

DEFENSA DE UN DERECHO PENAL SECULAR. PROPUESTA EN TORNO A UNA CUESTIÓN COMPLEJA Y PERMANENTE EN LA TRADICIÓN OCCIDENTAL

ANICETO MASFERRER

Universidad de Valencia

Resumen: La tradición jurídica occidental, a diferencia de otras tradiciones como la judía y la musulmana, parte de la distinción entre el poder civil/secular y el religioso/eclesiástico, entre el orden moral y el orden jurídico. Sin embargo, nunca ha sido cuestión fácil discernir qué aspectos del orden moral deberían tener cabida en el ámbito jurídico-penal. El presente artículo analiza y propone varios criterios que permitan discernir qué conductas contrarias a la moral y a la religión deberían ser perseguidas y castigadas por un Derecho penal secular.

Palabras clave: Derecho penal, Tradición penal occidental, secularización, moral, religión.

Abstract: The Western legal tradition, unlike other traditions such as the Jewish and Muslim, supports the distinction between ecclesiastical and secular political power, between the moral order and the legal order. However, it has never been an easy matter to discern which aspects of the moral order should have a place in the secular criminal law realm. This article analyzes and proposes several criteria that might allow us to discern which behaviors contrary to morals and religion should be prosecuted and punished by secular criminal law.

Keywords: Criminal law, Western criminal law tradition, secularization, morality, religion.

1. LA NECESIDAD DE UN DERECHO PENAL SECULAR

La secularización del Derecho es una de las cuestiones más controvertidas de la época moderna. Sin embargo, no es una aportación de los tiempos modernos. Es un rasgo característico de la tradición jurídica occidental que hunde sus raíces en el siglo I, en el contexto del Imperio Romano*.

Un israelita, probablemente bastante culto, buscando tender un lazo a Jesús de Nazaret, le hizo una pregunta comprometida: si los judíos, según su Derecho, debían pagar los impuestos al César, como consecuencia de la dominación política romana. No era una pregunta de fácil respuesta. Si Jesús hubiese contestado que debían pagar el impuesto romano, hubiese podido ser acusado de traicionar a su pueblo y de colaborar con el enemigo. Si, por el contrario, hubiese respondido que no debían pagar esos impuestos, hubiese podido ser denunciado a los romanos por rebeldía, como ocurrió de todas formas en su juicio ante el Sanedrín (Lucas 23:2). La reacción y respuesta de Jesús fue tan inesperada como sorprendente:

“Mostradme un denario. ¿De quién es esa inscripción?” Ellos dijeron: “Del César?”. Jesús les dijo: “Pues dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”.

A diferencia de otras tradiciones jurídicas –judía, musulmana, hindú, etc.–¹, en la tradición jurídica occidental –incluyendo tanto la Continental (o del *civil law*) como la anglosajona (o del *common law*)– la separación entre Iglesia y Estado, y entre religión y Derecho constituyen un genuino rasgo primigenio. Este rasgo ha estado siempre presente y, al mismo tiempo, se ha ido desarrollando constantemente a lo largo de la historia. Sin embargo, la secularización del Derecho ha sido, es y será una cuestión compleja y de análisis permanente. Es permanente, porque siempre es susceptible de estudio y desarrollo, como ha sucedido en el pasado, en la actualidad, y seguirá sucediendo en el futuro. También es compleja, por dos motivos; en primer lugar, porque se trata de una cuestión científica interdisciplinar, que afecta a una variedad de ciencias sociales: Derecho (Derecho penal, Derecho constitucional, Filosofía del Derecho, Historia del Derecho, Cultura jurídica, etc.), Filosofía (Moral, Ética, Filosofía Política, etc.), Teología, Ciencia Política, Historia, Sociología, etc. Además de su carácter interdisciplinar, también se trata de una cuestión cultural e ideológica, y como

* El presente estudio se ha llevado a cabo en el marco del Proyecto “Las influencias extranjeras en la Codificación penal española: su concreto alcance en la Parte Especial de los Códigos decimonónicos” (ref. DER2016-78388-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad; sobre esta cuestión he impartido varias conferencias y seminarios, tanto en mi Universidad –en el contexto del *Legal English Workshops LEW* (24 de septiembre de 2015) y del *Seminario Interdisciplinar de Derecho y Ética Social (SIDES)* organizado por el *Institute for Social, Political and Legal Studies* (5 de marzo de 2015 y 3 de noviembre de 2016)–, como en distintas universidades extranjeras: Annual meeting organizado por la *American Society for Legal History*, Miami, USA, 7-10 Noviembre 2013 (9 noviembre); George Washington University Law School (Washington DC, USA), 10 de septiembre de 2014; Bar-Ilan University, School of Law (Ramat-Gan, Israel), 4 de noviembre de 2014; Université Paris X Nanterre (Paris, France), 23 de marzo de 2015; Loyola University New Orleans, College of Law (Louisiana, USA), 29 de octubre de 2015; Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (Hidalgo, México), 13 de enero de 2017; Universidad Nacional de Tlaxcala (Tlaxcala, México), 20 de enero de 2017; agradezco sinceramente los valiosos comentarios y observaciones de los participantes en estas reuniones académicas, así como al Prof. Jesús Ballesteros, quien amablemente se prestó a leer estas páginas antes de su publicación; se lo dedico a mi colega y amigo, el Dr. Federico Martínez Roda.

1 GLENN, P., *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, Oxford University Press, 4th ed., 2010.

tal está estrechamente relacionada con intereses de diversa índole (sentimientos, pasiones, prejuicios, interpretaciones subjetivas del pasado, intereses personales o colectivos; intereses religiosos; intereses económicos; intereses políticos; opinión pública –medios de comunicación–); etc. Por otra parte, no conviene olvidar que las ciencias sociales no pueden desprenderse de la cultura ni de las ideas. Algunos de los episodios históricos y experiencias del siglo XX lo demuestran claramente.

Respecto a la separación entre la Iglesia y el Estado existen puntos de vista diferentes e irreconciliables. Las dos principales posiciones pueden sintetizarse del siguiente modo:

1) No conviene establecer separación alguna entre la Iglesia y el Estado, entre el Derecho y la religión. El mejor ejemplo occidental es Israel. Hace un par de años di una conferencia sobre la secularización del Derecho penal en una universidad judía. Al enfatizar la conveniencia de castigar ciertos comportamientos en base a la razón natural (en vez de recurrir a razones de índole religiosa), alguien me preguntó a qué se debía ese intento por presentar el Derecho penal como si no tuviera que ver con la religión. La pregunta reflejaba el parecer mayoritario del auditorio, que no compartía el mío. Les resultaba difícilmente comprensible mi tesis de que las conductas no deben ser incriminadas por su carácter pecaminoso sino por atentar contra la paz social.

2) Conviene separar Iglesia-Estado y Derecho-Religión. Según este parecer, los ámbitos de la política y del Derecho deben separarse de los eclesiásticos y religiosos. Este es mi punto de vista.

