



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La polémica H.L.A Hart y P. Devlin.

El alcance del ius puniendi

Presentado por:

Javier Donis Aranda

Tutelado por:

Jesús Luis Castillo Vegas

Valladolid, 22 de julio de 2022

“Si algo hemos aprendido de la historia de la moralidad, es que lo que hay que hacer con un dilema moral es no ocultarlo.”

H.L.A. Hart.

RESUMEN

En la década de los años 50 en Reino Unido, los derechos y libertades de la personas homosexuales seguían siendo pisoteados por normas del siglo anterior, y en este momento, en plena primera revolución sexual, sus protestas dieron lugar a un debate público sobre qué políticas eran demasiado restrictivas de la libertades individuales de los ciudadanos y cuáles no.

El parlamento Británico encargó a Lord Wolfenden encabezar el comité encargado de infracciones homosexuales y prostitución, cuyo informe recomendaba la eliminación de estos delitos. Esta fue la base para que dos opiniones se formaran al respecto, una primera, mas conservadora y defensora de los valores y moral mas tradicionales, encabezada por Lord Patrick Devlin defendería la normativa ya existente, mientras que la otra, representada por el filósofo Herbert Hart, propondría una reforma en línea con lo expuesto por el comité para limitar el ius puniendi del estado y separar el Derecho y la moral.

El debate que analizaré en este trabajo tiene muchas más implicaciones que los derechos de las personas LGBT o el tema de la prostitución, también hablaré de la necesaria separación entre derecho y moral, la diferencia entre un acto público y uno privado, el paternalismo en las leyes o el componente utilitario de la moral.

ABSTRACT

In the 1950s in the United Kingdom, the rights and freedoms of homosexual people were still being trampled by the rules of the previous century, and at this time, in the midst of the first sexual revolution, their protests led to a public debate about which policies were too restrictive of citizens' individual freedoms and which were not.

The British parliament commissioned Lord Wolfenden to head the committee on homosexual offenses and prostitution, whose report recommended the elimination of these offenses. This was the basis for two opinions to be formed on the matter, the first one, more conservative and defender of the most traditional values and morals, headed by Lord Patrick Devlin, would defend the existing regulations, while the other, represented by the philosopher Herbert Hart, would propose a reform in line with what was stated by the committee to limit the ius puniendi of the state and separate law and morals.

The debate I will analyze in this paper has many more implications than the rights of LGBT people or the issue of prostitution, I will also talk about the necessary separation of law and morals, the difference between a public and a private act, paternalism in laws or the utilitarian component of morality.

PALABRAS CLAVE

HLA Hart, Lord Devlin, moral y derecho, Mill, Stephens, Informe Wolfenden, paternalismo, libertad individual, cohesión social

KEY WORDS

HLA Hart, Lord Devlin, morality and law, Mill, Stephens, Wolfenden Report, paternalism, individual liberty, social cohesion.

ÍNDICE GENERAL

1.- CONTEXTO HISTÓRICO.....	7
1.1.- Criminal law atendment.....	7
1.1.1.- La sociedad Británica bajo la Enmienda Labouchere.....	9
1.2.- El debate Mill-Stephens.....	10
1.3.- El Informe Wolfenden.....	13
2.- EL DEBATE HART-DEVLIN.....	17
2.1.- Biografía de ambos protagonistas.....	17
2.2.- Cronología del debate.....	17
2.3.- Ideas fundamentales de Lord Devlin.....	18
2.4.- Ideas fundamentales de Hart.....	21
3.-¿TIENE LA SOCIEDAD DERECHO A JUZGAR CUESTIONES DE MORALIDAD?.....	25
3.1.- ¿Tiene la sociedad derecho a juzgar en absoluto cuestiones morales?....	26
3.2.-¿Tiene también derecho la sociedad a utilizar el arma de la ley para hacerla cumplir su moral?.....	28
3.3.- ¿Se debe utilizar esa arma en todos los casos o sólo en algunos?.....	29
4.- LA MORAL COMÚN Y LA PRUEBA DE SENTIMIENTOS.....	31
4.1.- La aplicación social de la moral.....	31
4.2.- El moralismo legal.....	32
4.3.- La moral crítica y sus variantes.....	32
4.4.- El principio de daño ampliado.....	33
4.5.- Las dos corrientes de rechazo del moralismo legal.....	34
4.6.- La aplicación de la moral a ojos del “hombre común”.....	36
4.7.- La prueba de los sentimientos.....	37
4.7.1.- La crítica de Hart.....	37
4.7.2.- La respuesta de Devlin.....	38

4.8.- Por qué la aplicación de los sentimientos sería una fuente de injusticias.....	39
5.- SOBRE EL PATERNALISMO MORAL.....	41
5.1.- La distinción entre paternalismo y la aplicación de la moral positiva....	43
5.1.1.- La explicación de Hart.....	43
5.1.2.- La réplica de devlin.....	44
5.2.- El carácter público de la infracción penal.....	45
5.3.- Cómo diferenciar un acto público de uno privado.....	45
6.- LOS DIFERENTES VALORES Y PRINCIPIOS DE HART Y DEVLIN....	49
6.1.- El rol de cada parte.....	49
6.2.- La influencia de Rousseau en el debate.....	51
6.2.1.- Si la soberanía recae en la autoridad moral.....	53
6.2.2.- Si la soberanía recae en la opinión pública.....	53
6.3.- El conflicto entre fe y razón.....	54
6.4.- ¿Libertad individual o cohesión social?.....	56
6.4.1.- Posibilidad de inclinar la balanza de uno de los lados.....	56
6.5.- El componente utilitario de la moral.....	57
7.- EL ARGUMENTO DEL DESASTRE IRREVERSIBLE.....	59
7.1.- La argumentación de Devlin.....	60
7.2.- La argumentación de Mill.....	61
8.- CONCLUSIONES.....	63
9.- BIBLIOGRAFÍA.....	65

1.-CONTEXTO HISTÓRICO

1.1.- CRIMINAL LAW ATENDMENT

En el Reino Unido la ley reguladora en materia de homosexualidad fue durante mucho tiempo la *Criminal Law Amendment Act* de 1885, particularmente su undécima sección, la llamada Labouchère Amendment o “ley para la protección de mujeres y niñas, la supresión de prostíbulos y otros propósitos”, en la que se sancionaba con pena de prisión de dos años, además de cualquier otro trabajo forzado impuesto por el juez cuando este lo considerara necesario de forma discrecional, para “*cualquier hombre culpable de indecencia grave o gross indecency*, (lo que a día de hoy definiríamos como actos obscenos), *con otro hombre, ya sea en público o en privado*”¹.

De esta forma, se contemplaba una pena para cualquier hombre culpable de ser homosexual o actuar conforme a esta orientación sexual, a lo que se podía añadir la sodomía si esta se probaba, porque era un delito independiente y penado con aún mas gravedad.

La norma no autoriza conductas específicas, que en realidad no están ordenadas en el texto legal, pero la actividad en sí misma, y posiblemente incluso las actitudes masculinas homosexuales o afeminadas, son suficientes para justificar una investigación. La redacción busca otorgar enormes poderes discrecionales primero a la policía y luego a los jueces. En la práctica, esto podría significar que, según esta regla, dos hombres que caminaban de la mano o se besaban en Londres en el siglo XIX, incluso en privado, podían ser arrestados, juzgados y condenados inmediatamente.

Lo que hay que aclarar es que la disciplina penal que acabamos de describir no es un caso especial, de hecho estaba en línea con muchos sistemas legales en Europa en ese momento, es decir, expresaba la moral social de la época. En ese momento, se intensificó la moralidad puritana de la época victoriana. De hecho, a nivel social, la homosexualidad masculina era ampliamente considerada como pecaminosa, perversa y antinatural por entonces.

¹ *Criminal Law Amendment Act*, Reino Unido, 1885

Por ello, "quizá no sorprenda que una ley que sancionaba la homosexualidad masculina, como fue el caso de la Enmienda Labouchère, haya sido aprobada con tantísima facilidad en el Parlamento"².

Si bien estaba en consonancia con la moral de la época, también era cierto que la enmienda contenía ciertos elementos disruptivos en la legislación penal con relación a lo que ocurría al otro lado del Canal de la Mancha. De hecho, esta es la primera vez que se utiliza el término indecencia grave o una expresión legal similar para enjuiciar conductas consideradas poco éticas, lo que plantea muchas cuestiones de interpretación. También era la primera vez que se prohibía el sexo en público y en privado, violando así un importante principio del derecho consuetudinario inglés que fue reafirmado en el parlamento y enfatizado repetidamente en los tratados legales: la santidad y la inviolabilidad del domicilio, que hoy definimos como una expresión del derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.³

El barón de Brougham propuso el siguiente ejemplo la inviolabilidad del domicilio en Gran Bretaña en la House of Commons, la Cámara de los Comunes, más de un siglo antes de la Enmienda Labouchère:

*"En su propia casa, incluso el hombre más pobre puede resistir todas las fuerzas de la corona. Su casa podrá ser frágil; su techo podrá ser inestable; el viento podrá soplar dentro; la tormenta y la lluvia podrán entrar; pero el Rey de Inglaterra no entrará en ella, a pesar de toda su fuerza, no se atreverá a cruzar el umbral de esa casa, aunque esté en ruinas"*⁴.

Décadas más tarde, el estado aprobó una ley que finalmente cruzó el umbral de la familia británica, ya fuera la más humilde de las familias o la más rica de la burguesía o la aristocracia británica. Lo que hizo fue entrar en los dormitorios de los británicos para evaluar y, en su caso, reprimir sus hábitos y conductas sexuales.⁵

² PORCIELLO, Andrea, *Patrick Devlin y el populismo penal contemporáneo*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez 56. 2022, pp. 220-222.

³ idem

⁴ BROUGHAM, Henry, *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III*, Londres, 1839, pp. 41-43.

⁵ PORCIELLO, Andrea, *Patrick Devlin y el populismo penal contemporáneo*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez 56, 2022. p. 221.

Obviamente, no es ninguna casualidad que tras la promulgación de la *Enmienda Bouchelere* y hasta finales del siglo XIX, las detenciones por motivos relacionados con actividades o conductas homosexuales masculinas y las sentencias condenatorias relacionadas, tuvieran un auge sin precedentes.

1.1.1.- La sociedad Británica bajo la enmienda labouchere

A pesar de la cantidad de argumentos propuestos por Mill en su ensayo más famoso y todavía de gran actualidad, pocos años después de su muerte en el año 1873, el Parlamento inglés, como ya se ha dicho, promulgó sin apenas reparos la infame Enmienda Labouchère, que se mantuvo en vigor, aunque sea difícil de creer, hasta 1967. Y a pesar de tener ya casi un siglo de antigüedad, siguió aplicándose con incansable y meticulosa persistencia, sobre todo tras la Segunda Guerra Mundial. En esos años, de hecho, en el Reino Unido se creó una situación social y política, no muy lejana a la victoriana descrita anteriormente, que favoreció un recurso activo y constante a esa norma: más de mil hombres fueron encarcelados en esos años por motivos relacionados con la homosexualidad. No sólo se trata de los *poorest men*, la gente de condición más modesta, sino también de figuras destacadas de la cultura y la ciencia *mainstream*, más famosa y reconocida socialmente.

