos contra la paz (guerra de agresión), delitos de guerra, delitos contra la humanidad y delito de conspiración.

Para salvar este obstáculo jurídico, Jackson recurrió a que el Derecho internacional moderno pasaba por alto la distinción medieval entre guerras justas e injustas, entre "guerras de defensa y guerras de agresión". Aunque tal distinción tampoco estaba claramente establecida, servía a sus objetivos, pues tomándola como pilar argumental arguyó que había ya una base jurídica internacional y un precedente para sostener que "emprender una guerra de agresión es ilícito y criminal".

En cuanto al positivismo, las respuestas serían posiblemente distintas.

Según un positivista excluyente, los referidos principios a los que se remitían Radbruch y Jackson no serían Derecho positivo, ni deberían ser utilizados para dotar de sentido a las normas vigentes, pues afectarían al valor de certeza que debe ofrecer el Derecho y también al valor de la autonomía personal. Una condena de los acusados podría ser acorde con una concepción de la justicia, pero sin duda sería a costa de otros principios morales de gran importancia (la seguridad jurídica y la autonomía), y además haría perder autoridad al propio Derecho.

La respuesta del positivismo incluyente no está tan clara, pero en mi opinión, en la medida en que tal concepción pretende dar cuenta de la práctica existente en los ordenamientos jurídicos, en ese momento histórico era bastante difícil sostener que los principios por los que fueron condenadas las autoridades nazis tuvieran algún tipo de encaje en

Lecturas recomendadas

Sobre los argumentos iusnaturalistas utilizados por Gustav Radbruch, consultad la obra siguiente:

G. Radbruch (1963). *La naturaleza de la cosa como forma jurídica de pensamiento* (pág. 55). Córdoba: Ed. de la Universidad de Córdoba.

Sobre la utilización de la fórmula Radbruch en la jurisprudencia alemana, podéis ver:

R. Alexy (2000). "Derecho injusto, retroactividad, y principio de legalidad penal". *Doxa* (núm. 23).

Asimismo, sobre el Derecho aplicable en los juicios de Nuremberg, podéis consultar:

H. Hart (1980). "El positivismo y la independencia entre el Derecho y la moral". En: R. Dworkin. *La filosofía del Derecho* (pág. 66). México: FCE.

el Derecho positivo internacional. Sin negar que tales principios morales debieran guiar la orientación de la legislación internacional, lo cierto es que el único Derecho válido y aplicable era el vigente en ese momento, lo cual conduciría, en una aplicación estricta del principio de legalidad, a exonerar de castigo a muchos de los participantes en las aberraciones nazis. En este sentido, algunos autores positivistas, reconociendo la paradoja que supondría dejar impunes a los principales nazis sobre la base del respeto a la legalidad cuando ellos la habían conculcado para cometer los peores crímenes, sugirieron que quizá hubiera sido más honesto reconocer que se aplicaban retroactivamente las nuevas normas por las que se sancionaba a los nazis.

Como es bien sabido, finalmente la mayoría de los principales responsables nazis fueron encontrados culpables de los delitos, siendo algunos de ellos condenados a pena de muerte.

2. La imposición de la moral por medio del Derecho

Una de las cuestiones más acuciantes para la filosofía política, moral y jurídica actual es hasta dónde puede intervenir el Derecho para castigar las conductas de los individuos que atentan contra las creencias morales de la mayoría de la sociedad.

Este problema es especialmente espinoso, dada la diversidad de credos religiosos, morales y formas de vida de nuestras actuales sociedades. Esta circunstancia hace más complicado responder a las preguntas acerca de si una sociedad está facultada para imponer, mediante el Derecho, una determinada moral. O si está justificado el castigo jurídico de aquellas conductas que son inmorales.

Examinaré estas cuestiones de forma que permita introducir en la discusión otras concepciones morales, como son, por un lado, el relativismo, y por el otro, el liberalismo. Para ello, tomaré como ejemplo y punto de partida varios casos que se plantearon a partir del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que fueron resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante el que se planteó este problema.

Entre las sentencias en las que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos abordó los interrogantes antes planteados, figuran las dictadas en los casos Handyside y Dudgeon.

Casos Handyside y Dudgeon

En el caso Handyside (sentencia de 7 de diciembre de 1976), el recurrente, el señor Handyside, propietario de una editorial, publicó en 1971 el libro *The little Red Schoolbook* para uso de los escolares. El libro, de origen danés, también había sido publicado en diferentes países europeos y había obtenido una notable fama. Poco tiempo después, tras una campaña periodística en contra de su contenido, el director del *Public Prosecution* ordenó la apertura de una investigación de la que surgió la orden de registro de los locales ocupados por la editorial. En virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de una ley de 1959 sobre publicaciones obscenas, se procedió al secuestro de más de 1.000 ejemplares del libro. El Tribunal de instancia condenó al señor Handyside por ser culpable de dos infracciones de dicha ley. A pesar del recurso, los tribunales confirmaron la sentencia del Tribunal de instancia.

En el caso Dudgeon (sentencia de 22 de octubre de 1981), el apelante afirmaba estar amenazado, en virtud de una antigua legislación de Irlanda del Norte, de persecuciones penales a causa de su comportamiento sexual, y eso en desprecio del artículo 8 de la CEDH, que garantiza el derecho al respeto de la vida privada. Una legislación que databa de 1861 y 1885, así como los precedentes jurisprudenciales del Common Law condenaban esas prácticas. Según esta legislación, cualquier individuo puede entablar una acción pública para perseguir un delito homosexual, quedando a disposición de las autoridades irlandesas la facultad de asumir la dirección del proceso. Las quejas del apelante se basaban, sobre todo, en que tanto el Derecho en vigor en Irlanda del Norte como la investigación policial que se realizó en su domicilio constituyen una interferencia injustificada en su derecho a la vida privada con la consiguiente violación del artículo 8 de la Convención, según el cual, toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

Pues bien, en este último caso las autoridades irlandesas hicieron uso de la legislación penal para sancionar, no la conducta o acción, sino únicamente, la inclinación sexual del señor Dudgeon. La justificación de la que se valieron señalaba que la homosexualidad atentaba contra las costumbres y la moral de la sociedad irlandesa, y que su tolerancia produciría un resquebrajamiento irreversible del tejido social. Argumentos similares se esgrimieron en el caso Handyside. Es decir, el TEDH, amparándose en varios artículos que establecen como uno de los límites a la eficacia de los derechos recogidos en el Tratado, "la protección de la moral", concluyeron a favor de la imposición de la moral mediante el Derecho, o expresado en otros términos, que los derechos humanos pueden decaer frente a las convenciones morales mayoritarias en una sociedad.

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

2.1. El liberalismo y el principio del daño

Los utilitaristas clásicos, J. Bentham y J. Stuart Mill, sostuvieron que el uso del Derecho como instrumento represivo sólo estaba justificado cuando un individuo había lesionado a otro efectivamente. Carecía de justificación cuando la acción afectaba al código moral de la comunidad. Dicho en otras palabras, su propuesta era un principio que tendría la virtud de justificar cuándo debería intervenir el Estado por medio de su coacción. Tal criterio rechaza rotundamente que sea suficiente para justificar dicha intervención el hecho de que la conducta sea inmoral.

En uno de los párrafos más citados, Stuart Mill explicó los rasgos centrales de tal principio, que servirá para delimitar el ámbito de interferencia del Estado sobre el individuo:

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

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

De tal tesis se extrae una distinción básica que forma parte del glosario liberal: la distinción entre acciones que afectan a uno mismo y acciones que afectan a terceros. Las primeras (acciones autorreferentes) interesan principalmente al propio sujeto, y sólo indirectamente a la sociedad y al Estado. Respecto de ellas, no cabe la interferencia coactiva del Estado. El Estado y la sociedad pueden

discutir con el individuo acerca de si es una acción o plan de vida correcto, o si es instrumentalmente adecuado para alcanzar la felicidad, o si es inmoral, etc. Pero no puede imponer un plan de vida externo por medio de la coacción.