Sin embargo, en esta línea de pensamiento existen desacuerdos sobre la noción y alcance de la secularización del Derecho penal. De hecho, existen diversas concepciones de secularización. Algunos identifican la religión con la moral, por lo que consideran intolerable que ciertos principios morales de la religión ejerzan algún tipo de influencia en el Derecho en general y en el penal en particular. Según esta postura, el estándar mínimo de secularización del Derecho penal sería muy alto. Así, por ejemplo, algunos autores mantienen que el Derecho penal norteamericano no fue secularizado hasta el año 2003, año en el que el Tribunal Supremo anuló la ley que castigaba la sodomía en Texas y, por extensión, declaró nulas todas las leyes que criminalizaban las conductas sodomíticas en otros trece Estados de Estados Unidos, legalizando por tanto las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo en todos los Estados y territorios norteamericanos². El segundo ejemplo se refiere a España. Según algunos penalistas, la despenalización del aborto constituye un requisito imprescindible para la secularización del Derecho penal³. Dicho en otras palabras, el Derecho penal español no se secularizó de un modo completo hasta el 2010, año en el que una reforma del Código penal despenalizó la práctica del aborto inducido durante las primeras catorce semanas del embarazo⁴. Esta postura me parece un tanto simplista⁵. En este sentido, cabría preguntarse hasta dónde puede/debe conducirnos una noción tan simple de secularización. ¿Cabría ver como exigencias de la secularización la despenalización o legalización –en nombre de la libertad–

2 Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558.

3 GIMBERNAT, E., “La secularización del Derecho y el aborto”, *El Mundo*, 6 de octubre de 2008.

4 *Ley Orgánica 2/2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*.

5 MASFERRER, A., “La deshumanización del Derecho y el aborto”, *ABC*, 26 de julio de 2011.

de otras conductas como el incesto, la poligamia, la prostitución, el tráfico y comercio de estupefacientes, etc.? ¿Por qué no? Estas conductas no son extremas ni ajenas al parecer de algunos autores. Hace dos años, por ejemplo, al terminar una conferencia que impartí en la Facultad de Derecho de la Universidad George Washington, una persona me preguntó mi parecer sobre la conveniencia de despenalizar la poligamia y el incesto en EEUU. La pregunta reflejaba –y sigue reflejando– el parecer de una parte de la comunidad académica norteamericana, y la considero bien lógica, pese a no compartirla.

Ciertamente, no es posible responder a estas cuestiones sin una reflexión previa sobre la noción de secularización. Y una forma de hacerlo es, primero, poniendo de manifiesto las nociones erróneas de secularización. Veamos dos de ellas:

a) “*El Derecho penal debería desentenderse por completo de la religión*”

Hay gente que piensa de ese modo. Sin embargo, ¿qué significa que el Derecho penal deba liberarse o desentenderse por completo de la religión?

¿Significa que la libertad religiosa no debería ser protegida penalmente? No creo, habida cuenta de que la libertad religiosa surgió en la modernidad y constituye de algún modo el germen de las libertades modernas.

¿Significa que los creyentes no deben imponer sus creencias al resto de la sociedad? A este respecto, me pregunto si son sólo los creyentes quienes imponen sus creencias o modos de pensar. Si no fuera este el caso –como parece –, ¿por qué no se emplea también la expresión “imponer” al referirse a los modos de pensar de aquellos que no son creyentes? Si no se hace así, se está discriminando a los creyentes (con respecto a los no creyentes). ¿Es que los creyentes emplean algún tipo de coacción física sobre los miembros del parlamento para que se aprueben leyes que sean conformes con su visión? No parece que sea el caso. Por tanto, ¿cómo puede decirse que los creyentes impongan sus ideas al promulgarse leyes penales? Este tipo de afirmaciones parecen carecer de fundamento alguno.

¿Significa esto que los creyentes no deberían expresar sus opiniones porque sus pensamientos son “demasiado rígidos”, “demasiado categóricos”, y son, por tanto, incompatibles con una democracia plural? Sería ciertamente ridículo y no muy democrático usar el Derecho para prohibir a alguien que expresara sus opiniones por ser demasiado rígidas y categóricas. Si así fuera, ¿quién sería el encargado de valorar qué es “demasiado rígido” o “demasiado categórico”? Una postura así sería sin duda más totalitaria que democrática. Conviene recordar que todo sistema totalitario persigue y promueve la destrucción del “enemigo”. Como señaló Hannah Arendt, en *The Origins of Totalitarianism* (1951), “la fuente de atracción para las masas de los regímenes totalitarios es su ideología, que proporciona una cómoda y única respuesta a los problemas del pasado, presente y futuro”⁶. Por tanto, “enemigos” son aquellos que no comparten la moral, la ética y la ideología del sistema político concreto (die *Weltanschauung*). La ideología de los regímenes totalitarios es incompatible con el respeto a la dignidad humana y los derechos fundamentales que surgen de ella. Dicho llanamente,

6 ARENDT, H., *The Origins of Totalitarianism* (1951; disponible en https://monoskop.org/images/4/4e/Arendt_Hannah_The_Origins_of_Totalitarianism_1962.pdf).

en los sistemas totalitarios el poder político se convierte en ilimitado. Un sistema totalitario nunca consagraría el principio según el cual “el fin de toda asociación política es la preservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, propiedad, seguridad y resistencia a la opresión”⁷.

b) *“El Derecho penal debería desentenderse por completo de la moral”*

Algunos piensan que este sería un buen modo de expresar el significado del término “secularización”. No se trataría de liberarse tan sólo de la religión, sino también de la moral.

¿Significa esto que no debería existir relación entre Derecho penal y moral? Eso no parece posible, habida cuenta de que el Derecho penal siempre tendrá una cierta relación con la moral. Así ha sido siempre, y resulta inverosímil pensar que esto pueda cambiar. Otra cosa bien distinta sería sostener lo contrario, a saber, que el Derecho penal debiera regular toda conducta moral, penalizando toda conducta inmoral: eso no tendría sentido alguno e implicaría sustituir la conciencia individual por el legislador penal. A este respecto conviene recordar que la mayoría de comportamientos humanos son morales y muchos de ellos no tienen relevancia social ni penal alguna.

¿Significa esto que delito y castigo no tienen otro fundamento (o legitimación) que su promulgación o sanción legal? Eso es lo que defendía el positivismo jurídico del siglo XIX, pero esa corriente de pensamiento fue rechazada tanto por su falta de rigor como por sus consecuencias nocivas. De hecho, casi nadie defiende a día de hoy este enfoque voluntarista del Derecho, afirmando que las leyes son justas y deben ser acatadas por el simple hecho de haber sido sancionadas o aprobadas legalmente, como si tal sanción o aprobación constituyera de por sí una garantía de justicia. La historia –y particularmente la del pasado siglo XX– muestra que esto no es cierto en absoluto.

Algunos autores afirman que con anterioridad a Kant (1724-1804) se confundían las nociones de Derecho y moral, de delito y pecado. Entre ellos, algunos sostienen que las leyes penales nunca deberían castigar aquellas conductas que pudieran ser consideradas pecados por cualquier religión. Este no parece ser un buen criterio, ya que muchos pecados –según el parecer de muchas religiones– han sido, son y serán siempre castigados (ej. homicidio, asesinato, violación, hurto, robo, etc.). Otros autores, siguiendo esta misma línea de pensamiento, entienden que el Derecho penal actual no termina de estar secularizado porque se mantienen aún resquicios del legado cristiano (incesto, poligamia, drogas, aborto, prostitución, límites a los experimentos biotecnológicos en humanos, etc.). Algunos parecen ver resquicios del cristianismo por doquier. Al terminar una conferencia en una universidad norteamericana hace ya un tiempo, uno me dijo que “si la noción de la “dignidad humana” es un legado del cristianismo, ¿cabe recurrir a ella en los ordenamientos jurídicos occidentales, que quieren presentarse como seculares?”. A mi juicio, el hecho de que el pensamiento occidental haya sido cultivado y desarrollado por mentes cristianas –con notables excepciones– o haya sido informado por principios conformes con el cristianismo no impide que pueda recurrirse a las nociones o categorías recibidas. Por ejemplo, la noción de “dignidad humana” puede ser

