

DERECHOS HUMANOS Y LIBERALISMO MORAL

Joaquín García-Huidobro

Universidad de los Andes

Por varias razones no resulta fácil escribir sobre el liberalismo. En primer lugar, porque tras el derrumbe de los socialismos reales y la consolidación de la democracia política y la economía de mercado casi todas las personas quieren ser consideradas, en alguna medida, como liberales, lo que dificulta una caracterización precisa. En segundo lugar, porque el liberalismo significa cosas muy diferentes según el término al que acompañe y el ámbito de la realidad al que se refiera¹. Hay un liberalismo político, pero también se puede hablar de un liberalismo económico, jurídico, moral y cultural. Además históricamente ha significado cosas muy distintas². Así, todos están dispuestos a reconocer –junto con el puritanismo de los padres fundadores– la huella de las ideas liberales en la Declaración de Virginia. Pero también se dice que la Revolución Francesa es una revolución liberal, no obstante ser muy diferente, cuando no opuesta, a la revolución norteamericana. En fin, tampoco es lo mismo hoy un liberal en los Estados Unidos y un liberal en los países hispanoamericanos o europeos. Además muchas veces los términos significan algo en relación a los conceptos que se les oponen: en las disyuntivas liberal/conservador, liberal/socialista, liberal/estatista, liberal/moralista el término liberal está significando cosas muy diferentes.

Aunque se han escrito muchos libros caracterizando las diversas formas de liberalismo, en este trabajo se ahondará sólo en un aspecto del tema, a saber, el modo liberal de concebir los límites morales de los derechos. En este sentido, liberalismo significa aquí sólo liberalismo jurídico-moral. Y como esto todavía puede referirse a muchas cosas y posturas, se hará una caracterización de algunas tesis que se someterán a discusión. No faltará quien diga, con buenas razones, que las tesis en cuestión no son patrimonio exclusivo del liberalismo, o que ellas han sido excesivamente simplificadas, o que el liberalismo jurídico-moral incluye otras tesis tanto o más importantes. También se reprochará el no haberse circunscrito a ningún autor determinado, sino a un cierto aire de época que, por definición, es difícil de asir y precisar. Sin embargo, tampoco faltan razones para proceder del modo que se hará a continuación, entre ellas algunas de índole pedagógica. En efecto, desde el comienzo de sus estudios, el alumno de Derecho se encontrará con profesores y autores que mantienen a la vez las siguientes proposiciones que, tomadas individualmente, no son patrimonio exclusivo de los liberales pero que en su conjunto pueden caracterizar esa actitud:

¹ Cfr. M. RHONHEIMER, "L' imagine dell' uomo nel liberalismo e il concetto di autonomia: al di là del dibattito fra liberali e comunitaristi", en I. YARZA (ed.), *Immagini dell' uomo. Percorsi antropologici nella filosofia moderna*. Armando Editore. Milán. 1997, 95-97.

² Un panorama útil en J. G. MERQUIOR, *Liberalismo viejo y nuevo*. Fondo de Cultura Económica. México D.F. 1993 (edición original: *Liberalism. Old and New*. Boston. 1991).

- i) la libertad y derechos personales tienen por límite la libertad y derechos personales de los demás; o, desde el punto de vista de la autoridad: la libertad y derechos personales sólo pueden limitarse atendiendo a la libertad y derechos personales de los demás;
- ii) la moral que debe estar sancionada legalmente debe ser una moral consensual y mínima;
- iii) sólo pueden ser constitutivas de delito aquellas acciones que produzcan daño a terceros (entendido este normalmente como violación de derechos).

Estas proposiciones sintetizan la propuesta jurídico-política de lo que aquí se llama liberalismo moral, y merecen un análisis más detallado. Si las denominaciones utilizadas en este texto resultan adecuadas o suficientes es, qué duda cabe, una cuestión importante. Pero más aún importa determinar el valor de los argumentos.

I. EL AMBITO DE LA LIBERTAD

La fórmula liberal “la libertad y derechos personales tienen por límite la libertad y derechos personales de los demás” parece gozar de gran aceptación y difícilmente encontraremos muchas personas en nuestra sociedad que no la suscriban³. Sin embargo, si examinamos el artículo 29.2 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, veremos que dice bastante más a la hora de establecer dichos límites: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática”. Este texto no es una excepción. Muchos otros documentos constitucionales e internacionales se expresan en términos semejantes⁴. Lo interesante es observar cómo las fórmulas de limitación de derechos que aluden a la moral, el orden público y el bienestar general hoy son traducidas inconscientemente en términos de derechos. Así, un acto es considerado inmoral, o se estima que contraviene el orden público o atenta contra el bienestar general porque directa o indirectamente lesiona o amenaza los derechos de las personas.

Hechas estas advertencias cabe adentrarse en el alcance mismo de la fórmula “la libertad y derechos tienen por límite la libertad y derechos personales de los demás” y preguntarse por su valor. Para hacerlo, resulta imprescindible realizar una distinción: en efecto, ella puede utilizarse con un sentido descriptivo o con un sentido prescriptivo. En ambos casos, cabe pensar que no tiene el valor que se pretende.

