
La relación entre el derecho y la moral. La disputa Devlin-Hart *

Jorge Malem

Uno de los temas clásicos que ha sido abordado desde la perspectiva de las relaciones entre el derecho y la moral es el de la posibilidad —y en su caso justificación— de la imposición de normas morales por medio del derecho. Esto es, se trata de determinar si la mera inmoralidad de un acto es, o no, razón suficiente para justificar que el derecho interfiera con su realización. Desde una perspectiva liberal, éste es un problema importante, porque casi todas las constituciones de ese signo receptan en su seno disposiciones que establecen que las acciones de los hombres, salvo que dañen a otros, no pueden ser prohibidas legalmente. La Constitución argentina, por ejemplo, en su artículo 19 dice: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. También la Constitución española, en el Título 1, DE LOS DERECHOS Y DEBERES FUNDAMENTALES, impone una serie de garantías para la libre actuación de las personas respecto de temas morales. Así, por ejemplo, no cabe discriminación alguna por razón de religión u opinión (art. 14); se garantiza la libertad ideológica (art. 16); se reconoce el derecho a la intimidad (art. 18) o a la libertad de expresión (art. 20); etc. En realidad, tales disposiciones ya habían sido adelantadas en los artículos 4 y 5 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, al establecer: “la libertad consiste en hacer todo lo que no daña a los demás [...] La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad”. Pareciera, pues, que desde el pun-

* Este ensayo ha sido tomado de *Estudios de Ética Jurídica*, Ed. Fontamara, 1996. Agradecemos al autor el permiso para su reproducción.

to de vista de un sistema jurídico penal liberal, la mera inmoralidad del acto no es razón suficiente para su prohibición. Según William Edmundson, el liberalismo demandaría que la sociedad mantenga una posición de neutralidad hacia concepciones particulares de lo bueno, de la vida buena y de las personas buenas. La neutralidad liberal sólo podría ser debilitada si la persecución del bien propio tiende a impedir la libertad de otros para la búsqueda de su propia concepción del bien.¹ Sería deber del estado, entonces, permanecer neutral acerca de las concepciones morales de los ciudadanos.

En el ámbito jurídico filosófico, la polémica acerca de la posibilidad de imponer una moral determinada a través del derecho tuvo su mayor desarrollo en la década de los años sesenta con la discusión entre Lord Devlin y H. Hart. La cuestión había sido planteada en tomo a la conveniencia, o no, de descriminalizar los comportamientos homosexuales y la prostitución. La comisión Wolfenden, que a esa sazón había sido creada en Inglaterra, dictaminó en 1957 que era oportuno desregular ambas conductas basándose precisamente en un argumento liberal, esto es: no es de incumbencia del Estado las actividades privadas realizadas entre adultos que consienten a ellas. Según el Comité Wolfenden,

la función del derecho penal es la de preservar el orden público y la decencia, proteger a los ciudadanos de lo que sea ofensivo o dañino, y proveer suficiente resguardo frente a la explotación y corrupción de otros, especialmente de aquellos que son particularmente vulnerables, ya sea porque son jóvenes, débiles de cuerpo y mente, o inexpertos, o están en un estado de dependencia física, legal o económica [...]² En nuestra opinión no es función del derecho intervenir en la vida privada de los ciudadanos, ni intentar imponer ningún modelo de comportamiento determinado, más allá de lo que sea necesario para llevar a la práctica los propósitos que hemos bosquejado [...]³ Se ha de mantener un ámbito de la moralidad y la inmoralidad privadas que, dicho breve y crudamente, no es asunto del derecho.⁴

Con esta recomendación, el Comité Wolfenden no hacía sino recoger la ya tradicional concepción milliana acerca del principio del daño. En efecto, en *Sobre la libertad*, Mill sostuvo que:

¹ Véase William A. Edmundson, "Liberalism, Legal Decisionmaking and Morality [as such]", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 10, invierno de 1990, p. 505.

² Véase *The Wolfenden Report. Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Stain and Day Publishers, Nueva York, 1963; par. 13, p. 24.

³ *Idem*, par. 14, p. 24.

⁴ *Idem*, par. 61, p. 48.

La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral no es razón suficiente [...] La única parte de la conducta de cada uno por la que él es responsable ante la sociedad es la que se refiere a los demás. En la parte que le concierne meramente a él, su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano.⁵

En lo que sigue, analizaré brevemente, en primer lugar, las tesis de Lord Devlin, prestando especial atención a su tesis acerca de la desintegración social; en segundo lugar, presentaré dos casos que parecieran avallar las tesis devlinianas, en tercer lugar, haré un breve examen de las principales críticas que se han formulado a las tesis de Lord Devlin poniendo el acento en las dirigidas por H. Hart, y concluiré examinando ciertas relaciones entre el derecho y la moral.

I

Lord Devlin, que en un principio aceptaba la plausibilidad de las conclusiones a las que llegaba Mill, al terminar de preparar sus dos primeras Conferencias Macabeas tomó conciencia de que tales conclusiones le eran totalmente inaceptables. Su desazón provenía de la constatación del hecho de que todos los sistemas jurídicos imponen una determinada moral a través del derecho penal, como un medio que tiene la sociedad de defenderse de ciertos ataques que pueden destruirla.