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

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

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

En realidad, el principio del daño se opone a tres concepciones acerca de la intervención del Estado en la vida de los miembros de una sociedad. Esas tres concepciones son el moralismo legal, el perfeccionismo moral y el paternalismo legal:

1) El **moralismo legal** defiende la intervención del Estado para castigar aquellas acciones que son consideradas inmorales según las creencias mayoritariamente compartidas por los miembros de una sociedad, o bien porque minan las creencias y valores que constituyen la base cultural y valorativa de ese colectivo.

2) El **perfeccionismo moral** propugna que el Estado debe actuar positiva y coactivamente en aras de la promoción de aquellos valores o formas de vida que considere objetivamente valiosos, con independencia de que concuerden con los valores de los propios individuos.

3) El **paternalismo legal** sostiene que también se encuentra facultado el Estado para actuar e interferir coactivamente en la vida de los individuos cuando se trate de prevenir daños que el propio individuo se pueda causar a sí mismo.

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

La noción de daños a terceros

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

2.2. El perfeccionismo

La tesis principal del perfeccionismo sostiene que es una misión legítima del Estado hacer que los individuos acepten y materialicen ideales válidos de virtud personal.

Por lo tanto, de acuerdo con las tesis del perfeccionismo moral, el Estado se caracteriza por no ser neutral respecto de las concepciones morales que puedan asumir los individuos, y por adoptar las medidas educativas, punitivas, etc. necesarias para que los individuos ajusten su vida a los verdaderos ideales de virtud y de bien que sostenga una determinada concepción moral. Lo que es bueno para un individuo o lo que satisface sus intereses es independiente de sus deseos o de su elección de formas de vida.

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

- a) entra en colisión con la libertad de las personas de elegir y desarrollar sus propios planes de vida sin interferencias externas.
- b) como ya se mencionó, no distingue entre dos dimensiones en las que parece necesario establecer principios o reglas distintas:
 - las reglas referidas a nuestros comportamientos hacia los demás, es decir, nuestras acciones sociales;
 - las reglas que definen modelos de virtud personal.

Mientras parece legítimo que el Estado intervenga para delimitar las primeras, no está tan clara la legitimidad del Estado para imponer modelos de virtud personal.

2.3. El paternalismo

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

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

Ejemplos de aplicación del perfeccionismo

Un caso de política perfeccionista sería la prohibición de la prostitución (cuando ésta se ejerce entre individuos adultos y plenamente competentes). También lo serían aquellas medidas que supusieran la censura de películas, obras literarias, etc., sobre la base de que pueden herir la sensibilidad o la moral de los individuos.

Ejemplos de paternalismo

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

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

1) Evitar situaciones irreversibles, como es el caso de las consecuencias derivadas de no llevar el cinturón en caso de accidente.

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

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

2.4. El moralismo legal

La discusión acerca del moralismo legal suele examinarse a la luz de la crítica de Devlin al informe "Wolfenden" (1957) sobre la regulación jurídica inglesa de la prostitución y la homosexualidad, cuyas propuestas coincidían con las ideas de los utilitaristas acerca del principio del daño, es decir, que no sería legítimo castigar las acciones sobre la exclusiva base de su inmoralidad, sino que éstas deben producir un efectivo daño a terceros.

Las tesis de Devlin

El punto fundamental que Devlin discutió de dicho informe fue el problema de la relación entre el Derecho y la moral, o en otras palabras, entre delito y pecado. Su idea principal era que el Derecho debería castigar la inmoralidad. Los argumentos de Devlin pueden descomponerse en las siguientes consideraciones:

a) En una sociedad, existen patrones morales que la mayoría de la población excluye de la tolerancia y que impone a quienes disienten de ellos, como por ejemplo la práctica de la monogamia. Una sociedad no puede sobrevivir a menos que algunos de sus principios morales sean de ese tipo, porque para su vida es esencial cierto tipo de consenso moral. Las pautas morales constituyen una especie de cemento social que debe ser reforzado con la sanción jurídica oficial. Si el Gobierno no impone el código moral imperante sobreviene un colapso de los frenos sociales y de las costumbres basadas en la tradición compartida. El orden y la cohesión sociales sufren un deterioro. Esto es lo que se denomina la "tesis de la desintegración".

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

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

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

En definitiva, frente a la cuestión de si la sociedad tiene el derecho de utilizar el aparato coactivo del ordenamiento jurídico para hacer cumplir la moral vigente, la respuesta de Devlin es totalmente afirmativa: la sociedad tiene un derecho ilimitado a legislar contra la inmoralidad.

La justificación es bien clara: la pervivencia de la propia existencia de la sociedad. No es extraño, por ello, que acabe comparando el castigo del vicio con el castigo de la traición.

Esto se advierte con claridad en el siguiente párrafo, que se transcribe íntegro a pesar de su extensión:

"La sociedad tiene derecho a protegerse a través de sus leyes de los peligros, bien procedan de dentro, bien de fuera. Aquí pienso de nuevo que el paralelo con la política es legítimo. La ley de la traición está dirigida directamente contra la prestación de ayuda a los enemigos del rey y contra la sedición desde el interior. La justificación de esto reside en que es necesario un gobierno establecido para la existencia de la sociedad, y por tanto se debe proteger la seguridad de aquél de ataques violentos. Una moral establecida es tan necesaria como un buen gobierno para el bienestar de la sociedad. La desintegración sobrevendrá cuando no se observe moralidad compartida alguna, y la historia enseña que la pérdida de los lazos morales es, en muchas ocasiones, el primer paso hacia la desintegración, de manera que la sociedad está justificada para tomar las medidas con el fin de proteger su código moral, de la misma forma que lo hace para preservar su gobierno y otras instituciones esenciales. La supresión del vicio es asunto del Derecho, tanto como lo es la supresión de las actividades subversivas. No es más posible definir una esfera de moralidad privada que definir una esfera de actividad subversiva privada. No hay límites teóricos al poder del Estado para legislar contra la traición y la sedición, como creo que tampoco puede haber límites teóricos a la legislación contra la inmoralidad".

Las tesis de Lord Devlin no sólo han sido acogidas por algunos filósofos sino también por las autoridades estatales de algunos países. Quizá el caso más famoso es Bowers frente a Harvick (1986), en el que el Tribunal Supremo estadounidense se manifestó favorable al mantenimiento de la ley penal de Georgia que tipificaba el delito de sodomía. Pero, como se ha mencionado al comienzo de este apartado, también en Europa existen ejemplos de este tipo de actitud.

Ved también

Ved los casos Handyside y Dudgeon.

La protección de la moral por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretó en las sentencias citadas el término *moral* como el conjunto de creencias, actitudes y estándares morales compartidos por la mayor parte de ciudadanos de una sociedad determinada:

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

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

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

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

"El hecho de que medidas similares no se consideren necesarias en otras partes del Reino Unido o en los Estados miembros del Consejo de Europa no significa que no puedan ser necesarias en Irlanda del Norte. Cuando existen disparidades culturales entre las comunidades que residen en el mismo Estado, el Gobierno debe hacer frente a las diferentes exigencias, tanto morales como sociales".

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

para valorar la necesidad de que los derechos humanos sean restringidos en favor de la protección de la moral.

2.4.1. Las críticas al moralismo legal

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

Las críticas de Hart

La renovación de las ideas liberales y, por lo tanto, la crítica a los postulados de Devlin, ha sido liderada por Hart, quien opuso a las ideas de Devlin una serie de críticas que merecen la pena reseñarse:

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

b) En segundo lugar, Devlin no presenta pruebas empíricas que demuestren que las modificaciones en los hábitos morales de la gente haya conducido a la desintegración de alguna sociedad. Puede ser cierto que una sociedad necesita una moral, pero no una determinada moral. Ésta puede cambiar sin que lo haga la sociedad.