Un ejemplo: Alan Turing, uno de los más grandes matemáticos del siglo xx, el padre de la informática moderna, el hombre que en la Segunda Guerra Mundial “derrotó a Hitler” al conseguir descifrar los códigos de la máquina alemana Enigma 11, a pesar de sus méritos científicos y de ser considerado unánimemente como un patriota, fue condenado en 1952, en aplicación de la Enmienda Labouchère, a dos años de prisión por indecencia grave. Lo que sucedió a continuación es bien conocido: Turing optó por la castración química en prisión. Se suicidó en 1954.

Al año siguiente, otras figuras famosas de la sociedad británica como el barón Edward Montagu, Michael Pitt Rivers y Peter Wildeblood, fueron condenados por un motivo similar.

El escritor Oscar Wilde también sufrió las consecuencias de esta enmienda, en 1883, se encontraba en la cima de su carrera, cuando se vió envuelto en un remolino judicial que terminó con una condena por su homosexualidad. El escritor irlandés fue declarado culpable de sodomía e indecencia grave y condenado a dos años de prisión y trabajos forzados, la pena máxima. Se trataba de una sentencia que buscaba servir de ejemplo, y de hecho propició una mayor intolerancia sexual en toda Europa.

Cuando salió de la cárcel, la vida de Wilde no volvió a ser igual, pasó el resto de su vida en París, viviendo casi en la mendicidad y bajo un nombre falso, sobra decir que esta condena le arruinó la vida.

Si esto les sucedió a personas famosas, idolatradas por la sociedad, no hace falta decir cuál fue el destino de hombres homosexuales de una posición social más modesta.

1.2.- ANTECEDENTES: EL DEBATE MILL- STEPHENS

En los años previos a la promulgación de la ley de 1885, tuvo lugar el primer debate sobre la criminalización de la conducta no moral entre el filósofo liberal John Stuart Mill y el escritor y juez Stephens,

Unos quince años después del famoso ensayo de Mill *Sobre la libertad*, uno de los grandes hitos del liberalismo clásico, el juez Stephens respondió en 1873 en su libro *Libertad, igualdad y fraternidad*. En general, el comité Wolfenden, junto con Mill y Hart apoyan la lógica liberal, mientras que Stephens y Devlin generalmente se consideran especialistas en ética legal. A principios de la década de 1960, y quizás durante muchos años, Hart fue ampliamente considerado como el mejor argumentador, ya que superó lo percibido como obsoleto y supersticioso.

Las diferencias entre los dos autores, y las razones de sus diferencias, no son militancias políticas o creencias filosóficas. Aunque a menudo se presenta a Stephens con desdén como un conservador dispuesto a sacrificar su libertad por la moralidad pública, en realidad, al igual que Mill, Stephens es un liberal, o eso es lo que se define a sí mismo. Aunque cree en la "libertad ordenada", una libertad con limitaciones. Mill siempre colocó la idea de libertad en el centro de su pensamiento, dándole más profundidad.

Stephens, en cambio, se preocupa principalmente por el contenido de la ley penal, que él ve como parte del propósito de la ley para provocar el odio o disgusto que la justicia puede engendrar cuando se enfrenta a una conducta criminal. También cree que el derecho penal debe limitarse a las formas más graves de delito y que los menores deben ir más allá.

Podría decirse que estas ideas no están tan lejos de las de Mill, podrían acomodarse al principio de minimalismos que se dice que circunscribe el derecho penal.⁶

Al igual que Mill, Stephens abrazó la causa del utilitarismo. La principal diferencia entre los dos radica ante todo en la antropología que subyace en sus respectivos pensamientos políticos, sociales y jurídicos⁷. Mientras que Mill era optimista sobre la posibilidad de que el autocontrol racional pudiera controlar nuestros instintos y pasiones más bajos, Stephens adoptó una postura más pesimista sobre el egoísmo y las pasiones humanas. A su juicio, las personas tienen diferentes capacidades, perspectivas y actitudes, cree que la solidaridad y la cohesión social son más importantes que la libertad individual. A pesar de sus diferencias, tanto Mill como Stephens ven la libertad como una parte esencial de la modernidad. Podemos ver esto en la forma en que nuestra constitución pone gran énfasis en la libertad. Según Mill:

“la naturaleza humana no es una máquina que se construye según un modelo y dispuesta a hacer exactamente el trabajo que le sea prescrito, sino un árbol que necesita crecer y desarrollarse por todos lados, según las tendencias de sus fuerzas interiores, que hacen de él una cosa viva”⁸.

Partiendo de estas concepciones antropológicas, las tesis a las que llegaron ambos pensadores terminaron por ser muy distintas. Mill concluyó que:

“Si toda la humanidad, menos una persona, fuera de una misma opinión, y esta persona fuera de opinión contraria, la humanidad sería tan injusta impidiendo que hablase como ella misma lo sería si teniendo poder bastante impidiera que hablara la humanidad”⁹

Dicho de otra forma, esto significa que para Mill, no es la cantidad social la que determina la calidad, casi siempre moral, de la acción o el pensamiento. Mas bien es el individuo y su libertad quienes preceden siempre al grupo y su moralidad, lo cual es

⁶ HORDER, Jeremy. *Principles of Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press, 1999, 10 edición, pp 33-37.

⁷ PORCIELLO, Andrea, *Patrick Devlin y el populismo penal contemporáneo*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez 56, 2022 p. 220-225.

⁸ MILL, J.S. *Sobre la libertad*, prólogo de Isaiah Berlín. traducción de Álvaro Azcárate, Madrid, Ed. Alianza, 2005, p.191

⁹ Ibidem. p.73

característico de cualquier teoría que pueda definirse como liberalismo. Aquí están sus palabras:

“El único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entrometa en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros, es la propia protección. Que la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente.

Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque, en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Éstas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente. Para justificar esto sería preciso pensar que la conducta de la que se trata de disuadir producía un perjuicio a algún otro. 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”¹⁰.

Como filósofo político, Mill no distingue entre sanciones legales y morales: su trabajo discutió las restricciones legales y morales que podrían imponerse a la libertad individual.

En el caso de Stephens, llegó a la conclusión opuesta: la bondad moral, lejos de adquirirse únicamente a través de la razón o de las inclinaciones morales naturales, debe ser inculcada desde el exterior a través de la propaganda social de la virtud y de la religión. Desde esta perspectiva, el derecho penal finalmente asume el papel central de obligar a los individuos a ejecutar todas estas acciones, que aparentemente son consideradas apropiadas y justas por la mayoría de la sociedad, y que los individuos no realizan en circunstancias normales. Algo así como hacen las tuberías, canales y bombas hidráulicas, este es un ejemplo utilizado por Stephens para dirigir el agua de la manera más adecuada y correcta¹¹ transformando así el desorden y el caos en regularidad y belleza.

¹⁰ Ibidem. p.55

¹¹ STEPHENS, F.J. *Liberty, Equality and Fraternity*, Indianapolis, Liberty Fund, 1993, p 133

Stephens cree que parte del propósito de la ley es satisfacer el sentimiento de odio creado por la perspectiva de una conducta criminal, estimular el buen pensamiento en la mente humana. Admitió que el derecho penal que se ocupa de "las peores formas del mal" y formas menores de "delitos simples" estaba fuera de su alcance.

En este sentido, su visión no difiere fundamentalmente de la de Mill, que, en el lenguaje moderno, se inscribe dentro de los principios del minimalismo que deberían limitar el derecho penal. Sin embargo, Stephens dijo que era difícil decir que la ley penal que existía en ese momento imponía restricciones a las personas honestas que pensaban que debían hacerlo.

Mill atribuye al derecho en general, y al derecho penal en particular, una función que puede denominarse residual. Utilizando el lenguaje y las categorías contemporáneas, podemos decir que Mill tenía en mente el derecho penal como norma mínima del derecho penal. Las herramientas legales no tienen la función de hacer cumplir un determinado credo moral, ni fortalecen y mejoran la cohesión social, sino que son herramientas para apoyar la búsqueda del bienestar personal a través de la intervención coercitiva, solo para suprimir comportamientos violentos o potencialmente dañinos. Para personas comunes o instituciones públicas.

Si bien Stephens estaba en este sentido en línea con las nociones predominantes de la sociedad británica en ese momento, abogó por un trato diferencial, no solo por razones físicas, sino más importante para defender el matrimonio y los diferentes roles sociales que desempeñaban en él. tu relación matrimonial.

De nuevo, Mill resuelve problemas centrándose en las necesidades individuales, mientras que Stephens prioriza los intereses de los grupos sociales y las instituciones que encarnan.

1.4.- EL INFORME WOLFENDEN.

En la década de 1950, Gran Bretaña finalmente comenzó a considerar seriamente eliminar los delitos homosexuales de su sistema legal. Como se mencionó anteriormente, la Comisión Wolfenden fue nombrada para este propósito, y su informe, que aparentemente contenía muchas de las ideas de Mill, fue debatido en el Parlamento Británico en septiembre de 1957.

El Comité recomendó la eliminación de las leyes que prohíben la actividad homosexual entre adultos que dan su consentimiento y la eliminación de las leyes que prohíben la prostitución, sustituyendo esta última por leyes que tratan la prostitución en público como una molestia pública.¹² Al argumentar a favor de estos cambios propuestos en la ley, el Comité apeló a la idea de que la función adecuada del derecho penal *"es preservar el orden público y la decencia, proteger al ciudadano de lo que es ofensivo o perjudicial y proporcionar suficientes salvaguardias contra la explotación o la corrupción de los demás, en particular de aquellos que son especialmente vulnerables por ser jóvenes, débiles de cuerpo o mente, inexpertos o en un estado de especial dependencia física, oficial o económica"*¹³.

El Comité recomendó la relajación de la ley en lo que respecta a la conducta sexual y comentó que *"debe quedar un ámbito de moralidad e inmoralidad privadas que, en términos breves y crudos, no es asunto de la ley"*¹⁴.

Si bien la mayoría apoyó el informe de Wolfenden, también hubo oposición, que Lord Patrick Devlin calificó en sus Conferencias Macabeas como una declaración de filosofía legal: se debe preservar un ámbito privado de moralidad e inmoralidad. En resumen, esta no es la ley de los negocios.

Por otro lado, el abogado conservador David Maxwell Fyfe, hablando en nombre del gobierno, pidió una investigación más exhaustiva. En 1958, se formó la Asociación de Reforma de la Ley Gay para presionar al gobierno y al público a aceptar las recomendaciones del comité. En 1967, finalmente se promulgó la Ley de Delitos Sexuales que, si bien no abordó explícitamente el problema, fue un paso importante en la legislación para hombres homosexuales en el Reino Unido.

De hecho, la ley, si bien aún mantiene las violaciones de la pornografía y la obscenidad entre hombres, a partir de ese momento comienza a disponer la eliminación parcial nominal de la homosexualidad, siempre que se permita el sexo entre personas de al

¹² COMMITTEE ON HOMOSEXUAL OFFENCES AND PROSTITUTION, *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, London, Her Majesty's Stationery Office, 1957.

¹³ *Report of the committee on Homosexual Offences and Prostitution*, citado de HART, H. L. A. *Law, liberty, and morality*. Stanford, Stanford University Press, 1983

¹⁴ COMMITTEE ON HOMOSEXUAL OFFENCES AND PROSTITUTION, *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, London, Her Majesty's Stationery Office, 1957

menos 21 años de edad. con consentimiento y privacidad. Entonces la norma sigue siendo que estas prácticas están prohibidas, con la salvedad de que está autorizada, sujeto a los requisitos que acabamos de enumerar, pero aun así puede considerarse un paso adelante.

