

ANICETO MASFERRER

Libertad y ética pública

*Por qué pensar críticamente es clave
para salvar la democracia*

SEKOTIA

© Aniceto Masferre, 2022

© a la edición Editorial Almuzara, S.L., 2022

Primera edición: octubre de 2022

Reservados todos los derechos. «No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea mecánico, electrónico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.»

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

EDITORIAL SEKOTIA • COLECCIÓN REFLEJOS DE ACTUALIDAD

Editor: Humberto Pérez-Tomé Román

www.sekotia.com

info@almuzaralibros.com

Editorial Almuzara

Parque Logístico de Córdoba. Ctra. Palma del Río, km 4
C/8, Nave L2, nº 3, 14005 - Córdoba

Imprime: Gráficas La Paz

ISBN: 978-84-11312-78-3

Depósito legal: CO-1644-2022

Hecho e impreso en España-*Made and printed in Spain*

NOTA PRELIMINAR DEL AUTOR	9
INTRODUCCIÓN	13
Libertad y ética pública.....	13
Ética pública, democracia y libertad de expresión	17
I. LA CRISIS DE LA LIBERTAD Y DEL DERECHO	23
La crisis de la libertad y del Derecho.....	23
Libertad y Constitución de Cádiz	27
Terrorismo y derechos fundamentales.....	31
Terrorismo y derechos humanos precarios	35
Derechos humanos vs. deseos inhumanos	38
Derechos fundamentales, «ética» democrática y adoctrinamiento social	41
¿Educación? ¿Adoctrinamiento? Prefiero la libertad	44
Menos Estado (del malestar) y más libertad.....	47
La politización del Derecho y la objeción de conciencia	53
Libertad religiosa y vida pública en América.....	56
El mito posmoderno de la libertad	59
Libertad y cristianismo.....	63
II. IDEOLOGÍA, POLÍTICA Y CORRUPCIÓN	69
Sociedad, política y corrupción	69
¿Corrupción generalizada?	72
Regeneración política.....	75
¿Es posible una regeneración humanizadora de la sociedad y de la política?	80
Patología del sectarismo	83
Globalismo narcisista.....	87
El matrimonio en la Historia.....	90

III. PRIMACÍA DE LA LIBERTAD SEXUAL EN ESTADOS UNIDOS Y EUROPA (1965-2015)	95
Introducción.....	95
La cultura del deseo en la sociedad posmoderna	97
«Derechos-deseo» vs. libertades fundamentales	101
Permisivismo sexual y privacidad vs. derechos fundamentales: EE. UU. y Europa	104
Permisivismo sexual y privacidad vs. libertad religiosa en EE. UU.	105
Permisivismo sexual vs. derechos fundamentales en Europa	120
IV. LA VULNERABILIDAD DESPROTEGIDA	141
Respeto y justicia social	141
Derechos humanos e Historia: el aumento progresivo de los vulnerables.....	145
La suprema vulnerabilidad de la infancia.....	148
Derecho a la vida y sentido común	153
La deshumanización del Derecho y el aborto	155
5 de julio de 2010: día tristísimo	159
El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho al aborto	162
El ocaso del derecho al aborto	165
Libertad sexual y autodeterminación.....	170
Sexo consentido y vulnerabilidad	173
Sentido común, humanidad y eutanasia.....	177
V. LIBERTAD DE PENSAMIENTO Y DE EXPRESIÓN	183
Pensar por uno mismo.....	183
Pensamiento crítico y educación.....	187
Una lección histórica de la libertad de expresión	191
La discrepancia como herejía.....	195
APÉNDICES AL CAPÍTULO V	201
Libertad de expresión en un Estado Democrático Igualitario	201
El miedo: ¿Cómo superarlo para poder expresarse en público?.....	228

NOTA PRELIMINAR DEL AUTOR

Este libro trata de la relación entre Derecho, ética y libertad, cuestión tan compleja como fundamental en una sociedad plural y democrática. ¿Cómo conciliar el respeto a la libertad de cada individuo con la necesidad de un Derecho aplicable al conjunto de la sociedad? ¿A quién corresponde decidir, y de qué modo, el modelo ético que debe regir e informar el Derecho de una sociedad? ¿En qué medida el ciudadano puede —o debe— contribuir a su proceso de configuración? ¿Cómo conciliar dos nociones tan fundamentales —para todo ser humano que vive en sociedad— como la libertad y la ética o la justicia social?

Al tratar de responder a estas cuestiones, parto de unas premisas fundamentales, entendiéndolas que: 1) la vida no sería propiamente humana si uno renunciara a vivir en libertad; 2) que uno no sería realmente libre si se desentendiera de la verdad que sustenta todo aquello que es bueno, bello y justo; 3) que uno no podría tener acceso a la verdad si no se atreviera a pensar por sí mismo; 4) que la configuración de la ética pública de una sociedad corresponde principalmente a los ciudadanos que la conforman; y 5) que el ejercicio de la libertad de expresión (incluyendo la discrepancia) y la cultura del diálogo son claves para salvaguardar y fortalecer la democracia. Por esto, el lector constatará que este libro no solo parte de estas premisas, sino que también trata de aplicarlas a algunas de las grandes cuestiones que afectan al conjunto de la sociedad, procurando

pensar y reflexionar críticamente sobre ellas. En realidad, son cuestiones que deberían ser resueltas entre todos, no por unos pocos, y menos por una minoría. De ahí la necesidad —imperiosa, en toda sociedad democrática— de estimular el pensamiento crítico, de fomentar la expresión de las propias ideas, y del diálogo, en particular con quienes piensan de modo distinto. En esta línea, este ensayo hace una defensa de la libertad y sostiene que el primer ámbito en el que debe desplegarse su ejercicio no está tanto en la mera posibilidad de elección, como en el pensamiento crítico y en la expresión de las propias ideas, sin las cuales las demás libertades carecerían de sentido, y no podría haber diálogo ni comunicación, que son los actos más definitorios —o genuinos— del ser humano.