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

Lectura recomendada

Sobre las críticas de Hart a los postulados de Devlin, podéis consultar la obra siguiente:

H. Hart (1983). *Law, Liberty and Morality*. Oxford: Oxford University Press.

2.4.2. La distinción entre la moral positiva y la moral crítica

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

La moral positiva

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

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

Sin embargo, y esto es lo que importa destacar, dentro del nombre genérico de *moral* se incluyen reglas que se consideran de alguna importancia, y que se aplican a lo que debe hacerse o no hacerse, en circunstancias que se suceden con reiteración en la vida social cotidiana. Exigen determinadas y específicas conductas u omisiones, cuya transgresión genera una censura seria. Las obligaciones y los deberes que surgen de esta moral positiva pueden variar de una sociedad a otra, o incluso dentro de la propia sociedad, y también en el transcurso del tiempo. Generalmente, esta variedad viene motivada por unas distintas necesidades sentidas en cada sociedad.

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

Lectura recomendada

Sobre la moral positiva, podéis consultar la obra siguiente:

C. Nino (1989). *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel.

Comportamientos de moral positiva

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

La moral crítica (o ideal)

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

La relevancia de esta distinción, que es característica del liberalismo, es que permite establecer un distanciamiento a la hora de evaluar las normas sociales desde un punto de vista externo, en este caso, el de la moral crítica. En cambio, el moralismo trata de diluir esta distinción crítica acentuando que toda crítica debe partir y terminar en los valores compartidos por la comunidad: toda crítica moral es interna. Tal postura hace difícil la explicación del cambio en los valores sociales, como también condena toda disidencia y diferencias que van en contra de la moral social.

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

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

En estos supuestos, la adhesión al principio de la mayoría como criterio de resolución de cuestiones morales se presenta como problemática. Los prejuicios y las aversiones personales inherentes en la moralidad positiva no justifican la limitación de ciertos derechos. En la misma línea, para el legislador o

Relación entre la moral positiva y la crítica

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

el juez que debe resolver un problema (y para ello debe percatarse y tenerla en cuenta), la práctica moral generalmente observada no está justificado para adherirse a ella acríticamente.

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

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

3. La idea de justicia y el Derecho

En ocasiones, se ha señalado que el Derecho tiene una justificación en sí mismo como mecanismo de coordinación del que se dotan los individuos en sociedad. También es más habitual presentarlo como un instrumento para lograr fines de carácter moral, y en concreto, el ideal de justicia. Este ideal sirve, según sea el caso, como criterio de justificación o de crítica de las regulaciones jurídicas.

Desde esta última perspectiva, y para alcanzar una comprensión global del fenómeno jurídico, parece oportuno no sólo describir y sistematizar sus reglas, sino también ofrecer una visión de las principales concepciones de la justicia (y en sentido amplio, de moralidad social). Es en este sentido que se analizarán tres concepciones de la justicia: el utilitarismo, la concepción liberal representada por John Rawls y el libertarismo de Robert Nozick.

3.1. El utilitarismo

El utilitarismo puede caracterizarse como la doctrina ética que defiende que son moralmente exigibles aquellas conductas o acciones cuyas consecuencias sean óptimas para la mayor felicidad (o utilidad) del mayor número de personas afectadas.

La influencia que ha tenido históricamente esta concepción ha sido especialmente notable, desde las primeras formulaciones que llevaron a cabo Jeremy Bentham y John Stuart Mill, hasta los enfoques económicos más sofisticados de la actualidad.

La tesis central del utilitarismo es que, cada vez que debe tomarse una decisión, es necesario que se establezcan las consecuencias asociadas con las diferentes opciones posibles. Deben evaluarse las distintas consecuencias desde el punto de vista de la utilidad y finalmente elegir aquella acción que mayor utilidad provoca al mayor número de personas afectadas.

Las ventajas que se han predicado del utilitarismo son diversas:

a) Atiende a aspectos que los seres humanos valoran especialmente: deseos, placeres, felicidad, bienestar. La razón final por la que se debe elegir un curso de acción o una determinada directriz política es que provoque esas sensaciones en la mayor cantidad posible. Es decir, que se asienta sobre hechos propios y

Lecturas recomendadas

Sobre la idea de justicia y el derecho, podéis consultar estas dos obras de referencia:

W. Kymlicka (1995). *Filosofía política contemporánea*. Barcelona: Ariel.

R. Gargarella (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós.

relevantes de la naturaleza humana, de cómo somos los seres humanos, y no de postulados ideales difíciles de contrastar. Como se verá más adelante, este problema se presenta en las concepciones deontológicas.

b) Es igualitarista e imparcial. Cada persona cuenta como uno y valora los intereses, deseos, preferencias, etc., con una misma medida.

c) Se apoya en verificaciones empíricas. Ésta era una pretensión de los primeros utilitaristas, que tenían el convencimiento de que se podría medir el impacto en la felicidad de los individuos de los diferentes cursos de acción que se estén comparando.

d) Persigue que el curso de acción elegido favorezca a todos los afectados y no sólo al que lo lleva a cabo. Esto es lo que se conoce como principio social y es lo que, entre otras cosas, lo distingue de las posiciones egoístas.

e) Parece una concepción muy adecuada para las sociedades complejas y pluralistas, pues no entra a juzgar los planes de vida de los individuos, sino que valora las acciones en la medida que satisfacen dichos planes.

3.1.1. Definición de utilidad y tipos de utilitarismo

El utilitarismo es una concepción moral de carácter teleológico, esto es, que presupone que existe un fin o bien que debe guiar nuestras acciones. Éstas estarán justificadas en la medida en que alcancen o promuevan dicho fin. Para el utilitarismo, la utilidad sería el fin por antonomasia, de forma que sirve de guía en la elección de las acciones humanas. Pero como ya se adelantó anteriormente, no hay una única definición de utilidad. Haciendo un breve repaso histórico, pueden señalarse las distintas concepciones siguientes: utilitarismo hedonista (Bentham), ideal, preferencial, utilitarismo del acto y utilitarismo de la regla.

Utilitarismo hedonista

El utilitarismo hedonista de Bentham se basa en la idea de que la utilidad es una cuestión únicamente de placer y de sufrimiento en un sentido estrictamente material, remitiendo a las experiencias sensoriales. El placer es el último fin y todos los demás valores se le subordinan.

Un problema que se ha señalado de esta teoría es que una concepción así sería contraintuitiva, pues valora la utilidad en sí misma, sin tener en cuenta que una parte de la felicidad no está en el propio disfrute y placer físico o sensorial, sino en el esfuerzo, en el sacrificio que se ha volcado en pos de ese resultado. Los seres humanos otorgamos valor a la felicidad real, consciente y fruto del esfuerzo.

El experimento mental de la máquina de la felicidad de Nozick

La idea de Nozick consistía en imaginar una máquina que tuviera la virtualidad de suministrar cualquier tipo de experiencias que deseáramos. Una vez dentro de ella, los individuos tendrían las sensaciones y sentimientos como si las estuvieran experimentando realmente. Por ejemplo, sentirían las mismas sensaciones de un James Bond.

La pregunta que plantea Nozick es si estaríamos dispuestos a entrar en esa máquina. Su respuesta es negativa. La mayoría de la gente respondería que no, pues no dejarían de ser experiencias falsas, engañosas, cuando en realidad lo que deseamos es sentir experiencias verdaderas, aquellas que son resultado de nuestro trabajo. No parece suficiente con la felicidad o el placer continuo. Un argumento similar también serviría para rechazar un mundo donde las drogas nos pudieran producir placer continuo, aun cuando pudiéramos lograr eliminar sus consecuencias negativas.

Utilitarismo ideal

Se trata de las preferencias basadas en placeres del intelecto, de la sensibilidad, de la imaginación, de los sentimientos morales y no simplemente en aquellas acciones que producen placer físico.

El problema de esta versión es que la noción de felicidad puede variar entre los individuos y, además, tales preferencias pueden estar basadas en información o datos erróneos.

Utilitarismo preferencial

Trata de resolver el problema de las "preferencias erróneas", definiendo el bienestar como la satisfacción de las preferencias "racionales" o "informadas". Sólo éstas tendrían credenciales para ser evaluadas y no cualquier preferencia. Las irracionales se excluirían. El problema de esta concepción es que se aleja de algunas de las ventajas que, inicialmente, se predicaban del utilitarismo, como que las preferencias de todos los individuos contarán con el mismo valor.