³ “La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no daña a otro; por lo tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que aquellos que aseguran a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley” (*Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano*, Art. 4).

⁴ “Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático” (*Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre*, Art. 28).

En efecto, si es utilizada con un sentido descriptivo, está diciendo algo obvio: decir que mis derechos terminan donde empiezan los de mi vecino es tanto como señalar que Chile termina allí donde empieza Argentina. Si los límites ya están perfectamente definidos y no son objeto de discusión, esta fórmula describiría un estado de cosas existente, pero tendría que ver más con la geografía que con el derecho o la política. El problema es que con frecuencia las fronteras no están perfectamente definidas y hay discusión acerca de ellas.

Además, la fórmula "la libertad y derechos tienen por límite la libertad y derechos personales de los demás" puede utilizarse con un sentido prescriptivo, tanto como un mandato dirigido a la autoridad⁵, para que no limite más de la cuenta, como bajo la forma de un criterio de solución de conflictos, para evitar que mi vecino ceda a la tentación de correr las cercas de deslinde y se adentre en mi propiedad. Sea que se dirija a la autoridad o a los ciudadanos, la fórmula aludida, a pesar de su aparente claridad, aporta menos de lo que se pretende. Esto sucede por dos razones.

En primer lugar, cabe pensar que en muchos casos es inútil. En efecto, supone que la frontera ya está definida, en circunstancias de que de eso se trata la discusión. Si estamos discutiendo acerca de si una publicación atenta contra el honor de una persona, de poco sirve que el abogado del ofendido le diga al juez que debe sancionar al órgano de prensa, puesto que la libertad de expresión de los medios de comunicación termina allí donde empieza el derecho a la honra de su defendido. Sucede que ese mismo principio podría ser invocado por el defensor del periódico y decir que nadie discute que las personas tienen derecho a su honor, pero que ese derecho no debe significar un menoscabo de la libertad de expresión de los medios de comunicación. Por tanto, una fórmula que se puede utilizar indistintamente no parece ser útil, por sí sola, como criterio de solución de los conflictos. De este modo, la fórmula liberal sólo resulta útil cuando ya tenemos resuelto lo que es de cada uno y nos encontramos ante una lesión o invasión injustificada de lo que le pertenece a alguien.

Pero, en segundo lugar, puede suceder también algo más grave. Tomada por sí sola, la fórmula aludida puede ser un pretexto para justificar el estado de cosas existente, que no necesariamente es justo. Así, el más fuerte adquiere la propiedad, luego traza los deslindes del modo que más le conviene y, una vez que tiene marcado lo suyo, termina diciendo que la libertad y derechos de los demás terminan allí donde comienza la suya. Así, quienes lo impugnen serán catalogados como individuos que no respetan la libertad y derechos de los demás. La posibilidad de un uso ideológico de los principios proclamados en las declaraciones de derechos ya fue advertida por Burke y Marx en sus críticas a la *Declaración Francesa*⁶.

El problema, entonces, de esa fórmula es, valga la redundancia, su carácter formal. Ella no nos dice nada acerca de las condiciones históricas en las que va a ser aplicada y, en ese sentido, puede ser utilizada como un instrumento de dominación. El hecho de que parte de este análisis sea común a pensadores que no gozan de las simpatías de muchos de nuestros contemporáneos no constituye un argumento definitivo en su contra.

⁵ En este caso se la entiende como: "la libertad y derechos personales sólo pueden limitarse atendiendo a la libertad y derechos personales de los demás".

⁶ Específicamente en las *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, del primero, y en *La cuestión judía*, del segundo.

¿Significa, entonces, que la vieja idea de que mis derechos terminan donde comienzan los de mi vecino debe ser desechada por inservible? De ninguna manera. Lo que sucede es que ese principio debe ser complementado por otros y a la vez supone otros criterios que no son meramente formales. Supone, por ejemplo, que en la delimitación de fronteras y en la determinación de lo que le corresponde a cada uno podemos reconocer ciertos títulos naturales y determinados bienes fundamentales que expresan, en alguna medida, lo que le corresponde a cada hombre. Si esto es así, si estamos en condiciones de discernir entre lo humano y lo inhumano, entonces los derechos y libertades ya no serán un instrumento al servicio de los poderosos, dirigido a consolidar el estado de cosas que conviene a quienes han conseguido una situación privilegiada, sino una categoría que traduce exigencias fundamentales de la dignidad humana. Pero al tener ese carácter, los derechos no ponen a su titular a resguardo de toda crítica, sino que, por el contrario, en muchas ocasiones le exigirán mostrar que sus pretensiones son legítimas y justificadas.

La insuficiencia de los criterios formales para la determinación de los derechos y la necesidad, por consiguiente, de acudir a ciertos criterios materiales, nos pone en presencia de un tema que es poco grato para el liberalismo, al menos en el siglo XX: el del bien común. El hecho de que algunos totalitarismos hayan estimado que el bien de la colectividad puede o debe conseguirse al precio de la aniquilación de ciertos individuos, no justifica el error contrario, consistente en pensar que la sociedad se compone sólo de intereses particulares y que el Estado no es más que un instrumento destinado a coordinar los diversos proyectos individuales. Si el hombre es un animal político, entonces sus derechos están marcados desde el comienzo por las exigencias de la solidaridad. Tareas como la erradicación de la extrema pobreza, el analfabetismo y la marginación no son cuestiones que afectan sólo a un grupo de voluntarios empeñados más directamente en estas actividades. Se trata de componentes del bien humano de todos los miembros de la sociedad.