De ahí que este ensayo no pretenda convencer ni persuadir al lector de ninguna tesis en particular, sino invitarle a que piense por sí mismo, al hilo de las cuestiones tratadas, y que tenga la valentía de expresar libremente sus ideas, también fuera del ámbito íntimo o familiar si fuera oportuno o necesario. Si al terminar el libro, el lector se hubiera convencido de esta realidad, me daría por satisfecho con independencia de que compartiera o no algunos de mis puntos de vista. Al fin y al cabo, yo puedo estar equivocado (*«errare humanum est»*), pero más lo estaría si no pensara por mí mismo, ni fuera capaz de dialogar con quien piensa de modo distinto.

Es más humano estar en el error pensando por uno mismo que en la verdad habiéndola «asumido» pasiva y acríticamente; el primero, si mantiene su apertura mental y sano espíritu crítico, podrá llegar a la verdad y experimentará su luz y plenitud; el segundo, en cambio, jamás terminará de descubrir su fulgor, quizá ese mismo que llevó a Dostoyevski a afirmar que «la belleza salvará el mundo». La libertad es tan necesaria como bella, pero pierde su belleza si se despliega al margen de la justicia, si conculca las libertades de los demás, sobre todo las de los más vulnerables, la de aquellos que no tienen voz o no tienen

la fuerza suficiente para hacerse oír y respetar. En este sentido, este ensayo también refleja mi preocupación por una sociedad posmoderna que, lejos de poner la tecnología y el globalismo al servicio del desarrollo sostenible e integral de todos (de los que estamos y de los que vendrán), parece mostrarse cada vez más narcisista e insolidaria, dejando «la vulnerabilidad desprotegida» e incrementando por doquier las bolsas de pobreza, así como el número de personas frágiles e indefensas abandonadas a la intemperie, a veces quizá por haber seguido una cultura consumista que estimula e invita incluso a la explotación de uno mismo. Cambiar esta tendencia corresponde a todos, si bien a cada uno de un modo distinto...

INTRODUCCIÓN

LIBERTAD Y ÉTICA PÚBLICA

La ética pública es una realidad, se quiera o no. Es, en definitiva, ese conjunto de creencias y valores mayoritariamente asumidos por una sociedad, por cada sociedad, que tiene sus elementos diferenciales en función del contexto geográfico y que suele cambiar y evolucionar con el paso del tiempo.

Los valores que sustentan la sociedad de un país —como la española, por ejemplo— en un momento histórico —como la transición, por ejemplo— pueden tener poco que ver con los valores que sustentan esa misma sociedad tiempo después. Alfonso Guerra era bien consciente de esto cuando, tras ganar las elecciones el PSOE, el 28 de octubre de 1982, afirmó que «Vamos a poner a España que no la va a reconocer ni la madre que la parió». No sé hasta qué punto cabría aceptar que así fue, cuando el mencionado partido dejó de gobernar en 1996, pero es innegable que los valores sobre los que se fundamentaba la sociedad española de 1982 tienen poco que ver con los de cuatro décadas después. Podrá gustar más o menos, pero ni la sociedad actual es la misma ni se rige por esa misma ética pública.

Una sociedad no puede dejar de fundamentarse en una serie de principios y valores mayoritariamente asumidos por sus ciudadanos. Es la común aceptación de esos principios y valores (la ética pública) lo que construye sociedades esta-

bles, por más que algunos puedan afirmar lo contrario, o se autoproclamen liberales y se presenten como supuestamente neutrales respecto a cualquier valor o principio ético. Ser liberal no implica carecer de ética, sino que comporta asumir un determinado tipo de ética. Existe un tipo de liberal que tiende a presentarse como tolerante y presume de respetar todas las posiciones, pero a quienes no comparten su postura los acusa de intolerantes y de pretender imponer su ética al resto de la sociedad. Se trata de un conocido recurso demagógico que, no obstante, deja a muchos sin saber qué decir o cómo replicar. Esta postura es la adoptada por la corriente norteamericana denominada libertaria (*Libertarianism*), cuyos partidarios se permiten criticar —e incluso descalificar— a quienes sostienen que la sociedad necesita de reglas éticas algo más exigentes que garanticen unos mínimos de justicia indispensables para lograr una convivencia estable y pacífica.

Para los libertarios, la libertad es el principio ético fundamental, de suerte que invocar una exigencia ética para reducir la capacidad de elección y decisión de la persona en cualquier ámbito se interpreta como una ilegítima intromisión o injerencia que resulta inadmisibles. Entienden los libertarios que nadie puede verse coartado o limitado en sus decisiones por ningún tipo de imperativo ético que pretenda imponerse a la propia voluntad. Para esta concepción, tan inadmisibles sería obligar a alguien a terminar con su vida, como impedir que alguien pueda tomar esa decisión, si es lo que desea. Tan inaceptable sería obligar a una mujer a abortar, como prohibírsele si es lo que desea. Tan inaceptable sería obligar a alguien a prostituirse, como impedir que lo haga si es lo que quiere. Tan inaceptable sería obligar a alguien a probar las drogas, como prohibírsele si esa fuera su voluntad, etc. Y lo mismo cabría decir con respecto a muchos otros ámbitos como la economía (capitalismo, comunismo, liberalismo, neoliberalismo, proteccionismo, etc.) o la

sexualidad (bigamia, pedofilia, poligamia/poliandria, poliamor, incesto, etc.), entre otros.