Utilitarismo del acto

Representa la versión tradicional del utilitarismo, y viene a sostener que la corrección o incorrección de una acción ha de ser juzgada por las consecuencias de la acción misma. Por lo tanto, cada acto que pueda realizar un individuo debe ser evaluado según incremente o no la utilidad.

El problema de dicha versión es que resulta costosa esta exigencia de evaluación en términos de tiempo y de energía, ya que obliga a realizar tal medición en el momento de realizar cualquier acción.

Utilitarismo de la regla

Los problemas del utilitarismo del acto llevaron a proponer que la evaluación no se centre en los actos, sino de acuerdo a ciertas reglas morales que eviten tener que plantearse la elección en cada acción.

Lectura recomendada

Sobre la visión irónica que del utilitarismo del acto ofrece Steven Lukes, podéis consultar la obra siguiente:

S. Lukes (2005). *El viaje del profesor Caritat o las desventuras de la razón. Una comedia filosófica*. Barcelona: Tusquets.

Comparación entre el utilitarismo del acto y el utilitarismo de la regla

Según un utilitarista del acto, cada mañana, cuando un estudiante se plantea ir a la facultad, debe evaluar si le conviene ir en coche o en metro. Cada día deberá evaluar el estado del tránsito, si el metro funciona correctamente, etc. Para evitar tales cálculos diarios, el utilitarismo de la regla establecería que, una vez examinadas todas las circunstancias relevantes (el coste económico, el coste de tiempo, etc.), es posible adoptar una regla de actuación que sea la que produce más utilidad. Así, el estudiante podría obtener de dicha evaluación la conclusión de que, en términos generales, es más beneficioso ir en metro. Una vez determinada la conclusión, el estudiante no tiene necesidad de examinar y calcular qué curso de acción adoptar. De esta forma, un utilitarista de la regla podría justificar reglas como las que prohíben matar, o las que obligan a respetar los acuerdos, etc.

3.1.2. Críticas al utilitarismo

Son varias las críticas que se han dirigido al utilitarismo.

1) El problema de las comparaciones interpersonales: imposibilidad de medir en una misma escala la utilidad de individuos con preferencias distintas.

2) La precariedad de las preferencias individuales: las preferencias personales pueden estar viciadas, o ser el fruto de prejuicios irracionales. No obstante, el utilitarismo ha ido perfilando respuestas a estas críticas hasta llegar a una concepción en la que las preferencias relevantes son las informadas o racionales. Pero entonces, esta versión del utilitarismo se aparta considerablemente de sus presupuestos iniciales y, en concreto, ya no puede decirse que todas las preferencias, deseos, etc., cuenten lo mismo.

3) El utilitarismo sólo es sensible al bienestar como agregado, y no se preocupa por la manera en que está repartido entre los individuos. En este sentido, habría una notable despreocupación por la distribución igualitaria.

4) El utilitarismo no da relevancia moral a la separabilidad e independencia de las personas, ya que lo que valora es el beneficio social. Al utilitarismo le interesa poco (o sólo indirectamente), la forma como se distribuyen las satisfacciones, con tal de que se maximice la suma total de felicidad. Por ello, puede llegar a justificar el sacrificio de derechos de algunos individuos para lograr el mayor bienestar, con lo cual infringe un principio moral como el que prohíbe utilizar a los individuos como meros medios. De todas formas, algunos sostendrían que estas críticas pueden dirigirse al utilitarismo del acto, pero no pueden extenderse al utilitarismo de la regla.

5) El problema de la medición de las consecuencias: ¿qué consecuencias deben ser tomadas en consideración para valorar los resultados de dos acciones? Las consecuencias pueden extenderse hasta el infinito. Es posible que, en un momento t_1 , la acción utilitaria sea la acción A , mientras que un momento posterior (por ejemplo, t_3) lo sea la acción B . Entonces, ¿cuál de ellas elegir? Por otro lado, en ocasiones en las que no se puedan realizar estimaciones pre-

Dificultad de comparar preferencias distintas

Una cuestión debatida es qué hacer con el agua de los ríos en el actual contexto de sequía. El Gobierno tiene la última decisión y debe atender a las preferencias que manifiestan distintos individuos, unos a favor de una política de trasvases y otros no. Unos alegan que el uso es para la agricultura, otros para el consumo de los habitantes. El problema es cómo medir la intensidad de tales preferencias.

vias de las consecuencias esperadas, será necesario examinar éstas una vez realizada la acción para conocer su utilidad, pero entonces no sirve de guía para el comportamiento.

3.2. La teoría liberal de John Rawls

Es difícil dar cuenta de la relevancia de la obra de John Rawls. Su influencia ha sido notabilísima en diferentes ámbitos de las ciencias sociales (en la filosofía política, moral, jurídica; en la economía, en la sociología, etc.). Por ello, es difícil sintetizar todas las aristas de su teoría en unas pocas líneas.

Una forma de explicar la teoría de la justicia rawlsiana es atender a algunos de los propósitos y fundamentos desde los que se plantea su concepción. Resumiendo algunos de estos puntos, se podría decir que su concepción es:

- Una respuesta al utilitarismo desde una base deontológica.
- Una teoría contractualista.
- Una teoría constructivista.

Pero antes de examinar estos puntos parece adecuado exponer cuáles son los principios de justicia que sugiere Rawls.

3.2.1. Los principios de justicia

Frente a la simplicidad del principio de utilidad, Rawls propone dos principios de justicia que serían aplicables a una sociedad compleja como las nuestras. Estos principios son:

- 1) Cada persona debe tener igual derecho al sistema total más extenso de libertades básicas (derecho a la propiedad, libertad de conciencia, de palabra, contra detenciones arbitrarias, el derecho al voto, etc.) que sea compatible con un sistema similar de libertades para todos.
- 2) las desigualdades económicas y sociales han de ser estructuradas de manera que sean para mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo (principio de diferencia), unido a que los cargos y las funciones sean accesibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.

Una vez elegidos estos principios en las condiciones hipotéticas que se examinarán a continuación, el siguiente paso es aplicarlos a la sociedad real. Rawls señala que dicha aplicación dependerá de cómo esté configurada cada comunidad, pero en todo caso, habrá tres fases adicionales según se vayan conociendo las circunstancias generales y particulares de la sociedad:

Lecturas recomendadas

Sobre la descripción que aquí se ofrece de la obra de Rawls, podéis consultar la obra siguiente:

J. Rawls (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge (Mass.): Belknap Press of Harvard University Press.

Asimismo, sobre las posteriores modificaciones del pensamiento de Rawls en otras obras, podéis consultar:

J. Rawls (1993). *Political Liberalism*. Nueva York: Columbia University Press.

a) Sobre la base del conocimiento de algunas circunstancias generales de la sociedad, se diseñan las normas constitucionales que implementan los derechos y libertades del primer principio.

b) Una vez conocidos todos los hechos generales de la sociedad, se fijan las reglas de carácter legislativo que desarrollan el segundo principio.

c) Conociéndose todos los hechos generales y particulares, se aplican las reglas a los casos concretos por parte de los jueces y la Administración.

3.2.2. Deontologismo frente a utilitarismo

El primer principio representa una clara oposición al utilitarismo, pues incide en que los bienes primarios básicos son los derechos individuales, no la utilidad social. Rawls señala que, en el ámbito de este principio, la distribución de los bienes primarios debe ser igual, en especial la libertad. Este es el principio de igual libertad.

La prioridad de la libertad y de los derechos fundamentales asegura que nadie sea privado de sus derechos básicos en aras de un supuesto interés o utilidad colectiva.

El segundo principio tiene un contenido más "económico", al versar sobre la distribución de los bienes y de la riqueza, así como las funciones sociales y las bases sociales del respeto a sí mismo. De entrada, Rawls rechaza cualquier tendencia igualitarista en dicha distribución. Admite y justifica que la riqueza pueda estar desigualmente distribuida, lo cual no es sino un reconocimiento de que pueda haber individuos con un mayor nivel de ingresos, de patrimonio o riqueza que otros. Y esto no sería necesariamente injusto.

