

ENSAYO DE DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE MORAL PÚBLICA

SANTIAGO LEGARRE

Director y Profesor del Departamento de Filosofía del Derecho y
Derecho Constitucional Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Argentina)

RESUMEN: El trabajo consta de una introducción y tres partes. En la primera, se muestra cómo en los Estados Unidos la moralidad pública se entiende en el contexto más amplio del poder de policía y se explica la evolución del derecho sobre la materia hasta llegar al presente. En la segunda, se procura encontrar una definición razonable de moralidad pública, útil tanto para el caso estadounidense como para otros ordenamientos jurídicos que incorporan aquel concepto. Se concluye, por un lado, que para que la moralidad pública esté comprometida debe existir una conducta verdadera y realmente inmoral. Este es un parámetro objetivo, que no se satisface con apelaciones a la tradición o a la opinión mayoritaria. Por otro lado, la conducta debe ser pública, en el sentido de realizarse en público o tener otras aristas públicas relevantes. En la tercera parte, se aporta una caracterización positiva de la moralidad pública como conjunto de manifestaciones del recto obrar de los miembros de una comunidad que más inmediatamente repercuten en la esfera pública, y se realiza una aclaración en materia terminológica.

I. INTRODUCCIÓN

El punto de partida de este trabajo es el uso del concepto de moral pública en el derecho constitucional y su finalidad es intentar esclarecer su significado. Se ha elegido concretar el punto de partida mediante un ejemplo: el derecho constitucional de los Estados Unidos. Podría haberse elegido otros. Así, la Constitución argentina, en su artículo 19, se refiere a la moral pública¹, y también lo hacen otros ordenamientos constitucionales, como el chileno². Más aún, en el plano del derecho internacional de los derechos humanos, diversos tratados y declaraciones incluyen la moral pública entre las razones que permiten limitar el ejercicio de los derechos³. En todo caso, la elección del derecho constitucional estadounidense no es arbitraria

¹ El artículo 19, primera parte, de la Constitución argentina establece: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los Magistrados". En la Argentina la moral pública también tiene un rol protagónico como uno de los bienes que debe promover el poder de policía. Cfr. Bidart Campos, G.J., *Manual de la Constitución Reformada* (Ediar, Buenos Aires, Primera Reimpresión, 1998), T. II, p. 345.

² La Constitución chilena, al enumerar en su artículo 19 los derechos por ella asegurados establece como límite de su ejercicio, entre otras cosas, "la moral". Cfr. vgr. los incisos 6°, 11°, 16° y 21° del mencionado artículo 19. Como veremos en la sección final de este trabajo, "moral" y "moral pública" son sinónimos en este contexto.

pues se trata de uno de los sistemas más desarrollados y cuenta, a la vez, con el respaldo de una importante tradición. Esto, como veremos, es especialmente cierto respecto del tema de la promoción de la moralidad pública.

En consonancia con el punto de partida y la finalidad expresados, el artículo se divide en dos partes. La primera ilustra el uso del concepto de moralidad pública en los Estados Unidos y comienza con una exploración de los antecedentes históricos de su protección en dicha jurisdicción. Ello nos servirá, por un lado, para entender cómo la moralidad pública se relaciona con el poder de policía y, por otro, para comprender mejor la situación presente, con la cual concluye esta parte del trabajo. En la segunda parte, se procura un acercamiento al concepto de moralidad pública, un concepto esquivo y de difícil definición. Esta aproximación puede servir no solo para explicar su funcionamiento en el derecho estadounidense, sino también para clarificar lo que debe entenderse por moral pública en otros sistemas constitucionales del mundo.

El trabajo finaliza con algunas reflexiones mediante las cuales se ensaya una caracterización positiva de la moral pública y se formulan algunas precisiones en materia de terminología.

II. PODER DE POLICÍA Y MORALIDAD PÚBLICA: EXPLICACIÓN HISTÓRICA Y DERECHO VIGENTE

Cuando en 1787 nacieron los Estados Unidos de América, las unidades políticas que se unieron para formar este nuevo país retuvieron todos los poderes no delegados expresamente en el gobierno federal. Ello fue establecido con claridad por la Enmienda X de la Constitución, aprobada dos años más tarde, que dice:

“Los poderes no delegados a los Estados Unidos por la Constitución ni prohibidos por esta a los Estados, quedan reservados respectivamente a los Estados o al pueblo”⁴.

De esta manera se creaba un gobierno central (federal) de poderes limitados o enumerados, que coexistiría con los gobiernos de los estados, que gozarían de “poder plenario”, tal la expresión usada desde los comienzos, y hasta el presente, para resaltar este contraste entre dos tipos de autoridad gubernamental⁵.

³ Véanse, por ejemplo, los artículos 8 a 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que incluyen la moral pública entre las causas válidas de limitación de los derechos reconocidos en dichas normas. Cfr. Legarre, S., “The Use of the Term ‘(Public) Morality’ in the European Convention on Human Rights: a Brief History”, en Yee, S. & Tieya, W. (editores), *International Law in the Post-Cold War World* (Routledge, Londres y New York, 2001), pp. 268 ss.

⁴ Constitución de los Estados Unidos de América, Enmienda X.

⁵ También se hace referencia a los poderes plenarios de los estados cuando se los designa como “gobiernos de jurisdicción general” [*governments of general jurisdiction*]. Así, por ejemplo, se afirma que en los Estados Unidos “el poder es compartido por gobiernos estatales de jurisdicción general y un gobierno nacional de poderes delegados y enumerados”. George, R.P., “The Concept of Public Morality” (45 *American Journal of Jurisprudence* 17) [2000], p. 20.