En el otro extremo está la corriente denominada perfeccionista (*Perfectionism*), que sostiene unos estándares de ética pública más rigurosos. Sus partidarios entienden que es la virtud la que debe garantizar la justicia y la paz social, y que el clima de la comunidad política debería favorecer la conducta virtuosa de sus individuos. En pocas palabras, afirman que la sociedad debería contribuir a conformar ciudadanos de conducta ejemplar, propiciando así un impacto positivo en el conjunto de la sociedad. Conforme a esta perspectiva, el principio ético fundamental no sería tanto el de la libertad de elección propugnado por el *libertarianism*, como el de la idea de bien, la promoción de una conducta virtuosa, una idea de lo bueno compartida por el conjunto de la sociedad. Desde esta óptica, para afrontar las cuestiones complejas (eutanasia, aborto, droga, prostitución, incesto, poligamia, etc.) lo relevante no sería «dejar que cada uno haga lo que quiera» —porque la comunidad política no debe obligar ni prohibir (libertarios)—, sino llegar a establecer «qué es lo bueno para el individuo y para el conjunto de la sociedad», doctrina que hunde sus raíces en autores como Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino y Kant, entre otros.

Ambas corrientes, presentes de algún modo en todas las sociedades occidentales, son irreconciliables y pugnan por imponerse en la ética pública de cada comunidad política. Para conseguirlo necesitan introducir sus presupuestos en la educación, la cultura, los medios de comunicación, las redes sociales, el cine, la literatura, etc. Y el camino más rápido para lograrlo es introducirse en los programas de gobierno y recurrir al Derecho como herramienta de cambio. Con el Derecho, es muy fácil y rápido reformar la educación, lo cual permite moldear —a través de los currículos de los ciclos obligatorios— la mente de toda una generación en poco más de una década. Con el Derecho, se puede cambiar la historia y el lenguaje, aun

a costa de atropellar su estatus científico con manipulaciones ideológicas o partidistas. Desde el poder se puede favorecer un determinado tipo de cultura (cine, arte, etc.) subvencionando cadenas televisivas y grupos mediáticos que la difundan e ignorando a otros; también se pueden rescatar a determinadas empresas y dejar que otras se hundan, etc.

Esto es bien sabido por todos, pero en ocasiones se olvida que las corrientes libertarias no son tan inocentes como predicán, y recurren al Derecho para imponer sus principios, tanto o más que las perfeccionistas, pese a presentar sus medidas o reformas legales como éticamente asépticas. En ese sentido, promover una ley que prohíba la eutanasia, optando por fomentar la medicina paliativa y el cuidado de los enfermos terminales para que prefieran vivir a morir, debería considerarse tan moral —o inmoral, según la posición de cada uno— como promover otra ley que apoye económicamente a quienes decidan terminar con su vida. Se puede discrepar con relación a qué sería lo correcto desde el punto de vista ético, pero no se puede afirmar que la primera de estas propuestas imponga una opción ética y la otra no. En ambas existe un trasfondo ético evidente e innegable, por mucho que la segunda no prohíba ni obligue y subvencione el deseo de morir de un individuo, mientras que la otra prohíba matar y financie una mejor atención a los enfermos facilitando su acceso a cuidados paliativos con la esperanza de lograr que prefieran seguir viviendo.

En mi caso, debo reconocer que, precisamente porque creo y amo la libertad, no me identifico con libertarios ni con perfeccionistas. No me identifico con los primeros, porque no me parece razonable sostener que la libertad, entendida como mera capacidad de elección, sea garantía de una vida y una sociedad verdaderamente humanas; de hecho, es evidente que hay decisiones que a uno le hacen mejor como persona (por ejemplo, procurar trabajar bien y con espíritu de servicio a los demás) y otras que le hacen peor (trabajar chapucemente, por

quedar bien o estafando a los demás). Tampoco me identifico con los segundos cuando el perfeccionismo se interpreta como la imposición de una concepción del bien de forma totalitaria e irrespetuosa con la persona, porque entiendo que debe ser cada uno quien se decida libremente por el bien, y que nunca debe adherirse a él «forzado» por un gobierno paternalista o unas leyes que no permiten optar por lo contrario. Ni el Estado ni el Derecho pueden hacerme bueno: solo yo puedo hacerme bueno cuando opto libremente por hacer lo que es bueno y lo hago por un motivo bueno (o recto). Por mucho que el Estado o el Derecho me obligaran a hacer el bien (en el caso de que así fuera), eso por sí mismo no me convertiría en una buena persona, porque faltaría la libertad. Solo desde la libertad, no desde la imposición, puedo hacerme bueno haciendo el bien.

ÉTICA PÚBLICA, DEMOCRACIA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La cuestión fundamental con respecto a la ética pública no radica en saber si es posible o deseable que una sociedad la tenga o deje de tenerla, porque en realidad siempre la tiene y jamás podrá dejar de tenerla. Lo relevante, máxime en una sociedad democrática, es cómo y quién debe configurar los valores y principios que rigen en esa sociedad. A mi juicio, los principales agentes configuradores de la ética pública deberían ser los propios ciudadanos. Pienso que en una democracia libre y plural no debería ser el Estado el principal agente configurador de los valores fundamentales que sustentan la convivencia social. Tampoco los grandes grupos empresariales, mediáticos y financieros. De lo contrario, la democracia se corrompe y se convierte en demagogia, desembocando fácilmente en un régimen autoritario o totalitario. Ese proceso de corrupción de la democracia se evita cuando la libertad política de una comuni-

dad tiene como base la suma de las libertades individuales, no en abstracto, sino en su concreto y libérrimo ejercicio.

Por eso, es fundamental que todo ciudadano piense por sí mismo, que exprese públicamente su pensamiento en un clima de libertad —con independencia de lo que piense—, y que contribuya, dentro de sus posibilidades, a configurar la ética pública de la sociedad en la que le ha tocado vivir. Además, en una democracia la ética pública debería ser una realidad dinámica, en constante movimiento, incluso cuando alguna de sus partes ha cristalizado o se ha consagrado en una norma legal. Por tanto, el Derecho no debería impedir que los ciudadanos puedan pensar y expresar doctrinas que fueran contrarias a la ética pública hegemónica en un momento concreto. De ahí la importancia de la libertad de expresión, porque, aunque no sea el derecho fundamental más importante (el derecho a la vida, por ejemplo, es el primero y posibilita el ejercicio de los demás), sí es el más imprescindible y genuino de toda democracia.