Ahora bien, a continuación Rawls marca un condicionante de tal distribución desigualitaria: que beneficie a los menos aventajados, como podrían ser los individuos con menos ingresos, los ancianos, los enfermos, etc. Es importante señalar que, aunque haya desigualdad, estos individuos se beneficiarán de dicha desigualdad, pues las personas más aventajadas, en mejor posición económica o social, van a dedicar una parte de sus ingresos o riqueza a las personas menos beneficiadas. Este principio es conocido como el principio de la diferencia. El principio de la diferencia, junto con el *maximin*, hace que la posición social y económica de los individuos no pueda ser muy mala, pues las únicas desigualdades que son admisibles son las que tengan como resultado que los menos favorecidos estén mejor que en una situación de estricta igualdad.

Definición de *maximin*

Maximin: regla de prudencia que lleva a los individuos, en situaciones de incertidumbre, a elegir entre diferentes cursos de acción el que les permita obtener lo mejor en la peor situación concebible.

El segundo principio se completa con la distribución estrictamente igual de las posibilidades de acceso a las diferentes funciones y posiciones sociales (principio de igualdad equitativa de las oportunidades).

Ahora bien, ¿qué ocurre en el caso de que los dos principios entren en conflicto? Piénsese en el caso hipotético de una medida que, en aras del principio de diferencia (el beneficio de los menos beneficiados), limitara drásticamente el derecho de propiedad que aparece en el primer principio. Rawls responde que hay una clara prioridad del primer principio sobre el segundo, de forma que las libertades y derechos individuales priman sobre el segundo principio. En definitiva, tal medida no sería justificable desde la perspectiva rawlsiana. Esto es lo que se conoce como la prioridad lexicográfica del primer principio.

Esta descripción de los principios de la justicia permite examinar otro rasgo de la teoría rawlsiana. Si el utilitarismo se había caracterizado como una teoría teleológica y consecuencialista, la teoría rawlsiana se puede asociar mejor a las teorías deontológicas, según las cuales lo que hace que una acción sea correcta o incorrecta es algo intrínseco a la acción misma (y no sus consecuencias). En la teoría de Rawls, podría verse ese sesgo deontológico en la configuración de las libertades y derechos fundamentales. En efecto, los derechos y libertades del primer principio deben garantizarse con independencia de que las consecuencias económicas no sean las más eficientes desde un punto de vista utilitarista.

La pregunta que surge, naturalmente, es qué razones tendrían los individuos para adoptar estos determinados principios de justicia. La respuesta a esta pregunta nos conduce al examen de las otras características de la teoría rawlsiana mencionadas al comienzo.

3.2.3. El contractualismo

Rawls adopta la conocida estrategia basada en un contrato social hipotético para justificar los principios de justicia que deben regir en una sociedad real. La virtud de esta estrategia es que permite explicar y justificar las conclusiones que se adopten sobre la base de la participación de los individuos en la elección de los principios. Es, por lo tanto, respetuosa con un principio básico del razonamiento moral, como es la idea de autonomía: los sujetos eligen ciertos principios de los que ellos mismos serán destinatarios. En la concepción de Rawls, esto significa que los individuos llevan a cabo un contrato social hipotético del que surgirán los principios que se aplicarán a ellos mismos cuando ingresen en la sociedad real.

Ahora bien, ¿quiénes son los sujetos que participan en dicho contrato?, ¿cómo se lleva a cabo dicho contrato? Para responder a estas preguntas, Rawls introduce dos metáforas: las de la posición originaria y el velo de ignorancia.

a) La posición originaria: los sujetos se encuentran en una situación hipotética donde rigen las reglas procesales del discurso moral (igualdad, libertad, etc.). Por otro lado, para evitar la acusación de que los principios de justicia responden o se acomodan a una visión idílica de los seres humanos, Rawls presupone que los individuos en la posición originaria son racionalmente egoístas, es decir, que van a mirar por sus intereses y no van a ser ingenuos altruistas. Otra característica que atribuye Rawls a los individuos es una cierta aversión al riesgo, que se plasma en la adopción de una regla de racionalidad en situaciones de incertidumbre, el *maximin* (*maximum minimorum*).

b) El velo de ignorancia: para asegurar el respeto a las condiciones de imparcialidad y de universalidad propias de los juicios morales, Rawls señala que los individuos que participan en la posición originaria no saben las condiciones y circunstancias en las que vivirán una vez que ingresen en la sociedad real.

La razón subyacente a este velo de ignorancia es que si los individuos supieran, por ejemplo, que van a vivir en Estados Unidos, van a formar parte de la clase alta, van a tener un buen puesto de trabajo, con altos ingresos, etc., los principios que adoptarían estarían condicionados por tales datos. Y entonces dejarían de ser imparciales. En cambio, al desconocer esas circunstancias deben plantearse otras posibles situaciones en las que se pueden encontrar en la sociedad real: ¿y si nazco y vivo en Haití?, ¿y si resulta que soy pobre?, ¿y si no tengo talento?, ¿y si resulta que tengo una enfermedad crónica? No cabe duda de que, al desconocer todas estas circunstancias, el individuo en la posición originaria tendrá ciertas inclinaciones a adoptar principios de justicia imparciales en los que se contemplará ese abanico de posibilidades.

El juego de la justicia (*bargaining game*) de Rawls

Una vez configurado este conjunto de condiciones, empieza lo que Rawls denomina el juego de la justicia, "juego de transacciones" (*bargaining game*) que debe llevar a la adopción de los principios. Hay un número indeterminado de jugadores, conociendo éstos que se trata de una negociación cooperativa, con plena libertad de llegar a acuerdos entre ellos y sin límites de tiempo. Los individuos proponen sus principios y se discute la validez de cada uno de ellos. El juego se termina cuando se alcanza un consenso unánime acerca de los principios básicos que han de regir en la vida ordinaria de los individuos.

3.2.4. El equilibrio reflexivo y el constructivismo moral

Otro presupuesto filosófico desde el cual Rawls erige su teoría de la justicia es el que se conoce como constructivismo moral (o kantiano). Al comienzo de su teoría, Rawls señala que trata de apartarse de dos concepciones filosóficas que, en el momento de escribir *Una teoría de la justicia*, tenían una gran influencia: el utilitarismo y el intuicionismo. El utilitarismo es una concepción filosófica

optimista acerca de la posibilidad de descubrir el bien moral que debe perseguirse. Como ya se ha explicado, el utilitarismo presupone que existe un principio de justicia objetivo, la utilidad (la felicidad, el bienestar).

En cambio, el intuicionismo, tal y como lo entiende Rawls, sería la versión escéptica acerca de la posibilidad de encontrar principios de justicia que, de manera ordenada y estructurada, solucionen los dilemas y problemas con los que nos podamos encontrar. El intuicionismo señalaría que hay una pluralidad de principios de justicia que pueden estar en conflicto, sin que sea viable establecer un orden de prioridad entre ellos. La consecuencia sería entonces que, cuando surge un problema, lo máximo que se puede hacer es elegir el principio aplicable intuitivamente.

Ninguna de las dos soluciones satisface a Rawls, por lo que trata de encontrar una vía intermedia entre ambos extremos. Así, los principios de justicia que propone no reflejan un objetivismo moral como el utilitarismo, pero su elección tampoco es fruto de una intuición.

Esta vía intermedia es lo que se conoce como constructivismo moral (o kantiano) y cuya característica principal es hacer descansar la elección de los principios de justicia en un procedimiento. La racionalidad de los principios surge de las condiciones y presupuestos que se siguen en el procedimiento constructivo. No hay un principio de justicia objetivo ya presupuesto, sino que es diseñado progresivamente. A partir de una determinada concepción de la persona y de su función en un procedimiento constructivo, es factible alcanzar principios de justicia. Dicho procedimiento es el que se basa en la caracterización de la persona, la posición originaria y el velo de ignorancia.