En efecto, según Devlin, el derecho penal no es sino un derecho moralizado. Y en muchos delitos, su única función consistiría en aplicar nada más que un principio moral. En apoyo de esta posición, Devlin señala el hecho de que el consentimiento de la víctima no juega ningún papel en el derecho penal como elemento de justificación o de excusa. La razón de esto es que, en su opinión, un delito no sólo es un ataque a un individuo determinado, es también un agravio a la comunidad en su conjunto. Por otra parte, agrega, si bien existen acciones inmorales que no están tipificadas como delito, no habría inmoralidad que fuera perdonada por la ley. Así, pone por ejemplo, un contrato cuyo objeto fuera inmoral no sería válido.⁶

⁵ Véase John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, versión castellana de Pablo de Azcárate, Alianza Editorial, Madrid, 1986, pp. 65-66.

⁶ Véase Lord Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1965, pp. 6 y ss.

La defensa de este tipo de moralismo legal⁷ por parte de Devlin se basa en la premisa de que la cohesión social depende del conjunto de creencias morales compartidas por los miembros de una comunidad. Al compartir estas creencias, los individuos se transforman en integrantes de una sociedad. De hecho, la sociedad es definida por Devlin como

una comunidad de ideas, y no sólo de ideas políticas, sino también de ideas sobre cómo sus miembros deben comportarse y gobernar sus vidas; pues bien: estas últimas ideas constituyen su moral. Toda sociedad tiene una estructura moral, además de la política; o más bien [...] yo diría que la estructura de toda sociedad se compone de una política y de una moral.⁸

Pero se basa también en una segunda premisa, y es que toda sociedad tiene el derecho a defender su integridad, tanto frente a ataques internos como externos. Y así como la rebelión afectaría la integridad del cuerpo político, la inmoralidad afectaría la integridad del cuerpo social. Si la moralidad compartida constituye el cemento de la comunidad, la inmoralidad tiende a desintegrarla. Bien es cierto, en opinión de Devlin, que no todo acto subversivo ni cualquier acto de inmoralidad amenaza la existencia de la sociedad, pero tanto las actividades subversivas como las inmorales son, por su propia naturaleza, capaces de amenazar la existencia de la sociedad.⁹

La sociedad tiene el derecho a usar sus leyes como un acto de autodefensa de su integridad. Y debe, por lo tanto, imponer a través de las normas penales el núcleo moral básico de la sociedad. Si se reconoce la inexistencia de límites de la potestad estatal para luchar contra la subversión, se debe también reconocer que no es posible restringir la actividad punitiva del estado para luchar contra la inmoralidad.

En conexión con esta afirmación, Devlin sugiere una analogía entre autoridad política y autoridad moral, entre la traición y la inmoralidad.

⁷ Joel Feinberg distingue entre un moralismo legal perfecto y otro imperfecto. Lord Devlin respondería a esta última categoría, ya que la razón por la que promueve imponer la moral social por medio del derecho es la autoprotección de la sociedad. En este sentido, su posición se podría reconducir a través del análisis del principio del daño. La posición de Irving Kristol acerca de la pornografía, en cambio, revela un moralismo legal perfecto, ya que propugna la prohibición de la pornografía por el mero hecho de constituir una inmoralidad. Véase J. Feinberg, *Harmless Wrong-Doing*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 9 y ss. En este trabajo no prestaré especial atención a esta distinción.

⁸ Devlin, *op. cit.*, p. 9.

⁹ *Idem*, nota en respuesta a Hart, p. 14.

dad. Afirma, en este contexto, que la supresión del vicio incumbe al derecho tanto como la eliminación de la subversión. El principio que legitima la actividad represora del estado en ambos casos es el mismo: la autodefensa.

Hay que señalar, dice Robert George, que Devlin justifica la imposición de una moral a través del derecho como una cuestión de autoprotección y no como una cuestión de defensa de una hipotética moral verdadera.

Lo que justifica la imposición jurídica es la cohesión social *per se*. Aunque la cohesión social requiere la integración de los individuos en torno a un conjunto de creencias morales *compartidas*, no requiere que las creencias que comparten sean también verdaderas. Por tanto, según Devlin, una sociedad puede imponer legítimamente cualquier creencia moral compartida que mantenga a sus miembros unidos.¹⁰

Se vislumbra aquí una posición relativista en la ética de Devlin. Esto es así, porque en Devlin, la moral no es una cuestión que se relaciona con la razón, sino con la sensibilidad. Para averiguar las creencias morales de una sociedad hay que conocer cuáles son las creencias morales del hombre razonable, del hombre de la calle. A este "hombre del autobús de Clapham" no se le ha de pedir, afirma Devlin, que razone. No se trataría de saber lo que pensaría un hombre racional, sino lo que sostendría un hombre de mente recta. Por esa razón, la inmoralidad a efectos jurídicos es aquella que cualquier persona de mente recta considerara inmoral.¹¹

Pero no cualquier acto de inmoralidad ha de ser castigado por el estado. No basta que una determinada práctica sea repudiada por la mayoría; es necesario que provoque un verdadero sentimiento de reprobación, de repugnancia.

La existencia de este sentimiento —afirma Devlin— es un buen indicio de que se están alcanzando los límites de la tolerancia. No todo ha de tolerarse. Ninguna sociedad es capaz de prescindir de la intransigencia, la indignación y la repugnancia; son éstas las pruebas que respaldan la ley moral, y ciertamente puede argumentarse que, si no están presentes ellas u otras semejantes, los sentimientos de la sociedad no influirán lo bastante como para privar al individuo de libertad de elección.¹²

¹⁰ Véase Robert P. George, "Social Cohesion and the Legal Enforcement of Morals: A Reconsideration of the Hart-Devlin Debate", *The American Journal of Jurisprudence*, 1990, p. 20.

¹¹ Véase, Lord Devlin, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

¹² *Idem.*, pp. 16-17.

Finalmente, dice Devlin, no cabe distinguir entre una inmoralidad pública y otra privada. En todo caso, únicamente cabría hablar de inmoralidades cometidas en público y en privado.