II. ETICA MINIMA

El problema de la vinculación entre ética y legalidad tiene al menos dos partes. La primera consiste en que en toda sociedad hay una parte de la moral que se penaliza. Así, el homicidio es objeto de una norma moral, pero también un delito. ¿Cómo determinar, entonces, la moral que se penalizará socialmente en una sociedad democrática? La segunda parte de la cuestión es: ¿en qué medida la moral constituye un límite de los derechos? Ambas cuestiones están conectadas y la solución que se dé a una de esas preguntas anunciará la que se adopte respecto de la otra. Sin embargo, no son exactamente iguales.

1. *La moral socialmente exigible*

Como se dijo antes, es inevitable que una parte de la moral se encuentre resguardada por el derecho. Si se examinan los códigos penales se verá que ellos pretenden, en buena medida, asegurar el respeto de ciertos bienes y principios morales fundamentales cuya vigencia parece exigida por la misma vida social. Sin embargo, también hay acuerdo en que no es misión del derecho proveer de fuerza coactiva a todos los principios morales. Hay toda una zona de conductas

que, aunque contrarias a la moral, son permitidas: es lo que la tradición ética suele denominar "tolerancia"⁷. En efecto, la represión de todo mal terminaría por hacer imposibles muchos bienes. El problema reside en la determinación de la moral que debe ser socialmente exigible, y tiene dos aspectos: ¿cómo determinamos esa moral?, y ¿cuánta moral es exigible?

Con frecuencia se dice que el camino para llegar a la solución está dado por los procedimientos democráticos, esto es, se debe llegar a la solución consensualmente. Hasta ahí las cosas parecen fáciles. Sin embargo, se agrega que este consenso supone que se llegará a una moral mínima, pues de lo contrario significa que a una parte de la sociedad se le impondrán convicciones éticas que no comparte. Es decir, no basta con que exista un consenso, puesto que si este es "fuerte", es decir, si resulta exigente desde el punto de vista moral, no sería legítimo que se imponga a través de la legislación. Aquí los liberales tienden a supeditar el valor de los acuerdos democráticos a la necesidad de no imponer a un grupo social convicciones morales que no comparte⁸. Es el criterio que se deduce, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Dudgeon*⁹. Vamos por partes.

El liberalismo parece tener razón en cuanto que no hace de la regla de la mayoría un absoluto. Sin embargo, lo que relativiza el alcance de las decisiones mayoritarias no es simplemente el hecho de que estas sean más o menos exigentes, sino el que ellas excedan el ámbito de lo disponible. En efecto, la determinación de los contenidos morales socialmente exigibles puede hacerse por procedimientos democráticos o por costumbres tradicionales (Chesterton decía que la tradición es la democracia de los muertos) siempre que las decisiones que se adopten no signifiquen actos de disposición que van más allá de la política. Así, cuando Creonte, en *Antígona*, ordena dejar sin sepultura a Polinices, está tomando una decisión que excede con mucho el campo de lo político. Y no sería un argumento suficiente para justificarlo el decir que (supuesta o realmente) ese mandato cuenta con la aprobación del pueblo. La entera teoría de los derechos humanos parte de la base de que hay cosas que son indisponibles y que, por tanto, están más allá de la voluntad de mayorías o minorías.

En cuanto a que la moral deba de ser una moral mínima, pues de lo contrario eso significaría que a un sector de la sociedad se le están imponiendo las convicciones morales de otro, cabe anotar que en toda sociedad hay siempre un cierto grado de imposición. Imponer una convicción puede significar dos cosas: i) aplicar coacción para asegurar que esa norma se cumpla: en este caso estamos haciéndolo necesariamente cuando castigamos cualquier delito. Si la prohibición de imposición fuese absoluta, entonces todos los delinquentes dirían que se les están imponiendo principios que ellos no comparten; ii) aplicar coacción no justificada racionalmente. Pero en este caso, si hay razones que justifiquen esas normas, es perfectamente posible exigir el cumplimiento de normas jurídico-morales aunque el sujeto no esté de acuerdo (sin embargo en ese supuesto —si

⁷ "El sabio legislador debe permitir las transgresiones menores para evitar las mayores" (Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II, 101, 3 ad 2; también II-II, 10, 11).

⁸ Estas posturas ponen un límite a la regla de la mayoría, lo que parece razonable. El problema es por qué el límite debe ser ese y no otros.

⁹ El texto del caso en: C. MEDINA (ed.) *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Santiago de Chile. 1990. 98-111.

existe una coacción legítima— nada obsta a ir más allá de la frontera trazada por el liberalismo, como veremos).