Estos poderes plenarios de los gobiernos de los estados, no delegados al gobierno de los Estados Unidos, fueron designados con el término *policía*⁶. Este término se tomó prestado de la teoría y de la práctica política de Inglaterra y de algunos países de Europa continental. En sus célebres *Comentarios a las Leyes de Inglaterra*, publicados entre 1765 y 1769, el jurista inglés Sir William Blackstone definía la policía como “la debida regulación y orden doméstico del reino: por medio del cual los individuos del estado, como miembros de una familia bien gobernada, están obligados a conformar su conducta general a las reglas de corrección, decoro y buenas maneras [*good manners*]; y a ser decentes, industriosos e inofensivos en sus respectivos puestos”⁷. Como podrá observarse, en esta definición ya se encontraba la semilla de lo que después se llamó “poder de policía en materias de moralidad pública”.

En la misma línea, el autor suizo Emmerich de Vattel afirmaba en 1758 que “la *policía* consiste en la precaución que deben tener el príncipe y los magistrados para preservar todo en orden. Sabias regulaciones deben prescribir todo lo que contribuya a la seguridad, utilidad y conveniencia públicas, y los que tienen en sus manos autoridad nunca se preocuparán demasiado de que aquéllas sean tenidas en mira. Mediante una sabia *policía* el soberano acostumbra a la gente al orden y a la obediencia y preserva la paz, la tranquilidad y la concordia entre los ciudadanos”⁸.

Como se ve, esta noción de policía poco tiene que ver con lo que hoy en día llamamos “la policía”. Se refiere más bien a la autoridad del gobierno del Estado para procurar el bien común, especialmente en lo relativo a la seguridad y a las buenas costumbres. Otros menesteres típicos del Estado moderno, como el poder de tributación y de expropiación (este último, también llamado “dominio eminente” en el mundo anglosajón), la justicia y las relaciones exteriores, quedaban fuera de la definición de “policía” o “policía interna o doméstica”, como también se la solía llamar⁹.

⁶ Así, por ejemplo, la proyectada Enmienda V decía: “Ningún estado será afectado en su policía interna sin su consentimiento”. Finalmente la Enmienda fue aprobada en otros términos, pero la misma idea quedó recogida en la Enmienda X, como ya se indicó (*supra*, nota 1h 4). Cfr. Farrand, M., *The Records of the Federal Convention of 1787* (Edición revisada, Yale University Press, New Haven, 1937), Vol. II, p. 21. Años antes, en 1774, el Primer Congreso Continental había defendido el derecho de los estados nacientes a una “legislación exclusiva en todos los casos de [...] policía interna”. Cf. Crosskey, W.W., *Politics and the Constitution in the History of the United States* (The University of Chicago Press, Chicago, 1953), Vol. I, p. 152.

⁷ Blackstone, Sir W., *Commentaries on the Laws of England* (Primera edición, 1765-1769; facsímil de la primera edición, University of Chicago Press, Chicago y Londres, 1979), Vol. IV, p. 162.

⁸ Vattel, E. de, *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature: applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns* (Primera edición en inglés, Newbery et al., Londres, 1759 [Volumen II]-1760 [Volumen I]), n. 174, pp. 76-77; énfasis añadido.

⁹ Cfr., por ejemplo, Pufendorf, S., *The Law of Nature and Nations: or, A General System of the most important Principles of Morality, Jurisprudence, and Politics* (Primera edición, 1672; quinta edición [traducida por Basil Kennet], Londres, 1744), Libro VIII, Cap. V, n. III, 827-828. Véase también, Crosskey, W.W., *Politics...*, cit., Vol. I, 147-152.

Ya se adelantó que el término *policía* cruzó el Atlántico y se instaló en los flamantes Estados Unidos de América. Allí, por influjo de la Corte Suprema, la policía comenzó a llamarse pronto “poder de policía”¹⁰. El poder de policía designaba –y designa hasta el día de hoy– dos cosas: por un lado, la soberanía residual de los estados, todo el poder no delegado por estos al gobierno federal¹¹. Esto es lo que se llama el poder de policía *broad and plenary*, o poder de policía en sentido amplio. Por otro lado, con el correr del tiempo la expresión “poder de policía” adquirió un sentido restringido (“*narrow*”), que hace referencia a la autoridad del gobierno para promover y regular algunos aspectos específicos del bien común que suelen resumirse en tres: la moral pública, la seguridad pública y la salud pública.

Contrariamente a lo que a veces se afirma, ambos conceptos –*broad* y *narrow*– coexistieron en la historia constitucional estadounidense y se mantienen vigentes hasta el presente¹². Por otra parte, de este breve estudio de los antecedentes¹³, resulta claro que “policía” y “poder de policía” son dos nombres que designan esencialmente lo mismo¹⁴. Luego, al menos desde un punto de vista histórico, no tienen sentido las distinciones entre estas dos nociones que a veces se trazan, especialmente en el campo del Derecho Administrativo¹⁵.

Con relación a lo que más nos interesa, de la observación histórica sucintamente expuesta se sigue que en los Estados Unidos la moral pública se encuentra entre los objetivos válidos del poder de regulación de los estados. Es decir, que el poder de policía guarda con la moralidad pública una relación de género a especie: la

¹⁰ Es un lugar común afirmar que la Corte Suprema estadounidense usó por primera vez la expresión “poder de policía” en el caso *Brown v. Maryland*, 12 Wheat. 419, 430 (1827). En casos anteriores la idea ya había sido perfilada, pero era designada con el término “policía”. Cfr. *Dartmouth College v. Woodward*, 4 Wheat. 518, 629 (1819) y, especialmente, *Gibbons v. Ogden*, 9 Wheat. 1, 208 (1824).