Y dado que Devlin supone una determinada moralidad media, si se quiere conservar una sociedad, se ha de impedir que se cambie su moral. De ahí su rechazo a distinguir entre pecado y delito, entre el derecho divino y el secular y entre el derecho y la ley moral. Su sesgo conservador es notorio. Según Feinberg, con tesis similares se trata de impedir cambios drásticos o excéntricos en el estilo de vida social. Tales cambios son considerados como un daño en sí mismo, aun cuando no afecten a los intereses de las personas. Daño que es de tal magnitud que autoriza a la sociedad a usar el derecho penal para impedirlo.¹³

Hasta aquí la descripción de las principales tesis de Lord Devlin; para quienes piensan que se trata de una posición con validez meramente histórica, permítaseme presentar a continuación dos casos en los cuales se ha aducido la mera inmoralidad del acto como fundamento para su prohibición, el primero hará referencia a algunas de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; el segundo, a la pornografía.

II

Como se sabe, el Convenio Europeo de Derechos Humanos tiene como objetivo central crear un ámbito europeo común para la validez y vigencia de los derechos humanos. En este contexto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) juega un papel destacado en un doble sentido. En primer lugar, se transforma en el máximo organismo de interpretación de ese Convenio y, en segundo lugar, sus decisiones son obligatorias para los países signatarios del mismo.

No es mi intención aquí analizar todas las cláusulas del Convenio, ni la totalidad de la jurisprudencia del TEDH. En lo que sigue me limitaré a señalar cómo el TEDH ha entendido la cláusula del Convenio referente a la "protección de la moral", limitativa del ejercicio de algunas libertades (a la privacidad, art. 8.2; a la libertad de expresión, art. 10.2).¹⁴

¹³ Véase J. Feinberg, *op. cit.*, pp. 38 y ss.

¹⁴ Para un análisis en detalle del papel que juega esta cláusula en conexión con los derechos humanos, véase: F. Laporta "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa*,

En el caso *Dudgeon*,¹⁵ el TEDH entendió que la cláusula de “protección a la moral” del Convenio hacía referencia a las pautas éticas de la sociedad en su conjunto, y que implicaba la defensa de las reglas morales de una sociedad.¹⁶ En este caso se apelaba a leyes de 1861 y 1885 vigentes en Irlanda del Norte, mediante las cuales se castigaban tanto la tentativa como las prácticas homosexuales, incluso entre adultos que voluntariamente participaban en ellas.

En el fallo se sostiene que cada estado tiene el derecho a dictar normas en defensa de la moral compartida de la comunidad, en la medida en que sean necesarias para proteger a determinados sectores de la sociedad o a la sociedad democrática en su conjunto. Establece, por otra parte, que corresponde a las autoridades nacionales valorar, en cada caso, la necesidad de dictar ese tipo de legislación protectora. Y aunque se advierte que esta decisión queda sometida a revisión por el TEDH, se reconoce que las autoridades nacionales disponen de cierta discrecionalidad al respecto.¹⁷

En el caso que nos ocupa, el TEDH, haciéndose eco tanto de la opinión del gobierno irlandés como de la Comisión Europea de Derechos Humanos, dictaminó que al determinar las exigencias de la protección de la moral en Irlanda del Norte, las normas impugnadas de ese país debían ser contempladas en el contexto de la sociedad norirlandesa. Y que

el hecho de que leyes similares no se consideren necesarias en otras partes del Reino Unido o en los Estados miembros del Consejo de Europa no significa que no puedan ser necesarias en Irlanda del Norte. Cuando existen disparidades culturales entre las comunidades que residen en el mismo Estado, el gobierno debe hacer frente a las diferentes exigencias, tanto morales como sociales.¹⁸

Ya en un caso anterior, el caso *Handyside*,¹⁹ el TEDH había sostenido que sus propias decisiones son subsidiarias en relación a los sistemas nacionales de garantía de los derechos del hombre; y que el Convenio

núm. 4, 1987, y José L. Pérez Treviño, “Derechos humanos, relativismo y protección de la moral en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Doxa*, núm. 17 (en prensa). Me he beneficiado enormemente del trabajo de Pérez Treviño.

¹⁵ Sentencia del 22 de octubre de 1981.

¹⁶ *Idem*, par. 47. Según el TEDH, esta cláusula puede extenderse a la protección de los intereses morales de una fracción de la población, por ej. los niños.

¹⁷ *Idem*, par. 52.

¹⁸ *Idem*, par. 56.

¹⁹ Sentencia del 7 de diciembre de 1976.

confía, en primer lugar, a cada uno de los estados contratantes el cuidado de asegurar el goce de los derechos y libertades que consagra.²⁰

En este mismo caso, el TEDH afirma que no se puede encontrar en el derecho interno de los estados contratantes una noción europea uniforme de la moral, y que la idea que sus leyes respectivas se hacen de las exigencias de la moral varía en el tiempo y en el espacio. Son, por ello, las autoridades nacionales las que se encuentran comparativamente en una mejor posición que los organismos internacionales para pronunciarse acerca del contenido de esas exigencias morales.