Alguno podría hacerse las siguientes preguntas: ¿cómo solventar el dilema entre el ejercicio de la libertad individual (conforme a la ética privada del ciudadano) y el carácter general del Derecho (reflejo de la ética pública)? ¿Cómo pueden coexistir en una misma sociedad éticas distintas, a saber, una ética pública (principios más o menos comunes a la mayoría y refrendados por el Derecho) y las diversas éticas privadas (de cada ciudadano)? ¿En qué medida puede el Estado prohibir, en un régimen democrático, la discrepancia, o impedir a un ciudadano la expresión de su moralidad privada cuando esta es contraria o distinta de la moralidad pública? Esta es, sin duda, una cuestión clave en toda democracia que merezca ese nombre. Por una parte, es lógico y comprensible que el Estado promulgue leyes que sean reflejo de la ética pública mayoritaria de la sociedad en un determinado momento. Lo contrario sería sospechoso o preocupante. Una vez que la ley ha sancionado algún principio de la ética pública, es razonable que se prohí-

ban las conductas que lo vulneran. Ahora bien —y aquí viene el matiz importante—, una cosa es prohibir conductas contrarias a valores fundamentales y otra bien distinta que se prohíba la opinión. El Derecho jamás debería prohibir la expresión de opiniones discrepantes, siempre y cuando estas no constituyan una amenaza grave y real a la convivencia (alentar el odio, la violencia, etc.) o un atentado directo contra derechos de terceros.

Sin embargo, a mi juicio, no deberían ser admisibles —aunque el Derecho lo permita según los casos— las expresiones discrepantes cuyo efecto sea la exclusión, la burla y la vejación de quienes no comparten algún principio de esa concreta ética pública. Permítaseme poner un ejemplo. Si la moralidad pública, reflejada en la legislación, no permitiera ir desnudo por la calle, quien lo hiciera podría ser sancionado, pero una democracia constitucional jamás debería sancionar a quien, juzgando como bueno poder ir desnudo por la calle —aunque legalmente no le fuera permitido hacerlo—, pudiera por lo menos expresar su opinión y defender —sin amenaza de sanción alguna— su postura discrepante, es decir, sostener deseable —para el libre desarrollo de la propia personalidad— que el ciudadano pueda ir desnudo por la calle, o proponer la creación de zonas o urbanizaciones en las que la gente pudiera ir desnuda por la calle. A mi juicio, el Estado no debería privar a esa persona de la libertad de expresar lo que piensa. De este modo, la libertad de expresión jugaría el papel que le corresponde a la hora de tender puentes entre la «moralidad pública» y la «moralidad privada», propiciando un constante movimiento de flujo y reflujo entre una y otra moralidad, y este dinamismo, propio de una democracia verdaderamente libre y plural, impediría la actitud totalitaria de quienes exigen máxima libertad de expresión cuando reivindican sus ideas para una nueva «moralidad pública» (piénsese en las de Mayo del 68), y prohíben la discrepancia cuando ya han logrado con-

formar una moralidad pública de acuerdo con sus ideas (que es lo que está sucediendo con la legislación relativa a la libertad sexual y a la identidad de género).

Siguiendo con el ejemplo anterior, si llegara el día en el que el nudismo —poder deambular desnudo por la calle— formara parte de la moralidad pública, ¿podría el Estado prohibir la expresión de la discrepancia? En absoluto, no debería prohibirlo, y menos aún —como se hace con ciertos colectivos— recurriendo al principio de igualdad, con una línea argumental tan simplista como la siguiente: «Si todos pueden ir por la calle como desean, ¿a qué se debe esa discriminación hacia el colectivo nudista? Si a usted no se le obliga a ir desnudo, ¿por qué pretende imponer su posición a todos, impidiendo a quien quiera que pueda ir desnudo? ¿Por qué no deja que los demás puedan hacer sus propias elecciones morales?». Si se admite que la fuente y criterio fundamentales del principio de igualdad es de orden estrictamente subjetivo, y no se atiende al bien del conjunto de la comunidad —porque se cree que ese bien no existe, que el bien es siempre algo privado, subjetivo e inmanente—, el argumento igualitarista puede convertirse, en manos del Estado, en una peligrosa herramienta de imposición totalitaria, incompatible con una auténtica democracia constitucional.

Otro síntoma que muestra la escasa calidad o madurez de una democracia es el asiduo recurso a etiquetas o expresiones tópicas a fin de descalificar al discrepante (fascista, comunista, facha, nacionalista, independentista, filoetarra, homóforo, machista, ultraderechista, ultraizquierdista, etc.). Este recurso, tan frecuente sobre todo en la política y en los medios de comunicación, y que suele implicar un desprecio o una burda simplificación de la realidad, no parece ser el mejor modo de fomentar la libertad de expresión y el espíritu de diálogo que deberían caracterizar a una democracia constitucional. Pero el problema de algunos es que se consideran a sí mismos tan lúcidos y están tan enrocados en sus posiciones ideológicas, que no

están dispuestos a aceptar que mediante el diálogo y el debate plural se pueda llegar a consensos alejados o ajenos a «su» verdad. Cuando sus principios son secundados por la mayoría (se convierten en ética pública), entonces impiden y prohíben la discrepancia con la fuerza coercitiva de las leyes y de la presión mediática; pero cuando la mayoría no comparte «su» verdad (ética privada), promueven —entonces sí— la disidencia y la discrepancia en nombre de la libertad de expresión y del derecho de las minorías frente a las supuestas imposiciones ilegítimas de la mayoría.

En resumen, sostengo que la ética pública no debería ser fruto de la voluntad del Estado ni de poderosos *lobbies* (políticos, empresariales, mediáticos y financieros), sino el resultado del ejercicio de la libertad de todos y cada uno de los ciudadanos, que están llamados, en la medida de sus posibilidades, a configurar la ética pública de su comunidad política.