7 Art. 2, Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.

usada por todos, sin importar si uno es creyente o no. Es comprensible que una persona no cristiana no fundamente esa noción en la idea de que Dios creó al hombre a su imagen y semejanza⁸, y menos aún en la verdad teológica de que Cristo, con su muerte en la cruz y su resurrección, obtuvo para todo creyente la condición de hijo de Dios⁹. Quienes no son creyentes no precisan de este fundamento de dignidad humana, pero pueden respetar a los creyentes que radican la dignidad humana en esas verdades teológicas. Por otra parte, puede haber creyentes que, pudiendo recurrir a ese fundamento religioso, prefieren no hacerlo para facilitar el diálogo entre creyentes y no creyentes. Este es mi caso. No es que niegue a los creyentes el derecho a emplear las razones que estimen más convenientes al defender sus ideas. Sencillamente, entiendo que el recurso a la realidad natural y a la razón generalmente hacen superfluos, inútiles y, en ocasiones, incluso contraproducentes, los argumentos religiosos o teológicos que uno pueda esgrimir. En este sentido, no cabe sorprenderse de que muchos filósofos de los siglos XVII y XVIII –que fueron cristianos– fundaran la dignidad humana en la naturaleza humana en vez de recurrir a razones teológicas o religiosas¹⁰.

2. PASADO

¿Cómo marcar una línea de separación entre el Derecho y la religión, entre el Derecho y la moral? ¿Cuál debería ser el criterio para marcar esa línea limítrofe sin violar el sentido común y sin caer en un estado degenerativo por debajo de un mínimo sentido de lo humano? ¿Cómo encontrar un criterio que permita trazar esta línea divisoria? Los pensadores clásicos discutieron esta cuestión, recurriendo a la autoridad (*auctoritas*), al razonamiento o razones (*rationes*) y a experiencias del pasado o de la historia (*experientias*). Incluso a finales del siglo XIX, algunos juristas optaron por recurrir a ellas al discutir determinados problemas jurídicos o cómo reformar el Derecho¹¹.

Cabe plantearse si la historia tiene algo que aportar a este respecto. Como afirmó Cicerón, “Historia magistra vitae est” (“La historia es maestra de la vida”):

“¿Por qué otra voz que la del orador, que es historia, la evidencia del tiempo, la luz de la verdad, la vida de la memoria, la franqueza de la vida, el heraldo de la antigüedad, se comprometió con la inmortalidad?”¹².

8 WALDROM, J., “The image of God: Rights, Reason, and Order (November 30, 2010)”, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 10-85 (available at <http://ssrn.com/abstract=1718054>).

9 1 Jn 3, 1; 1 Cor 6, 20; Rm 8, 14 y 29; Ef 1, 5.

10 Al respecto, véanse mi estudio “Taking Human Dignity more humanely: A Historical Contribution to the Ethical Foundations of the Constitutional Democracy”, *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights: Interdisciplinary Perspectives* (A. Masferrer & E. García-Sánchez, eds.), Dordrecht-Heidelberg-London-New York, Springer (Collection “*Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*”), 2016, pp. 221-256; “Una historia retrospectiva de la dignidad humana. De la Constitución española (1978) al Descubrimiento de América (1492)”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 14 (2017), pp. 493-545.

11 MASFERRER, A., “The Passionate Discussion among Common Lawyers about postbellum American Codification: An approach to its Legal Argumentation”, *Arizona State Law Journal* 40, 1 (2008), pp. 173-256, en particular, pp. 201-256; MASFERRER, A., “Defense of the Common Law against postbellum American Codification: Reasonable and Fallacious Argumentation”, *American Journal for Legal History* 50.4 (2008-2010), pp. 355-430.

12 Cicerón, *De Oratore*, II, 36.

Existen dos modos opuestos de acercarse a la historia, ninguno de ellos completamente adecuados. El primero se expresa con el dicho “cualquier tiempo pasado fue mejor”. Piensan algunos que el pasado es siempre mejor que el presente y que el presente es, a su vez, mejor que el futuro. Por el contrario, otros defienden que “no cabe aprender nada de la historia”, ya que el futuro será siempre necesariamente mejor que el presente, así como el presente es mejor que el pasado. Quienes adoptan esta postura creen firmemente en el progresismo (distinto al mero progreso), y piensan que el avance en la ciencia, la tecnología, el desarrollo económico y la organización social son vitales para mejorar la condición humana. Ni siquiera conciben la posibilidad de que el futuro pueda traer aspectos nocivos, como puede percibirse al analizar tanto el pasado como el presente.

¿Cabe aprender algo del proceso histórico de secularización del Derecho penal? Algunos juristas piensan que de la tradición penal apenas cabe extraer enseñanza alguna. Algunos estudiosos incluso sostienen que en el Antiguo Régimen no existía una ciencia del Derecho penal, y que ésta empezó en el siglo XVIII, concretamente con la Revolución francesa y la promulgación de códigos penales en el contexto de los sistemas políticos liberales. No comparto este parecer. Esto es una injusta simplificación de la realidad histórica¹³. Incluso entre aquellos que reconocen la existencia de la ciencia del Derecho penal antes del s. XVIII, algunos autores mantienen que en los siglos medievales y modernos –en particular, los s. XVI y XVII– las nociones de crimen y pecado se identificaban o confundían¹⁴.

La tradición del Derecho penal tiene sus luces y sus sombras, al igual que el Derecho penal actual. En este sentido, conviene no perder de vista la distinción entre la teoría –lo que las leyes imponían o la doctrina jurídica defendía– y la práctica –cómo se aplicaban las leyes efectivamente o qué tesis sostenían algunos juristas–. Los derechos humanos pueden servir a este respecto a modo de ejemplo. Se ha afirmado que estamos en la “Época de los Derechos”¹⁵. Todos ven con satisfacción el reconocimiento explícito de los derechos humanos en multitud de Declaraciones, instrumentos internacionales y constituciones nacionales de todo el mundo. Sin embargo, también es bien conocido que, en la práctica, los derechos humanos no son eficazmente protegidos en muchos casos. En este sentido, el dualismo global presente es insostenible: mientras algunos viven en una completa opulencia a costa de muchos otros que carecen de recursos básicos para poder vivir con un mínimo de dignidad (agua, comida, hogar, educación, comunicación, etc.), el resto contempla –con un cierto grado de complacencia e impotencia al mismo tiempo– la riqueza de algunos y la pobreza de muchos otros;

13 Al respecto, véanse mis estudios: *Tradición y reformismo en la Codificación penal española. Hacia el ocaso de un mito. Materiales, apuntes y reflexiones para un nuevo enfoque metodológico e historiográfico del movimiento codificador penal europeo*, Jaén, Universidad de Jaén, 2003; “La ciencia del Derecho penal en la Codificación decimonónica. Una aproximación panorámica a su contenido y rasgos fundamentales”, *Estudios de Historia de las ciencias criminales en España*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 273-349; “Codification of Spanish Criminal Law in the Nineteenth Century. A Comparative Legal History Approach”, *Journal of Comparative Law* Vol. 4, no. 1 (2009), pp. 96-139.