En consecuencia, el art. 10.2 reserva a los Estados contratantes un margen de apreciación. Al tiempo se concede este margen de apreciación al legislador nacional (*previstas por la ley*) y a los órganos, especialmente a los judiciales, llamados a interpretar y aplicar las leyes en vigor.²¹

Y en lo que afecta a la moral que rige las prácticas sexuales, el TEDH sostiene que constituye precisamente el tipo de cuestión donde las autoridades y tribunales nacionales pueden hacer valer su discrecionalidad. No es de extrañar, pues, que en el caso *Muller y otros* haya aceptado que

después de examinar los cuadros objeto del litigio, cree que no les faltaron razones a los tribunales competentes para considerarlos "de naturaleza susceptibles de herir brutalmente", por el realce dado a la sexualidad en algunas de sus formas más crudas, "la decencia sexual de las personas de sensibilidad normal". Los tribunales suizos, teniendo en cuenta las circunstancias y el margen de apreciación que les dejaba el art. 10.2, tenían derecho a considerar "necesaria" para la protección de la moral la imposición a los demandantes de una multa por la publicación de objetos obscenos.²²

Al igual que Devlin, el TEDH asume una posición relativista al señalar que cada Estado miembro está autorizado a mantener sus propios criterios morales. Coincide, además, en la legitimidad de leyes que tengan por objeto mantener la cohesión moral de la sociedad. Al reconocer que cada sociedad tiene su propia moral y que ésta puede ser diferente a la que mantiene cada uno de los Estados que firmaron el Convenio, habría que pensar que la justificación de leyes que castiguen acciones inmorales por el mero hecho de serlos se basa en la autoprotección, y

²⁰ *Idem.*, par. 48.

²¹ *Idem.*

²² Sentencia del 24 de mayo de 1988, par. 36.

no, por cierto, en su posible corrección universal. Es importante señalar aquí que la cláusula "de la protección de la moral" debe ser utilizada, según el TEDH, cuando el bien que ella protege es superior al bien que garantiza un derecho humano, y en ese sentido, sostiene que la protección contra la desintegración social es superior a los valores y planes de vida individuales. El peligro holista es aquí manifiesto.

Por otro lado, buena parte del debate que se ha desarrollado en los últimos años en torno a cuestiones morales en materias sexuales hace referencia al problema de si la pornografía debe ser, o no, prohibida. Muchos son los argumentos que se han dado en favor tanto de permitir su producción, distribución y consumo como en favor de su total prohibición. Haré referencia aquí tan sólo a un argumento de este debate, el que sostiene que la pornografía provoca la degradación moral de los individuos y, emparentado con las tesis de Lord Devlin, la destrucción de la sociedad a través de su socavamiento moral. Según Irving Kristol, existe un aspecto político en la pornografía cuando afirma que es un poderoso subversivo de la civilización y de sus instituciones. La pornografía afectaría directamente la "calidad de vida". Por "calidad de vida" no ha de entenderse en este contexto la satisfacción de necesidades básicas de las personas, ni tan siquiera la existencia de un goce similar al que puede suscitar en el individuo la pureza del aire y del agua, o tener las calles limpias. Ha de entenderse en el sentido de que esa calidad se adquiere cuando el clima moral en el cual la sociedad está inmersa permanece impoluto, libre de las contaminaciones producidas por el vicio. Por esa razón, la sociedad debe utilizar el derecho para luchar contra la polución moral. La verdadera noción de democracia implicaría que los valores que la rigen no están polucionados.

Por eso esta idea de democracia no tuvo problemas, en principio, con la pornografía y/o la obscenidad. Las censuró, y lo hizo con mente y conciencia perfectamente claras. No permitió que la gente se corrompiera a sí misma, caprichosamente [...] Para que no haya ningún malentendido lo diré sin rodeos: si usted está a favor de la calidad de vida en nuestra democracia, entonces debe estar a favor de la censura.²³

Ya Walter Berns había advertido que la democracia no es tanto una forma de gobierno como una cuestión de autolimitación.

²³ Véase Irving Kristol, *Reflexiones de un neoconservador*. Versión castellana: J. C. Gorlier, Grupo Editor Latino-americano, Buenos Aires, 1986, p. 68.

Para hablar de una manera que resulta más obviamente política, existe una conexión entre autolimitación y vergüenza, y por lo tanto una conexión entre vergüenza y autogobierno y democracia. Hay por consiguiente un peligro político al promover la desvergüenza y la completa autoexpresión o indulgencia. Vivir juntos requiere reglas [...] y quienes no tengan vergüenza serán ingobernables [...] La tiranía es el modo natural e inevitable de gobierno para los desvergonzados y los autoindulgentes, que han llevado la libertad más allá de cualquier límite, natural o convencional.²⁴

Según estas tesis, las sociedades en general y la democracia en particular sobrevivirían gracias a un sentimiento de identificación y de solidaridad entre sus miembros, lo que conduciría a un respeto por las normas y las instituciones sociales aun en el caso de que cada uno de ellos se beneficiara aisladamente al incumplirlas. Las instituciones sociales cultivarían tradiciones, costumbres, valores e ideales compartidos. En el ámbito de lo sexual establecerían vínculos estables basados en el afecto y el respeto mutuo que impedirían tratar al otro como medio para lograr gratificaciones propias. Según Ernest van den Haag,

la pornografía tiende a erosionar estos vínculos, en verdad, todos los vínculos. Invitándonos a reducir a otros y a nosotros mismos a seres puramente físicos, invitándonos a cada uno de nosotros a mirar a los otros sólo como un medio para la gratificación física, con sensaciones pero sin emociones, con contactos pero sin relaciones, la pornografía no sólo nos degrada, sino también erosiona toda solidaridad humana y tiende a destruir todos los vínculos afectivos [...] Podemos y debemos prohibir el comercio, la venta pública de lo que percibimos como dañino para la sociedad incluso si no deseamos invadir hogares para castigar a quienes la consumen.²⁵

El Tribunal Supremo Español, al menos hasta el año 1984, pareció ser de la misma opinión que los autores anteriormente citados. En sentencia de 29/9/84 se puede leer:

la literatura pornográfica en cuanto invade los ámbitos sociales del país, desbordando los límites de lo erótico y provocando una sexualidad desviada y pervertida que conduce al hombre a la degradación personal, lastimando y erosionando gravemente la moral colectiva; [y en sentencia de 9/10/81], las publicaciones pornográficas que, referidas al sexo lo describen de formas lascivas, impúdica, torpe y obscena y, por tanto, de manera ofensiva para el pudor de la generalidad de las personas y la moral colectiva.