Hay también otros argumentos que muestran que la tesis liberal acerca de la moral mínima es muy discutible. De partida hay que constatar un hecho sorprendente: aquí estamos en presencia de un juego con un único y previsible ganador, porque el resultado de consenso casualmente coincide con la propuesta inicial de las posturas liberales. Presentadas las cosas de modo (excesivamente) esquemático, podríamos decir que si en una sociedad el grupo A piensa que debe darse protección jurídica a diez principios morales, el grupo B a siete y el C a cinco¹⁰, la moral socialmente exigible debe consistir en esos cinco principios, pues de lo contrario habría imposición. Es decir, la única postura que parece no implicar una imposición de unos criterios sobre otros es aquella que mantienen los liberales.

También cabe preguntarse si en este juego representado por la discusión acerca de cuánta moral es socialmente exigible juegan realmente todos los que tendrían interés en participar. De lo contrario, ¿cómo justifica el liberalismo su prerrogativa de determinar quiénes son sujetos de derechos y quiénes pueden participar en el debate?, ¿por qué no participan en el debate los marginales y los terroristas, que postulan un mínimo ético inferior al propuesto por el liberalismo moral? ¿Qué pasaría si el liberalismo tuviera que negociar con posiciones radicales? Y si no lo hace, ¿cómo se legitima la exclusión en la negociación? No puede ser sobre la base de que esos sectores o grupos no acogen el modelo (liberal) de tolerancia. Tampoco se puede decir que esos grupos están excluidos de participar porque no respetan ciertos principios morales mínimos que son necesarios para el buen funcionamiento de la sociedad, ya que tal argumento también podría ser empleado para excluir a las propias posiciones liberales. Este es un típico ejemplo que muestra cómo el liberalismo suele no ser consciente de sus propios supuestos.

Además el dejar o no un valor sin sanción es algo que repercute claramente en el clima social en que se vive, de modo que mal podría hablar el liberalismo de que su posición es simplemente la postura de equilibrio, o que es neutra. Sí es verdad que la disminución de los poderes represivos puede traer consigo un incremento de los opresivos, entonces la despenalización a la que conduce la ética mínima liberal claramente significa una imposición de convicciones y situaciones a quienes no las comparten¹¹. Pensemos, por ejemplo, en una sociedad más o menos tradicional en la que, por decisiones de la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, se liberalizan la pornografía, las prácticas homosexuales, la droga, el divorcio, el nudismo o el aborto. Cada una de estas decisiones se refiere no sólo a las personas directamente involucradas en los casos respectivos, sino que influye de manera muy real en la vida diaria del resto de los ciudadanos

¹⁰ Vamos a suponer que los cinco de C están incluidos en los siete de B y estos en los diez de A.

¹¹ Distinto es el caso de aquella despenalización que se debe simplemente a razones de política criminal, que llevan a pensar que hay medios más eficaces que la sanción penal para evitar ciertos comportamientos nocivos. El caso típico es el de la fallida prohibición del alcohol en los Estados Unidos de Norteamérica, en donde la persecución de este tráfico ocasionó males mucho mayores que su consumo. Con todo, hay materias más claras desde el punto de vista moral que la prohibición del alcohol. Es el caso de la prostitución, que se refiere a una actividad que es mala en sí misma y no por sus excesos.

y sus familias. Afecta los barrios que visitan, los lugares adonde van a ir de vacaciones y el tiempo y energías que deben destinar a evitar lo que estiman que puede dañar a sus hijos¹². No es lo mismo educar cuando se tiene el respaldo de la ley que cuando se va contra la corriente de una legalidad permisiva¹³.

Podría decirse que la determinación de lo que será socialmente exigible está dada por la distinción entre lo público y lo privado. En la esfera privada las personas son libres de disponer de sus vidas como les parezca. Sin embargo, la distinción entre lo privado y lo público es históricamente cambiante y dista mucho de ser neutral. Así, acuñar moneda, usar la violencia, mantener ejércitos, incurrir en ofensa de símbolos religiosos, en herejía, adulterio o sodomía; realizar atentados contra las buenas costumbres, girar dolosamente ciertos documentos, tener esclavos, abortar, construir puentes y caminos o educar, han sido cuestiones consideradas públicas o privadas según el lugar y la época. Cuando los autores liberales pretenden resolver los problemas diciendo que en lo privado no puede haber penalización, están dando por supuesto el que todos estamos de acuerdo en los límites y contenido del lo público y privado. Y no es así.

La idea de una ética mínima ha tenido acogida en los medios intelectuales y políticos de Occidente porque parece ser la única solución frente a los maximalismos éticos y a los empeños por hacer perfectos a los hombres a través de la legislación. Sin embargo, cuando un autor como Tomás de Aquino responde a la pregunta de si la ley debe reprimir todos los vicios, no duda en responder en forma negativa:

“La ley, según ya expusimos, es instituida como regla y medida de los actos humanos. Mas la medida debe ser homogénea con lo medido por ella, como se señala en el libro X de la *Metafísica*, pues diversas cosas tiene diversas medidas. Por lo tanto, las leyes deben imponerse a los hombres en consonancia con sus condiciones, ya que, en expresión de San Isidoro, la ley ha de ser posible según la naturaleza y según las costumbres del país. Ahora bien, la capacidad de obrar deriva del hábito o disposición interior, pues una cosa no es igualmente factible para quien no tiene el hábito de la virtud y para el virtuoso como tampoco lo es para el niño y para el hombre maduro. Por eso no se impone la misma ley a los niños y a los adultos, sino que a los niños se les permiten cosas que en los adultos son reprobadas y aun castigadas por la ley. De aquí que también deban permitirse a los hombres imperfectos en la virtud muchas cosas que no se podrían tolerar en los hombres virtuosos.