14 TOMÁS y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVIII)*, Madrid, 1969, pp. 219-241; TOMÁS y VALIENTE, F., “El crimen y pecado contra natura,” en F. Tomás y Valiente, B. Clavero, A. M. Hespánha, J. L. Bermejo, E. Gacto and C. Alvarez Alonso, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Universidad, 1990, pp. 33-55, en particular pp. 33-35; CLAVERO, B., “Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones”, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza Universidad, 1990, pp. 57-89, en particular pp. 57-58.

15 BOBBIO, N., *The Age of Rights* (trans. by A. Cameron), Cambridge, Polity Press, 1996.

resulta insostenible que una parte del mundo disfrute de una vida consumista y hedonística, justificando la violación de derechos de los indefensos, de los más vulnerables, de aquellos que no pueden cuidarse por sí mismos, o de aquellos que, cuando vengan, no podrán disfrutar del mundo y del medio ambiente que hoy disfrutamos¹⁶. Además, las experiencias históricas o episodios del pasado varían según el lugar y el periodo. Esto hace particularmente conveniente el enfoque comparado de las tradiciones jurídicas.

Como se ha dicho, la historia del Derecho penal –como la actual– tiene sus luces y sus sombras. ¿Cuáles son las lecciones positivas que cabe aprender de ella? Solamente mencionaré tres aspectos que están particularmente relacionados con la secularización del Derecho penal: 1) la separación Iglesia-Estado y Derecho-religión (en vez de concebir, como hizo el Derecho islámico, una indistinción entre ambas realidades, esto es, el Derecho civil/secular y el Derecho canónico/eclesiástico, ej. entre el “*Corpus Iuris Civilis*” y la “Sagrada Escritura”); 2) el principal objetivo del Derecho penal es lograr la paz social o el orden social, basado en un orden natural (en vez de salvar almas, o conducirles a la salvación eterna); y 3) las conductas se castigaban penalmente porque constituían una amenaza a la mencionada paz y orden sociales (y no por el mero hecho de constituir una ofensa a Dios o tan sólo por contravenir normas religiosas).

¿Cuáles son las lecciones negativas que convendría no repetir o debería de tratarse de evitar en el futuro? A mi juicio, son dos: 1) la separación entre Iglesia y Estado se difuminó cuando los Estados emplearon la religión para fomentar y promover la unidad y la cohesión social (particularmente en los siglos XVI y XVII); y 2) en el siglo XVII los Estados se convirtieron en los guardianes de la ortodoxia religiosa (esta tendencia fue particularmente acentuada en los territorios calvinistas, ej. Suiza, Escocia, Países Bajos, Inglaterra, Massachusetts).

Algunos estudiosos han defendido dos ideas que, a pesar de no ser completamente rigurosas, se han convertido en tópicos o lugares comunes: 1) la inexistencia de un Derecho penal secularizado hasta el s. XVIII (como si la teología hubiera dominado el Derecho penal hasta la llegada de las doctrinas de Beccaria, Voltaire, Montesquieu, etc.); y 2) hasta el s. XVI-II se dio una identificación entre delito y pecado. Quienes mantienen esta postura piensan especialmente en dos tipos de delitos: i) “delitos de lesa majestad divina” o “*crimina laesae maiestatis*” (incluyendo herejía, apostasía, blasfemia, brujería, sacrilegio, etc.), y ii) los “crímenes contra las buenas costumbres” o los actualmente denominados “crímenes sexuales” (incluyendo el adulterio, la prostitución, el estupro, el incesto, la sodomía, la zoofilia, etc.).

¿Son estos lugares comunes ciertos y rigurosos? ¿O son meros tópicos carentes de fundamento alguno? A mi juicio, son rigurosos tan sólo en parte, teniendo algo de mito que merece ser desmentido. Es cierto, como se ha dicho, que la separación entre Iglesia y Estado se difuminó considerablemente cuando los Estados emplearon la religión para fomentar y

16 MASFERRER, A. / GARCÍA-SÁNCHEZ, E. (eds.), *Human Dignity of the Vulnerable in the Age of Rights. Interdisciplinary Perspectives*, Dordrecht-Heidelberg-London-New York, Springer (Collection “*Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*”), 2016; MASFERRER, A., “Derechos de nueva generación”, *Derechos humanos. Un análisis multidisciplinar de su teoría y praxis* (J. M. Enríquez Sánchez, A. Masferrer, R. E. Aguilera Portales, eds.), Madrid, UNED, 2017, pp. 331-358.

promover la unidad y cohesión sociales, y que los Estados absolutos (s. XVI-XVIII) se convirtieron en guardianes de la ortodoxia religiosa.

Sin embargo, es falso que existiera una categoría denominada “delitos sexuales” (si bien la expresión “*delicta carnis*” aparece en la doctrina de algún jurista del s. XVII); también es falso que determinadas conductas se castigaran y persiguieran por el simple hecho de constituir un pecado moral o religioso (si bien en algunos casos este hecho fue considerado como un elemento relevante de la ofensa criminal); es también falso que la influencia de la teología sobre el Derecho penal concluyera en el s. XVIII, momento en el que la secularización del Derecho penal tuvo lugar (como si con anterioridad a ese siglo el Derecho penal no hubiera experimentado proceso de secularización alguno). Según este parecer, la secularización del Derecho penal se produjo gracias a autores como Beccaria, Montesquieu, Voltaire y Lardizábal, entre otros.

La realidad es mucho más compleja. Una explicación adecuada iría más allá de los límites de este trabajo. Aunque esto es parte de un proyecto de investigación en curso, puedo avanzar tres de mis conclusiones provisionales: 1) a pesar de la influencia de las ideas y morales cristianas, la tradición jurídica occidental nunca –o casi nunca– castigó conductas por el simple hecho de constituir un pecado moral o religioso, si bien en algunos casos –como se ha mencionado– este hecho constituyera un elemento relevante de la conducta incriminada o penalizada; 2) en relación con la primera conclusión, la doctrina jurídica de los siglos XVI y XVII refleja un claro proceso de secularización que los autores del s. XVIII defendieron, reivindicaron y desarrollaron de un modo particularmente oportuno y persuasivo; y 3) la secularización del Derecho penal no supuso necesariamente una mayor tolerancia con respecto a los delitos relacionados con la moral sexual, como si la moral cristiana hubiera sido la única razón por la que las esas conductas fueron perseguidas y castigadas. En este sentido, algunos estudiosos han demostrado cómo los delitos sexuales fueron particularmente controlados, notablemente perseguidos y severamente castigados durante los siglos XVIII y XIX por razones diversas (bien ajenas a la religión o a la moral cristiana)¹⁷.

3. PRESENTE Y FUTURO: UNA PROPUESTA PARA DESENTAÑAR UNA COMPLEJA CUESTIÓN EN LA SOCIEDAD OCCIDENTAL

¿Cómo afrontar una cuestión tan compleja en la sociedad occidental? Las ciencias sociales no son matemáticas. Por otra parte –como ya se ha dicho–, la secularización del Derecho penal, además de afectar a una notable variedad de disciplinas, resulta particularmente cercana o conexas a los sentimientos personales más íntimos (ideológicos, políticos, religiosos, etc.), lo cual puede llevar a que tanto los estudiosos como la clase política se enzarcen en una discusión apasionada y repleta de argumentos tendenciosos. En resumen, se trata de un tema en el que el razonamiento en general y el jurídico en particular no resultan fáciles.

¹⁷ MASFERRER, A., “La distinción entre delito y pecado en la tradición penal bajomedieval y moderna. Una propuesta revisionista de la historiografía española, europea y anglosajona”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, 87 (2017), pp. 693-756.