²⁴ Véase Walter Brens, "Pornography vs. Democracy: the Case for Censorship", *The Public Interest*, vol. 22, 1971, p. 13.

²⁵ Véase Ernest Van der Haag, "Pornography and Censorship", *Policy Review*, vol. 13, 1980, pp. 79-80.

Moral colectiva que ha de imponerse a las minorías discrepantes a través del derecho penal. En efecto, según sentencia de 27/4/79, el Tribunal Supremo Español sostuvo:

Que la literatura pornográfica [...] como delito de escándalo público siempre que por la forma de presentarse implique la excitación al instinto sexual o lascivia, de acuerdo con el sentir de la mayoría de las culturas de la civilización humana y el criterio mayoritario de la doctrina penal, en cuanto que se trata de una conducta que irradia o produce un daño al pudor o a las buenas costumbres, sin que la existencia de determinadas minorías que pretenden menoscabar la antijuridicidad del delito, dado su carácter relativista y el fenómeno cambiante que presenta la evolución social en materia de sexualidad, puedan, por hoy, eliminar este requisito, pues el juzgador ha de hacer su juicio valorativo sobre la conformidad o disconformidad de la conducta tipificado como infracción delictiva con la norma cultural social del grupo mayoritario y no por el de minigrupos que con los más variados fines pretenden su aceptación...

En todos estos casos se encontró culpables a quienes produjeron y distribuyeron sendos materiales pornográficos en virtud del delito de escándalo público, tipo penal hoy afortunadamente derogado.

Este modo de concebir la pornografía la convierte también en un caso paradigmático de inmoralidad que debería ser prohibida por el derecho, según las tesis de Devlin. Al fomentar las prácticas sexuales y la libido de las personas al margen de los cánones morales positivos vigentes en la sociedad, se produce la autodegradación personal y la ruptura del cemento social. Si la sociedad se identifica con su moral positiva, la pornografía, al violarla, contribuye a la desintegración de esa sociedad. Relajamiento de costumbres y pérdida de la identidad social aparecen como términos sinónimos.

Tanto en el ejemplo del TEDH, como en el caso de la pornografía, se sostiene que el estado puede y debe dictar normas que repriman conductas inmorales por el mero hecho de serlas, como una forma que tiene la sociedad de autoprotgerse.

III

Muchas son las críticas que se formularon a las tesis de Devlin desde las perspectivas más diversas. Pero quizás haya sido Hart su crítico más conspicuo y agudo. Las objeciones de Hart son ya clásicas, y al formularlas pretendía, en última instancia, sentar las bases de un derecho penal que se fundamente en criterios liberales, atendiendo fundamentalmente al principio del daño. En lo que sigue, haré mención a las críticas que, en

mi opinión, son más relevantes respecto de las ideas devlinianas de moral y de la autoprotección de la sociedad a través del derecho.

En opinión de Hart, las tesis de Devlin son equivocadas por varias razones.²⁶ En primer lugar, porque Devlin confundiría las leyes con fundamentos paternalistas que prohíben legítimamente en algunos casos ciertos actos con el fin de evitar que personas incompetentes se dañen, física o psíquicamente, a sí mismas, con la supuesta justificación de leyes que reprimen cualquier inmoralidad. Eso se pondría de manifiesto en los propios ejemplos que Devlin ofrece acerca de que el consentimiento no juega papel alguno en el derecho penal.

En segundo lugar, Devlin también confundiría la legitimidad de la represión de la indecencia con la supuesta justificación de la represión de acciones inmorales ejecutadas en privado. La represión de acciones indecentes tiene por objeto evitar la ofensa de los sentimientos de terceros, y estaría claramente justificada aún cuando las mismas acciones realzadas en privado sean incluso legítimas. Por ejemplo, tener ayuntamiento carnal en privado dentro del matrimonio es legítimo, en la vía pública resulta indecente. Y Hart señala además cómo en algunos casos de los propuestos por Devlin, tal como el de la bigamia, la justificación de la represión estaría justificada por la existencia de daños a terceros, y no por el ser castigo a una mera inmoralidad.

En tercer lugar, Devlin no ofrece prueba alguna de por qué se ha de influir en las personas para que se comporten moralmente mediante la imposición estatal de un mal (la sanción penal siempre es un mal que se infringe al condenado), cuando en realidad se pueden lograr los mismos fines con otros métodos no dañinos como la educación, la libre discusión entre adultos, la religión, etc. Exigir la conformidad de la conducta de terceros mediante el miedo a la sanción legal está más relacionado con los tabúes que con la moral.