¹² Así, por ejemplo, si se admite en el cargo de profesor de educación básica estatal a una persona que abiertamente declara que realiza actividades homosexuales y que realiza campañas para rebajar la edad en que las personas puedan consentir a ellas, muchos padres simplemente tendrán que enviar a sus hijos a centros de educación privada, lo que producirá una carga en su presupuesto que incidirá en su nivel de vida. En fin, los ejemplos podrían multiplicarse, para hacer ver que la adopción de las tesis liberales repercute en la vida de todos los ciudadanos y dista de ser neutra.

¹³ El clima moral de la sociedad influye incluso en el monto y destino de los impuestos que se pagan. Pensemos en un caso tan habitual en las sociedades occidentales como el divorcio. Se podrá estar a favor o en contra de su introducción, pero lo que no cabe desconocer es que tiene altos costos en materia de inadaptación social, bajo rendimiento escolar, aumento de los fracasos matrimoniales, etc., costos que todos debemos pagar (cfr. C. DÍAZ, “Consecuencias económicas y sociales de la aceptación de un divorcio vincular”, en A. SILVA y otros, *Controversia sobre familia y divorcio*. Ediciones Universidad Católica de Chile. Santiago de Chile. 1997, 33-65).

“Ahora bien, la ley humana está hecha para la masa, en la que la mayor parte son hombres imperfectos en la virtud. Y por eso la ley no prohíbe todos aquellos vicios de los que se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquellos de los que puede abstenerse la mayoría y que, sobre todo, hacen daño a los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría subsistir, tales como el homicidio, el robo y cosas semejantes”¹⁴.

En definitiva, entonces, no se trata de establecer por anticipado el grado de moralidad exigible por el derecho en toda sociedad. El depende de muchas circunstancias históricas y políticas. Sin embargo, hay ciertos límites, como la prohibición de disponer sobre la vida de inocentes, que nunca debieran ser *transgredidos*. Aquí el *peligro de fundamentalismo* no es más grande que el de la anomia. Por eso, el criterio al que atiende Tomás no es el mínimo o el máximo, sino el bien de la sociedad. Se trata de determinar los bienes y los principios involucrados, y no de un mero cálculo utilitario.

Por otra parte, la idea de una ética mínima también requiere de una verificación en las propuestas concretas del liberalismo. Así, podríamos preguntarnos si hay en verdad una despenalización o si ha cambiado simplemente el signo de la misma. Si atendemos a la cantidad de delitos contenidos en la legislación más reciente, veremos que dista de haber disminuido. En algunos ámbitos, como el económico, el proceso es inverso, y cada vez aumenta el número de los delitos y rigor de las penas. Simplemente lo que ha cambiado es la filosofía que está detrás de las leyes, pues hoy se tiende a considerar jurídicamente relevante *aquellos que es económicamente cuantificable o que incide sobre bienes, como el cuerpo de un hombre adulto y sano, que son condiciones del proceso económico*. Así, en vez de bienes como el honor, la ortodoxia religiosa o la familia, se ha pasado a proteger lo económicamente relevante. Si es mejor un criterio u otro es cuestión sobre la que cabe discutir y, por lo mismo, está lejos de cualquier neutralidad.

2. *La moral como límite de los derechos*

En una sentencia de la Corte Suprema de Canadá, en el caso Butler, se trató el problema de si ciertas formas de pornografía quedaban excluidas del ámbito de la libertad de expresión, en la medida en que inducían a la discriminación *en contra de la mujer*. Atendido que en Canadá existe una ley en contra de la obscenidad, el Sr. Butler, que se dedicaba al negocio pornográfico, sostuvo que esa ley era inconstitucional en cuanto violaba la libertad de expresión. Sin embargo, la Constitución canadiense recoge explícitamente el principio de la igualdad en materia sexual. La Corte señaló que la ley sobre obscenidad era inconstitucional si se usaba para restringir el material pornográfico basándose en la moral, pero constitucional si se usaba para promover la igualdad sexual, de modo que desestimó el requerimiento del Sr. Butler y acogió las tesis de las organizaciones feministas contrarias a la pornografía.

¹⁴ S. Th. I-II, 96, 2c. Como se ve, Santo Tomás también hace referencia al daño a terceros, pero no transforma este principio en una categoría central de su filosofía jurídica y política. También dice que “la ley humana sólo prohíbe las cosas más nocivas al bien común” (*Quodlibetales* 2, 5, 2 ad 2).

Este caso resulta muy interesante porque constituye un ejemplo bastante típico de una argumentación liberal. Se trata de establecer si un derecho constitucional puede ser restringido por razones morales (obscenidad) y no puramente jurídicas (violación de la igualdad). La respuesta sigue la línea de lo que se enunciaba al principio de este trabajo, en el sentido de interpretar los límites de los derechos en términos de lesión de derechos de terceros, y afirma que no son razones morales sino la lesión del derecho a la igualdad lo que exige rechazar ciertas formas de pornografía.