Fue en los años previos a la reforma legislativa de 1967 cuando se produjo el debate entre Lord Patrick Devlin y H.L.A Hart.

2.- EL DEBATE HART DEVLIN

2.1.- BREVE BIOGRAFÍA DE LOS PROTAGONISTAS

Antes de entrar en materia, me gustaría añadir algo que quizás se haya pasado por alto, pero que me parece muy relevante, hablar de la vida de los dos autores, las condiciones de trabajo de cada uno de ellos y las condiciones en las que trabajó.

Sus respectivas carreras son muy diferentes, uno de los involucrados en el debate fue el filósofo profesional Hart, quien trabajó como abogado antes de la Segunda Guerra Mundial y tuvo bastante éxito, cuando comenzó la guerra, se unió al servicio de inteligencia británico, pero después de la guerra, decidió no ejercer la abogacía, aceptó un trabajo como profesor de filosofía en la Universidad de Oxford y se le otorgó el puesto de catedrático de derecho.

Lord Patrick Devlin fue la segunda persona más joven del siglo XX, con 42 años en el año 1948, en ser nombrado magistrado del Tribunal Superior de Inglaterra. Devlin fue ascendido a la Corte de Apelaciones de Justicia de Apelaciones en 1960. Tiempo después, llegó al máximo tribunal del Reino Unido: el Comité Judicial de la Cámara de los Lores. Devlin era juez de primera instancia cuando asistió a las *Conferencias Macabeas* en 1959.

Por su trabajo estaba muy ocupado, y era imposible para él que pudiera dedicar el mismo tiempo que un académico a ensayos y leer opiniones de otros autores¹⁵. Además, ningún juez inglés de aquella época disponía de asistencia jurídica, aunque sí podía recibir la ayuda de un grupo reducido de estudiantes de derecho recién graduados, que eso sí, solían ser de gran ayuda para los jueces de la época.¹⁶

2.2.- CRONOLOGÍA DEL DEBATE

- En 1957, el Informe Wolfenden de Gran Bretaña recomendaba despenalizar las relaciones sexuales consensuales masculinas en el ámbito privado, argumentando que la función del derecho penal era mantener el orden público y la decencia, y proteger a los ciudadanos de conductas que pudieran ofender u ofender. En todo

¹⁵ ALLAN, James, *Revisando el debate Hart-Devlin, en la periferia y en los números*, Brisbane, Universidad de Queensland, 2017, pp 4-10.

¹⁶ DEVLIN, Patrick, *The Judge*, Oxford, Oxford University Press, 1981. pp 20-24

caso, no debe inmiscuirse en la vida privada de los ciudadanos, ni pretender imponer ningún patrón particular de conducta.

- En 1959, Lord Devlin usó su discurso en la Conferencia Macabea para cuestionar la premisa del Informe Wolfenden sobre el alcance y el buen funcionamiento del derecho penal, afirmando que el derecho penal debe proteger no solo a los ciudadanos sino también a la sociedad.
- Ese mismo año, el profesor Hart respondió a Devlin en un programa de radio publicado en la revista en inglés “The Listener” bajo el nombre de *traición e inmoralidad*.
- En 1962, luego de la publicación de *The Concept of Law*, Hart amplió su crítica de la posición de Devlin en una serie de conferencias dictadas en la Universidad de Stanford que luego se publicaron como *Law, Liberty, and Morality*. Se basó en el principio de daños desarrollado por J. S. Mill para determinar el alcance adecuado del derecho penal.
- En 1965, después de retirarse de la carrera judicial, Devlin publicó una reimpresión de su discurso en las Conferencias Macabeas originales, que incluía su obra titulada *La ejecución de la moralidad*.

2.3.- IDEAS FUNDAMENTALES DE LA POSTURA DE LORD DEVLIN.

Lord Devlin, que inicialmente había aceptado la solidez de las conclusiones de Mill, cambió completamente de opinión después de las dos primeras conferencias Macabeas, terminó pensando que eran completamente inaceptables para él. Su descontento se basa en que cree que todos los ordenamientos jurídicos imponen una determinada moral a través del derecho penal, como forma de que la sociedad se proteja de ciertos posibles ataques para destruirla¹⁷.

De hecho, en opinión de Devlin, el derecho penal no es más que un derecho moral cuya única función en muchos delitos es hacer cumplir un principio moral. Apoyando este punto de vista, Devlin señala que el consentimiento de la víctima no tiene ningún papel en el derecho penal como elemento de defensa o defensa. La razón es que, según él, el crimen no es solo un ataque a un individuo específico, sino un ataque a toda una comunidad.

¹⁷ MALEM, Jorge, *La relación entre Derecho y moral: La disputa Devlin Hart*. En Estudios de Ética jurídica, Ed. Fontamara, 1996. pp 35

Dado que el derecho penal es un derecho moralizado, la aplicación de la pena relacionada con el delito es la aplicación de principios morales. Por otro lado, agregó que si bien alguna conducta no ética no se considera un delito, ninguna conducta no ética es tolerada por la ley. Así, por ejemplo, un contrato cuyo objeto no sea ético será radicalmente nulo y no producirá efecto alguno.¹⁸

La defensa de Devlin de este tipo de moralismo legal¹⁹ radica en afirmar que la sociedad es un grupo de personas que permanecen juntas porque comparten la misma moral y valores. Las personas se unen a la sociedad porque tienen creencias similares sobre lo que es bueno, correcto, apropiado y virtuoso. Según Devlin, la sociedad está formada por individuos que comparten un código moral común.

“Una sociedad es una comunidad de ideas, no solo ideas políticas sino también ideas sobre cómo sus miembros deben comportarse y dirigir sus vidas; bien: estas últimas ideas forman su moralidad. Toda sociedad tiene una estructura moral, así como una estructura política; o más bien la estructura de cualquier sociedad se compone de política y moral”²⁰.

No todo comportamiento inmoral o subversivo amenaza la existencia de una comunidad, dice Devlin. Sin embargo, cualquier cosa que sea inmoral o subversiva representa una posibilidad de que la comunidad sea destruida. Toda sociedad tiene derecho a protegerse de posibles ataques tanto desde dentro como desde fuera de su comunidad. Una moral negativa es lo que destruye el cuerpo social, así como la rebelión destruye el cuerpo político. El pilar más importante de cualquier sociedad es la moralidad compartida, dice Devlin, y si esta fuera destruida, sería un desastre para la comunidad. El Estado tiene el derecho y la obligación de imponer las normas morales básicas de la sociedad como leyes penales, para garantizar la defensa de la integridad de su sociedad.

El estado también tiene derecho a defenderse contra la subversión utilizando tanto poder como sea necesario para detener los esfuerzos de subversión. No hay límites sobre hasta dónde puede llegar el estado para detener los esfuerzos de subversión, según Devlin.

Utiliza una analogía entre el poder de un estado y un poder moral, afirmando que eliminar la autoridad legal es lo mismo que eliminar la conducta inmoral. El principio de

¹⁸ Idem

¹⁹ FEINBERG, Joel, *Harmless Wrong-Doing*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 9

²⁰ DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1965, p. 9

legitimación de las actividades del Estado represor es el mismo en ambos casos: la legítima defensa.²¹

Devlin cree que una sociedad puede imponer legalmente cualquier creencia moral que les ayude a coexistir, incluso si la creencia no es cierta. La autopreservación es la razón para imponer la moral a través de la ley; la defensa de una verdadera moralidad no es necesaria. La justificación de la imposición legítima es la necesidad de cohesión social, y los impuestos permiten que una sociedad funcione correctamente. Según Devlin, la moralidad no es algo sobre lo que se pueda razonar, es más bien una emoción. Creía que el poder en la política es también poder en la moralidad, y que para comprender la moralidad de una sociedad, uno tiene que comprender la moralidad de los buenos hombres y mujeres de esa sociedad. No le preguntes al hombre medio de la calle, dijo Devlin; pregúntale a un buen hombre o mujer. Decidir qué es legalmente correcto o incorrecto en función de lo que pensaría una persona moral, no una persona racional.

Por eso, ser inmoral a efectos legales es lo que cualquier persona sensata consideraría inmoral.²² Pero todo comportamiento poco ético no es castigado por el Estado.

No es suficiente que la mayoría de la gente se oponga a una práctica en particular. Devlin afirma que ninguna sociedad puede existir sin agravios, ira ni disgusto. Estas son evidencias en apoyo de la ley moral, y es seguro decir que ya sea que lo hicieran o que otros como ellos no estuvieran presentes, las emociones de la sociedad no serán lo suficientemente influyentes como para privar al individuo de su Libertad de Elección.²³

Al final, no hay distinción entre inmoralidad pública y privada. En todo caso, sólo se puede hablar de actos poco éticos cometidos en público y en privado. Y dado que Devlin asume que existe algún tipo de moralidad promedio, si quieres mantener una sociedad, debes evitar que cambie su moralidad. Por lo tanto, se niega a distinguir entre pecado y crimen, ley divina y ley secular, ley justa y ley moral. Su sesgo conservador es aquí muy notorio.

Según Feinberg, artículos similares intentan prevenir cambios drásticos o excéntricos en los estilos de vida sociales. Tales cambios en sí mismos se consideran dañinos, incluso si

²¹MALEM, Jorge, *La relación entre Derecho y moral: La disputa Devlin Hart*, En Estudios de Ética jurídica, Ed. Fontamara, 1996. pp 33-36

²²DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Oxford, Oxford University Press, 1965, p. 14

²³Ibidem, pp. 16-18

no afectan los intereses de las personas. El daño es tan grande que faculta a la sociedad a utilizar el derecho penal para prevenirlo.²⁴

2.4.- IDEAS FUNDAMENTALES DE LA POSICIÓN DE H.L.A HART

Muchas son las críticas al artículo de Devlin desde las más diversas perspectivas, sin embargo, Hart puede que fuera su crítico más agudo. Las objeciones de Hart fueron muy diversas y, al formularlas en última instancia, pretendía sentar las bases de un derecho penal basado en estándares de libertad, abordando el principio del daño en su raíz y alejándose de cuestiones morales. A continuación, mencionaré las críticas más relevantes a la moral de Devlin y la protección de la sociedad por el derecho.²⁵

Según Hart, el argumento de Devlin es erróneo por dos razones principales. En primer lugar, argumenta Hart, Devlin combinó las leyes que previenen el daño a la mente o el cuerpo de una persona con la justificación para prohibir ciertas acciones para proteger a las personas que pueden ser incompetentes o incapaces de tomar buenas decisiones. Esto se puede ver en el ejemplo utilizado por Devlin sobre la importancia de la privacidad en el derecho penal, donde el consentimiento no tiene nada que ver con la privacidad. En segundo lugar, argumenta Hart, Devlin confunde la justificación de la supresión del comportamiento indecente con la supresión de la actividad no moral privada.