¹¹ En palabras de la Corte Suprema, “el poder de policía fue dejado incólume en manos de los estados de la Unión cuando se adoptó la Constitución original de los Estados Unidos y no les fue quitado por las enmiendas adoptadas desde entonces”. *Butchers' Union & Co. v. Crescent City & Co.*, 111 U.S. 746, 747 (1884).

¹² En 1919 la Corte afirmó que “las palabras ‘poder de policía’ son susceptibles de dos significados: uno comprehensivo (*comprehensive*), que abarca sustancialmente todo el campo de la autoridad estatal, y otro más estrecho (*narrower*) que incluye solamente el poder del estado para lidiar con la salud, la seguridad y la moralidad de la gente”. *Dakota Cent. Teleph. Co. v. South Dakota ex rel. Payne*, 250 U.S. 163, 185-186. Cfr., más cerca de nuestros días, *Barnes v. Glen Theatre*, 501 U.S. 560, 569 (1991).

¹³ Puede consultarse una versión más completa de los orígenes históricos del poder de policía y su relación con la “policía” en Legarre, S., “El poder de policía en la historia, la jurisprudencia y la doctrina” (*La Ley* 2000-A-999).

¹⁴ Cfr. Freund, E., *The Police Power. Public Policy and Constitutional Rights* (Callaghan & Company, Chicago, 1904; reimpresión, Arno Press, New York, 1976), n. 3, p. 3. El natural fluir del poder de policía a partir de la idea de policía se observa prístinamente en algunas decisiones judiciales. Cfr., por ejemplo, *Thorpe v. Rutland*, 27 Vt. 140 (1855).

¹⁵ Para una ampliación de este argumento, cfr. Legarre, S., “El poder de policía...”, cit.

moralidad pública aparece como un *caso*, un *supuesto*, una *especie* del género “poder de policía”.

Esto fue así desde los inicios mismos de la vida institucional estadounidense. En palabras del profesor de la Universidad de Chicago, William J. Novak, así como “[d]e acuerdo con los estándares de finales del siglo XX la regulación pública de la moralidad es cada vez más sospechada [...] la relación entre derecho y moral en el siglo XIX no pudo haber sido más distinta. De todos los cuestionamientos al poder público durante ese período, la regulación de la moral era el caso fácil. [...] La regulación de la moralidad y una preocupación más general por el orden, la ética, los buenos modales, los hábitos respetables y los estándares de decencia, eran objetos principales de la policía”¹⁶. Como lo sintetizó Cooley a mediados del siglo XIX, “la preservación de la moral pública se halla peculiarmente sujeta a la supervisión legislativa”¹⁷.

Este criterio deferente hacia la moral pública se plasmó progresivamente en la llamada “legislación moral” [*morals legislation*] de los diversos estados, que fue convalidada invariablemente por la Corte Suprema de los Estados Unidos: El presupuesto común de sus decisiones en esta materia era, como afirmó en 1904, que “[e]l estado indudablemente tiene el poder de proteger la moral pública mediante legislación apropiada”¹⁸.

En suma, no cabe duda de que en el derecho constitucional estadounidense histórico o tradicional la moral pública configuraba un interés legislativo válido, al cual se adjudicaba una importancia considerable. Como sostiene Wolfe:

“El poder de regular la moralidad permaneció como una parte firmemente establecida del derecho americano hasta bien entrado el siglo XX. Hubo grandes

¹⁶ Novak, W.J., *The People's Welfare. Law and Regulation in Nineteenth-Century America* (The University of North Carolina Press, Chapel Hill y Londres, 1996), p. 149. En el mismo sentido, Wolfe: “La legitimación de las leyes sobre moral pública (*morals legislation*) era ampliamente aceptada en los comienzos de América” [se refiere al período colonial norteamericano]. Wolfe, C., “Public Morality and the Modern Supreme Court” (45 *American Journal of Jurisprudence* 65) [2000], p. 69. Otro tanto sostiene Henkin en “Morals and the Constitution: the Sin of Obscenity” (63 *Columbia Law Review* 391) [1963]: “Nadie parecía dispuesto a dudar de que los legítimos propósitos del gobierno incluían la preservación de la moral, pública o privada” (p. 403); “[e]n verdad, la legislación reflejaba la moral tradicional, y la preservación de esta moralidad era un fin *incuestionable e incuestionado* del gobierno” (p. 404; énfasis agregado). La confesión es particularmente valiosa si se tiene en cuenta que proviene de un crítico sagaz de la *morals legislation*: cfr. Henkin, cit., p. 402.

¹⁷ Cooley, T. M., *A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest upon the Legislative Power of the States of the American Union* (Primera edición, 1868; cuarta edición, Little, Brown, and Company, Boston, 1878), p. 748.

¹⁸ *Dobbins v. Los Angeles*, 195 U.S. 223, 237 (1904). Cfr. también, entre muchos otros, *Boston Beer Co. v. Massachusetts*, 97 U.S. 25, 33 (1878): “Más allá de las diferencias de opinión que pudieran existir sobre la extensión y los límites del poder de policía, y a pesar de lo difícil que pueda ser brindar una definición satisfactoria de aquél, parece no haber duda de que se extiende a [...] la preservación del buen orden y la moral pública”.

discusiones a lo largo de la historia americana sobre temas específicos de derecho y moral. ¿Deberían la bebida o el juego ser regulados, o no? ¿Cuán vigorosamente deberían aplicarse las leyes públicas contra la prostitución? ¿Deberían las leyes sobre obscenidad aplicarse a obras de reconocida excelencia artística? A veces no estaba claro dónde trazar la línea, pero el poder de trazar la línea no era objeto de duda¹⁹.