Sin embargo, si nos ocupamos mínimamente de los problemas de fundamentación, tenemos que advertir que el principio de igualdad también es un principio moral. En efecto, lo que perciben nuestros sentidos en las personas no es precisamente la igualdad. Ellas son diferentes en edad, sexo, tamaño, poder, riqueza e intereses. Si, a pesar de todo, nosotros reconocemos el principio de la igualdad es por razones estrictamente morales. Pretender, entonces, que no cabe restringir un determinado derecho por razones morales, sino sólo por razones estrictamente jurídicas, significa desconocer el contenido y fundamento moral de los derechos constitucionales y de la obediencia a la Constitución, e incurrir en una ilusión peligrosa. La moral, entonces, no sólo constituye un límite a los derechos sino que los derechos mismos son poderes morales¹⁵.

Por tanto, más que introducir subrepticamente consideraciones morales en la solución de los casos judiciales resulta preferible hacerlas explícitas y someterlas a discusión. Esto, sin embargo, nos habla de la necesidad de un nuevo planteamiento de la cuestión de la legitimidad del orden político y jurídico. Porque sin reconocer ciertas razones para la obediencia, la sujeción misma al derecho es inviable. Y como estas razones no pueden reducirse al mero hecho de la fuerza, se hace necesario el recurso a criterios de legitimidad suprapositivos. Pero si hablamos de ciertos principios suprapositivos y reconocemos que la vida del hombre en sociedad no es mera coexistencia, estaremos alejándonos del liberalismo jurídico-moral contemporáneo, aunque eso nos lleve a acercarnos ya a la tradición del primitivo liberalismo –según proponen algunos–, ya a una tradición mucho más antigua, la del mundo preliberal.

III. DAÑO A TERCEROS

También se señala que sólo pueden ser constitutivas de delito aquellas acciones que produzcan daño a terceros (*harm principle*). Es el famoso principio del daño, entendido este como violación de derechos, y comprendidos estos según el estado de cosas existente. Esta fórmula también parece muy simple y tiene el mérito de delimitar claramente el ámbito penalizador del Estado. Un caso típico es el del tratamiento jurídico que propone el liberalismo para las conductas homosexuales, cuya práctica no parece lesionar derechos de terceros. Otro tanto sucede con la pornografía de adultos dirigida a adultos. Consecuencia de lo dicho sería la imposibilidad de sancionar conductas que queden en el ámbito privado de los sujetos. Con todo, el principio del daño no parece suficiente para resolver el problema de la limitación de los derechos y la determinación del ámbito de lo punible. Esto sucede por varias razones.

¹⁵ Cfr. J. GARCÍA-HUIDOBRO, J. I. MARTÍNEZ, M. NÚÑEZ, *Lecciones sobre derechos humanos*. Edeval. Valparaíso. 1997, 12-13.

1. El principio del daño exige precisar algunas cosas nada de sencillas. Así, no resulta fácil establecer qué significa daño. Lo más fácil sería pensar en el daño patrimonial, o en el daño de algunos bienes, como la integridad física o la honra de las personas, que son necesarios para la actuación económica de los individuos. Sin embargo, hay situaciones más complejas. Imaginemos un país en el cual se permita la esclavitud de aquellas personas que libremente consientan en ella. Su existencia no produce daños en nuestro patrimonio ni nos causa un dolor físico. Es posible incluso que nos permita contar con productos muy baratos y, en ese sentido, podrá mejorar incluso nuestro nivel económico. ¿Nos produce daño? Todos estaremos de acuerdo en que la existencia de la esclavitud u otras prácticas semejantes nos hiere profundamente. Sin embargo, ningún tribunal acogería una demanda nuestra por indemnización de perjuicios en contra de los esclavistas en virtud del daño moral que nos ocasiona la sola existencia de esa horrible institución. No puede acogerla porque la relación entre el daño moral que nos produce y los actos que lo ocasionan es demasiado lejana. Sin embargo, no por lejana deja de ser real. Es más, muchos estarían dispuestos a arriesgar su vida luchando para que esa situación terminara. Si aceptamos que hay un daño y a la vez consideramos aceptable que ese daño —aunque real e intenso— no basta para dar lugar a una acción judicial en una materia de la máxima importancia, como es la libertad de las personas, entonces parece que el principio del daño no es suficiente como criterio único de determinación de la competencia del Estado para prohibir y castigar¹⁶.