Siendo completamente consciente de ello, me voy a limitar a proponer algunos principios generales (en vez de atender a problemas más específicos). Para ello, me propongo plantear más interrogantes que ofrecer respuestas, para así dar pie a que el lector/a piense sobre ello y pueda percatarse de la complejidad del tema. Me daría por satisfecho si mi propuesta contribuyera a que el lector/a pensase críticamente o, por lo menos, le ayudara a pensar sobre ello. No pretendo dar todas las respuestas a tan compleja cuestión –ni siquiera sé si seré capaz de hacerlo algún día–, pero sí ofrecer por lo menos un “marco intelectual”, como me reconoció haber recibido un estudiante francés en una conferencia impartida hace ya unos años¹⁸.

¿En qué consiste ese “marco intelectual” que permite describir los rasgos o trazos fundamentales de un sano modelo de secularización del Derecho penal para el presente y el futuro? A mi juicio, un riguroso modelo de secularización del Derecho penal debería basarse en los siguientes tres principios: a) Derecho penal como último recurso; b) pluralismo y respeto por la dignidad humana como requisitos imprescindibles en una democracia constitucional; y c) el uso de la “razón pública” en el debate público.

3.1. *El Derecho penal como último recurso (o ratio)*

En las últimas décadas el Derecho penal ha experimentado un notable proceso de expansión. Diversas son las razones de ese proceso¹⁹. Es bien sabido que la denominada “guerra contra el crimen” (“war on crime”) ha contribuido en buena medida a esta tendencia desde los años sesenta, periodo en el cual los Estados empezaron a incrementar el uso de sanciones penales para regular la vida privada, la familia, las escuelas, los lugares de trabajo y las comunidades residenciales. Algunos estudiosos han advertido sobre las consecuencias de la excesiva criminalización (“over-criminalization”)²⁰. Los ejemplos de esta extraordinaria ex-

18 No me resisto ahora a reproducir –en versión castellana– parte de dos mensajes de correo electrónico que recibí de unos estudiantes tras impartir en su universidad una conferencia con el título “La secularización del Derecho penal en la tradición occidental: pasado, presente y futuro” (Université Paris X Nanterre, Paris. France, 23 de marzo de 2015):

“Querido profesor Masferrer,

Me gustaría darle las gracias por su conferencia. Cuando recibí el mensaje anunciando la materia sobre la que está trabajando, me sorprendí un poco. Pero después de la conferencia, he estado pensando (todo el tiempo) sobre la importancia del problema para entender cómo los legisladores redactan las leyes incluso hoy en día, lo que tienen en mente (o pueden tener en mente), a pesar de que ellos no (y seguro que no pueden) escriben todo el pensamiento o principio que les lleva a legislar o a votar una ley.” (26 de marzo 2015, 18:51:43)

“Querido profesor Masferrer,

(...) permítame enviarle un artículo que recibimos para preparar una sesión de seminario, en el cual, a mi juicio, podría encontrar elementos que puedan enriquecer su reflexión: hablo sobre un artículo que explora la forma en que la reflexión sobre el derecho ha cambiado a través de los siglos en la Europa Occidental; trata más precisamente de cómo juristas y jueces consideraban el derecho; uno puede encontrar argumentos a favor de la idea de que los jueces pueden tener en mente algunos principios morales, aunque el texto legal no recogiera ninguna palabra relativa a la moral (o la religión).

(...) desde su seminario, no puedo dejar de utilizar el marco intelectual (el que transmitió en su conferencia) siempre que leo un artículo; me temo que va a ser así hasta que publique el libro dando las respuestas.” (3 de mayo 2015, 09:22:02)

19 SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*, Madrid, 2.ª ed., 2001.

20 HUSAK, D., *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, New York, Oxford University Press, 2008.

pansión del Derecho penal abundan. Tal expansión ha afectado tanto a los ordenamientos penales nacionales como al Derecho penal internacional²¹. Frente a esta tendencia generalizada en los ordenamientos occidentales, conviene redescubrir el principio clásico liberal del “Derecho penal mínimo”, según el cual tan sólo debe recurrirse a las normas penales como último recurso²². Aunque no comparto el parecer de quienes sostienen –en ocasiones, de una forma excesivamente apasionada– la necesidad de despenalizar ciertas conductas castigadas a lo largo de los siglos²³, sí defiendo que las normas penales deberían ser empleadas como “*ultima ratio*”²⁴, y en ningún caso para restringir o conculcar el ejercicio de derechos y libertades fundamentales (como las de expresión, asociación, conciencia, religión, etc.)²⁵.

La expansión del Derecho penal o el exceso de criminalización está estrechamente relacionado con el permisivismo moral imperante o con el gradual proceso de desmoralización de la sociedad. Un buen ejemplo de ello es el deterioro de la relación doctor-paciente y el surgimiento de la medicina defensiva en la profesión médica a fin de evitar denuncias por malas prácticas. El médico logra este objetivo realizando un número excesivo de pruebas diagnósticas para descartar incluso situaciones notablemente insólitas (cuando ya está razonablemente claro otro diagnóstico), y asegurando también que el enfermo firme su consentimiento escrito a todas las pruebas o tratamientos que se le realizan. Esta práctica lleva consigo el aumento desorbitado del costo de la medicina y la pérdida de la confianza mutua entre médico y paciente. Este ejemplo refleja a las claras la conexión entre la conducta inmoral, el quebrantamiento de la confianza y el aumento de litigios y leyes penales. Es innegable que la confianza es un componente clave en la relación médico-paciente, pero también lo es en cualquier relación interpersonal. “No confíes en quien te defraudó una vez”, advertía William Shakespeare. Y a este respecto señaló Frederick Douglass que “la confianza es la base de la sociedad”:

*“La humanidad no se puede mantener unida con mentiras. La confianza es la base de la sociedad. Donde no hay verdad, no puede haber confianza, no puede haber sociedad. Donde hay sociedad, hay confianza, hay algo sobre lo que apoyarse”*²⁶.

Cuanto más se generaliza la conducta inmoral, mayor es el número de leyes penales requeridas para castigar o reprimir esa conducta inmoral de los individuos. Si la religión puede coadyuvar a que las personas decidan libremente comportarse de un modo ético o moral, también podría contribuir al desarrollo de sociedades sanas y maduras sin necesidad de recurrir a tanta criminalización penal. Desde esta perspectiva, llevaría razón aquel jurista español del siglo XIX al afirmar que “no hay necesidad de penas estrictas en España donde

21 TIGAR, M. E., “New Frontiers: The Expansion of International Criminal Law”, 22 *Texas International Law Journal* 411-417 (1987) (reviewing *International Criminal Law* (M. Bassiouni ed., 1986).

22 HUSAK, D., “The Criminal Law as Last Resort”, *Oxford J Legal Studies* 2004 (SUMMER) 24 (2): 207-235.

23 HUSAK, D., *Legalize This! The case for decriminalizing drugs*, London-New York, 2002; HUSAK, D., “Predicting the Future: A Bad Reason to Criminalize Drug Use”, *Utah L. Rev.* 105, 2009.

24 HUSAK, D., “Applying Ultima Ratio: A Skeptical Assessment”, 2 *Ohio St. J. Crim.* 535, 2005.

25 MASFERRER, “Derechos de nueva generación”, ya citado; véase también MASFERRER, A., “Libertad sexual y derecho a la privacidad en la tradición norteamericana (1965-2015)”, *Estudios en homenaje al profesor Jesús Ballesteros*, Tirant lo Blanch (en prensa, 2018).