Sin embargo, en la llamada *Era Moderna* se desató una fuerte tormenta sobre el poder de policía en materias de moralidad pública. Este período comienza en la década del 60 con el apogeo de la Corte Warren²⁰ y la afirmación creciente en la academia de un liberalismo antiperfeccionista con pretensiones de neutralidad, encarnado un poco más tarde por figuras como los profesores John Rawls y Ronald Dworkin. Se ha dicho que en esos años tuvo lugar por vez primera “una oposición sistemática y extendida, no tanto a este o aquel ejercicio del poder de regular la moralidad en particular sino al principio fundamental de la regulación legal de la moralidad”²¹. No obstante, la Corte moderna nunca rechazó expresamente la validez de la *morals legislation* por vía de principio general. En efecto, a pesar de que a partir de los años 60 algunas normas estatales en esta materia fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal por considerarlas violatorias de la libertad de expresión, la privacidad u otros derechos fundamentales²², el principio de que los estados pueden regular la moralidad pública mediante el poder de policía nunca fue repudiado. Más aún, este principio fue reafirmado en fecha tan reciente como 1991, en un fallo cuya doctrina fue sustancialmente confirmada hace apenas tres años.

En el aludido caso de 1991 –*Barnes v. Glen Theatre*– la Corte, por mayoría, resolvió que una ley estatal de indecencia pública que establecía limitaciones al baile desnudo en establecimientos eróticos no violaba la Constitución, a pesar de reconocer que ese tipo de baile gozaba de cierta protección constitucional a la luz de la Enmienda Primera²³. Para llegar a esta conclusión, la pluralidad de *Justices* que votó en primer término consideró, entre otras cosas, que “la finalidad de la ley de proteger el orden social y la moralidad resulta clara a partir de su texto y de su historia”²⁴, y que esta ley, al igual que otras semejantes, “fue diseñada para proteger la moral

¹⁹ Wolfe, C., “Public Morality...”, cit., p. 71.

²⁰ Como es sabido, la Corte Warren debe su apelativo a Earl Warren, quien fuera su *Chief Justice* entre 1953 y 1969.

²¹ Wolfe, C., “Public Morality...”, cit., p. 71.

²² Cfr. por ejemplo, *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965) y *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

²³ 501 U.S. 560 (1991). El caso está publicado en español en la revista *El Derecho* [1992] 148-594, con notas de G. J. Bidart Campos y W. F. Carnota. En Estados Unidos, el comentario más exhaustivo de este fallo es el del profesor de la Universidad de Columbia, Vincent Blasi, “Six Conservatives in Search of the First Amendment: the Revealing Case of Nude Dancing” (33 *William and Mary Law Review* 611) [1992].

²⁴ *Barnes*, 568.

[*morals*] y el orden público [*public order*]²⁵. A continuación, con palabras que ratifican la vigencia en la *Era Moderna* del poder de policía en materias morales, la pluralidad expresó que “el tradicional poder de policía de los estados es definido como la autoridad para proveer lo conducente a la salud, la seguridad y la moral públicas, y hemos sostenido tal fundamento para la legislación”²⁶. La pluralidad coligió de ello que “la ley de indecencia pública promueve un interés sustancial del gobierno en proteger el orden y la moralidad”²⁷, razón que, sumada a otras consideraciones, condujo a su convalidación.

Como se adelantó, el criterio de la pluralidad que conformó la mayoría en *Barnes v. Glen Theatre* fue sustancialmente reafirmado en el año 2000, en el caso *Erie v. Pap's*²⁸.

III. EN BÚSQUEDA DE UNA DEFINICIÓN DE MORAL PÚBLICA

Intentaremos ahora encontrar una definición razonable de esa moral pública a la que se refieren el derecho constitucional estadounidense —tradicional y moderno— y también, como vimos, otros sistemas constitucionales del mundo. Si uno comienza por buscarla en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos lo primero que constata es que la definición de moral pública no aparece por ningún lado. Como ocurre tantas veces, la expresión es usada con frecuencia sin que se la defina explícitamente. En general, tampoco los tratados de derecho constitucional de ese país se ocupan de explicar qué es la moral pública²⁹. A lo sumo aportan una descripción de los distintos problemas que suelen agruparse bajo el título “mo-

²⁵ *Barnes*, 569.

²⁶ *Barnes*, 569, con cita de *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49, 61 (1973) y *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 196 (1986). Este último fallo fue dejado sin efecto [*overruled*] por la Corte Suprema en el reciente caso *Lawrence v. Texas* (Causa N° 02-102, decidida el 26 de junio de 2003). En contra de lo resuelto en *Bowers*, la Corte en *Lawrence* afirmó que la incriminación de la sodomía homosexual en privado era inconstitucional. Sin embargo, a pesar de algunas afirmaciones que podrían inducir a confusión (cfr. la parte final de la sección II del voto mayoritario en *Lawrence*, cuando se cita la disidencia de Justice Stevens en *Bowers*), *Lawrence* no deja sin efecto la doctrina del poder de policía en materias de moralidad pública, una doctrina que, como se ha visto, tiene linaje y vida propios, con independencia de su recepción en *Bowers*. *Lawrence* simplemente se limita a descalificar un particular ejercicio del poder de policía, en un caso en que se trataba de una conducta *privada* entre adultos; descalificación que, por razones que se darán en la sección III de este trabajo, puede ser razonable.

²⁷ *Barnes*, 569.

²⁸ 529 U.S. 277 (2000).