Alguien puede decir que el ejemplo de la esclavitud es demasiado irreal. Sin embargo —aparte del hecho de que en nuestras sociedades subsisten prácticas laborales que, aunque no constituyen esclavitud, sí tienen un carácter denigrante—, podemos pensar en casos como el del aborto. Es cierto que sus partidarios suelen negar el carácter personal e incluso humano del no nacido. (No es esta una materia que se vaya a tratar aquí, aunque tiene la máxima importancia.) Sin embargo, tendrán que reconocer que, para quienes reconocen el carácter personal del no nacido, la práctica legalizada del aborto significa un sufrimiento en muchos casos comparable subjetivamente al de quienes saben que en su país se está cometiendo un genocidio. Cuando algunos liberales justifican la permisión del aborto sobre la base del principio del daño, diciendo que no produce daño al resto de los ciudadanos (“Si Ud. no quiere abortar no aborte, pero no puede impedirme a mí el hacerlo”), da la impresión de que mantienen una noción muy peculiar y no suficientemente justificada de lo que significa daño¹⁷.

Hay otro ejemplo que puede ilustrar aún mejor la insuficiencia del principio del daño como criterio para prohibir acciones, es el caso de la clonación humana. Casi todos estamos de acuerdo en que no es admisible, pero las razones para

¹⁶ Cabría decir que quienes luchan contra la esclavitud lo hacen por el daño producido a los esclavos y no por el daño moral de sentirse heridos, pero en este caso no resulta claro el título para accionar cuando la esclavitud es voluntaria, a menos que se argumente desde puntos de vista no liberales.

¹⁷ Algunos podrían argumentar basándose en los cálculos de diferencia entre el daño moral por el mero hecho de saber que se practican abortos y el daño psicológico de la gente que sufre por no poder decidir sobre su cuerpo, vida sexual, etc. Sin embargo, aparte de las deficiencias comunes a los argumentos utilitaristas, este argumento parte de la base de que el no nacido no es un sujeto realmente involucrado en este problema, lo que es más que discutible.

excluirla difícilmente derivan del principio del daño, ya que a través de ella no se está afectando a personas concretas, al menos actualmente existentes. Todo esto muestra que la idea de daño es demasiado imprecisa o incluso insuficiente como para ser utilizada como criterio único de penalización.

2. Por otra parte, el principio del daño exige precisar qué se entiende por "terceros", lo que tampoco resulta tan fácil como parece a primera vista. El caso más claro, nuevamente, es el del aborto y el estatuto que se le reconoce al no nacido. Pero también parece necesario determinar si por terceros se entiende sólo a los conciudadanos, a los demás hombres, si incluye las generaciones futuras o la memoria de las generaciones pasadas, e incluso si abarca de alguna manera nuestras relaciones con la naturaleza. Todas estas son cuestiones que no pueden resolverse atendiendo a un principio puramente formal. Detrás de ellas hay numerosas implicaciones filosóficas y políticas y distan, por tanto, de ser neutrales. Tampoco es neutral el Estado cuando resuelve, en un sentido u otro, acerca de ellas. La diferencia no se da entre un Estado neutral, meramente instrumental, que resuelve las controversias y distribuye bienes y cargas de acuerdo con principios formales e iguales para todos, y un Estado "paternalista" o "perfeccionista". La diferencia está entre las distintas filosofías y antropologías que el Estado representa en cada una de las actuaciones de sus agentes y mantiene en cada una de sus leyes. No podemos elegir entre neutralidad o compromiso axiológico del Estado: sólo podemos discutir cuál es el compromiso que adoptará en cada caso¹⁸.

3. La difusión del principio del daño está en la base, en parte, del amplio fenómeno de despenalización que en las últimas décadas se ha observado en Occidente. En él confluyen diversos factores. En primer lugar, hay razones de política criminal que mueven a los autores a proponer que el derecho penal quede sólo como ultima ratio, y que se busquen medidas diferentes de las habituales para el castigo de ciertas conductas. No me detendré en esta concepción de la despenalización. En cambio, en otros casos la despenalización viene como consecuencia tanto de la aplicación del principio del daño, como de la creencia en que la disminución de los poderes represivos traerá consigo un crecimiento de la libertad de las personas. Esta concepción de la despenalización es discutible. En efecto, no resulta claro que efectivamente la tendencia despenalizadora así entendida signifique un crecimiento de la libertad individual. Hace ya tiempo se puso de relieve cómo en la sociedad coexisten, en una especie de ecuación inversamente proporcional, poderes represivos y opresivos, de modo que la disminución de los primeros lleva a un aumento de los segundos. Aunque esta afirmación no debe ser tomada al pie de la letra, cabe pensar que, cuando se

¹⁸ Otro ejemplo es el del matrimonio y el derecho a contraerlo libremente. Si se lo entiende, como tradicionalmente se lo ha hecho, como una unión de un hombre y una mujer destinada a la vida en común y abierta a la procreación, es evidente que una pareja homosexual no puede reclamar el derecho a contraerlo. Si en virtud de una mal entendida igualdad se señala que pueden celebrarlo, entonces lo que se está haciendo es cambiar el contenido mismo del matrimonio. Esto, aparte de afectar a quienes ya lo han contraído —que empiezan a vivir dentro de una institución muy distinta de la que habían conocido— es una solución jurídica que dista de ser neutral, como tampoco lo era la anterior. Reconocer el matrimonio tradicional implica reconocer un interés público en esa forma de convivencia, avalada históricamente, y considerar que otras formas de convivencia deben tener un tratamiento tanto más diferente cuanto más distintas sean del matrimonio (sobre el tema puede verse: M. Rhonheimer, "L' imagine...", 122-124).

despenaliza, lo que muchas veces se está haciendo es aumentar el poder de disposición no de los individuos sobre sí mismos, sino de los más fuertes respecto de los más débiles. Así, la sola disminución de los poderes represivos, mediante la despenalización, no constituye un crecimiento de libertad si no se evita que vaya acompañada de un crecimiento paralelo de los poderes opresivos que ejercen unos hombres sobre otros, basados en el predominio de la fuerza. De este modo, la tendencia despenalizadora, entendida de la forma en que ciertos liberales suelen entenderla, experimenta dificultades semejantes a las que ya se hicieron presentes a propósito de la libertad y derechos ajenos como límites de los propios.