26 DOUGLASS, F., “Our Composite Nationality” (7 December 1869) (Boston, Massachusetts) (available at <http://teachingamericanhistory.org/library/document/our-composite-nationality/>).

una religión como la nuestra lleva la voz cantante y es profesada, lo que aporta un número infinito de delitos y hace a los hombres dóciles y obedientes a los preceptos²⁷.

3.2. *Pluralismo y respeto de la dignidad humana como exigencias de una democracia constitucional*

Es bien conocido que la pluralidad, rasgo característico de las democracias constitucionales modernas, requiere de una actitud de respeto hacia todos los individuos. Tras la Segunda Guerra Mundial los derechos humanos se convirtieron en la *lingua franca* de las relaciones internacionales. Tanto los instrumentos legales internacionales como las constituciones nacionales consagraron los derechos humanos como base de los sistemas jurídicos. En esta línea, los textos legales mencionaron expresamente la dignidad humana como fuente y base de los derechos humanos. La estrecha relación entre derechos humanos y dignidad humana se pone particularmente de manifiesto en los instrumentos internacionales de derechos humanos, al disponerse de modo explícito que los derechos humanos “derivan de la dignidad inherente de la persona humana”²⁸. En muchos documentos internacionales, así como en la doctrina iusfilosófica, “la dignidad humana es considerada como fuente de los derechos humanos”²⁹. No es necesario hacer un elenco de tales instrumentos para mostrar algo que resulta evidente mediante su simple y llana lectura³⁰.

La noción de dignidad humana y su función tiene implicaciones relevantes en el ámbito del Derecho penal. De hecho, la dignidad humana no se la considera tan sólo como fundamento del Derecho público –al que pertenece el Derecho penal–, estableciendo límites innegociables al poder del Estado, sino que también determina lo que debe ser considerado –desde una perspectiva penal– como bien jurídico protegido.

El discernimiento de los bienes jurídicos protegidos, que teóricamente definen los límites del derecho penal, se enfrenta a dos dificultades notables, i) ¿cómo mediar con las diversas concepciones de “dignidad humana” y “bienes jurídicos protegidos?; y ii) ¿cómo combinar la universalidad (sociedad) y la singularidad (individuos), sin recurrir al concepto de “bien común”? Estas preguntas no tienen una respuesta fácil.

Respecto a la primera dificultad, parece obvio que el discernimiento de si un determinado bien jurídico merece ser penalmente protegido o no dependerá básicamente de la noción

27 DOU i BASSOLS, R. L. de, *Instituciones de Derecho Público General de España*, Madrid, Benito García & Co, 1800, III, p. 37.

28 *Acuerdos Internacionales sobre los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, 1966, Preámbulos.*

29 GRIFFIN, J., *On Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2008; MIETH, C., “The Double Foundation of Human Rights in Human Nature”, *Human Rights and Human Nature*, Marion Alber, Thomas Hoffmann, Jörn Reinhardt, (eds.), Springer, Collection “*Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*”, vol. 35, 2014, pp. 11-22, en particular p. 11; NUSSBAUM, M.C., *Frontiers of Justice: Disability, nationality, species membership*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2006.

30 BARAK, A., *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, cap. III; ALZINA DE AGUILAR, J. P., “Human dignity according to international instruments on human rights”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 22 (2011), pp. 1-24 (available at <http://www.reei.org/index.php/revista/num22/notas/human-dignity-according-to-international-instruments-on-human-rights>); ANDORNO, R., “Human Dignity and Human Rights”, *Handbook of Global Bioethics* (H.A.M.J. ten Have, B. Gordijn, eds.) (Dordrecht: Springer, 2014), pp. 45-57.

o concepción de dignidad humana que cada uno posea. Si no existe acuerdo alguno sobre la noción de dignidad humana, el Derecho penal sufrirá sus consecuencias. Sirva como ilustración el siguiente ejemplo. La eutanasia, que proviene del Griego –εὐθανασία: “buena muerte” –, es la práctica consistente en acabar de forma intencionada con una vida humana para aliviar la pena y el sufrimiento. Mientras algunos sostienen que ayudar a un sujeto a morir puede ser una opción moral mejor que dejarle con una vida llena de sufrimiento, otros afirman que aceptar la eutanasia implica que otras vidas (las de los enfermos o discapacitados) posean un valor inferior a las de otros, y que aceptar voluntariamente la eutanasia podría ser el comienzo de una pendiente resbaladiza que condujera a la eutanasia involuntaria y a la muerte de personas que son consideradas indeseables. En este sentido, las expresiones “buena muerte” y “morir con dignidad” tienen significados opuestos en función de la noción de dignidad humana que cada uno sostenga. Durante varios siglos hubo un acuerdo sobre el concepto de dignidad humana. Al separarse o desvincularse esta noción de la de naturaleza humana a finales del siglo XVIII, dicho acuerdo se perdió³¹, y desde entonces no parece que nadie haya sido capaz de ofrecer otro concepto de dignidad humana tan sólido y comúnmente aceptado por estudiosos y pensadores como en el pasado.

En relación a la segunda dificultad, esto es, “cómo combinar la universalidad (sociedad) y la singularidad (individuos), sin recurrir al concepto de “bien común”, distintos estudiosos de la Filosofía política han tratado de resolverlo, dando prioridad bien a la sociedad (universalidad), bien a los individuos (singularidad). Hegel, siguiendo los pasos de Jean-Jacques Rousseau (quien consideraba la “ley como expresión de la voluntad general”), optó por la universalidad, defendiendo la idea de “Totalität”. Frente a la cuestión de cómo hacer compatibles la voluntad general y la voluntad individual, Emmanuel Kant recomendaba: “Actúa como si tu máxima fuera a convertirse en ley universal de la naturaleza”³². El conocido principio kantiano, según el cual ningún hombre jamás debería ser tratado como medio (sino como fin) se fundaba en la dignidad de la humanidad o de la naturaleza humana: “Cada ser inteligente, siendo por su naturaleza un fin en sí mismo, debería subordinar a este fin las máximas de todos los fines causales y arbitrarios”³³. En otras palabras, la autonomía de la voluntad kantiana no casaba con la idea de una concepción libertina o utilitarista como expresión de una voluntad completamente libre o autónoma. No todas las opciones son buenas o igualmente buenas. La bondad de los actos morales no proviene simplemente de la voluntad libre. Según el parecer de Kant, existen algunas leyes que están fundadas en la naturaleza humana, y la autonomía de la voluntad debería moverse dentro de estas “leyes universales de la naturaleza”. Si dichas “leyes universales de la naturaleza” son comunes a todos los seres humanos, existe un “bien común” a perseguir y a lograr. Si, por el contrario, dichas “leyes universales de la naturaleza” no existen –como algunos autores sostienen en la actualidad–, no existe entonces un bien común real, siendo esta categoría gravemente reemplazada por otra, el “interés común”, cuyo significado es radicalmente distinto. Aquí se encuentra precisamente la dificultad: ¿cómo legislar el Derecho penal cuando no existe un acuerdo sobre la existencia de un “bien común” que sea –valga la redundancia– realmente común a todos los

31 Véase la bibliografía citada en la nota al pie n. 10.

32 KANT, I., *The Metaphysics of Ethics* (1796), p. 52.

33 *Ibidem*, pp. 51-52.

seres humanos? La respuesta deviene imposible a no ser que se rescate o se redescubra una base común sobre la que apoyarse firmemente, como lo fue durante muchos siglos la noción de “bien común”³⁴.