²⁹ En doctrina pueden encontrarse trabajos aislados que intentan definir la moralidad pública. Véanse, por ejemplo, desde perspectivas muy distintas, los artículos de Wolfe, C., “Public Morality...”, cit., y de George R.P., “The Concept of Public Morality”, cit., por un lado, y el de Cicchino, P.M., “Reason and the Rule of Law: Should Bare Assertions of ‘Public Morality’ Qualify as Legitimate Government Interests for the Purposes of Equal Protection Review?” (87 *Georgetown Law Journal* 139) [1998], por otro.

alidad pública". Así lo hace, por ejemplo, Ernst Freund en su importante libro sobre el poder de policía³⁰. El profesor de Chicago sostenía en 1904 que el poder de policía para la protección de la moral pública se ejerce en tres grandes rubros: el juego, las bebidas alcohólicas y la inmoralidad sexual³¹. Modernamente se han agregado a estos temas, otros como la tenencia de estupefacientes para uso personal.

¿Qué tienen en común estas conductas, reprimidas por las llamadas *moral laws*? Por un lado, las une el hecho de que se trata de acciones inmorales. ¿Pero acaso no son también inmorales el homicidio, la violación, el secuestro y tantas otras conductas prohibidas por el derecho penal? Sí, pero las ofensas contra la moral pública se distinguen de estos otros delitos en que cuando se trata de las primeras, o no hay un daño visible a terceros, o estos prestan su consentimiento a la acción inmoral. Ejemplos de lo primero son acciones como la tenencia de estupefacientes para uso personal o el consumo abusivo de bebidas alcohólicas. En ambos casos, el principal perjudicado es el protagonista de la acción y, a pesar de que puede razonablemente alegarse que esas conductas tienen repercusión pública, no hay un sujeto individual –tercero– inmediatamente afectado por ellas. Ejemplos de lo segundo son ciertas prácticas sexuales inmorales en las que, si bien hay más de una persona involucrada, todos los participantes son adultos que prestan su consentimiento, como puede ocurrir con la prostitución³². Tanto en el primer supuesto –los llamados “crímenes sin víctima”³³– como en el segundo –casos en los que media consentimiento de los afectados– se trata de ofensas cuya prohibición o regulación se justifica normalmente con apoyo en la moralidad pública: a pesar de no existir un daño a un tercero susceptible de individualización, se trata de conductas inmorales que

³⁰ El ya citado libro de Freund *The Police Power. Public Policy and Constitutional Rights* es, sin duda, la obra más influyente que se haya escrito jamás sobre el poder de policía en el mundo angloparlante, a pesar de que su autor la consideraba modestamente como un manual para abogados [*a practitioner's handbook*]. Cfr. Freund, E., *Standards of American Legislation* (Segunda edición, Phoenix Books, The University of Chicago Press, Chicago-Londres, 1965; Prefacio a cargo de F.A. Allen), Prefacio, p. vii.

³¹ Freund, E., *The Police Power...*, cit., nn. 187 ss., pp. 172 ss. Hay listas más amplias. Así, en el caso *Tull v. United States*, Justice Brennan recordaba que las *public nuisances* en el *common law* “incluían interferencias [...] con la moralidad pública, como en el caso de las casas de prostitución, los establecimientos de licores ilegales, las casas de juego, las exhibiciones indecentes, las riñas de toros, las peleas no autorizadas por premios o la profanidad pública”. 481 U.S. 412, 421, nota 5 (1987); cita intermedia omitida.

³² En el ya citado caso *Barnes v. Glen Theatre*, Justice Scalia da otros ejemplos de ofensas contra la moral pública cuyos protagonistas son adultos en ejercicio de su libertad [*fully consenting adults*]: “En la sociedad americana tales prohibiciones han incluido, por ejemplo, el sadomasoquismo, las riñas de gallos, la bestialidad, el suicidio, el uso de drogas, la prostitución y la sodomía”. 501 U.S. 560, 575 (1991), voto concurrente de Scalia, J. Respecto de la ofensa mencionada en último término –sodomía– debe tenerse en cuenta lo resuelto en *Lawrence v. Texas* (Causa N° 02-102, decidida el 26 de junio de 2003). Cfr. *supra*, nota 14 26.

³³ La expresión “*victimless crimes*” puede encontrarse, por ejemplo, en *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186, 195 (1986).

tienen una repercusión relevante en la esfera pública y por ello el gobierno del estado tiene autoridad suficiente para intervenir, autoridad que en los Estados Unidos se halla encapsulada, como vimos, en el poder de policía³⁴. *A contrario sensu*, si no se trata de acciones inmorales o se trata de acciones que, siendo inmorales, carecen de una repercusión relevante en la esfera pública, el gobierno del estado no tiene autoridad fundada en la protección de la moralidad pública.

Para que el gobierno del estado pueda prohibir una conducta con ese fundamento deben reunirse, entonces, dos requisitos, que surgen diáfananamente del significado de la expresión “moralidad pública”: la conducta debe ser inmoral y debe ser pública. Debe ser, en otras palabras, una *inmoralidad pública*. Detengámonos un instante en estos dos elementos.