Devlin afirma que el estado debe imponer sanciones penales por conducta no ética para influir en el comportamiento ético de terceros. La razón de esto, señaló, es que las personas están más influenciadas por el estado que por otros medios, como la religión o la educación. Sin embargo, Hart señala que la justificación para criminalizar el comportamiento indecente es proteger los sentimientos de los demás, no castigar la inmoralidad en sí. De hecho, en algunos casos en los que Devlin sugirió una penalización, como con la bigamia, la razón fue el daño causado a un tercero, no porque fuera un castigo por un comportamiento poco ético. Además, Devlin no ofreció evidencia de que las sanciones penales impuestas por el estado alentarán la moralidad mientras que los adultos eran libres de discutir otras formas inocuas de lograr el mismo fin. En cambio, parece

²⁴ FEINBERG, Joel. *Harmless Wrong-Doing*, Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 38 y ss

²⁵ Extraídas de HART, HLA, *Derecho, libertad y moralidad*, Colección traducciones UC3M, Dykinson, Madrid, 2007

centrarse en los tabúes en lugar de la moral. Devlin cree que la sociedad y la moralidad están interrelacionadas.

Una sociedad no puede sobrevivir si su población no tiene sentido de la moralidad. La moralidad, por otro lado, se define como ser sensible a lo que sucede en la sociedad. La forma en que Devlin usa los términos social y moral determina si defender la moralidad social es algo bueno, dijo Hart. Si sociedad significa vivir de acuerdo con un código moral establecido, entonces proteger ese código es necesario para la existencia de la sociedad, no solo para su causalidad.

La sociedad existe para proteger su moral, esta es una verdad por definición, y el hecho de que la sociedad exista para ello no nos convence de que debemos imponer la moralidad para los buenos resultados de la existencia continua de la sociedad.²⁶

Ni Devlin ni ningún otro científico destacado ha proporcionado jamás datos que demuestran que un cambio drástico en la moral de una sociedad puede conducir a un desastre irreversible y, en última instancia, a la caída de cualquier sociedad. Ni Devlin ni ningún otro científico prominente ha proporcionado evidencia de que una sociedad se desmorona si su moral se debilita.

Hay muchos actos ilegales que pueden considerarse que han cambiado las reglas del sistema legal, como la corrupción, la malversación, el asesinato de líderes políticos, etc. Sólo en estos casos extremos podemos hablar de subversión del estado de derecho. Sin embargo, la subversión moral sería un cambio legítimo en la moral. En cuestiones de moral, ninguna ley u órgano rector establece autoridad o reglas cuyo propósito sea cambiar o destruir la propia moral. Si no sabe cómo la ley cambia la moral, no sabrá cuándo ese cambio es ilegal o incorrecto.

Finalmente, dos consideraciones más a la luz de una ya conocida, la distinción entre moral positiva y moral crítica.²⁷

Hart se preguntó cómo la moral crítica podría dictar la imposición de cualquier moralidad positiva, incluso una basada en todo tipo de trucos, ignorancia o falsedad. Los legisladores, al elaborar leyes penales, deben evaluar racionalmente cuál es la base actual de

²⁶ NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1980, p 174-177

²⁷ MALEM, Jorge, “La relación entre Derecho y moral”: *La disputa Devlin Hart. Estudios de Ética jurídica*, Ed. Fontamara, 1996. pp 46

la moral positiva y, en su caso, actuar contra lo que más se necesita. De lo contrario, la democracia como forma de gobierno se confundiría como Devlin con el populismo moral, según el cual la mayoría tendría el poder de decidir cómo deberían vivir los demás. De hecho, añade Hart, no parece erróneo afirmar que la desintegración de determinadas sociedades es éticamente correcta dadas determinadas experiencias históricas, como el nazismo.

La posición de Hart implica que la justificación moral del castigo depende en última instancia del carácter dañino de la conducta reprimida. Basta demostrar que el hecho perjudicó a individuos distintos del perpetrador, pero tratándose de intereses legítimos o colectivos, sería antijurídico justificar la intervención estatal y mantener una moralidad particular. En este sentido, Hart, al igual que Mill, acepta el principio del daño como factor legítimo de injerencia estatal en la libertad individual.

3- ¿TIENE LA SOCIEDAD DERECHO A JUZGAR CUESTIONES DE MORALIDAD?

Lord Devlin y Herbert Hart abordaron el tema en conferencias separadas. En 1959, Lord Devlin dio una conferencia titulada *La aplicación de la moralidad* en las *Conferencias Macabeas*, que luego se publicó como un libro con la respuesta de Herbert Hart a la conferencia.

Aquí, primero me enfocaré en algunas preguntas clave sobre el debate, seguidas de presentaciones y resúmenes de los argumentos e inspiración de cada posición. ¿Es necesaria la ley para controlar la sociedad? ¿Debe la ley imponer la moral? Este es uno de los principales puntos de cuestionamiento del debate.

La pregunta específica es si la ley debe hacer cumplir la moralidad. Si bien las consideraciones prácticas son relevantes, no son concluyentes para responder la pregunta principal, ¿qué debemos hacer? Algunas leyes restringen lo que las personas pueden hacer, como prohibir la posesión de marihuana. Al decidir si mantenemos estas leyes, debemos considerar qué tan efectiva es la ley de intervención y si hará más daño que bien. Algunos de los mismos temas deben ser considerados cuando se aboga por la derogación de la ley.

Cuando tomamos una decisión, debemos explicar por qué la tomamos. Tuvimos que hablar sobre las razones detrás de nuestras elecciones, las ideas teóricas detrás de ellas. Para ello Devlin formula tres preguntas retóricas:

1. ¿Tiene la sociedad derecho a juzgar en absoluto las cuestiones morales?
2. Si la sociedad tiene derecho a dictar sentencia, ¿tiene también derecho a utilizar el arma de la ley para hacerla cumplir?
3. Si es así, ¿debe utilizar esa arma en todos los casos o sólo en algunos; y si sólo en algunos, sobre qué principios debe distinguir?²⁸

Hablaré sobre cada una de las tres y sus implicaciones en los siguientes apartados.

²⁸ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. Londres, Oxford University Press, 1965, pp 7-8

3.1.-¿TIENE LA SOCIEDAD DERECHO A JUZGAR EN ABSOLUTO CUESTIONES MORALES?

En respuesta a la primera pregunta, Devlin señala que, de hecho, la gente entiende que existe una moral pública, incluso el *Informe Wolfenden* da por hecho que efectivamente existe una moralidad pública que condena tanto actos homosexuales como la prostitución en sí.²⁹

Sin embargo, convertir tales pensamientos o ideas en proyectos de ley siempre resulta difícil. El hecho de que exista una moral pública no significa necesariamente que deba existir una legislación moral. ¿Cómo traduce Devlin las descripciones fácticas en derechos?

El argumento de Devlin también cubre la segunda, afirma que "la sociedad no es algo que se mantiene unido físicamente; se mantiene unido por los lazos invisibles del pensamiento común"³⁰.

Existe el peligro de la desintegración social si no se utilizan ideas comunes. Así que la sociedad tiene el derecho superficial de hacer cumplir una moralidad común para asegurar la supervivencia. Al tratar de encontrar un derecho, Devlin apela al más básico de los derechos: el derecho de Hobbes a la vida ya la autodefensa. Una sociedad que enfrenta la amenaza de la desintegración tiene derecho a defenderse defendiendo la moralidad común que es la esencia de la sociedad.

¿Por qué Devlin no basa su argumento en el poder superior de la mayoría sobre la minoría? La justificación de Devlin para evitar los argumentos sobre el poder tanto como sea posible es que basar la justificación de las aplicaciones morales en la fuerza bruta de la mayoría no es un argumento moral satisfactorio y obviamente allanaría el camino para abusos flagrantes del poder de la mayoría.

En palabras de Rousseau: "*Ceder al fuerte es un acto de necesidad, no de voluntad. A lo sumo es el resultado de un dictado de la prudencia. ¿Cómo puede, entonces, convertirse en un deber?*"³¹.

²⁹ Ibidem, pp 9

³⁰ Ibidem, pp 10

³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato Social*, trad. de M^a José Villaverde, Itsmo, 2004. p 172.

Parece que Devlin también quiere defender el poder ejecutivo, no el derecho democrático de un gobierno elegido por mayoría. En las democracias, la minoría tiene un conjunto de derechos reconocidos que corresponden al derecho de la mayoría a gobernar. Así, basar el poder ejecutivo en la reconciliación de los derechos democráticos de la mayoría y la minoría es reafirmar todo el debate, ya que la relación entre la libertad individual y el control social es una categoría dentro de la relación más amplia de los derechos humanos de la minoría y la mayoría. El derecho a existir es incondicional; el derecho de una mayoría democrática a gobernar es condicional; Devlin busca fortalecer el argumento a favor de la aplicación de una moralidad común conforme al primer derecho.

Si la sociedad como una cuestión de supervivencia puede mantener su moralidad común, entonces la sociedad puede oponerse a cualquier cambio moral, para bien o para mal, y limitarse a mantener el statu quo.

No existe una relación causal necesaria entre un cambio en la moralidad compartida y el colapso físico de la sociedad. Por otro lado, si Devlin define la sociedad en términos de ideas y moral, simplemente está afirmando el hecho obvio de que la sociedad tiene derecho a impedir cambios en su moralidad común que de otro modo cambiarían. Hart dice textualmente:

*“Incluso si la moral convencional cambiará así, la sociedad en cuestión no habría sido destruida o subvertida. Deberíamos comparar tal desarrollo no con el derrocamiento violento del gobierno, sino con una constitucional en su forma, consistente no sólo con la preservación de una sociedad sino con su avance.”*³²

Sin embargo, la debilidad intelectual del argumento de Devlin de que aplicar una moralidad común es un derecho poderoso está limitada por dos condiciones. Primero, Hart ve el argumento de Devlin como algo que escapa a la destrucción total a través de una ofuscación útil. *“Su posición sólo parece escapar a esta crítica por una definición confusa de lo que es una sociedad”*.³³

Segundo, a Devlin le cuesta demostrar que la aplicación de una moralidad común por parte de la sociedad es un Derecho, de hecho, tanto Hart como Devlin tienen dificultades

³² HART, HLA, *Derecho, libertad y moralidad*, Colección traducciones UC3M, Madrid, Dykinson, 2007, p 52.

³³ HART, HLA. *Derecho, libertad y moralidad*, Colección traducciones UC3M, Madrid, Dykinson, 2007, p 82

para demostrar que los valores opuestos pero las libertades individuales coexistentes en el debate son un derecho. De hecho, ambas partes otorgan un gran valor a la libertad individual, que creen que debería ser un derecho tan fundamental que llegue a dominar los derechos naturales del hombre. Sin embargo, debatir racionalmente por qué la libertad individual es un derecho ha sido tradicionalmente una tarea desalentadora. El derecho se basa en sentimientos, valores, precedentes o leyes naturales. El intento de Devlin de mostrar que la aplicación de la moralidad compartida es una lucha importante es algo débil. Sin embargo, debemos reconocerlo. Resulta que Hart no basa su argumento para el valor primordial de la libertad individual sobre bases empíricas o cognitivas, sino que simplemente lo asume, o tal vez basado en la intuición.

3.2.-¿TIENE LA SOCIEDAD DERECHO A UTILIZAR EL ARMA DE LA LEY PARA HACER CUMPLIR SU MORAL?