4. Debe tenerse en cuenta que la penalización o despenalización de una conducta influyen en el ambiente social. Las personas no viven simplemente en una casa sino en ciudades y países. El hecho de que determinadas conductas queden libres de sanción o que, incluso, sean consideradas como un derecho de las personas, influye, por ejemplo, en la propensión a que se cometan o no cierto tipo de delitos, de modo que no resulta tan claro aquello de que los actos inmorales realizados en privado entre personas adultas no producen daño a terceros (con esto no se está pretendiendo que todo acto inmoral deba ser jurídicamente sancionado, sino sólo poniendo de relieve que las fórmulas liberales no son tan claras como parecen a primera vista).

En todos estos argumentos late la presencia de un elemento de difícil caracterización pero no por eso menos importante. Cuando estamos decididos a excluir la clonación de seres humanos, cuando no aceptamos la esclavitud ni siquiera cuando es voluntaria, y cuando reconocemos que el solo hecho de despenalizar está lejos de producir un crecimiento en la libertad, estamos reconociendo que existe un elemento en la vida social que no es reductible a la suma de los intereses fácticos de las personas, pero que tampoco puede prescindir de ellos. Es lo que la tradición del pensamiento político ha llamado bien común, idea que presenta muchas dificultades pero que parece ineludible si no se quiere caer en los problemas de fundamentación antes aludidos.

Los conflictos que inevitablemente se producen en la vida social no se resuelven solamente con criterios procedimentales. Detrás de las leyes que elaboran los parlamentos y las sentencias que dictan los jueces están, implícita o explícitamente, ciertas instituciones, como el matrimonio, la propiedad y la familia, que expresan una determinada idea del hombre y de lo que constituye su bien. Esa idea o conjunto de ideas nos permite reconocer dónde termina nuestra libertad y comienza la de nuestro vecino, cuáles son los bienes y principios que la legislación debe proteger, y qué conductas son prohibidas o mandadas en una sociedad. Es posible que algunos autores liberales hayan puesto énfasis en los aspectos formales para resolver las disputas o determinar el ámbito de competencia estatal porque suponían un trasfondo moral que habían recibido en herencia de las generaciones precedentes y del cual ellos mismos no eran del todo conscientes. Su Estado era neutral porque no necesitaba pronunciarse acerca de ciertas cuestiones en las que todos estaban de acuerdo. Hoy se ha perdido en buena medida ese reconocimiento de lo fundamental y los jueces se ven enfrentados a pronunciarse acerca de cosas como la identidad de la especie humana, el comienzo y el fin de la existencia, o el significado mismo del matrimonio, que exceden con mucho el ámbito de lo jurídico. Las fórmulas en que se expresa el Derecho suponen, en efecto, una serie de conceptos que no están dados por el Derecho mismo. Ellas sólo significan algo en un contexto que está proporciona-

do tanto por nuestra experiencia cotidiana como por la profundización filosófica que se hace a partir de ella, y hoy el alcance y contenido de ese contexto ha dejado de ser pacífico. Las dificultades que hoy experimenta la pretensión de neutralidad de cierto liberalismo no son más que un reflejo de otras dificultades más profundas, de carácter ético y antropológico.

Así, la discusión acerca del liberalismo tiene el mérito, entre otros, de llevarnos a algunos viejos problemas, ya apuntados por Aristóteles en el libro III de su *Política*, cuando señalaba que los hombres no eran ciudadanos sólo por habitar en un sitio determinado, por participar en ciertos derechos, por realizar intercambios comerciales, mantener una política defensiva común o estar en condiciones de contraer matrimonio, ni la ciudad era una en virtud de las murallas que la rodean. Tampoco hay *polis* allí donde cada uno usa su propia casa como si fuera una ciudad, limitándose a mantener alianzas defensivas con el resto de sus vecinos. Todas esas cosas son necesarias pero no bastan para que haya ciudad, ya que ella se relaciona con una determinada forma de vida y supone la amistad. La teoría política moderna, obsesionada por el poder, olvidó que la política no vive sólo desde arriba, por la acción del poder, sino que supone la salud de otras instancias, como la familia, la existencia de buenas razones para obedecer a la ley y la cohesión que entrega esa forma de amistad que llamamos amistad política. Si el actual desinterés por la política entendida como ejercicio del poder lleva a que los ciudadanos dediquen más energías a restaurar aquellas dimensiones que son condiciones del quehacer político, cabe esperar en el futuro buenos tiempos para la política misma.