Por otro lado, en ese procedimiento constructivo se llega a una serie de juicios que serían expresión de lo que él denomina un equilibrio reflexivo, un equilibrio entre las intuiciones que los miembros de una sociedad tenemos acerca de lo que es bueno (o dicho de otra manera, las nociones, creencias, principios compartidos que están latentes en el sentido común e incluso las propias tradiciones históricas) y los principios morales más generales. Atendiendo a unos conceptos explicados anteriormente, podría decirse que el equilibrio reflexivo es el que surgiría del juego entre la moral social y la moral crítica.

La solución a la que se llegaría, según Rawls, es que tras ese ajuste mutuo entre principios e intuiciones, se elegirían principios de justicia que cumplirían las siguientes características:

- a) Por un lado, serían coherentes con nuestras intuiciones morales básicas.
- b) Por otro lado, serían principios racionales, con pleno reconocimiento de la dignidad y valor de las personas.

Lectura recomendada

Sobre estos aspectos de la teoría rawlsiana, podéis consultar la obra siguiente:

J. Rawls (1986). *La justicia como equidad*. Madrid: Tecnos.

Este sería el "equilibrio reflexivo".

3.2.5. Críticas a Rawls

1) Una crítica habitual a las teorías del contrato social incide en el valor justificatorio de un contrato hipotético hecho por seres que no tienen nada que ver con los seres racionales de carne y hueso.

2) A la posición originaria:

a) ¿Quién forma parte del contrato social? Esto plantea problemas: ¿qué ocurre con la justicia entre generaciones, con el tratamiento de animales, con las personas por nacer o con los individuos con incapacidades graves? ¿Están todos ellos suficientemente representados?

b) El diseño de la posición originaria no es neutral, presupone una concepción de filosofía política más profunda. Es decir, que a pesar de su propósito de que los principios surjan del propio procedimiento, parecería que éstos ya están predeterminados según su caracterización de la persona, de la posición originaria y del velo de ignorancia.

3) Respecto al velo de ignorancia: la pretensión de Rawls es que los individuos no conozcan qué sociedad les va a corresponder, su cultura, etc. Sin embargo, conocen aspectos como la organización social, los principios de la economía política, las leyes de la psicología humana, etc. Si es así, entonces se ha de aceptar que muchos de estos conocimientos son históricos y están condicionados a la propia sociedad donde se vive, por lo que no pueden escindirse de la sociedad y la cultura.

4) Al principio del *maximin*: ¿por qué presuponer que los individuos tienen una actitud psicológica en la que destaca la poca tendencia al riesgo? Es perfectamente posible que haya individuos con mayor capacidad de riesgo, lo que les llevaría a elegir otros principios de justicia.

5) Otras críticas:

a) Se ha objetado a Rawls su olvido de la cuestión de la producción de bienes (como si las cosas cayeran como maná del cielo) y desconociendo, en consecuencia, que los bienes materiales ya vienen al mundo como propiedad de alguien, gracias a ciertos títulos históricos que no se pueden ignorar sin violar los derechos fundamentales de la gente.

b) Nozick ha criticado a Rawls por no respetar suficientemente algunos de los prepuestos filosóficos de los que parte, en concreto, la idea kantiana según la cual los individuos son fines en sí mismos. En efecto, según Nozick, el principio de la diferencia conduce a que las propiedades de los individuos más

aventajados sean utilizadas para beneficio de los menos aventajados. Y esto no dejaría de ser una instrumentalización, esto es, un tratamiento en desacuerdo con la idea de que los seres humanos son fines en sí mismos.

3.3. El libertarismo de Robert Nozick

La teoría de Robert Nozick puede entenderse como una repuesta tanto al utilitarismo como a Rawls. Frente a la consecuencia que se deriva del utilitarismo de que los derechos individuales decaen frente a la persecución de la utilidad social, Nozick enfatiza el valor de los derechos individuales: los individuos tienen derecho a disponer libremente de sus bienes y servicios, y tienen este derecho con independencia de su productividad o utilidad social.

Aplicado a posibles políticas estatales, podría concluirse que, para Nozick, el Gobierno no tiene derecho a interferir en el mercado, en los intercambios libres que llevan a cabo los individuos, ni siquiera con el objeto de incrementar la eficiencia o la utilidad.

A semejanza de Rawls, Nozick destaca por su compromiso con el principio del respeto por la elección de cada persona. En contraste con Rawls, que defiende la justicia de la redistribución como mecanismo de beneficio para los menos aventajados, Nozick señala que tales medidas son intrínsecamente equivocadas e injustas, ya que suponen una violación de los derechos de las personas. Además, señala Nozick, ¿dónde detener el proceso de rectificación de las circunstancias desiguales? En su opinión, habría en Rawls un peligro de pendiente resbaladiza que podría llevar a la intervención opresiva o a la planificación económica por parte del Estado.

En cambio, la propuesta de Nozick consiste en negar la legitimidad del Estado en los libres intercambios que desarrollen los individuos. Siguiendo con la comparación, el Estado no tendría legitimidad, por ejemplo, para gravar con impuestos a los individuos con mayores ingresos o riqueza, ni siquiera cuando se realiza para favorecer a los que tienen menos recursos. Supondría una invasión injustificada en los derechos de las personas, en este caso, el derecho de propiedad. Sería una instrumentalización de unos individuos para favorecer a otros. Pero, ¿cómo llega Nozick a estas conclusiones?

3.3.1. Los derechos naturales

El punto de partida de Nozick remite a las doctrinas clásicas del estado de naturaleza, y más en concreto, a Locke. En el estado de naturaleza lockeano, cada ser humano es un individuo separado y distinto del resto, dotado de libertad y sólo sometido a las leyes de la naturaleza. Es el argumento de que cada individuo es dueño de sí mismo. En este estado, los individuos gozan de varios derechos naturales que actúan como límites frente a la capacidad de acción

Lectura recomendada

Sobre la teoría de Robert Nozick, podéis consultar la obra siguiente:

R. Nozick (1974). *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Basil Blackwell.

del resto de individuos (restricciones morales laterales). Estos derechos son la vida, la salud, la libertad y las propiedades del resto de individuos. En el caso de que estos derechos resultaran afectados, existe el derecho de compensación.

De estas ideas Nozick deriva que todos tienen derecho a los bienes que actualmente poseen (sus pertenencias). A su vez, los individuos pueden disponer de esos bienes e intercambiarlos. Una distribución justa es sencillamente cualquier distribución que resulte de los libres intercambios entre las personas. Cualquier distribución que resulte de transferencias libres a partir de una situación justa, es en sí misma justa.

Tres principios fundamentales en la "teoría de los derechos":

- 1) Un principio de transferencias: cualquier cosa que sea justamente adquirida puede ser libremente transferida.
- 2) Un principio de adquisición inicial justa: una explicación acerca del modo en que las personas, inicialmente, llegaron a poseer aquello que puede ser transmitido de acuerdo con el principio de transferencia.
- 3) Un principio de rectificación de la injusticia: establece de qué forma actuar si un bien fue injustamente adquirido o transferido.

En conclusión, según Nozick, si las actuales pertenencias de la gente fueron justamente adquiridas, entonces la fórmula para una distribución justa es la de que "a cada uno como escoja, a cada uno según ha escogido".

El argumento "Wilt Chamberlain"

Chamberlain es un jugador de baloncesto norteamericano famoso por haber conseguido varios récords anotadores. Pues bien, siendo Chamberlain un jugador extraordinario, los espectadores estarían dispuestos a pagar un plus de un cuarto de dólar para ver sus partidos. La suma total de esa especie de "copago" llevará una enorme desproporción entre lo que gana Chamberlain con respecto a sus compañeros. Y eso, dice el libertario Nozick, no es injusto. Aun cuando entre Chamberlain y los otros jugadores hubiera existido una distribución igualitaria en un momento inicial, el resultado sería posteriormente de una gran desigualdad, pero ello no sería injusto porque todos los individuos actuaron libremente.

3.3.2. El Estado mínimo

La dificultad con la que se encuentran los individuos en el estado de naturaleza es que la resolución de los conflictos que pueden surgir entre ellos corre a su propio cargo. Cada individuo defiende sus propiedades y cada individuo ejerce de juez a la hora de determinar si se han violados sus derechos y establecer la compensación por el daño. La consecuencia es la anarquía, una situación que perjudica a todos los individuos.