En coherencia con lo que acabo de afirmar, estimado lector, en este libro no pretendo convencerte de nada, ni mucho menos de que pienses como yo. Mi propósito es, sencillamente, expresar con libertad mis reflexiones críticas sobre esta cuestión clave en toda sociedad democrática y en la nuestra en particular, con la esperanza de ayudarte a pensar por ti mismo y de animarte a que también tú tengas el coraje de contribuir, con tu participación libre y activa, al florecimiento de una democracia más libre, abierta, plural y madura.

I

LA CRISIS DE LA LIBERTAD Y DEL DERECHO

LA CRISIS DE LA LIBERTAD Y DEL DERECHO

Conforme pasan los años, cada vez me resulta más incómodo reflexionar sobre qué es el Derecho y cuál es su función en la sociedad, lo cual no deja de ser preocupante en quien, por su profesión, debería ilustrar a los cientos de estudiantes universitarios que asisten a sus lecciones en su primer año del Grado en Derecho.

Me dirán que el problema es mío y no les faltará razón. Sin embargo, veo que no es algo personal, sino que viene de lejos, aunque muchos de sus aspectos e implicaciones tengan plena actualidad a día de hoy. Los ejemplos que reflejan este problema son innumerables. El consumo del vino, en general, y la práctica del botellón en particular pueden servirnos para comprender cuál es la función del Derecho en nuestra sociedad.

El Derecho ya establece cuál es la edad mínima para el consumo de alcohol y prohíbe su venta a menores. Algunas Comunidades Autónomas han regulado más minuciosamente la práctica del botellón, a fin de restringirla en lo posible, salvaguardando así el orden público y disminuyendo las molestias que tales reuniones terminan ocasionando en no pocas ocasio-

nes al vecindario que las padece. Hasta ahí me parece lógico y razonable. La cuestión es si el Derecho debe ir más allá en la regulación de esta materia, salvaguardando legalmente por completo —como pretenden algunos gobernantes— la salud física del individuo, como si de un «menor de edad» se tratara hasta la sepultura. ¿Hasta qué punto el Derecho puede conculcar el ejercicio de la libertad de los individuos sometidos al imperio de la Ley?

Es bien sabido que una de las grandes conquistas de las revoluciones liberales —y de la francesa en particular— fue la libertad, es decir, que el Estado liberal, saliendo al paso de las arbitrariedades de las Monarquías absolutas, instauraba un Derecho que garantizaba un conjunto de derechos y libertades. Sin embargo, en aquel momento las nociones de «Libertad» y «Derecho» tenían como referentes ineludibles el bien y la justicia, respectivamente.

John Stuart Mill, autor de *Sobre la Libertad* (1859), obra que actualmente se erige en el Vademécum de los universitarios americanos, diseñó una noción de libertad muy extendida hoy en día en Occidente. Según él, la libertad consiste en «perseguir nuestro propio bien a nuestra propia manera, mientras no intentemos privar a los demás del suyo; cada uno es el mejor guardián de su propia salud física, mental o espiritual», ofreciendo, pues, una visión individualista de la libertad, en la que se desconecta la libertad del bien: lo importante de la libertad es que «yo he elegido», y no el grado de bondad de lo escogido, que, en todo caso —diría él— será bueno para mí, aunque no lo fuera para otro. De este modo, libertad y bien se separan, careciendo ya de sentido la libertad «para», conformándose esta con la mera capacidad de elección. Sin el «Bien» como referente, de entrada parece que el grado de discrecionalidad es mayor, pues nada encorseta mi elección y puedo hacer, en consecuencia, lo que me dé la gana, con la sola limitación de no ocasionar daños a terceros.

Derecho y Justicia, que durante tantos siglos fueron juntos de la mano, se declararon en enemistad manifiesta con el triunfo del positivismo jurídico, encarnado en la figura de Hans Kelsen y su *Teoría pura del Derecho* (1934). El divorcio entre Justicia y Derecho firmado por la escuela positivista ponía punto final al papel de la diosa razón en la ciencia jurídica, pues una vez promulgadas leyes y códigos, una vez positivizado el Derecho merced a la razón, ¿qué sentido tenía permitir la entrada de elementos que pudieran mermar la pureza legal que se pretendía? Ciertamente, esta doctrina está ya superada por otras escuelas y carece hoy en día del predicamento de que gozó hasta la segunda mitad del siglo pasado. Ahora bien, la escisión entre Derecho y Justicia permanece en nuestros días, y la propia ciudadanía tiene la percepción de que en muchas ocasiones —sin duda, demasiadas—, el Derecho toma unos derroteros que llevan a todo menos a la Justicia.

En este contexto, ahora resulta que el Derecho, desvinculado ya de la idea de «Bien» y «Justicia» como referentes objetivos ineludibles, cuando en teoría debiera ofrecer un marco amplio de libertad ciudadana (consecuencia lógica de que tanto los individuos como la sociedad en su conjunto gozasen de un encomiable grado de madurez para ello), se torna, por el contrario, más legislador que nunca, intentando resolver a golpe de leyes y decretos todas las desviaciones de lo que en cada momento se estima por bueno y justo, lo cual tiene que ver con referentes tan volátiles y efímeros como la ideología alentada por el partido político que gobierna el Estado en un determinado momento, por los eslóganes puestos de moda por determinados *lobbies* y grupos de presión, por las líneas editoriales de importantes grupos mediáticos, etc., erigiéndose todo ello en los nuevos referentes de lo que es el «bien» y la «justicia», bajo una denominación distinta, menos carca.

El problema es que todo acaba traducándose en leyes, y el cuadro que ofrece actualmente el Derecho español en

ciertas materias, si se observa a distancia y con frialdad, es, como mínimo, poco consistente y falto de coherencia. Resulta patente que se ha legislado al vaivén de criterios coyunturales cuando no antagónicos. Si a eso se le añade el excesivo afán de legislar y regular la convivencia social, las inconsistencias e incongruencias lógicamente se multiplican. El papel —y la correspondiente pérdida de prestigio y legitimidad— de la ley al pretender garantizar la salud y seguridad de los ciudadanos con motivo de la pandemia por la COVID-19, constituye un triste ejemplo reciente. Tengo para mí que si la sociedad española y sus gobernantes (y demás partidos políticos, incluidos) fueran más a la raíz de algunos problemas, se podría conseguir más, legislando menos. En ocasiones incluso da la sensación de que la propia legislación ha empeorado las cosas, precisamente por no querer llegar al fondo del problema.