En cuarto lugar, las nociones de sociedad y de moral propuestas por Devlin se implican recíprocamente. La sociedad es definida en términos de sensibilidad moral. Y la moral en términos de sensibilidad social. Si se violan ciertas reglas morales, la sociedad se resquebraja. Luego, afirma Devlin, está justificada la defensa de la moral social como

²⁶ Estas críticas se encuentran formuladas principalmente en *Law, Liberty and Morality*, Oxford University Press, 1962; y en "Inmorality and Treason", *The Listener*, 30 de julio de 1959; reimpresso en R. Dworkin (comp.), *The Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977.

una defensa de la sociedad en su conjunto. Pero la corrección de lo enunciado por Devlin, sostiene Hart, depende por completo del significado que asigna a sociedad y a moral. Si la existencia de una sociedad significa vivir de acuerdo a algún código moral dado, la preservación de ese código moral es lógica y no causalmente necesaria para la existencia de la sociedad. Se trata, pues, de una verdad necesaria, establecida por definición.²⁷ Además, la proposición que identifica la existencia de la sociedad con la protección de su moral no puede implicar lógicamente la proposición que justifica la coacción de la moral en función de las consecuencias valiosas de asegurar la existencia de la sociedad.²⁸

Además, Devlin no ofrece ninguna prueba empírica, lo que resultaría, por otra parte, muy difícil de encontrar, de que la modificación de los hábitos morales cause o haya conducido a la desintegración de ninguna sociedad. Como también pone de manifiesto Ernest Nagel, puede haber un principio moral compartido por los miembros de una sociedad y serias discrepancias acerca de cómo ha de aplicarse ese principio.²⁹ Se puede compartir la idea de que la vida es un valor muy importante y discrepar acerca de si el aborto o la eutanasia están justificados en todos, en algunos o en ningún caso. Devlin tampoco ofrece ninguna evidencia de que este tipo de discrepancias, ni el debilitamiento de alguna de estas convicciones morales, produzca la desintegración de la sociedad.

Según J. Feinberg, por otra parte, la identificación entre subversión política e inmoralidad no se sostiene. Y esto se debe a la naturaleza misma de los actos subversivos. Un sistema jurídico moderno contiene reglas que establecen cuáles son los órganos competentes y los procedimientos establecidos para cambiar la legislación vigente. Esta forma de modificación de las reglas del sistema suele ser bien conocida y su uso se corresponde con prácticas jurídico-políticas habituales. Resulta fácil concebir además prácticas ilegales que también coadyudan a la modificación de reglas del sistema jurídico, tales como la corrupción,

²⁷ Véase H. Hart, "Social Solidarity and the Enforcement of Morality", *University of Chicago Law Review*, vol. 35, núm. 1, 1967, p. 3.

²⁸ Véase C. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 176 y ss.

²⁹ Véase E. Nagel, "The Enforcement of Morals", *Humanities*, mayo/junio 1968, p. 24.

la extorsión, el asesinato de líderes políticos, etc. Sólo en estos últimos casos podría hablarse de “subversión”. Pero en este punto —continúa Feinberg— la analogía entre el derecho y la moral comienza a quebrarse. La subversión moral consistiría en un cambio moral legítimo. Pero en la moral no hay reglas que establezcan autoridades y procedimientos cuyo fin sea la creación, modificación o supresión de normas morales. No existe una especie de “constitución moral” semejante a una constitución jurídica. Y si no se puede saber cuáles son las formas para un cambio legítimamente inducido de la moral, tampoco se puede saber cuándo su cambio es ilegítimo o subversivo.³⁰ Equiparar la inmoralidad a la traición parece ser, pues, un exceso verbal.

Finalmente, dos consideraciones más a la luz de una ya conocida distinción entre moral positiva y moral crítica. Respecto de la primera, Hart se pregunta cómo es posible que la moral crítica ordene imponer cualquier moral positiva, incluso aquella que se basa en supercherías, ignorancias o errores de diverso tipo. El legislador, al dictar la ley penal, debe valorar racionalmente cuáles son los fundamentos de la moralidad positiva vigente, y en su caso actuar en contra de lo mayoritariamente deseado. De no ser así, se confundiría, tal como lo hace Devlin, la democracia como forma de gobierno con un populismo moral, según el cual la mayoría de la población tendría derecho a estatuir cómo deben vivir los demás. De hecho, agrega Hart, dada ciertas experiencias históricas como el nazismo, no parecería desacertado afirmar que la desintegración de determinadas sociedades es éticamente correcta.³¹ Además, habría que hacer una distinción que suele pasar a menudo inadvertida. Una cosa es afirmar que un sistema jurídico es inmoral si viola ciertas pautas establecidas por la moral crítica y otra diferente es asumir que ese sistema ha de castigar toda inmoralidad. Según Carlos Nino,

de la inmoralidad de un acto no se infiere, sin más, la moralidad o la necesidad moral de la pena por su ejecución [...] Por consiguiente, mantener que ciertos actos son inmorales pero que el derecho no está moralmente justificado para interferir con ellos, es una posición lógicamente coherente.³²

La posición de Hart implica la idea de que la justificación moral del castigo depende, en última instancia, del carácter dañino de la acción que se

³⁰ Véase Joel Feinberg, *Social Philosophy*, Prentice Hall, 1973, p. 39.

³¹ Véase H. Hart, *Law, Liberty and Morality*, op. cit., p. 19.

³² Véase C. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, op. cit., p. 282.

reprime. Basta mostrar que esa acción es perjudicial para un individuo distinto de quien realiza la acción —salvo casos de paternalismo justificado— o para el interés colectivo, para legitimar la interferencia estatal, y que el mantenimiento de un código moral determinado no es de incumbencia del derecho. En este sentido, Hart, al igual que Mill, acepta el principio del daño como legitimador de las intromisiones estatales en la libertad de los individuos.