En respuesta a la segunda pregunta retórica,³⁴ Devlin afirma que la ley tiene el derecho inicial de entrar en el ámbito de la aplicación de la moral³⁵, aunque habiendo entrado en él, la aplicación real de la moral sólo debe tener lugar en circunstancias limitadas.¹² Hart, por el contrario, dice que el derecho prima facie no tiene derecho a entrar en el ámbito de la ejecución de la moral, excepto cuando se demuestre el daño a los demás.³⁶ Devlin concluye: "*Creo, por tanto, que no es posible establecer límites teóricos al poder del Estado para legislar contra la inmoralidad*"³⁷. Sin embargo, no está claro qué quiso decir Devlin cuando empleaba el término poder, ya que de hecho impone límites teóricos al derecho del estado a legislar contra la conducta no ética.³⁸

³⁴ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965, p 8

³⁵Ibidem, pp 11

³⁶ HART, HLA. *Derecho, libertad y moralidad*, Colección traducciones UC3M. Madrid, Ed. Dykinson, 2007. p 5

³⁷ DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965, p 12

³⁸Ibidem, pp 16-20

3.3.- ¿DEBE UTILIZAR ESA ARMA EN TODOS LOS CASOS O SÓLO EN ALGUNOS?

Devlin es el primero en tratar de dar respuesta a la tercera pregunta,³⁹ si la sociedad tiene el derecho de usar la ley para hacer cumplir la moralidad pública, ¿debe usarla en todos los casos o sólo en algunos; y si sólo puede en algunos, en qué principios debe distinguir?

La respuesta de Hart sobre la aplicación de la ética parece clara, pero Mill tenía razón cuando planteó la pregunta en su famoso ensayo *Sobre la Libertad*:

*"El objeto de este ensayo es afirmar un principio muy simple, que tiene derecho a gobernar absolutamente el trato de la sociedad con el individuo en la forma de compulsión y control, ya sea que los medios utilizados sean la fuerza física en forma de sanciones legales, o la coerción moral de la opinión pública. Ese principio es que el único fin para el que se justifica la humanidad, individualmente o colectivamente, al interferir con la libertad de acción de cualquiera de ellos, es la autoprotección. Que el único propósito por el que se puede ejercer legítimamente el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es evitar el daño a los demás. Su propio bien, ya sea físico o moral, no es garantía suficiente."*⁴⁰

Fue el uso de este principio, adoptado por la Comisión Wolfenden, lo que inicialmente impulsó a Devlin a tomar la posición que declaró en las Conferencias Macabeas. Según Devlin, el principio de Mill es solo uno de los otros principios rectores. Argumenta que la jurisprudencia del informe Wolfenden se debe a la búsqueda de algún principio único que explique la diferencia entre crimen y pecado.

El Comité Wolfenden se pronunció de la siguiente manera:

"Nuestra propia formulación de la función del derecho penal en lo que concierne a los sublenguajes de esta investigación. En este ámbito su función, tal y como la vemos, es preservar el orden público y la decencia, proteger al ciudadano de lo que es ofensivo o perjudicial, y para proporcionar suficientes salvaguardias contra la explotación y la corrupción de los demás, en particular los que son especialmente vulnerables por ser jóvenes, débiles de cuerpo o de mente, inexpertos, o en un estado de especial independencia física, oficial o económica. No es, en nuestra opinión, la función de la ley intervenir en la

³⁹ Ibidem, p8

⁴⁰ MILL, J.S, *Sobre la libertad*, Trad. de Josefa Sainz Pulido, Prólogo de Antonio Rodríguez Huescar, Aguilar, 1959. p79.

vida privada de los ciudadanos, o tratar de imponer cualquier patrón de comportamiento particular más allá de lo necesario para llevar a cabo los propósitos que hemos esbozado."⁴¹

Aunque Devlin rechaza el principio de Mill tal y como lo adoptó Hart, como una guía absoluta, sigue considerando que es un principio relevante:

*"La moral es una esfera en la que hay un interés público y un interés privado, a menudo en conflicto, y el problema es conciliar ambos. Esto no significa que sea imposible presentar declaraciones generales sobre cómo se debe lograr el equilibrio en nuestra sociedad. Estas declaraciones no pueden ser, por su naturaleza, rígidas o precisas; no estarían destinadas a circunscribir el funcionamiento del poder legislativo, sino para orientar a quienes tienen que aplicarlo".*⁴²

⁴¹COMMITTEE ON HOMOSEXUAL OFFENCES AND PROSTITUTION, *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, London: Her Majesty's Stationery Office. 1957

⁴²DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965, p 22

4.- LA MORAL COMÚN Y LA PRUEBA DE SENTIMIENTOS

4.1.- LA APLICACIÓN SOCIAL DE LA MORAL.

Tanto Devlin como Hart citaron la afirmación del informe de la Comisión Wolfenden de que debe continuar existiendo un ámbito de moralidad e inmoralidad privada que, en resumen, no es una cuestión de derecho. Devlin se opuso a esta afirmación, Hart no. La indiferencia de Hart al respecto es incompatible con la posición que dice defender. Tiene la intención de alinearse con la posición de Mill en *On Liberty*, con una desviación importante, que Hart abraza más el paternalismo que Mill.

Pero Mill objetó no solo las sanciones penales por conductas que no son directamente y en primer lugar perjudiciales para quienes no aceptan voluntariamente asumir sus costos indirectos, sino también las conductas que tienen el mismo efecto como resultado de la coacción social. Normas sociales y opinión pública más que de derecho penal.⁴³

Esto significa que si las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo son inofensivas, al menos para todo el mundo menos para los participantes, criminalizar la homosexualidad no solo es moralmente objetable, sino que también tolera una variedad de moralejas. Entre ellos, el comportamiento homosexual está severamente condenado como comportamiento inmoral. Un código de ética estricto que prohíba las relaciones no heterosexuales y lo haga cumplir a través de sanciones de normas sociales como la negación, los chismes, la exclusión de programas cooperativos y patrones de interacción beneficiosos constituirá una tiranía social que, según Mill, es moralmente incorrecta para el mismo razones como la condena.

Esto no quiere decir que lo que la ley no debe prohibir, o que no deba ser prohibido por la moral. El derecho penal es una herramienta contundente, por lo que pueden existir todo tipo de conductas nocivas y poco éticas que la ley prohíbe haciendo más mal que bien.

La traición de la amistad está mal, pero ciertamente no es el objeto adecuado del castigo.⁴⁴

⁴³ MILL, J. S. *Sobre la libertad*, Trad. de Josefa Sainz Pulido, Prólogo de Antonio Rodríguez Huescar, Aguilar, 1959, p19- 20

⁴⁴ ARNESON, Richard J. "The enforcement of morals revisited", *Criminal law and philosophy* n°7, 2013, p7

Los actos de infidelidad sexual cometidos por personas involucradas en relaciones románticas comprometidas suelen ser moralmente incorrectos, pero no deberían convertirse en delitos, como sí lo fue en España en la época de la dictadura franquista, cuando el adulterio fue delito y estaba castigado con hasta 6 años de cárcel, hasta el año 1978.

Mill creía que no hay línea en medio de acciones ilegales y legales. Si la acción no afecta negativamente a nadie más que a los dos participantes y a otros que accedan a participar, sin embargo hay una línea que no debe traspasar: la establecida por el principio de libertad.

4.2.- EL MORALISMO LEGAL.

Hart se opone y Devlin apoya la aplicación legal de la moral como tal. Hart entiende la cuestión en términos de un contraste que establece entre la moral positiva y la moral crítica.⁴⁵

La moral positiva de una sociedad es el código moral que realmente es abrazado y defendido por la mayoría de sus miembros, la moral que prevalece en una sociedad en un momento dado. Devlin cree que no hay ninguna razón por la que la moralidad positiva de una sociedad no pueda imponerse por medios legales, Hart cree que la moralidad positiva, la moral de una sociedad, puede ser buena, mala o incluso poco convincente. Hart distingue la moralidad positiva de los principios morales generales utilizados en la evaluación de las instituciones sociales reales. El hecho de que una conducta sea considerada inmoral por la moral positiva de una sociedad no significa que deba ser ilegal.

4.3.- LA MORAL CRÍTICA Y SUS VARIANTES.

Hay muchos tipos diferentes de moralidad crítica. La moral crítica que existe en una sociedad, o entre los críticos sociales de una sociedad, puede considerarse buena, mala o mediocre. La moralidad crítica positiva de una época es la versión que más prevalece.

Cualquier individuo en la sociedad puede apoyar el mejor punto de vista de moralidad crítica que pueda encontrar.⁴⁶

⁴⁵ HART, HLA, *Derecho, libertad y moralidad*, Colección traducciones UC3M, Madrid, Dykinson, 2007, p 17-18

⁴⁶ ARNESON, Richard J. "The enforcement of morals revisited", *Criminal law and philosophy* nº7, 2013, p9

Hart argumenta que no debemos imponer la moral en general. Incluso sugiere que la idea de moralidad crítica está relacionada con la idea de limitar la imposición de la moralidad, que sugirió originalmente. Hart cree que la moralidad crítica sería una versión del principio de daño de Mill, diciéndonos que debemos limitar la forma en que se impone la moralidad a las personas.⁴⁷ Mill había sugerido que la única buena razón para restringir la libertad de acción de un individuo era evitar que causara daño a otros que no dieran su consentimiento.

4.4.- EL PRINCIPIO DE DAÑO AMPLIADO

Contra la opinión de que es moralmente aceptable establecer una prohibición penal de una conducta simplemente porque la conducta en cuestión es inmoral, Hart parece estar de acuerdo con la versión ampliada del principio de libertad o daño de Mill en *Sobre la Libertad*.⁴⁸ Esto dice que los únicos motivos moralmente aceptables para establecer una prohibición penal sobre un tipo de conducta son que la propia conducta cause daño u ofensa a los demás o daño a uno mismo.⁴⁹

Dado que Hart permite que las autolesiones sean un motivo aceptable para la prohibición penal, evidentemente ya no está dispuesto a seguir a Mill, que interpreta el principio del daño a los demás de forma mucho más restrictiva, de modo que el daño a los demás es un motivo para la coerción sólo si lo que está en juego es el daño a los terceros que no consienten; no consienten voluntariamente en vencer los riesgos y los costes de la actividad cuya prohibición se está revisando.⁵⁰ De otro modo, Hart podría estar dispuesto a aceptar que el principio de daño ampliado se amplíe todavía más: El principio de daño ampliado permite que la prohibición penal de una conducta pueda ser moralmente aceptable incluso si la conducta no es en sí misma ni dañina ni ofensiva para el resto de personas ni para el propio agente, siempre que la prohibición evite el daño a los demás.⁵¹

⁴⁷ Idem

⁴⁸ MILL, J. Stuart. *Sobre la libertad*, Trad. de Josefa Sainz Pulido, Prólogo de Antonio Rodríguez Huescar, Aguilar, 1959, p.68-78

⁴⁹ FEINBERG, Joel, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 2, Nueva York, Oxford University Press, 1985, pp 145-146

⁵⁰ ARNESON, Richard J. "The enforcement of morals revisited", *Criminal law and philosophy* nº7, 2013, p9

⁵¹ MILL, J. Stuart. *Sobre la libertad*, Trad. de Josefa Sainz Pulido, Prólogo de Antonio Rodríguez Huescar, Aguilar, 1959.