No pretendo alabar los botellones —me producen tristeza, porque dañan a muchos jóvenes—, pero creo que los entiendo, y estoy convencido de que esto no se arregla a fuerza de leyes, y menos con leyes cuyos principios inspiradores son, por lo menos, arbitrarios y paradójicos. En ocasiones parece como si el bien supremo merecedor de protección legal fuera la «salud física», relativizándose todo lo demás.

Frente al bien «salud física», libertad cero y legislación extenuante. Frente a otros bienes como la «madurez afectiva», el «autocontrol», el sentido de la lealtad-fidelidad, etc., «ancha es Castilla» y, además, ahí no conviene hacer uso de la ley porque, de hacerlo, se estaría incurriendo en una función «moralizante» intolerable. ¿A qué se deben estas distinciones? ¿Quién las marca y en base a qué? «Póngase el cinturón inmediatamente», «No fume en su lugar de trabajo, aunque esté solo en su despacho», «No beba en estas condiciones», etc., y luego el Derecho hace la «vista gorda» en temas de tanto o mayor calado, o sale en defensa del más fuerte, vulnerando derechos fundamentales de terceros que no son capaces de hacerse valer

por sí mismos porque no se les deja. Colamos un mosquito y tragamos un camello.

A uno le vienen ganas de decir: «¿Y por qué no me dejan en paz?», o de mostrar su disconformidad con la propia conducta, en ocasiones de un modo desacertado, pretendiendo «evadirse» o «escapar» un poquito de la realidad, pues lo que hay es infumable y no satisface a cualquiera que piense y reflexione por sí mismo un poco. Y muchos jóvenes, sean universitarios o no, se percatan de que el tren en el que se han subido huele mal. «Esto está podrido», piensan. Y los más pesimistas, un tanto desesperanzados y sin recursos, añaden: «De perdidos al río». Esto explica, en buena medida, el fenómeno del botellón, aunque no lo justifique.

¿Qué haremos? ¿Iremos a la raíz, o preferiremos quedarnos de nuevo en la superficie, introduciendo más prohibiciones legales? Cuanto más en la superficie nos mantengamos, más incongruencias generamos y a mí más me incomoda reflexionar sobre el sentido del Derecho y su función en la sociedad. Y si se nota, que mis estudiantes me perdonen. Jamás se me ha dado bien fingir.

LIBERTAD Y CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

«Bien sabido es lo que hizo el Rey Carlos I. Creyó este Monarca que sus derechos, como su poder, no tenían límites; y tratando como rebeldes a los bravos Comuneros, extendió sus estragos hasta las mismas alquerías; tan íntimamente persuadido estaba de que la Nación no debía repugnar ni uno solo de sus caprichos por contrarios que fuesen al bien público. Lo mismo creían todos los Monarcas españoles, ¿y por qué sucedía esto? Porque las Cortes, como formadas sin plan por acaso, y dependientes de la voluntad del Rey, no tenían más carácter que el de un vasallo que le hace sus instancias con respetuoso y humilde memorial.

A buen seguro que si fueren unas Cortes como las presentes, no aparecerían a nuestros ojos como una pequeña estrella en lugar de ser un sol (...). Españoles, ya tenéis ese sol que está luciendo por todo el mundo: este es un Congreso de cuya legalidad no puede dudarse, y cuya representación, compuesta de la voluntad libre de los españoles de ambos mundos, será un argumento eterno contra las violentas usurpaciones de esos homicidas de los derechos de todas las naciones; seréis, pues, respetados en vuestra representación nacional, y esta, con los poderes ilimitados, hará vuestra felicidad ilimitadamente».

Con estos términos se expresaba el diputado avilés Francisco de la Serna unos meses antes de la promulgación de la Constitución de Cádiz. Como puede apreciarse, el concepto de libertad constituía el fundamento y el objetivo primordial del texto gaditano, no solo como reacción a la invasión y dominio franceses (el texto de Bayona aprobado en 1808 había sido una concesión o «carta otorgada» más que una «Constitución»), sino también frente al modelo absolutista, propio del Antiguo Régimen, en el que «todo lo que place al rey tiene fuerza de ley». Para ello, convenía dejar claro que las Cortes de Cádiz nada tenían que ver con las medievales (pese a los intentos de Francisco Martínez Marina —en su «Teoría de las Cortes» de 1812— por presentar estas como el origen de aquellas), dando como indiscutible, tanto su legalidad como su legitimidad representativa («compuesta de la voluntad libre de los españoles»).

Ciertamente, la libertad fue el *leitmotiv* del texto gaditano, gozando de una «vis atractiva» tan fuerte que, en España, la lucha contra la invasión francesa propició el que absolutistas y liberales se alinearan —por razones distintas— en el mismo bando: tanto los absolutistas como los liberales consideraban traidores a quienes apoyaban la causa de José I, los primeros porque habían dado la espalda a la monarquía legítima (Fernando VII), y los segundos porque se habían enfrentado a

la nación española. Unos y otros perseguirían a todos aquellos «afrancesados» y «juramentados» que constituían una amenaza para la ansiada libertad, creándose una figura delictiva singular, el delito de infidencia, que legitimara la persecución y castigo de los traidores de la «Patria», dentro de un marco de legalidad que consagraría la propia Constitución de 1812. Tipo delictivo que también se aplicaría para perseguir y castigar a quienes, en nombre de la libertad, promovían la causa independentista en las colonias americanas.