IV

Las críticas de Hart a Devlin parecen demoledoras, y respecto de los casos aquí presentados se podrían hacer valer esas mismas objeciones, y se podría invocar el principio del daño para sostener que ni la homosexualidad —caso *Dudgeon*—, ni la pornografía, deben ser prohibidas porque no provocan daño a terceros. Se podría agregar, además, que experiencias como las danesas respecto de la pornografía produjeron la disminución de delitos violentos y, por consiguiente, una mayor cohesión social; y que no hay evidencia empírica de que las prácticas homosexuales, y lésbicas, hayan destruido jamás sociedad alguna.³³ Se podría concluir, incluso, que el derecho nunca puede imponer de una manera justificada una determinada moral positiva —a menos que coincida con los postulados de la moral crítica—, y que un derecho penal que se asiente sobre legítimas bases liberales debe permanecer neutral respecto de valores morales; y, con todo, dar por cerrada la cuestión.

Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones adicionales, porque el concepto de daño que recepta “el principio del daño” es una noción discutida que hace referencia necesariamente a bienes que son determinados por reglas. Para saber si una noción es, o no, dañina, se debe conocer previamente cuál es el bien que una regla establece como merecedor de ser amparado. Esta es la razón de por qué en el derecho penal se suele hablar del “bien jurídicamente protegido”. El daño puede ser definido entonces como la afectación del bien establecido por una regla, o, si se quiere, como la violación de determinadas reglas. De

³³ A menos que se establezcan relaciones causales pintorescas. Recuérdese que el emperador Justiniano sostenía que la homosexualidad era la causa de terremotos. Véase H. Hart, *Law, Liberty and Morality*, *op. cit.*, p. 50.

ese modo, según sea la naturaleza de las reglas se podría hablar de daño moral, jurídico, a la cortesía, etcétera. El análisis de la noción de daño y de su relación con la idea de bienes y de reglas ha permanecido, hasta aquí, en el ámbito de lo explicativo, haciendo abstracción de cualquier consideración normativa. Y no son pocos los que detienen su examen en este punto.

Pero lo que está en juego en el trasfondo de la polémica Devlin-Hart, en las nociones de bien y de daño que subyacen a ella y en el papel que la moral ha de jugar en el derecho penal no es únicamente una cuestión descriptiva, es también normativa. El propio Hart así parece reconocerlo en diversos pasajes de su obra.

En realidad, el razonamiento de Hart también se sitúa en dos niveles diferentes. El primero, en el ámbito funcional-explicativo; el segundo, en el moral. Hart se pregunta qué contenido han de tener la moral positiva y el derecho para cumplir con sus fines fundamentales; esto es, crear las condiciones para la supervivencia y para el desarrollo de la cooperación. Con los antecedentes de Hobbes y de Hume en mente, y asumiendo que la mayoría de los individuos tienen, la mayor parte del tiempo, un deseo por mantenerse con vida, y que los hombres, al menos tal como lo son ahora, reúnen ciertas características "naturales", entonces la moral positiva y el derecho deben tener un contenido mínimo. Dado que los hombres, tal como lo son ahora, son recíprocamente vulnerables, con una igualdad aproximada, de un altruismo y con una comprensión y fuerza de voluntad limitados; y dado además que la sociedad no es un club de suicidas y que los hombres están inmersos en un mundo de recursos escasos, entonces el derecho debe tener lo que Hart denomina "el contenido mínimo del Derecho Natural". Este haría referencia a reglas que limiten el uso de la violencia, que regulen formas de honestidad y de propiedad, y determinen formas de contratar y del cumplimiento de las promesas. La distribución de los beneficios que proporcionan estas reglas puede ser igualitario respecto de todos los miembros de la sociedad, o tan sólo respecto de alguna porción importante de la misma, los que detentan la fuerza, el poder económico, etcétera.³⁴

³⁴ Véase H. Hart, *El concepto de derecho*. Versión castellana de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, especialmente el capítulo IX.

Debe señalarse que Hart propone “el contenido mínimo del Derecho Natural” como una cuestión técnica y conceptual. Si el derecho quiere cumplir con sus objetivos ha de satisfacer ese contenido mínimo. O presentado bajo la fórmula de una proposición anankástica, “es condición necesaria para que el derecho alcance los objetivos de favorecer la supervivencia de las personas y la cooperación mutua que satisfaga ese contenido”. Un conjunto de reglas que permitiera indiscriminadamente la muerte de las personas, o que de ninguna manera regulara la distribución de bienes o del tráfico sexual, no podría ser denominado derecho de una manera significativa.

Dado el engarce de hechos naturales y de propósitos humanos, que hacen que las sanciones sean a la vez posibles y necesarias en un sistema nacional, podemos decir que se trata de una *necesidad natural*; y alguna frase de este tipo se necesita también para expresar el *status* de las formas mínimas de protección a las personas, a la propiedad, y a las promesas, que son características similarmente indispensables del derecho nacional. Es de esta manera que debemos contestar a la tesis positivista que dice que “el derecho puede tener cualquier contenido”.³⁵

Pero éste es el primer nivel de análisis. El deseo de supervivencia, aunque contingente, adquiriría un *status* especial. No sólo porque determinaría nuestra forma de hablar y de pensar el mundo, sino también por su relevancia para dilucidar cómo se ha de vivir. Y, según Hart, sería extraordinariamente sorprendente que no se le asignara ninguna importancia moral. Aquí la semejanza con las tesis de Devlin es manifiesta. Ambos piensan en la supervivencia como un objetivo básico del derecho: la supervivencia de la sociedad en un caso, la de los individuos en el otro. Ambos señalan el aspecto instrumental de esa práctica social que se denomina derecho. Pero, según R. Hittiger, el hecho empíricamente contingente —advertido por Hart— de que la mayoría de los hombres desean vivir, nada establece respecto de elecciones específicas. Las condiciones necesarias no producen una condición suficiente, y hasta que no se encuentre un bien o bienes que puedan ser candidatos a esta última, no se advierte cómo se pueden generar normas de conductas para las primeras. Decir que el deseo de supervivencia es un dato necesario no es decir cómo y bajo qué condiciones se lo debe regular. Tampoco indica cómo sopesar los diversos elementos internos que conforman tal hecho. Si la supervivencia es un bien sufi-