Lo primero que hay que decir sobre la comprensión de Hart del tema en juego es que parece estar juntando dos temas diferentes:

- La aplicación de la moral como tal: La prohibición penal de un tipo de conducta puede justificarse apelando a la inmoralidad de ese tipo de conducta, independientemente de que su prohibición evite el daño a cualquier persona individual o promueva el bienestar de cualquier persona individual.
- Otra cuestión es: El principio de Daño Ampliado: La prohibición penal de un tipo de conducta sólo puede justificarse apelando al hecho de que es perjudicial u ofensivo para los demás o perjudicial para el agente cuya conducta se cuestiona y no simplemente por la afirmación, aunque sea cierta, de que una conducta de ese tipo es inmoral.⁵²

Pero rechazar la aplicación de la moral como tal no es lo mismo que aceptar el principio del daño ampliado. Una de las diferencias es que el principio de daño ampliado incluye la ofensa a otros como un motivo adecuado de prohibición penal, pero asumamos que las ofensas son realmente una clase de pequeños daños, por lo que esta diferencia en la formulación no es significativa.⁵³

Más importante aún, sin discutir sobre el principio de daño de Mill, complementado por el principio de ofensa y aceptando algo de paternalismo, marca aceptablemente la límites del uso moralmente legítimo de la función del derecho penal.

4.5.- LAS DOS CORRIENTES DE RECHAZO DEL MORALISMO LEGAL

Richard Arneson distingue entre una versión débil y otra versión fuerte de la posición que rechaza el moralismo jurídico, y las describe de esta manera:

- *“La versión débil dice que las razones que apelan a la inmoralidad de un tipo de conducta nunca pueden bastar por sí mismas para justificar la prohibición penal del tipo de conducta. Tales razones legales moralistas deben ir acompañadas de algunas razones que apelen a los daños que la prohibición evitará o a los daños que la prohibición promoverá. La versión fuerte dice que las razones que apelan a la inmoralidad de un tipo de conducta, cuyos motivos de inmoralidad no tienen nada que ver con el impacto de la conducta en el*

⁵² ARNESON, Richard J. "The enforcement of morals revisited", *Criminal law and philosophy* n°7, 2013, p 10

⁵³ Idem.

bienestar del individuo, nunca son buenas razones para la prohibición penal. En la versión débil, las meras apelaciones a la inmoralidad pueden tener peso a la hora de determinar la conveniencia de la prohibición penal; en la versión fuerte, tales apelaciones carecen de peso. Supongo que Hart querrá defender la versión fuerte”⁵⁴.

Para los opositores al moralismo legal, la posición más plausible es negar la existencia de cualquier comportamiento inmoral que no involucre el bienestar humano, por lo que una de dos cosas siempre debe ser cierta: el comportamiento inmoral es perjudicial para alguien. Reduciendo su incidencia, como al prohibir el comportamiento, aumenta el bienestar de alguien, así que quizás los opositores a las aplicaciones éticas deberían tomar posiciones en este sentido.

La llamada inmoralidad de un acto nunca es buena si la afirmación inmoral no va acompañada de una afirmación fuerte de que el acto reduce el bienestar o impide que posiblemente aumente el bienestar de algunas personas o razones para fortalecer la ley. Razones para prohibir tal conducta. Quienes se oponen al moralismo legal necesariamente argumentan que puede haber una conducta verdaderamente inmoral que debería prohibirse de todos modos.

Se plantea una cuestión especial, propuesta por Derek Parfit.⁵⁵ Se plantea una cuestión especial, una planteada por Derek Parfit.⁵⁶ Supongamos que uno puede emprender una acción que hará que las personas nazcan con vidas dignas de ser vividas, pero menos buenas que las que disfrutarán las contrapartes de cada una de estas personas si uno se abstuviera de este curso de acción. Supongamos que uno realiza la acción que produce las personas que están en peor situación que un mismo grupo de personas que podrían haber nacido en su lugar. Ninguna persona real se ve perjudicada o empeorada en modo alguno por este tipo de acción. Por lo tanto, parece que una restricción welfarista de las posibles prohibiciones de conductas del tipo articulado en la sección anterior no captará ni identificará como ilícita y objeto de prohibición legal ninguna acción como la que acabamos de caracterizar.

⁵⁴ ARNESON, Richard J. "The enforcement of morals revisited", *Criminal law and philosophy* n°7, 2013, pp 12-13

⁵⁵ PARFIT, Derek, *Reasons and Persons*, Londres, Oxford University Press, 1984, p 212

⁵⁶ Idem.

4.6.- LA APLICACIÓN DE LA MORAL A OJOS DEL “HOMBRE COMÚN.”

¿Cuáles son las afirmaciones y directrices generales que Devlin establece para ayudar al legislador a responder a la pregunta: ¿Qué debo hacer? Debería hacer valer los juicios morales que tiene el hombre razonable hipotético del que *"no se espera que razone cualquier cosa y cuyo juicio puede ser en gran medida una cuestión de sentimiento"*⁵⁷. Estas son las afirmaciones de Devlin:

1. Existe un peligro inmediato de que este estándar general sea tratado como un principio absoluto, y Devlin ha estado tratando de advertirnos que las decisiones morales no pueden tomarse sobre la base de un solo principio. Por tanto, los requisitos sobre cómo aplicar la moral común de las personas racionales serían:
2. El mayor número de individuos debe tolerar la libertad compatible con la integridad social.
3. Dado que los límites de la tolerancia moral a veces cambian con la moda, la ley debe ser lenta para intervenir en cualquier problema moral nuevo.
4. La privacidad debe ser respetada tanto como sea posible. La ley debe centrarse en mínimos morales, no en máximos
5. Antes de que la sociedad pueda poner una práctica fuera de la tolerancia, la moralidad o el sentimiento común deben juzgar deliberadamente que la práctica es dañina para la sociedad.
6. Moral común que sólo se puede aplicar a través de aquellas reglas morales que no se siguen y que conducen a la intolerancia, la indignación y el asco. O bien, esa ética que no sigue, incluso después de un escrutinio frío y desapasionado, aún puede dejarnos con una fuerte sensación de disgusto: La mera objeción no es suficiente para justificar la interferencia.
7. Toda ley moral debe estar "profundamente impregnada de pecado".⁵⁸

⁵⁷ DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965, p 15.

⁵⁸ Ibidem, pp 18-25

4.7.- LA PRUEBA DE LOS SENTIMIENTOS

4.7.1.- La crítica de Hart

Hart reaccionó con más fuerza a esta prueba de sentimientos de Devlin, y es aquí donde se encuentra el corazón del desacuerdo entre Hart y Devlin. Las objeciones de Hart son las siguientes:

Una prueba sensorial equivale al abandono racional del mero sentimiento de una persona. Nunca debemos permitir que el proceso de toma de decisiones sucumba a los sentimientos y pasiones, especialmente cuando se ven amenazados valores importantes como la libertad personal.

Devlin espera que la mayoría de las personas racionales incluyan la cualidad de la justicia en sus sentimientos, pero Hart se resiste a correr ese riesgo. Las pruebas de opinión se pueden utilizar como una forma de preservar el sesgo, el fanatismo y cualquier otra idea preconcebida que pueda afectar la imparcialidad de un juicio.

Parece fácil creer que la lealtad a los principios democráticos significa abrazar el llamado populismo moral.: *“la opinión de que la mayoría tiene el derecho moral de dictar cómo deben vivir todos”*⁵⁹.

*“Utilizar la coerción para mantener el statu quo moral en cualquier momento de la historia de una sociedad sería detener artificialmente el proceso que da valor a las instituciones sociales”*⁶⁰.

Una prueba de emoción implica la moralidad pura o la aplicación de la moralidad misma. Es decir, el código de ética se aplica para su propio beneficio, con poca o ninguna evidencia de que el incumplimiento del código cause daño al actor o bien a otros.

El espíritu de las objeciones de Hart es atractivo porque claramente defiende la libertad individual y predice que el abuso dictatorial por parte de la mayoría es posible si estamos de acuerdo con la prueba emocional de Devlin. Pero a medida que Hart amplía sus objeciones, encontramos que las diferencias aparentes comienzan a disminuir.

⁵⁹ HART, HLA, *Derecho, libertad y moralidad*. Colección traducciones UC3M, Madrid, Ed. Dykinson, 2007, p 79

⁶⁰ *Ibidem*, p 75

Podría decirse que la demostración del punto de Devlin no equivale a un abandono innecesario de la razón. Su requisito previo es pensar en el asunto con calma y sobriedad antes de actuar al respecto. El discurso de Lord Patrick no disminuye de ninguna manera la importancia primordial de la imparcialidad y la erudición desapasionada, llevada a cabo con los más altos estándares razonables que podamos lograr en nuestro trabajo sobre la reforma social y legal.

4.7.2.- La respuesta de Devlin

La contraargumentación de Devlin se basa en que debemos aplicar la prueba de los sentimientos con sus calificaciones.⁶¹ Devlin argumenta que el hecho de que la prueba de los sentimientos más las calificaciones pueden dar lugar a una atrocidad sólo demuestra que la prueba puede ser errónea, pero en ningún caso que sea una prueba falsa. Asimismo, Hart argumenta que la aplicación de los principios de libertad de Mill al ámbito moral estaría sujeta a abusos. Sin embargo, este abuso en la práctica solo muestra que se está abusando del principio, no que sea incorrecto en sí mismo.

El problema es que ninguno de los principios tiene suficiente contenido para indicar cuándo se ha utilizado incorrectamente. Así, tanto Hart como Devlin tienen conceptos personales de cómo desean aplicar el Principio de la Libertad y la Prueba Sensorial, respectivamente. Si los principios y las pruebas no se interpretan de acuerdo con sus propios conceptos, todos los calificarán de abuso o encontrarán una excepción para revalidar los principios que defienden.

Devlin espera una discusión racional antes de decidirse a imponer una moralidad compartida. *"El juicio moral de la sociedad debe ser algo sobre lo que se puede esperar que doce hombres o mujeres al azar sean unánimes después de la discusión"*.⁶² Devlin amplía este punto en el prefacio a su libro, que fue compilado varios años después de pronunciar la conferencia macabea original:

*"La exclusión de lo irracional suele ser un proceso fácil y comparativamente poco importante, pues la difícil elección entre una serie de racionales conclusiones el hombre común tiene que confiar en un sentimiento para la respuesta correcta"*⁶³.

⁶¹ DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965, pp 16- 20

⁶² Idem

⁶³ Idem

4.8.- POR QUÉ LA APLICACIÓN DE LOS SENTIMIENTOS SERÍA UNA FUENTE DE INJUSTICIAS

Devlin, como Hart, es claramente consciente de los peligros de imponer sin restricciones las emociones o la moral compartida de personas racionales. La historia está plagada de ejemplos de atrocidades e injusticias cometidas contra unos pocos porque la mayoría creía que era lo correcto: la Inquisición española y la Alemania nazi fueron casos terribles.

Esta es probablemente la razón por la que Devlin trata de limitar la manipulación de las pruebas afectivas mediante los principios calificadores enumerados anteriormente. Se ha señalado lo difícil que es encontrar un significado sustantivo para estos principios restrictivos. Tienden a hacer preguntas sobre el nivel máximo tolerable de libertad personal. Por tanto, la falta de una válvula de seguridad clara en las pruebas emocionales tiende a confirmar los temores de Hart. Por otro lado, argumenta Hart, el sentimiento no debería ser una guía para la aplicación de la ley. Pero el hecho de que se haya abusado de la regla de la mayoría no significa que la opinión de la mayoría no deba aplicarse en principio. Abusar de una norma en la práctica no significa necesariamente que la norma no deba existir.