Aunque todo el texto gaditano refleje la noción moderna de libertad (años antes del célebre discurso de Benjamin Constant, titulado «De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos», 1819), así como la concepción rousseauiana de ley como «expresión de la voluntad general», y varios de sus artículos pongan de manifiesto su particular relevancia, conviene no olvidar que no existía, entre los diputados doceañistas, un parecer unánime en torno al concepto de libertad ni tampoco sobre su concreto alcance. Absolutistas y liberales compartían el sentimiento de rechazo frente al dominio francés, al igual que tanto los diputados realistas como los liberales entendían que la soberanía debía residir en la nación (y no en el monarca). Sin embargo, aun admitiendo que esa libertad pudiera ser ilimitada (aspecto sobre el cual ya no compartían todos los diputados de Cádiz), algunos sostenían que ello no legitimaba cualquier toma de decisión, pues existían realidades (o «poderes constituidos») sobre las cuales no había disponer; de lo contrario, esa libérrima opción atentaría contra la auténtica libertad, yendo a la postre en detrimento de la prosperidad y felicidad de todo el conjunto de la Nación. Así se expresaba, en este sentido, el diputado Llanera unos días antes a la citada intervención de F. de la Serna:

«Si los poderes que las provincias comitentes dieron á sus Diputados que componen este Congreso nacional son ilimitados, lo son en órden á poner todos los medios posibles de salvar la

Pátria, arrollando á los enemigos de su suelo, de salvar la religion contra todos los tiros con que se intenta combatirla y arruinarla, de establecer en el Trono de sus mayores á la augusta persona del Sr. D. Fernando VII; de mejorar la Constitucion que sea digna de la Nacion española; en una palabra, para todo lo que se juzgue necesario para restablecer la felicidad de la España, valiéndose de todos los medios de justicia; pero no para trastornar las leyes de la rectitud y equidad, no para despojar á las provincias, sus ciudades, villas, corporaciones y particulares de aquellos derechos y regalías que con justos títulos poseen. Son todos dignos de la soberana proteccion de V. M. en sus personas, en sus bienes y en sus legítimos privilegios, mientras que por el crimen de infidelidad á la madre Pátria no la hayan desmerecido».

El texto gaditano fue la primera Constitución española. Al consagrar los grandes principios del constitucionalismo moderno (soberanía nacional, división de poderes, reconocimiento de los derechos fundamentales y sometimiento del Estado a la ley), puso las bases para una nueva sociedad civil y política que, viviendo en un clima de libertad, se garantizara así la felicidad de toda la nación. Ahora bien, no cabe olvidar que todos enarbolaban un ideal de libertad cuya noción y alcance les sobrepasaba: mientras unos absolutizaban la libertad, erigiéndola en fuente legitimadora de cualquier decisión (siempre que se adoptara conforme a la legalidad), otros intuían que una libertad concebida en estos términos absolutos, alejada de la razón natural, carecía de sentido, pues la prosperidad y felicidad no dependían tanto de un ejercicio ilimitado de libertad, como de promover una sociedad justa y equitativa; de ahí que no convenía emplear los «ilimitados» poderes del Congreso nacional «para trastornar las leyes de la rectitud y equidad».

El dilema permanece vigente dos siglos después. Los diputados de Cádiz llegaron hasta donde fueron capaces, pero no lo resolvieron. A nosotros nos toca intentar resolverlo. Cabe pensar que el problema es irresoluble, en cuyo caso la historia

seguirá planteándolo a las generaciones venideras, o enfrentarse a él seriamente, antes de que nos traiga sin cuidado el que las leyes y el Derecho deambulen al margen de la rectitud y equidad.

TERRORISMO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

El conocido múltiple atentado terrorista en EE. UU. dejó estremecido al mundo entero y cambió el orden político internacional. En efecto, los ataques terroristas del 11/S de 2001 llevaron consigo un cambio de dirección en las prioridades de los sistemas penales del mundo Occidental. Se ha llegado a afirmar que tales actos terroristas, así como los acontecidos en Madrid, en el 11/M de 2004, y en Londres, en julio de 2005, constituyeron una amenaza a la vida y a la convivencia de los países democráticos. En este sentido, el debate surgido tras el 11/S en torno a la expansión del poder del Estado en la lucha contra el terrorismo ha desembocado en un falso —o falaz— debate sobre la primacía del principio de seguridad frente al de la libertad o derechos fundamentales del individuo o viceversa.

Resulta innegable la existencia de un rasgo característico del actual discurso político y académico con respecto a la estrategia y legislación antiterrorista surgida tras el 11 de septiembre: el de plantearse la conveniencia de restringir los derechos y libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo internacional de una forma efectiva.

Según el parecer de algunos, nada debiera impedir tal restricción de derechos, habida cuenta de que lo que está en juego es precisamente la democracia liberal, la cual constituye —a su juicio— el principal motivo, objetivo y enemigo de cualquier terrorista. En esta línea, no cabría admitir que los mismos mecanismos que protegen al individuo del poder excesivo del Estado dificultaran —o imposibilitaran— luego al Gobierno

responder de forma efectiva a la amenaza terrorista. Según este planteamiento, pues, las libertades civiles y los derechos humanos no serían otra cosa que una mera conveniencia política para su disfrute fundamentalmente en tiempos de bonanza.

Según el parecer de otros, es precisamente en los tiempos de crisis cuando el Estado democrático debiera adherirse de manera estricta a sus genuinos principios. En esta línea, los derechos fundamentales perderían todo su efecto si fueran revocables en situaciones críticas o de necesidad. Además, sostener que resulta necesario privar a los individuos de sus derechos y libertades para mantener la seguridad significaría situar al Estado al nivel de los terroristas, para quienes el fin justifica los medios. En este sentido, se ha señalado la falsedad de pensar que la restricción de los derechos fundamentales constituye un requisito para fortalecer al Estado en la lucha contra el terrorismo. Y aunque pudiera ser cierto, en ese caso no cabría olvidar que tal opción también desembocaría ineludiblemente en la falta de seguridad del ciudadano frente al Estado.