Sólo esta situación justifica la creación del Estado, como mecanismo coactivo e institucional que tiene como principal función resolver los eventuales conflictos que surjan entre los individuos. Nozick explica el nacimiento del Estado

Aplicación de los tres principios fundamentales

Imaginemos que soy dueño de una parcela de tierra, entonces:

- el primer principio establece que soy libre de realizar cualquier transacción que desee con mi tierra;
- el segundo principio dice cómo comenzó la tierra a ser poseída;
- el tercer principio dice qué hacer en el caso de que el primero o el segundo principio resulten vulnerados.

como una respuesta al autointerés racional de los individuos de encontrar un mecanismo de protección y garantía de sus derechos naturales. El surgimiento del Estado lo describe Nozick como un proceso espontáneo (no deliberado) y progresivo a partir de pequeños grupos de individuos que se asocian para la autoprotección. Tras pasar por varias fases en las que esas agencias de protección mutua van creciendo, finalmente se constituye una agencia de protección que tiene competencia sobre un determinado territorio y conjunto de individuos.

La garantía de los derechos naturales es la única función del Estado, lo cual lo convierte en un "Estado mínimo", restringido a las estrictas funciones de protección contra la violencia, el robo y el fraude, de cumplimiento de contratos, etc. Un Estado con competencias más amplias violaría el derecho de las personas de no ser obligadas a hacer ciertas cosas y a no ser instrumentalizadas en aras del beneficio de otros.

El Gobierno no tiene legitimidad para cobrar impuestos sobre los intercambios que libremente adoptan los individuos. También sería injusto, incluso si tales tributos se utilizan para compensar las desigualdades naturales e inmerecidas que pueden padecer algunos de los miembros de la sociedad. El único gravamen justificado es el orientado a recaudar rentas para el mantenimiento de las instituciones básicas del Estado mínimo, necesarias para la protección del sistema de libres intercambios: el sistema judicial y el policial, necesarios para hacer cumplir los intercambios libres entre las personas. Por ello, no hay educación pública, ni atención sanitaria, ni transporte público, etc., porque todas estas actividades implican una tributación sobre cierta gente en contra de su voluntad.

Según Nozick, resulta injusta la redistribución de la riqueza en una sociedad por medio de los impuestos, porque las personas tienen derecho a sus posesiones (si fueron justamente adquiridas), y este "tener derecho" significa "tener un derecho incuestionable para disponer libremente del modo en que uno lo considere conveniente, en tanto ello no implique el uso de la fuerza o el engaño". Los individuos son libres de usar los recursos como quieran y nadie tiene derecho a quitárselos.

En resumen, Nozick hace descansar su concepción del Estado en los derechos naturales, en especial, el derecho de propiedad sobre uno mismo, así como sobre las consecuencias de las decisiones que puedan tomar los ciudadanos. Lo relevante para Nozick es el libre ejercicio de los derechos. Si hemos adquirido algo legítimamente, entonces tenemos derechos de propiedad incuestionables sobre tal bien. Podemos disponer de tal cosa del modo que nos parezca más conveniente, aun cuando el efecto de las transferencias que podamos realizar sea producir una distribución de ingresos y oportunidades desigual.

Dado que algunas personas nacen con cualidades naturales diferentes, algunas resultarán por ello ampliamente beneficiadas, mientras que aquellas que carecen de habilidades valoradas por el mercado obtendrán pocas recompensas. Y sería injusto que, por medio de políticas redistributivas, se les intentara compensar. En ese caso, se estaría llevando a cabo una instrumentalización, o como dice Nozick: "Los impuestos sobre las ganancias del trabajo son como el trabajo forzado".

3.3.3. Críticas

Se ha señalado que la teoría libertaria, tal y como la presenta Nozick, puede conducir a consecuencias contraintuitivas:

- Dada la libertad que tiene cualquier agente sobre su propio cuerpo y sobre los objetos externos que haya podido adquirir por medio de los principios de adquisición y transferencia, entonces, nada impide técnicamente que toda la tierra habitable pueda ser algún día propiedad privada de sólo un número muy reducido de agentes. Y si éstos tuvieran el deseo de imponer a todos los demás individuos y usuarios de sus bienes cualquier prohibición, por ridícula u onerosa que fuera, ¿no habría nada objetable en ello?, ¿asumiría impertérritamente el libertario esta situación que se deriva de los postulados de su propia teoría? Pero parece que al propio Nozick tal resultado no le acaba de agradar, y acaba sugiriendo la necesidad de establecer nuevos derechos fundamentales que eviten una situación como la descrita. Es decir, propone derechos que establezcan límites a lo que un individuo puede hacer con sus propiedades, y ello, en aras de la protección de intereses legítimos de otros individuos. Ahora bien, el propio Nozick no desarrolla este aspecto que, sin duda, modificaría sustancialmente su teoría. Ésta dejaría de tener la virtud inicial de descansar en un único derecho (el de propiedad) para dar cabida a otros derechos fundamentales que deberían articularse armoniosamente con aquél.
- Otra crítica que se ha dirigido a Nozick es si su teoría basada en el derecho a la propiedad privada es tan independiente de consideraciones consecuencialistas como pretende. En efecto, para el libertario la justificación moral del mercado y del capitalismo se sustenta, no porque sea más eficiente, sino porque en última instancia deriva del derecho de propiedad y de los principios de apropiación y transferencia. Ahora bien, si el respeto al libre ejercicio de los derechos fundamentales libertarios condujera a resultados tales como una situación de pobreza generalizada para la mayoría de individuos, ¿no modificaría el libertario la prioridad absoluta de los derechos? Es decir, ¿no introduciría modificaciones en su entramado justificatorio para incluir un cierto tipo de justificación utilitarista o de tipo rawlsiano destinada a evitar aquellas consecuencias contraintuitivas?

Lectura recomendada

Para un examen más detallado de estas críticas, podéis consultar la obra siguiente:

Ph. van Parijs (1993). *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*. Barcelona: Ariel.

- Otra hipótesis que pone en entredicho la coherencia del libertarismo es la siguiente: imagínese que una sociedad libertaria recibe algún tipo de amenaza externa o interna, de forma que pone en serio peligro la subsistencia del propio grupo como tal. En este caso, ¿dejaría el libertario que cada individuo actuara libremente aun cuando ello condujera a la desaparición de la sociedad, o establecería algún tipo de medida externa y coactiva sobre los individuos en aras de la protección del bien común?

Los límites del libertarismo

Supongamos que un grupo de profesores, desde la educación básica hasta la universidad, en general, utilizaran su facultad de enseñar a los más jóvenes para adoctrinarlos en ideas de carácter fascista, completamente opuestas a los ideales de una sociedad libre, de forma que la continuidad de ésta estuviera en serio peligro. ¿Dejaría el libertario que esto ocurriera o más bien establecería ciertos límites que configuraran el ejercicio y los contenidos de la libertad de enseñanza? De nuevo, parece que el libertario debería abandonar su purismo acerca de los derechos fundamentales para entrar a determinar sus límites en aras de la protección de otros derechos y del bien común. Y si esto es así, el diseño de la sociedad tal como la contemplaba el libertario ya no sería tan *liberal* como pensaba. La función del Estado sería de mucho mayor peso.

Lectura complementaria

Sobre los límites del libertarismo, podéis consultar la obra siguiente:

Ph. van Parijs (1993). *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política* (pág. 101). Barcelona: Ariel.