Para que la moralidad pública esté comprometida debe existir, en primer lugar, una conducta verdadera y realmente inmoral. Se trata de un parámetro *objetivo*, fruto de una argumentación racional: por tales y cuales razones tal conducta es inmoral. Que la acción sea tradicionalmente tenida por inmoral, o que sea reprobada por una mayoría legislativa, son pautas *subjetivas* que, de cara a una correcta definición de la moral pública, solo son relevantes cuando constituyen una consecuencia del hecho objetivo de la inmoralidad en cuestión: porque la conducta *es* inmoral, es tradicionalmente tenida por inmoral o reprobada por una mayoría legislativa. Si, en cambio, la reprobación moral no se correspondiera con una verdadera inmoralidad, constituiría un error afirmar que la legislación que incorporase dicha reprobación promovería la moralidad pública³⁵. Lo que promovería, en todo caso, es una cierta tradición o la voluntad de una determinada mayoría que, despegada de verdaderas razones, puede consistir en un verdadero capricho. Tanto las tradiciones como las mayorías pueden estar equivocadas y, como atestigua la historia, a veces gravemente equivocadas. Por ello, cuando se trata de evaluar la validez (moral y constitucional) de la legislación en materia de moralidad pública no corresponde detenerse en el mero hecho de que una tradición o una mayoría legislativa hayan considerado inmoral cierta conducta. Esto

³⁴ Cabe aclarar que, tanto en los Estados Unidos como en otros sistemas constitucionales, el poder de policía puede estar habilitado por otras consideraciones a las que el texto no hace referencia: salud pública, seguridad pública, etc. En estos casos en que se tutelan otros aspectos del bien común distintos de la moral pública, no es necesario que concurra el requisito de la inmoralidad de la conducta regulada para que el gobierno del estado pueda intervenir.

³⁵ En sentido semejante, George R.P., *Para hacer mejores a los hombres: Libertades civiles y moralidad pública* (Ediciones Internacionales Universitarias, Madrid, 2002; traducción de *Making Men Moral: Civic Liberties and Public Morality* [Clarendon Press, Oxford y New York, 1993]), *passim*. Lo que he llamado exigencias objetivas de la moralidad pública lleva a este autor a rechazar –con razón– la justificación conservadora de la legislación en materias morales defendida por Lord Devlin en su célebre debate con el Profesor Hart: “En contra de Devlin, mantengo que si un acto moralmente controvertido no es, de hecho, inmoral entonces no puede justificarse su prohibición legal”. George cit., p. 13. Véase también el Cap. 2 del libro de George, que aborda lúcidamente el debate Devlin-Hart.

constituye un indicio de validez y puede ser el primer paso del análisis. Pero hay que inquirir más allá y discernir si el juicio tradicional o mayoritario se basa en razones válidas. De lo contrario no habría manera de distinguir entre normas que promueven la moral pública y normas que, so capa de moral pública, imponen verdaderas inmoralidades. Un ejemplo de lo segundo es el derecho nazi, que incorporó la reprobación de una raza por parte de una mayoría legislativa. Lo que promovía la legislación racista no era la moralidad pública –aunque pudiera alegarse ello falazmente– sino precisamente lo contrario, la inmoralidad pública.

A pesar de lo expuesto, constituye un error frecuente reducir la moralidad pública a sus elementos subjetivos, es decir, la reprobación de una conducta por parte de una tradición, de una mayoría legislativa, o del “hombre medio”³⁶. Este error está bien ilustrado en la jurisprudencia por el caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Bowers v. Hardwick*³⁷. Allí el Tribunal consideró suficiente para sostener la validez de una ley que prohibía la sodomía, “la presunta creencia de una mayoría del electorado de Georgia de que la sodomía [...] es inmoral e inaceptable”³⁸. Tal como lo planteó el Tribunal podría haberse tratado de una creencia absurda o persecutoria, pues se consideró suficiente la constatación de una reprobación moral mayoritaria expresada en la ley³⁹. Como ya expliqué, esto constituye una equivocación⁴⁰; aunque atenuada en este caso particular porque –a pesar de que la Corte no lo dijo– la creencia en cuestión no era absurda ni persecutoria, pues es posible argumentar racionalmente que la sodomía es efectivamente inmoral⁴¹. No obstante lo cual, la moralidad pública no necesariamente estaba comprometida en el caso, dado que debía tratarse de una inmoralidad *pública*, mientras que la conducta en cuestión se había llevado a cabo en privado. Esta circunstancia no fue debidamente evaluada por la Corte, lo cual tornaba su sentencia en fácil blanco de crítica. De hecho, en fecha reciente el Tribunal dejó sin efecto [*overruled*] el precedente *Bowers*, al decidir en el caso *Lawrence v. Texas*

³⁶ La “moral media” es otra variante de pauta subjetiva en materia de moral pública. Consiste en equiparar la moral pública de una determinada comunidad a su moral “promedio”. Esta pauta tiene la limitación adicional de que es difícil –en el caso de que fuera posible– determinar cuál sea la moral media de una sociedad.

³⁷ 478 U.S. 186 (1986).

³⁸ *Bowers*, 196.

³⁹ Contrástese esto con *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620 (1996). Allí la Corte usó el método argumentativo adecuado aunque erró, en mi opinión, en considerar persecutoria la voluntad del electorado del estado de Colorado. Cfr. Legarre, S., “Orientación sexual y derecho” (*El Derecho* [1996] 168-1122).

⁴⁰ En sentido concorde, Wolfe enfatiza que en *Bowers* la Corte “no dio respuesta a la pregunta de si la creencia moral [del electorado de Georgia] tiene un fundamento racional”. Wolfe, C., “Public Morality...”, cit., p. 76.

⁴¹ La argumentación racional de la inmoralidad de la sodomía excede los propósitos de este trabajo. Puede verse, por ejemplo, Finnis, J.M., “Derecho, moral, y ‘orientación sexual’” (41 *Persona y Derecho* 583 [1999]; traducción de “Law, Morality, and ‘Sexual Orientation’”, [69 *Notre Dame Law Review* 1049] [1994]).

que la incriminación de la sodomía homosexual en privado es inconstitucional⁴². Por lo demás, el tema de la privacidad nos permite abordar a continuación el segundo requisito para que se configure una ofensa a la moral pública.