Así como se puede abusar de la aplicación de la opinión mayoritaria, también se puede abusar de la libertad individual de acción, mediante un proceso gradual que puede socavar los valores vitales de la vida humana. En otras palabras, tanto la aplicación de la ética como de la libertad debe ser objeto de control de calidad, no de exclusión.⁶⁴ Hart no puede demostrar que la justificación que Devlin ofrece para la aplicación de la moral es ilusoria o anticuada; sólo puede apelar a nuestro propio sentido moral de que no vale la pena.

⁶⁴ BURT, Robert, *Moral offences and Same-sex relations: Revisiting the Hart-Devlin debate*, Yale law school, 2004, p28

5.- SOBRE EL PATERNALISMO MORAL

Hart dejó en claro que no estaba de acuerdo con la fuerte oposición de Mill al paternalismo. Restringir la libertad de alguien en contra de su voluntad para su propio beneficio es como lo que los padres hacen con sus hijos para educarlos en los valores correctos, pero aplicando la ley. El desacuerdo de Hart se extiende a cuestiones de derecho penal. Por ejemplo, sugiere que puede haber casos en los que el uso recreativo de ciertas drogas esté prohibido por ley por motivos paternalistas. Sin embargo, Hart no explicó claramente el alcance de su desacuerdo con Mill sobre el tema del paternalismo. Tampoco discutió si su desacuerdo con Mill sobre el paternalismo tendría un impacto en su desacuerdo con Devlin.

Según Hart, Mill creía erróneamente que el individuo adulto normal tiene una psique de mediana edad, cuyos deseos son relativamente fijos y no estimulados por influencias externas; que sabe lo que quiere y lo que le dará satisfacción o felicidad; que perseguiría estas cosas cuando sea posible.

La tolerancia de Hart con respecto a la restricción paternalista de la libertad abre el camino para que los defensores de la prohibición penal de la homosexualidad y de otras prácticas sexuales defiendan dichas prohibiciones apelando a un principio de paternalismo que engloba el paternalismo duro y se acerca en espíritu al moralismo legal que defiende Devlin: vamos a suponer que se argumenta que los actos sexuales entre personas del mismo sexo son malos o nocivos para las personas, que simplemente participar en ellos es suficiente para que la vida de uno vaya peor, y dado que estos actos, aunque malos, también son tentadores, una restricción paternalista puede hacer mucho más bien que mal y, por lo tanto, estar justificada en conjunto. Mientras no se cierre esta posibilidad, la estrategia de Hart en *Law, Liberty, and Morality* equivale a un intento de construir fortificaciones seguras que bloqueen la entrada principal de una casa mientras se deja la puerta trasera abierta de par en par.⁶⁵

Además, la afirmación de que la homosexualidad es dañina,, puede reflejar un intento de argumentar que la homosexualidad es intrínsecamente inmoral y, por lo tanto, debe prohibirse.

⁶⁵ARNESON, Richard, "The enforcement of morals revisited", *Criminal law and philosophy* n°7, 2013, p 24

Ahora consideremos la situación opuesta, el sexo entre personas del mismo sexo es beneficioso para los participantes y no perjudicial para los demás. ¿Cuál es la razón para decir que estas acciones son moralmente incorrectas? Uno puede apelar a las enseñanzas cristianas tradicionales y afirmar que Dios nos ha ordenado que abandonemos las relaciones entre personas del mismo sexo, pero Devlin y Hart están de acuerdo en que una apelación sectaria a la religión no puede justificar la coerción estatal en una comunidad. En la sociedad moderna, ciertamente deberíamos estar de acuerdo con ellos en este punto.

Los defensores de la ley natural pueden insistir en que la no heterosexualidad es una violación de los intereses fundamentales de la reproducción, que la actividad sexual entre personas del mismo sexo puede ser realizada por aquellos que buscan fortalecer amistades románticas que todos consideran valiosas.⁶⁶

Lo que quiero decir es que, incluso si los argumentos de Hart bloquean con éxito la posibilidad de que sea moralmente aceptable aplicar prohibiciones penales a una conducta simplemente por su inmoralidad, incluso en ausencia de una demostración de que el acto amenaza con dañar a otros que no lo consienten, la aceptación del paternalismo por parte de Hart deja totalmente abierta la posibilidad de que, no obstante, la prohibición penal de la conducta en cuestión sea perfectamente aceptable.⁶⁷

Si es razonable que la ley restrinja o prohíba prácticas como el sexo no consentido entre adultos, la prostitución, el suicidio y el uso de drogas recreativas o no, no se resuelve por medio de las cuestiones que dividen a Hart y Devlin.

Tampoco se resuelve decidiendo si el moralismo jurídico es moralmente aceptable. Para decidir qué leyes y normas de moralidad pública son aceptables en esta área, debemos abordar cuestiones controvertidas, como qué actividades son inherentemente buenas o efectivas para crear productos intrínsecos para las personas y deben promoverse, y qué actividades no son buenas. y deben ser promovidas, y por el otro lado, aquellas que se consideren poco deseables y deben desalentarse.

⁶⁶ FINNIS, John, "Marriage: A Basic and Exigent Good", *The Monist* n° 91, octubre de 2008, pp 396-414

⁶⁷ ARNESON, Richard J. "The enforcement of morals revisited", *Criminal law and philosophy* n°7, 2013, p 24- 33

5.1.- LA DISTINCIÓN ENTRE PATERNALISMO Y LA APLICACIÓN DE LA MORAL POSITIVA

5.1.1 La explicación de Hart

Hart señala en varias ocasiones que la prueba de los sentimientos de Devlin puede implicar la aplicación de la moralidad".⁶⁸ Es a partir de esta crítica que intentaré explicar una diferencia lógica en los puntos de vista de Hart y Devlin. ¿Qué entiende Hart por moralidad como tal? En otros lugares se refiere a ella como la aplicación de la moral por sí misma o la aplicación de la moral positiva.⁶⁹

Para responder a esta pregunta, debemos señalar en primer lugar que Hart, en oposición a Mill, dice que la sociedad moderna no debería excluir el paternalismo como motivo para aprobar la legislación.⁷⁰ Entonces Hart crea su propia distinción dentro de la teoría de Mill y dice que Mill tenía razón en la medida en que se oponía al uso del derecho penal como medio para hacer cumplir la moral positiva. En algún lugar, Hart ve una distinción vital, entre el paternalismo y la aplicación de la moral positiva. El hecho de que olvidara la distinción entre paternalismo y lo que he denominado moralismo legal es importante como una forma de un error más general.⁷¹

Es difícil encontrar de inmediato una base plausible para esta distinción, ya que la aplicación de la ética positiva es, sin duda, paternalista.

Hart implica que existen ciertas reglas morales en sí mismas. Pero no existen estándares morales como tal; los estándares morales se hacen para el beneficio de la humanidad, incluso si algunos estándares morales pueden estar equivocados. Los conceptos que son buenos para los humanos, varían de un grupo a otro e incluso de una persona a otra. Además, cada grupo o individuo tendrá unas normas morales diferentes que le ayuden a alcanzar su concepto personal de bondad. El hecho de que estas reglas morales sean diferentes o incluso contradictorias no es directamente relevante para este argumento. El punto es que toda regla moral está motivada por el bien de la humanidad.

⁶⁸ HART, HLA. *Law, liberty and morality*, Stanford, Stanford University press, 1963, pp 23-25

⁶⁹ Idem

⁷⁰ Ibidem, 31-32

⁷¹ Ibidem. p 33

Cualquier regla moral nunca está dictada por un deseo de causar daño, aunque las reglas morales pueden ser malas y efectivamente causar daño. Por lo tanto, todas las reglas morales, aunque nunca establecidas seriamente, son para el bien de la humanidad según la definición del bien de cada persona.

Cuando Hart dice que la moral como tal no debe ser impuesta, no puede decir que la moral no deba ser aplicada. Más bien está diciendo que la moral que no encarna un determinado concepto de bondad que él apoya personalmente no debería aplicarse. La moral no debería ser aplicada, a no ser que sea del tipo con el que estoy de acuerdo.⁷²

5.1.2.- Crítica de Devlin

En un ensayo posterior, *Moral y sociedad contemporánea*⁷³, Devlin analiza las posibles implicaciones de la distinción de Hart entre paternalismo y aplicación moral positiva, pero encuentra difícil usar esta distinción como una guía concluyente o incluso útil en la práctica. termina diciendo: *Si es posible, cosa que dudo, establecer una distinción teórica entre el paternalismo moral y la aplicación de la moralidad, no es relevante para el presente argumento. La cuestión es si existe un ámbito de moralidad e inmoralidad privadas que no es asunto de la ley.*⁷⁴

El paternalismo, a no ser que esté limitado de alguna manera aún no declarada, debe, como he señalado, hacer que toda la moral sea asunto de la ley.⁷⁵

Así, la aplicación de la moralidad en sí equivale a un paternalismo malo. Y la moralidad misma incluye aquellos códigos de ética que, cuando se violan, no causan ningún daño necesario ni consecuente.

5.2.-EL CARÁCTER PÚBLICO DE LA INFRACCIÓN PENAL

Hart tiene dificultades para sostener racionalmente sus objeciones al uso de los sentimientos como prueba del daño a la sociedad o a un individuo. Señala que una infracción de la moral como tal asume un carácter público cuando es perjudicial para otros,

⁷² BURT, Robert, *Moral offences and Same-sex relations: Revisiting the Hart-Devlin debate*, Yale law school, 2004, p 29

⁷³ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*. Londres, Oxford University Press, 1965, p 124

⁷⁴ Idem

⁷⁵ Ibidem, p 137

ya que entonces se convierte en una molestia⁷⁶. Cuando la prueba empírica de un daño sobre un individuo resulta insuficiente, quizás sí que sea posible demostrar que esta inmoralidad afecta a terceros.

*"Si, en el caso de la bigamia, la ley interviene para proteger las sensibilidades religiosas del ultraje de un acto público, el bigamo no es castigado ni como irreligioso ni como inmoral, sino como una molestia"*⁷⁷.

Esto apoya aún más el argumento de que la interferencia con la libertad moral de acción de un individuo está justificada por la disponibilidad de evidencia empírica de daño al actor o a otros. Siguiendo los principios de Mill, Hart quería limitar la motivación para intervenir en aquellas situaciones en las que había evidencia empírica de daño a otros.

Pero el caso de la bigamia donde predominan las molestias a terceros nos hace preguntarnos cuán fácil es encontrar elementos de molestia o perjuicio a terceros en cualquiera de las acciones de un individuo. Si miras de cerca, puedes convertir cualquier acción privada en pública, porque toda acción privada afecta a la actitud de al menos una persona como miembro de la sociedad.

5.3.- CÓMO DIFERENCIAR UN ACTO PÚBLICO DE UNO PRIVADO

La diferencia entre el comportamiento público y privado es, en última instancia, sólo una cuestión de grado. Pero tal vez podamos definir el comportamiento privado como el comportamiento que afecta principalmente al actor, y el comportamiento público como el comportamiento que afecta fundamentalmente a otras personas además del actor. Dadas estas definiciones, es difícil estar de acuerdo con Hart en que la bigamia es un delito porque daña mucho a los demás al incomodar sus sentimientos.

John Stuart Mill intenta abordar el problema de que cada acto privado contiene algún elemento de efecto público y dice que prefiere el paternalismo manifiesto a los errores ocultos entre los efectos públicos y privados. El paternalismo detrás de la distinción.

"La distinción aquí señalada entre la parte de la vida de una persona que se refiere a sólo a sí mismo, y lo que concierne a los demás, muchas personas se negarán a admitirlo.