3.3. *El uso de una “nueva razón pública” en el debate público*

John Rawls trató de mostrar que sus dos principios de justicia –“Principio de Libertad Igualitaria” (o “Principle of Equal Liberty”) y “Principio Diferencial” (o “Difference Principle”)–, debidamente entendidos, forman una “teoría de lo justo” (“theory of the right”) (opuesta a la “teoría del bien” o “theory of the good”) que pudiera ser compartida por todos los individuos razonables (“reasonable individuals”), incluso en el marco de un pluralismo razonable (“reasonable pluralism”). Y esta teoría es demostrada merced a un mecanismo denominado “overlapping consensus”. En este contexto desarrolló su idea de “razón pública”. Rawls acuñó esta expresión (“public reason”) para referirse a un modo común de deliberación que los individuos podían usar para cuestiones concernientes al ámbito de lo público. A su juicio, esta categoría implica la implícita exclusión de ciertos presupuestos (“assumptions”) o motivaciones que pudieran considerarse impropias como base –o punto de partida– para alcanzar un estado de opinión o una toma de decisión pública (“public decision making”), incluso cuando los individuos pudieran aplicarlos en sus decisiones personales en cuestiones ajenas o con escasa influencia en el ámbito público. Más en concreto, la razón pública exige realizar un esfuerzo por justificar o dar razón de las propias posturas con argumentos y razonamientos que puedan ser comprendidos/compartidos por personas con una formación moral, ideológica, religiosa o política distinta³⁵. La exclusión de Rawls de ciertos presupuestos o motivaciones como impropios fue notablemente criticada y, de hecho, unos años más tarde modificó en parte su postura a este respecto, añadiendo lo que fue denominado como *proviso*, aceptando la aportación de razones no públicas (“non-public reasons”), siempre y cuando también se esgrimieran, a su debido tiempo, razones públicas³⁶. Los esfuerzos de Rawls fueron meritorios, pero algunos aspectos de su teoría siguen siendo objeto de crítica³⁷.

A diferencia de la teoría de la razón pública de Rawls, considero que debe permitirse a los ciudadanos o a las asociaciones particulares transmitir/comunicar sus concepciones integrales (“comprehensive conclusions”) sobre cuestiones públicas, no sólo a las personas afines sino a cualquier individuo de la sociedad, con independencia de sus creencias. También entiendo que a los creyentes se les debería permitir esgrimir argumentos inspirados en sus creencias religiosas con respecto a supuestos tan controvertidos como el aborto como un atentado a la vida, cuando se dirigen tanto a creyentes como a no creyentes. Otra cuestión es

34 Al respecto, véase RHONHEIMER, M., *The Common Good of Constitutional Democracy: Essays in Political Philosophy and on Catholic Social Teaching*, Washington DC, The Catholic University of America Press, 2013.

35 RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1971 (revised edition, 1999); RAWLS, J., *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 2nd paperback edition, 1996.

36 RAWLS, J., “The Idea of Public Reason Revisited”, *The University of Chicago Law Review*, 64 (1997), pp. 765-807.

37 LARMORE, C., “Political Liberalism and Public Reason: A Critique of John Rawls”, *Welt der Gründe* (Julian Nida-Rümelin and Elif Özmen, eds.), Hamburg, Felix Meiner Verlag, 2012, pp. 1249-1262; RHONHEIMER, M., “The Political Ethos of Constitutional Democracy and the Place of Natural Law in Public Reason: Rawls’s ‘Political Liberalism’ Revisited”, *50 The American Journal of Jurisprudence* 2005, pp. 1-70.

si este es el mejor modo de dialogar –o discutir, en el sentido anglosajón del término– en una sociedad plural.

A mi juicio, a los ciudadanos se les debería permitir entrar en el debate público, razonando y argumentando del modo que estimen oportuno. Al llevarlo a cabo, sin embargo, deberían tener en cuenta la conveniencia de que sus argumentos sean comprendidos/aceptados por los demás, incluyendo a aquellos que no comparten sus concepciones integrales. La categoría “razón pública” debe constituir, a mi juicio, un recordatorio –tanto para ciudadanos como para políticos– de la conveniencia de debatir de un modo que permita alcanzar un acuerdo sobre cómo regular una materia específica o, en nuestro caso, cómo determinar si una concreta conducta debiera ser penalizada. Pienso que la “razón pública” debería ser empleada en el debate público, esto es, al abordar cuestiones de relevancia o interés público. Este es el caso cuando se trata de decidir si una conducta merece ser castigada o no.

Una vez admitida la “razón pública” como categoría útil para participar en el debate público, debo añadir que sostengo una versión modificada de ésta, una nueva versión de la razón pública de Rawls, que exige el cumplimiento de tres requisitos para poder alcanzar el resultado deseable:

a) *La primacía de la razón sobre la voluntad como requisito para construir un “bien común” posible*

La visión contractual de la teoría de Rawls me parece inadecuada, porque concibe la moralidad como un mero acuerdo para el beneficio mutuo; por consiguiente, desde esta perspectiva no caben, por ejemplo, las obligaciones con personas futuras con las que no cabe interactuar ni llegar a un acuerdo. Además, el rechazo de Rawls a la “teoría del bien” (sustituido por su “teoría de lo correcto”) refleja su escepticismo hacia la existencia de algún “bien común” para la sociedad, principio característico del utilitarismo, un movimiento filosófico al que curiosamente el mismo Rawls había dedicado algunos de sus trabajos más importantes para criticarlo y combatirlo –*A Theory of justice, Political Liberalism*–. Convencido de que no existe “naturaleza humana” ni ningún “bien común” que pueda ser conocido por la luz natural de la razón, Rawls se conformó con la creación de un proceso formal mediante el cual se podía alcanzar un acuerdo (voluntad). En definitiva, propuso un razonable proceso para establecer “lo correcto” (“right”), no para encontrar o descubrir “lo bueno” (“good”). Esta justicia (derivada “de lo correcto”) no proviene de una razón capaz de entender lo que es verdadero y bueno para el hombre y para el conjunto de la sociedad (razón), sino únicamente para llegar a un “justo” acuerdo o consenso (voluntad). Así, en la teoría de Rawls de la razón pública la voluntad tiene una clara supremacía sobre la razón. A mi juicio, la razón no debería ser degradada a mero instrumento para diseñar y seguir reglas procedimentales. La razón no es una sierva o esclava de la voluntad. Se merece mucho más que esto. De hecho, la razón debería tener prioridad sobre la voluntad, iluminando y guiando el camino a recorrer a fin de que las decisiones y acuerdos (de la voluntad) pudieran ser realmente libres.