En efecto, para que la moralidad pública esté comprometida no solamente debe existir una conducta inmoral sino que además esta debe ser *pública*⁴³. Las siguientes palabras de Blackstone, escritas ya en el siglo XVIII, constituyen un buen punto de partida para entender este requisito:

“Dado que el fin e intención de tales leyes [humanas] es solamente regular el comportamiento de los hombres en cuanto son miembros de la sociedad y tienen diversas relaciones entre sí, por ende no tienen incumbencia ni interés sino en las obligaciones sociales o relativas. Por lo tanto, permítasele a un hombre abandonarse en sus principios o ser vicioso en sus costumbres en la medida que él quiera ya que siempre y cuando reserve su perversidad para sí mismo y no ofenda las reglas de la *decencia pública*, ese hombre está fuera del alcance de las leyes humanas. Pero si hace su vicio *público* —aunque sean tales [*sic*] que parezcan afectarlo principalmente a él mismo (como la embriaguez y otros tales)— entonces se tornan, por el mal efecto que establecen, en un efecto pernicioso para la sociedad; y por lo tanto es función de las leyes humanas corregirlos. En esto la circunstancia de la *publicación* es lo que cambia la naturaleza del caso [...]”⁴⁴.

La publicidad de una determinada acción viene dada por diversos parámetros. Uno importante, sin duda, es el lugar donde aquella transcurre⁴⁵. Pero no es el único ni es definitivo. Una conducta puede desenvolverse en privado —ser, en ese sentido, una *acción privada*⁴⁶— y, no obstante, repercutir en la esfera pública y afectar el bien común político. Por ejemplo, la tenencia de estupefacientes para uso personal en un lugar privado es una acción privada que constituye, sin embargo, una inmoralidad pública pues tiene significativas consecuencias para la vida social⁴⁷. También puede

⁴² Causa N° 02-102, decidida el 26 de junio de 2003. Cfr. *supra*, nota 1h 26.

⁴³ Como expresa Wolfe, “[m]oralidad pública, tal como se usa convencionalmente ese término, no puede ser igualada a moralidad *per se*, porque ello incluiría demasiado. Moralidad ‘pública’ es normalmente usada como un término delimitador [...]”. Wolfe, C., “Public Morality...”, cit., p. 65.

⁴⁴ Blackstone, Sir W., *Commentaries*, cit., Vol. I, pp. 119-120; énfasis añadido.

⁴⁵ Esta pauta espacial fue tenida en cuenta por la Corte Suprema de los Estados Unidos en casos como *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969) y, más recientemente, *Lawrence v. Texas* (Causa N° 02-102, decidida el 26 de junio de 2003).

⁴⁶ Cfr. el ya citado artículo 19, primera parte, de la Constitución argentina: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Para un intento de caracterización de las “acciones privadas de los hombres”, cfr. Legarre, S., “Ensayo de delimitación de las ‘acciones privadas de los hombres’” (*La Ley* 1999-B-1266).

⁴⁷ Así lo sostuvo la Corte Suprema argentina en el caso *Montalvo* (Fallos 313:1333 [1990]), que constituye la jurisprudencia vigente en esta materia. El voto mayoritario, especialmente en los considerandos 13° y 15°, aporta algunas de las razones por las cuales la tenencia de estupefacientes para uso personal afecta la moral pública.

pensarse en ejemplos más claros y extremos, aunque se salgan del contexto de la moralidad pública: nadie aceptaría que un sujeto se escudara en la privacidad de su hogar para construir una bomba atómica. En suma, siempre que la justicia y la paz de la comunidad estén comprometidas, el requisito de la publicidad debería tenerse por cumplido.

Otra reflexión que se impone a esta altura del discurso es que de la afirmación de que una conducta ofende la moralidad pública no se sigue ineludiblemente que aquella deba ser prohibida por el gobierno del estado. La genuina inmoralidad del acto prohibido es condición necesaria pero no suficiente de la legitimidad de su prohibición⁴⁸. Pues como ya lo sostenía Tomás de Aquino en el medioevo, la ley no debe prohibir todos los vicios sino solamente los más graves⁴⁹. Razones de prudencia justifican que algunas inmoralidades públicas deban ser toleradas. Es una delicada tarea del legislador discernir cuándo la prohibición de una determinada conducta que afecta la moral pública puede traer consecuencias peores que su tolerancia.

IV. REFLEXIONES FINALES

La sección precedente constituyó un ensayo de delimitación de la moral pública con pretensiones de iluminar cómo se la debe entender en los países que, como los Estados Unidos, entre otros, incorporan esa noción a sus ordenamientos constitucionales. Cabe aclarar ahora que la moral pública no se define solamente de un modo negativo, esto es, por relación a las conductas que la ofenden, las inmoralidades públicas a que se hizo alusión anteriormente. También se la puede conceptualizar positivamente como el conjunto de manifestaciones del recto obrar de los miembros de una comunidad que más inmediatamente repercuten en la esfera pública⁵⁰, contribuyendo a formar la “ecología moral” de dicha comunidad⁵¹. Como afirma Fin-

⁴⁸ Cf. George, R.P., *Para hacer mejores a los hombres*, cit., p. 14.

⁴⁹ *Suma Teológica*, I-II q. 96 a. 2c: “[...] por la ley humana no se prohíben todos los vicios, de que se abstienen los virtuosos, sino solo los más graves, de los que es posible que se abstenga la mayor parte de la multitud [...]”.