Resumen

Este módulo ha servido para analizar una cuestión central en la teoría del Derecho como es la de la relación entre el Derecho y la moral. Este asunto ha sido dividido en tres discusiones:

a) La cuestión analítica o definicional: ¿puede el Derecho caracterizarse con independencia de la moral? En este contexto, se han analizado dos debates. El clásico entre el iusnaturalismo y el positivismo, y el contemporáneo, en el que se han incluido las tesis de Ronald Dworkin, el positivismo incluyente y el excluyente.

b) La cuestión acerca de la imposición de la moral por medio del Derecho: el problema moral que se discute, en este contexto, es si se considera moralmente correcto utilizar la coacción propia del Derecho para imponer los criterios morales vigentes y mayoritarios en el grupo social. Tras analizar las tesis del principal valedor del moralismo legal, Patrick Devlin, se han expuesto las objeciones más relevantes, entre las que destacan con fuerza las de Herbert Hart. Correlativamente, se ha mostrado que ésta no es una cuestión meramente teórica, sino que ha tenido su reflejo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en otras sentencias del Tribunal Supremo norteamericano.

El examen de esta cuestión ha dado pie para analizar otras concepciones acerca del papel del Derecho respecto a la imposición de pautas morales: el paternalismo y el perfeccionismo. En este sentido, se han expuesto los argumentos a favor y en contra de tales medidas.

c) La cuestión acerca de la crítica del Derecho por parte de la moral. En este apartado se han expuesto las principales ideas, ventajas y críticas, de tres teorías morales de notable importancia en la actualidad: el utilitarismo, el liberalismo de John Rawls y el libertarismo de Robert Nozick.

Actividades

1. ¿Cuál es la relación que, según el iusnaturalismo, se da entre el Derecho y el uso de la fuerza? ¿Y entre el Derecho y la moral?
2. Buscad en sentencias del Tribunal Constitucional argumentaciones propias del iusnaturalismo, de tipo dworkiniano, del positivismo incluyente y excluyente.
3. Pensad algún tipo de movimiento social, político, cuyo fundamento remita a pautas morales externas al Derecho.
4. Tratad de encontrar en la normativa jurídica española ejemplos de medidas perfeccionistas, paternalistas o propias del moralismo legal.
5. Pensad y tratad de identificar medidas políticas o económicas de partidos políticos que se puedan encuadrar en las teorías utilitaristas, liberales o libertarias.
6. Tomad varias informaciones periodísticas y tratad de identificar el significado con que se utilicen términos como *moral*, *derecho*, *justo*, u otro que se haya explicado en este módulo.
7. Imaginemos que un gobierno toma la medida de excluir a los ancianos del uso de la alta tecnología médica. Reconstruid un justificación utilitarista y una liberal de corte rawlsiano.
8. Tomad como ejemplo el consumo de drogas y reconstruid argumentos para prohibir su consumo en el ámbito privado y público. Haced lo mismo respecto de su tolerancia.

Ejercicios de autoevaluación

1. Las características del Derecho natural son las siguientes:
2. ¿Cuál de las críticas siguientes podría hacerse al iusnaturalismo?
3. Es característico de la concepción iusnaturalista afirmar que una norma positiva es jurídica...
4. Aquello que caracteriza al llamado positivismo metodológico es...
5. El moralismo legal sostiene que es una misión legítima del Estado...
6. El paternalismo moral afirma que es una misión legítima del Estado imponer conductas que son adecuadas para que los individuos desarrollen...
7. Una ley que prohíbe el uso de métodos anticonceptivos como medida de contraria a un mandamiento religioso:
8. En su teoría de la justicia, Rawls da prioridad a...
9. El principio de *maximin* de Rawls lleva a elegir aquellos cursos de acción (principios de justicia)...
10. Para el perfeccionismo, constituye una razón suficiente para que el Estado interfiera en la vida de las personas...
11. El libertarismo afirma que es correcto seguir aquel curso de acción que...
12. Una de las críticas habituales al utilitarismo es que...
13. El principio de la diferencia de Rawls afirma que las desigualdades sociales están justificadas...
14. Una de las críticas de Hart al moralismo legal consiste en...
15. La posición original de Rawls...

Solucionario

Glosario

derecho natural *m* El Derecho natural es el conjunto de leyes y principios unitarios, universales e inmutables superiores que rige el comportamiento humano y que puede ser conocido por los agentes humanos.

iusnaturalismo *m* Concepción teórica que sostiene que el fundamento de la validez de las normas jurídicas se encuentra necesariamente en el Derecho natural.

liberalismo rawlsiano *m* Teoría moral de naturaleza deontológica, contractualista y constructivista que trata de fundamentar la prioridad de la libertad sin renunciar a su compatibilidad con otros derechos, con la igualdad y con una cierta redistribución de la riqueza.

libertarismo *m* Teoría moral que enfatiza el valor de los derechos individuales, de forma que los individuos tienen derecho a disponer libremente de sus bienes y servicios y llevar a cabo las transferencias que voluntariamente establezcan con otros individuos.

moral ideal *f* Se refiere a los principios generales obtenidos racional o reflexivamente por los individuos y que sirven para criticar sus propias acciones, así como las instituciones sociales.

moral positiva o social *f* Es aquella que es aceptada y compartida por la mayoría de un determinado grupo social.

moralismo legal *m* Es la teoría normativa que defiende la intervención del Estado para castigar aquellas acciones que son consideradas inmorales según las creencias mayoritariamente compartidas por los miembros de una sociedad.

paternalismo legal *m* Es la teoría normativa que sostiene que también se encuentra facultado el Estado para actuar e interferir, coactivamente, en la vida de los individuos cuando se trate de prevenir daños que el propio individuo se pueda causar a sí mismo.

perfeccionismo moral *m* Es la teoría normativa según la cual el Estado debe actuar, positiva y coactivamente, en aras de la promoción de aquellos valores o formas de vida que considere objetivamente valiosos, con independencia de que concuerden con los valores de los propios individuos.

positivismo excluyente *m* Teoría que sostiene una tesis normativa según la cual no es deseable que los jueces, a la hora de aplicar las normas jurídicas, remitan a pautas de la moral.

positivismo ideológico *m* Teoría que cree en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al Derecho existente, por el solo hecho de existir, un valor positivo que obliga a su obediencia.

positivismo incluyente *m* Teoría que afirma que, en ocasiones, los jueces apelan a la moral a la hora de aplicar las normas jurídicas positivas. Pero este dato no supone una renuncia a la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral.

positivismo metodológico *m* Teoría que sostiene que el objeto exclusivo del conocimiento del Derecho son las normas jurídicas positivas y que para su conocimiento no es necesario recurrir a la moral.

principio del daño *m* Principio característico del liberalismo que sostiene que la única justificación para limitar la libertad de los agentes, siempre y cuando sean adultos y con competencia básica para autogobernarse, es evitar que produzcan un daño a otros individuos.

utilitarismo *m* Doctrina ética que defiende que son moralmente exigibles aquellas conductas o acciones cuyas consecuencias sean óptimas para la mayor felicidad (o utilidad) del mayor número de personas afectadas.

Bibliografía

- Alexy, R. (2000). "Derecho injusto, retroactividad, y principio de legalidad penal". *Doxa* (núm. 23).
- Dworkin, R. (1984). *Taking Rights Seriously Los derechos en serio*
- Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls*. Barcelona: Paidós.
- Hart, H. (1963). *Law, Liberty and Morality*, Oxford: Oxford University Press.
- Hart, H. (1963). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hart, H. (1980). *La filosofía del Derecho*. México: FCE.
- Kymlicka, W. (1995). *Filosofía política contemporánea*. Barcelona: Ariel.
- Laporta, F. (1997). *Entre el Derecho y la Moral*. México: Fontamara.
- Lukes, S. (2005). *El viaje del profesor Caritat o las desventuras de la razón. Una comedia filosófica*. Barcelona: Tusquets.
- Moreso, J. J. (1997). *La indeterminación del Derecho y la interpretación constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Moreso, J. J. et al. (2000). *Filosofía del Derecho*.
- Nino, C. (1989). *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel.
- Nozick, R. (1974). *Anarchy, State and Utopia*. Oxford: Basil Blackwell.
- Parijs, Ph. van (1993). *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*. Barcelona: Ariel.
- Pérez Triviño, J. L. (2006). *Los juicios de Nuremberg*. Barcelona: Ediuoc.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge (Mass.): Belknap Press of Harvard University Press.
- Rawls, J. (1986). *La justicia como equidad*. Madrid: Tecnos.