³⁵ *Idem*, p. 246.

ciente para los propósitos del derecho, Hart debería haber dado una descripción detallada del mismo y explicar por qué las intuiciones y prácticas que superan ese comportamiento deben ser reducidas a él. Si, en cambio, la supervivencia no es un bien suficiente, debería haber ofrecido la lista de los bienes a los cuales acudir. Pero Hart no hace ni lo uno, ni lo otro, y no soluciona, pues, el problema de qué conductas deberían ser denotadas por la noción de daño.³⁶

En este primer nivel de análisis, la apelación al "principio del daño" para saber qué conductas debieran estar legítimamente penadas resulta infructuosa. Sin alguna concepción de cuáles son los intereses legítimos, el principio del daño es un principio vacío. Esa es la razón por la que N. MacCormick sostiene que la defensa del principio del daño es incompatible con la defensa de la separación entre el derecho y la moral, y que el derecho penal siempre contempla la calidad moral de los actos para determinar si son merecedores o no de ser castigados.³⁷

El principio del daño presupone tanto la determinación previa de cuáles han de ser los intereses privados que han de protegerse, como una concepción acerca del bien público. Tales determinaciones involucran una irreductible decisión con contenido moral.

El principio del daño es entonces parasitario de ciertas concepciones de un orden justo respecto de personas, acciones y cosas. Consecuentemente, algunas leyes que castigan por ejemplo, el asesinato, el robo o la violación y que están justificadas en virtud del principio del daño no solamente coinciden con la moral positiva, estas leyes están vinculadas *necesariamente* a la protección de intereses y valores morales.³⁸

Estos daños —asesinato, robo, violación— no existen independientemente de y previo a su definición moral. El concepto de daño tiene, pues, en este contexto una denotación que depende de reglas morales.

La cuestión no es tanto, pues, preguntarse si el derecho es un instrumento adecuado para imponer criterios morales, ya que la respuesta siempre sería trivialmente afirmativa, sino más bien qué tipo de moral

³⁶ Véase R. Hittiger, "The Hart-Devlin Debate Revisited", *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 35, 1990, p. 50 y ss.

³⁷ Véase Neil MacCormick, *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 30.

³⁸ Véase Richard Tur, "Paternalism and the Criminal Law", *Journal of Applied Philosophy*, vol. 2, núm. 2, 1985, p. 178.

ha de imponer el derecho y que parte de esa moral ha de ser impuesta. Desde una cierta concepción normativa liberal, se suele afirmar que en la determinación de los bienes dignos de ser protegidos, el estado debe permanecer neutral respecto de las concepciones particulares de lo bueno. La función del derecho sería crear las condiciones necesarias para el florecimiento de la individualidad. Esto requiere que básicamente se proteja la autonomía, la dignidad y la inviolabilidad de las personas, en el sentido propuesto por Carlos Nino.³⁹ O, en un sentido más amplio, si se quiere, que se recepte y proteja lo que Ernesto Garzón Valdés denomina “el coto vedado” de los bienes básicos.⁴⁰ También requiere que haya cierto grado de orden público, instituciones de cierto tipo y un marco de libertades.⁴¹ La noción de daño hay que considerarla como violaciones de este contexto normativo y como atentados a aquellos bienes básicos. Esto supone límites a cualquier pretensión holista, paternalista no justificada o perfeccionista.

En los casos presentados de la prohibición de la homosexualidad y de la pornografía se restringe legítimamente la autonomía de las personas reduciendo las alternativas de elecciones posibles y, por lo tanto, la posibilidad de que los individuos diseñen sus propios planes de vida. Tanto en la posición del TEDH como en el caso de la pornografía, se impuso una moral positiva éticamente inaceptable a través del derecho, atendiendo a argumentos holistas y perfeccionistas. En ambos casos se puso de manifiesto como no ha de ser el contenido del derecho.

Un buen sistema jurídico, según Hart, tiene que adecuarse a las exigencias de la justicia y de la moral. Esta afirmación —sostiene Hart— no es una mera tautología. El derecho debería basarse en creencias racionales respecto de cuestiones de hecho y debería reconocer que los seres humanos son acreedores a igual consideración y respeto. Es decir, debe receptar e imponer la moral esclarecida.

Es posible incluso que la filosofía pueda demostrar que una moral que no acepta el derecho de todos los hombres a igual consideración encierra alguna contradicción interna, dogmatismo o irracionalidad. De ser así, la moral esclarecida que

³⁹ Véase C. Nino, *Ética y derechos humanos*, Ariel, 1989.

⁴⁰ Véase E. Garzón Valdés, “Representación y democracia”, *Derecho, ética y política*, Madrid, C.E.C., 1993, p. 645.

⁴¹ Véase Anthony Ellis, “Offense and the Liberal Conception of the Law”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 13, núm. 1, 1984, p. 5.

reconoce estos derechos tiene títulos especiales para ser considerada la moral verdadera, y no solamente una entre muchas morales posibles.⁴²

Quisiera ahora concluir con una cita:

siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el estado no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.

Esta cita pertenece a Carlos Nino,⁴³ a su memoria está dedicado este trabajo.

⁴² Véase H. Hart, *El concepto de derecho*, op. cit., p. 254.

⁴³ Véase C. Nino, *Ética y derechos humanos*, op. cit., p. 205.