Es imposible alcanzar un acuerdo si el debate y los argumentos giran únicamente en torno al “interés público”, y no sobre el “bien común” para toda la comunidad. La primacía

de la razón sobre la voluntad al emplear la razón pública en el debate público tiene diversas consecuencias. Aquí menciono tan sólo dos de ellas:

i) El rechazo a los argumentos de autoridad. En la razón pública no caben los argumentos de autoridad. En este sentido, sostener que una determinada conducta debe ser castigada penalmente por “ofender a Dios” o por “constituir un grave pecado”, no sería admisible para la razón pública. Sostener que “algo es malo porque alguien lo dice” o “algo es bueno porque es el parecer mayoritario”, tampoco serían formas congruentes con la razón pública.

ii) El rechazo a los argumentos que estén basados exclusivamente en deseos individuales. Defender que “tengo derecho a hacer algo porque lo deseo” tampoco resultaría coherente con la razón pública.

b) Razones y argumentos en busca del “bien común”

En efecto, las razones y los argumentos esgrimidos deben buscar el “bien común”, y no el mero “interés público”, y menos aún “percepciones”, “creencias” o “deseos individuales”. Con respecto a este requisito de la razón pública, conviene tener en cuenta dos ideas particularmente relevantes:

i) Una búsqueda colectiva y permanente. El “bien común” no proviene de la nada. Nadie lo conoce con exactitud. Ninguna institución puede atribuirse haberlo comprendido de un modo completo y preciso. Requiere de una búsqueda constante por parte de todos y no puede ser reducido o descrito con una expresión o afirmación. En esta línea, sostener que “una conducta debe ser penalizada porque es contrario a la ley natural”, sería inadmisibile para la razón pública, no porque no se permita a los ciudadanos mencionar o recurrir a la ley natural si lo estiman oportuno, sino porque este argumento carece de suficiente significado y no aporta nada a quienes no consideran la ley natural como un fundamento sólido sobre el cual pueda fundarse el orden y paz sociales. Quienes piensan que la ley natural es importante deberían hacer el esfuerzo necesario para traducir esta categoría en elaborados razonamientos que resulten atractivos o persuasivos para quienes la ley natural quizá les pueda sonar a música celestial.

ii) Una búsqueda interdisciplinar. La búsqueda del “bien común” es una tarea de índole científica que afecta a la filosofía, la ciencia política, el Derecho, la historia, la sociología, etc., y exige como tal el uso de fuentes y datos para llegar a conclusiones rigurosas y consistentes. Para discernir o dilucidar la conveniencia de penalizar o no una determinada conducta se requiere de un trabajo interdisciplinario preciso y honesto. La honestidad supone la rectitud de corazón del investigador que se esfuerza por llevar a cabo su trabajo del modo más objetivo posible, sin dejarse llevar por sus propias ideas o creencias. Algunos podrían pensar que esto no es posible. Yo creo que sí lo es, además de necesario por el bien general de la sociedad. Para hacerlo realidad la educación juega un papel primordial.

c) Principio de no discriminación

Nadie debería ser descalificado para intervenir en la esfera pública por sus circunstancias personales (raza, sexo, color, religión, credo, etnia, ascendencia, nacionalidad, etc.). A

este respecto cabe plantearse si a los creyentes se les debe permitir participar en el debate público y, en ese caso, cómo deben emplear la “razón pública”. La primera pregunta tiene una respuesta bien fácil y lógica: no parece haber razones que justifiquen una actitud discriminatoria hacia los creyentes. Respecto a cómo los creyentes deben participar en la discusión de la “razón pública”, pienso que nadie puede impedirles que usen los argumentos que estimen oportunos, incluyendo los razonamientos de índole teológica o religiosa. Sin embargo, sostengo que sería preferible que no lo hicieran o, por lo menos, que no los emplearan de forma exclusiva en el debate público. A mi juicio, esos razonamientos resultan inútiles e innecesarios en el debate público. La relación entre fe y razón, así como la importancia de la razón en el Cristianismo, hacen generalmente innecesario el recurrir a argumentos religiosos. Como bien afirmó Hugo Grocio, los cristianos pueden tomar parte activa en el debate público y emplear razonamientos congruentes con la razón pública sin necesidad de recurrir a Dios ni a la religión (“*Etsi Deus non daretur*”)³⁸. En realidad, no tendrían por qué recurrir a argumentos religiosos o teológicos para defender una postura conforme a sus propias ideas o creencias. Sería suficiente con que observaran atentamente la realidad (sobre todo, la misma condición humana y la sociedad) y emplearan aquellas razones que pudieran ser comprendidas y compartidas por los no creyentes, con razonamientos o argumentos lógicos y sólidos, recurriendo al sentido común y a la experiencia de la vida, con una escucha sincera, atenta y presta a comprender la visión de los demás y, a ser posible –por lo menos, en algunas personas–, con un conocimiento profundo de las ciencias (filosofía, ciencia política, filosofía política, historia, derecho, sociología, etc.).

Algunas personas sostienen que “los cristianos tienen prejuicios” porque tienen ideas fijas, se oponen al relativismo, tratan de imponer su moral a los demás, etc. Frente a esta objeción cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿no es acaso cierto que todos tenemos ciertos prejuicios? En efecto, todos tenemos una diversidad de creencias religiosas, intereses económicos, intereses políticos, experiencias y situaciones personales, ambientes sociales, etc.

Pienso que conviene liberar a la sociedad de dos tipos de clericalismo: el “clericalismo eclesial” de quienes piensan que las leyes seculares deben secundar las leyes divinas porque ésta es la voluntad de Dios, y el “clericalismo civil” de quienes defienden que el poder

38 GROCIO, H., *De jure belli ac pacis*, Paris, 1625, *Prolegomena*, n.11; conviene tener en cuenta, sin embargo, que ese modo de enfocar la ética y el Derecho no tuvo su origen en Hugo Grocio (1583-1645) ni, por tanto, en el protestantismo, sino casi dos siglos antes con Gabriel Biel (1420-1495), un pensador católico notablemente activo que escribió: “Nam per si impossibile Deus non esset, qui est ratio divina: aut ratio illa divina esset errans, adhuc si quis ageret contra recta rationem angelicam, vel humanam, vel aliam aliquam, si qua esset, peccaret. Peccatum est voluntaria carentia conformitatis ad rationem rectam debiti voluntati” (*Commentarii doctissimi in IIII Sententiarum libros*, Brixiae, 1574, L. II, Dist. 28, quaestio unica, p. 165-E). En definitiva, al plantearse la cuestión de qué sucedería si se prescindiera de Dios, Biel ya sostuvo que los contenidos éticos o morales de la razón seguirían siendo los mismos aunque Dios no existiera –un pecado contra lo que la razón muestra sería un pecado “racional” –, de forma que lo bueno es bueno y lo malo es malo “aunque Dios no existiera” (“*Etiamsi Deus non daretur*”); al respecto, véase CARPINTERO BENÍTEZ, F., “Hugo Grocio visto por sus contemporáneos”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 2/3 (2017), pp. 171-196, donde sostiene que “la tesis de la validez del derecho natural *Etiamsi Deus non daretur* fue una creación de los Nominales que, ya que negaban que la ley natural pudiera consistir en un orden “real” o metafísico, mantuvieron que existía solamente bajo modo formal o modal. De este modo existe indubitablemente en las cabezas de los hombres, y quien niegue alguno de sus preceptos se opone a Dios, que es quien nos ha dado la razón que actualmente tenemos” (pp. 184-185).

político de los Estados y las organizaciones internacionales (como la ONU) deben negar la voz y el voto a aquellas personas cuyas ideas puedan constituir una amenaza frente a lo que se presenta y considera como progresista o frente a una visión de “lo correcto”.

Como certeramente se ha afirmado, “la paz social y la felicidad personal, como bastiones de las sociedades democráticas, están más protegidas separando los argumentos religiosos de la deliberación jurídica, pero no expulsando a Dios de los sistemas jurídicos”³⁹, y menos aun expulsando a los creyentes del debate público, o considerándoles como ciudadanos de segunda categoría.

39 DOMINGO, R., *God and the Secular Legal System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 23.