⁵⁰ Cabe aclarar que los principios morales que rigen la conducta humana son únicos; las que pueden ser más o menos públicas son las acciones dirigidas por esos principios: de ahí el sentido de hablar de “moral pública” para referirse a la parte de la moral que se refiere a las acciones con una dimensión pública más pronunciada. Como afirma Valiente Noailles, “[...] no existe una moral pública distinta de la privada. El sentido moral es uno solo para lo público o para lo privado. Hay sí inmoralidades públicas o inmoralidades privadas”. Valiente Noailles, C., *La moral pública y las garantías constitucionales* (La Ley, Buenos Aires, 1966), p. 52.

⁵¹ La expresión “ecología moral” —una metáfora saludable— la tomo prestada de Robert P. George. Cf. *Para hacer mejores a los hombres*, cit., pp. 54 y 55. El autor también se refiere al “medio ambiente moral” (*moral environment*). *Idem*, p. 39. Cfr. asimismo, George, R.P., “The Concept of Public Morality”, cit., p. 19. En sentido parecido, Samuel Gregg habla de “cultura moral” para referirse, según expresa, a la ecología moral de una comunidad. Cf. *On Ordered Liberty. A Treatise on the Free Society* (Lexington Books, Lanham, 2003), p. 54.

nis, la importancia de este “ambiente moral-cultural-educacional”⁵² incluye las siguientes consideraciones:

“(1) [E]ste es el ámbito o dominio público en que la juventud [...] es educada; (2) es el contexto en el que y por el que todos los que tienen responsabilidad sobre el bienestar de la gente joven, son ayudados o impedidos de asistirlos para que eviten formas de vida malas; (3) es el medio en el cual y por el cual todos los ciudadanos son alentados y ayudados, o desalentados y socavados, en su propia resistencia a ser atraídos por tentaciones que los alejan de sus aspiraciones a ser personas de carácter íntegro y a ser personas autónomas, capaces de controlarse, en lugar de esclavos del impulso y la gratificación por los sentidos”⁵³.

Lo dicho complementa la caracterización negativa que se había ensayado en la sección previa: son como las dos caras de una misma moneda. En un sentido positivo, entonces, la moralidad pública es un bien jurídico, protegido tanto por la penalización de ciertas conductas que la ofenden, como por normas no criminales que promueven su efectiva vigencia. En el derecho de familia se encuentran numerosos ejemplos de esto último. Una ilustración argentina del tema es el reciente fallo de la Cámara Civil de la Capital Federal en la causa *Asociación Argentina de Swingers*⁵⁴. En esa sentencia el tribunal capitalino se apoyó en argumentos de moralidad pública ínsitos en el derecho de familia argentino para denegar personería jurídica a una asociación que promovía la infidelidad conyugal.

Una nota final en materia de terminología. A lo largo de este trabajo he usado indistintamente las expresiones “moral pública” y “moralidad pública”, ya que no hay una buena razón para atribuirles significados diferentes. Otro tanto ocurre en los Estados Unidos, donde “moral pública” y “moralidad pública” significan lo mismo. Más aún, en el país del norte también son sinónimos de dichas expresiones los términos “moral” y “moralidad”. Así, se habla indistintamente de moral, moral pública, moralidad y moralidad pública⁵⁵. ¿Significa ello que la presencia –o ausencia– del adjetivo “pública” sea irrelevante? Ya vimos que, desde el punto de vista de la filosofía política propuesta en este trabajo, la respuesta a este interrogante es “no”: solo las inmoralidades *públicas* habilitan la autoridad del gobierno del estado, dicho esto sin perjuicio de las indudables dificultades a la hora de distinguir lo público de lo privado. Desde el punto de vista del derecho constitucional estadounidense hay una tendencia

⁵² Finnis, J.M., “Derecho, moral, y ‘orientación sexual’”, cit., p. 588.

⁵³ *Idem* nota anterior.

⁵⁴ El fallo, recaído en la causa R. 355243, fue dictado por la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la República Argentina el 17 de marzo de 2003. Cfr. *La Ley* 2003-C-642. El tribunal confirmó la decisión de la Inspección General de Justicia que había denegado la personería jurídica solicitada. Esta resolución fue publicada en *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional* del 25 de agosto de 2003, pp. 30-33.

⁵⁵ Cfr., por ejemplo, Henkin: “[l]os casos hablan de ‘moral’ [*morals*] y de ‘moralidad pública’ [*public morality*] intercambiabilmente”. Henkin, L., “Morals ...”, cit., p. 403.

general a aceptar este criterio, a pesar del mencionado uso laxo de la terminología. Esa tendencia se remonta a los escritos de los primeros comentaristas de la Constitución⁵⁶, y se ha mantenido hasta nuestros días, en los que, salvo alguna excepción aislada⁵⁷, parece haberse acentuado⁵⁸: las conductas privadas, carentes de aristas públicas relevantes, no son susceptibles de interferencia gubernamental.

⁵⁶ Parece existir un consenso —en línea con Blackstone— acerca del carácter limitado de la autoridad del gobierno del estado, que debe ocuparse solamente de lo público, quedando fuera de su competencia algunos asuntos privados. Joseph Story ejemplifica en sus famosos *Commentaries on the Constitution*: a un hombre se le puede permitir tener venenos en su armario, pero no venderlos *en público* como cordiales. Cf. Story, J., *Commentaries on the Constitution of the United States* (Primera edición, 1833; quinta edición, Little, Brown, & Co, Boston, 1858), Vol. II, n. 1884, p. 671, con cita de Blackstone. Según el *Diccionario de la Lengua Española*, “cordial”, en su quinta acepción, es una bebida que se da a los enfermos para confortarlos.

⁵⁷ Un ejemplo de excepción es el ya citado caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986).

⁵⁸ Una vez más, cabe traer a colación aquí casos como *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969) y *Lawrence v. Texas* (Causa N° 02-102, decidida el 26 de junio de 2003).