En definitiva, la controversia en torno a la supuesta dicotomía o difícil equilibrio entre la seguridad y la protección de los derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo concierne a la clásica cuestión de los límites del poder del Estado frente al individuo, esto es, a sus derechos fundamentales que ya fueron reivindicados intelectualmente por la Escuela de Salamanca (Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, etc.), en el siglo XVI, en el contexto del descubrimiento y colonización de América, y conquistados políticamente como consecuencia de la caída de los regímenes absolutistas y la instauración del Estado liberal desde finales del siglo XVIII-primer mitad del siglo XIX. Con el advenimiento del régimen político liberal se inició el constitucionalismo moderno, merced al cual la soberanía del Estado residía en la nación, el Estado quedaba sometido al Derecho, y su poder limitado, tanto por la mera separación o división de las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, como por el reco-

nocimiento a los individuos de unos derechos fundamentales, cuya protección y salvaguarda constituía la *raison d'être* del mismo Estado: «El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre» (art. 2 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, 1789).

Pese a ello, no pocos estudiosos sostienen que la situación que se ha creado tras los mencionados atentados terroristas muestra una involución o retroceso histórico al haberse introducido medidas legales que implican una restricción de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los ciudadanos, patentes tanto en el ordenamiento penal sustantivo como en el procesal-penal. En el ámbito penal, por ejemplo, el art. 578 del Código penal (que ahora se pretende modificar) castiga la apología del terrorismo al tipificar las conductas consistentes en enaltecer o justificar los delitos comprendidos en los arts. 572 a 577 CP o de quienes hayan participado en su ejecución. De este modo, el legislador criminaliza aquel pensamiento que exalta o justifica la violencia como medio de lucha política, por lo que el principal problema es que sanciona la disidencia política públicamente manifestada y pone en entredicho la libertad de expresión. Por otra parte, en diciembre de 2010 se introdujo una reforma en el Código penal español, merced a la cual el legislador español declaró imprescriptibles aquellos delitos de terrorismo en los que se hubiera provocado una muerte, así como las penas impuestas a los mismos. Imprescriptibilidad que, hasta entonces, constituía un rasgo propio de la regulación legal de los delitos de genocidio, de lesa humanidad y de los crímenes de guerra, como medida adicional del Derecho Penal Internacional para acabar con la impunidad en tales supuestos.

En el ámbito procesal-penal, algunos autores denuncian una deriva de la idea de «protección» hacia la de «seguridad», en especial la del Estado, y, al mismo tiempo, la renuncia de la ciudadanía a la vigencia de algunos aspectos esenciales de los dere-

chos humanos para eliminar la amenaza terrorista. Aparece, en este contexto, un supuesto «derecho a la seguridad», que termina provocando la diferenciación entre un «Derecho penal del ciudadano» y un «Derecho penal del enemigo», que es quien voluntariamente se sitúa fuera del ordenamiento jurídico de forma permanente y grave. Una concepción que, desde la perspectiva procesal, supone una disminución progresiva de las garantías procesales, que termina conduciendo a lo que se puede denominar un «Derecho procesal del enemigo».

Conviene preguntarse si caben esas restricciones de derechos y libertades, y respecto a qué clase de derechos, cómo pueden adoptarse y con qué alcance. Es cierto que las limitaciones de los derechos en general son siempre posibles y, particularmente, las de los derechos humanos que están en juego en esta materia —como la vida, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, etc.—, reguladas en los convenios internacionales y en las constituciones políticas. Ahora bien, solamente pueden producirse en los supuestos allí contemplados, y de acuerdo con los procedimientos regulados en esas normas, aunque resulta ciertamente complejo concretar el alcance de la limitación y su aplicación práctica. En concreto, resulta sorprendente que se haya renunciado al control parlamentario establecido en el artículo 55.2 de la Constitución y, por ende, al carácter temporal —excepcional— de las medidas adoptadas, otorgándoles un estatus «ordinario» que no se corresponde con la intensidad de las mismas, en cuanto a la afectación de derechos. Por otra parte, todas aquellas disposiciones en las que se otorga competencia a una autoridad distinta de la judicial para la adopción de una medida limitadora de un derecho fundamental —como los casos de los registros domiciliarios del artículo 553 LECrim o las intervenciones de comunicaciones del artículo 579.4 LECrim (ya derogado en 2015)—, constituyen lamentables manifestaciones de un «derecho procesal del enemigo», según el cual se antepone la

eficacia de la medida a las garantías que deben rodearla. En ese sentido, en una reciente resolución de junio de 2021, el TS ha considerado contraria a Derecho la irrupción de la policía en un domicilio privado, derribando la puerta, tan solo porque en el interior se estaba celebrando una fiesta contraviniendo las normas estipuladas por un reglamento relativo a fijar límite de aforos por razón de la pandemia. Un ilícito administrativo no puede justificar la vulneración de un derecho fundamental.

También constituyen expresiones de esa clase de «derecho» las diversas medidas adoptadas en las sucesivas reformas de la Ley Orgánica de responsabilidad penal del menor, aplicables no solo a los menores a los que se les imputan actos terroristas, sino a todos. En particular, la ampliación de los supuestos de internamiento cerrado, la supresión definitiva de un tratamiento diferenciado para los menores entre los 18 y 21 años, o la ampliación de los supuestos de adopción de las medidas cautelares, así como de su duración, entre otras, reflejan la desafortunada primacía de la seguridad sobre la protección de los derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo.

TERRORISMO Y DERECHOS HUMANOS PRECARIOS

El atentado terrorista del 11/S de 2001, seguido del que tuvo lugar en Madrid (2004) y Londres (2005) abrió un debate científico en torno al difícil equilibrio entre la seguridad y la defensa de los derechos humanos en la lucha contra el terrorismo en los Estados democráticos. En otras palabras, desde entonces se ha venido debatiendo en qué medida un Estado democrático puede restringir o conculcar los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos a fin de garantizar la seguridad nacional. Los abusos cometidos en Guantánamo tras el atentado de las Torres Gemelas, así como la guerra de Irak, la intervención militar en algunos países y la promulgación en