⁷⁶ HART, HLA, *Law, liberty and morality*, Standord, Stanford University press, 1963, p 41

⁷⁷ Idem

¿Cómo puede cualquier parte de la conducta de un miembro de la sociedad es un asunto indiferente para los demás miembros? Ninguna persona es un ser enteramente aislado; es imposible que una persona haga algo grave o permanentemente perjudicial para sí misma, sin que el daño alcance por lo menos a sus conexiones cercanas, y a menudo mucho más allá de ellas. Del mismo modo, cuando una persona se inhabilita a sí misma, por una conducta puramente egoísta, para el cumplimiento de algún deber concreto que le incumben para con el público, es culpable de un delito social. Ninguna persona debe ser castigada simplemente por estar ebria; pero un militar o un policía deben ser castigados por estar ebrios en servicio. En resumen, siempre que haya un daño definido, o un riesgo definido de daño, ya sea para un individuo o para el público, el caso se saca del ámbito de la libertad y se coloca en el de la moral o el derecho”⁷⁸.

La respuesta de Mill aún plantea una pregunta, porque solo en ciertos tipos de conducta moral un individuo tiene un deber especial de cuidar a su prójimo. Naturalmente, la sociedad debe intervenir solo cuando un individuo tiene un deber específico de cuidado y lo incumple. ¿Cuándo tiene una persona el deber moral de cuidar a su prójimo? Tiene la responsabilidad de cuidar a sus vecinos en situaciones en las que sus acciones u omisiones morales afectarán principalmente a otros, es decir, cuando sus acciones morales son de naturaleza pública. De nuevo vemos cómo las soluciones conflictivas tienen la desafortunada costumbre de redefinir todo el problema.

En resumen, aunque Hart originalmente propuso aplicar los principios de libertad de Mill a las decisiones sobre la aplicación de la moralidad, pronto encontramos que los principios de Mill se extienden desde los derechos humanos. La prueba de molestia de Hart y el ejemplo de la bigamia⁷⁹ desdibujan la ya incómoda distinción tan importante para su argumento entre el daño privado y el público. Mill llegó a la conclusión de que a menos que la distinción entre privado y público pudiera ser razonablemente preservada, todo su principio se debilitaría enormemente como medio para ayudar a los políticos.

La esencia del principio de Mill se convertiría entonces en una súplica para nosotros "*pensar que es posible que nos equivoquemos*"⁸⁰. Detrás de la clara distinción de Hart entre

⁷⁸ MILL, J.S. *Utilitarianism, liberty and representative government*. Toronto, University of Toronto, 1914. pp 136-138

⁷⁹ HART, HLA, *Law, liberty and morality*, Stanford, Stanford University press, 1963. p 41

⁸⁰ DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965, pp 121

público y privado, encontramos que la verdadera diferencia radica en el concepto legal de privado.

6.- LA DIFERENCIA ENTRE LOS VALORES DE HART Y DEVLIN

6.1.- EL ROL DE CADA PARTE

Es importante recordar que el debate Hart-Devlin tiene como objetivo proporcionar pautas y principios claros para la toma de decisiones sobre cuestiones relacionadas con la aplicación de la moral por medio del derecho. En este sentido, hay un principio que une los dos lados de la controversia, obviamente no resuelve el debate, pero se limita a articular un principio común para que podamos identificar dónde chocan realmente los dos.

Este principio se puede resumir en que la sociedad no debe interferir con la libertad de movimiento de los individuos a menos que les cause daño a ellos mismos o a otros. La verdadera diferencia es que Hart establece una carga de la prueba más estricta para refutar la presunción de no intervención. Hart dice claramente:

"También he asumido desde el principio que cualquiera que considere que esta cuestión está abierta a la discusión acepta necesariamente el principio crítico, central para toda la moralidad, de que la miseria humana y la restricción de la libertad son males; porque por eso la aplicación legal de la moralidad pide una "justificación" en forma de los deseos de la moral común" ⁸¹.

Y añade Hart:

"Me baso en última instancia en dos convicciones profundas e interdependientes que están más allá de la justificación utilitaria o incluso racional. Una es que la libertad individual es un valor ético absoluto; la otra es el principio de la justicia que cualquier empresa punitiva o de otro tipo de derecho que recorte este valor absoluto requiere para justificarse" ⁸².

Hart pretende proteger más la libertad individual, o al menos parece valorarla más que Devlin. El texto original enfatiza la importancia de la libertad individual. Entonces, ¿de dónde vienen estas preferencias? Hart señala que los jueces británicos tienen una filosofía de perseverancia en lo que respecta al derecho penal. Llegó a la conclusión de que

⁸¹ HART, HLA, Law, liberty and morality, Stanford, Stanford University press, 1963, p 82

⁸² HARRINGTON, John, *Morals and the enforcement of values: an analysis of the Hart-Devlin debate*, Vancouver, Universidad de Columbia Británica, 1971. p 32

los sentimientos son y deben ser una consideración al tomar decisiones sobre la libertad moral personal⁸³.

La diferencia de valores entre los dos se refleja en la afirmación descarada de Devlin, un juez que se supone que conoce el hábito de los jurados, de que la moralidad común debería ser una guía importante para saber si se deben aplicar ciertas cuestiones de índole moral. Puede que sea aquí donde radique una diferencia tanto de estilo de vida tanto como de valores: juegan el papel del intelectual progresista frente al rígido conservador defensor de los valores tradicionales. Estos son los roles de los que hablaré a partir de aquí.

El perfil de Lord Devlin es el de un juez en ejercicio, por lo que no apunta tan alto como el idealista Hart. Devlin insinuó que cree que los seres humanos que temen la explotación y desean un gobierno seguro y eficaz intentarán evitar que las libertades individuales se antepongan a los deseos de la mayoría. Esta actitud hobbesiana muestra sus dudas de que los hombres individuales sean capaces de alcanzar un nivel de integridad moral. Devlin dice que *"los reformadores sociales no son tan pacientes como los filósofos y no hemos esperado a que los grupos minoritarios alcancen la integridad moral"*⁸⁴, y que los que hacen demasiado hincapié en la libertad individual no se dan cuenta de que *"los chulos que llevan a los débiles por el mal camino superan con creces a los exploradores espirituales a la cabeza de los fuertes"*⁸⁵. La teoría de Devlin se anuncia a sí misma como una teoría moral práctica y viable para personas falibles, incluso si eso significa limitar las libertades individuales. Devlin dice que *"la verdadera marca de una sociedad libre"* es que *"la autoridad debe ser una concesión y la libertad no puede ser un privilegio"*⁸⁶.

Es útil analizar los debates según las escuelas tradicionales de pensamiento jurídico y filosófico. Tanto los argumentos de Hart como los de Devlin reflejan diferentes temas, y es más fácil precisar sus respectivas posiciones históricas que señalar sus respectivos valores internos. En los escritos de Rousseau⁸⁷ este revela algunas de las paradojas de la jurisprudencia y la filosofía política, y es en una de estas paradojas que se encuentra la actitud adoptada por Hart y Devlin, la teoría de Rousseau ha sido sometida a varios efectos

⁸³ HART, HLA. *Law, liberty and morality*, Stanford, Stanford University press, 1963, p 41

⁸⁴ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965, p 105

⁸⁵ Ibidem. p 108

⁸⁶ Ibidem, p 123

⁸⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato Social*, trad. de M^a José Villaverde, Ed. Itsmo. 2004, p 174

contradictorios del pensamiento. Esto se debe en parte a su intento de reconciliar los derechos y libertades naturales del hombre con el gobierno absoluto del pueblo. Este intento fracasó, como resultado Rousseau concluyó con afirmaciones contradictorias como *"quien se niegue a obedecer la voluntad general debe ser obligado por el conjunto de sus conciudadanos a hacerlo"*, dicho de otra forma, que puede que sea necesario obligar al individuo a ser libre.⁸⁸

6.2.- LA INFLUENCIA DE ROUSSEAU EN EL DEBATE

Primero, una pregunta importante que surge en los escritos de Rousseau es la pregunta tradicional de quién debe ser el soberano de la sociedad, un sabio dictador o la opinión pública. Intentó responder a esta pregunta desarrollando un concepto ideal de la voluntad universal del pueblo. Sin embargo, no es muy convincente al explicar la relación entre la voluntad general y la verdadera voluntad u opinión pública. Ante el problema persistente de que la voluntad real no refleja la voluntad universal ideal, Rousseau optó por correr el riesgo de nombrar monarca a un dictador temporal. Este sabio legislador personalmente decidirá y hará cumplir la voluntad general hasta que el público la entienda y la refleje en su opinión. En palabras de Rousseau:

*"La voluntad general siempre tiene razón, pero el juicio que la guía no siempre está bien informado. Hay que hacerle ver las cosas como son, a veces como deberían ser. Hay que mostrarle cómo alcanzar el bien que busca, hay que protegerla contra las tentaciones inherentes a los intereses particulares. Los individuos ven el bien que rechazan; el público desea el bien que no ve. Ambos necesitan orientación [...] Por eso un legislador es una necesidad"*⁸⁹.

Esta es también la opinión que Hart ha elegido aunque no habla de un sabio legislador o un sabio juez. En un punto Hart reconoce que aquel que se considere utilitario tendrá que aplicar una moral crítica para determinar qué normas de moralidad deben aplicarse.⁹⁰

Alude a la importancia de los jueces sabios en su teoría en Conceptos de derecho. Allí, Hart se refirió al uso de pronunciamientos judiciales como una guía autorizada de la

⁸⁸ Ibidem, p 184

⁸⁹ Ibidem, p 204

⁹⁰ HART, HLA. *Law, liberty and morality*, Stanford, Stanford University press, 1963, p 23

norma, afirmando que *"la fiabilidad de ésta fluctúa tanto con la habilidad del intérprete como con la consistencia de los jueces"*⁹¹.

Hart estableció el principio de libertad como directriz del gobierno moral, que es esencialmente parte de la voluntad general o parte del concepto de justicia. Ahora, mientras Hart viva para explicar el principio él mismo, todo estará bien.

Sin embargo, enfrenta inevitablemente el problema de encontrar jueces honestos que puedan interpretar y aplicar correctamente la voluntad general es una tarea impresionante, porque, en palabras de Rousseau, *"se necesita una inteligencia superior que pueda examinar todas las pasiones de la humanidad"*⁹², aunque no se exponga a ninguna, quizá una inteligencia que no tenga contacto con nuestra naturaleza, pero que la conozca plenamente.

En el ámbito del gobierno moral, Devlin estaba dispuesto a correr el riesgo de que la verdadera voluntad del pueblo llegue a reflejar esencialmente la voluntad universal ideal, y se oponía particularmente a la concepción platónica de la soberanía elitista, porque creía que el riesgo de injusticia en este caso sería mayor. El ideal platónico es que el estado existe para promover la virtud entre sus ciudadanos.

Si esa es su función, entonces cualquier poder que sea soberano en el Estado, un autócrata, o en una democracia la mayoría, debe tener el derecho de declarar qué normas de moralidad deben observarse como virtuosas y las debe determinar de forma totalmente discrecional. Esto es inaceptable para el pensamiento británico y estadounidense. Arroja al Estado al derecho a decidir entre el bien y el mal, socava la libertad de conciencia y allana el camino a la tiranía.⁹³

Tanto Hart como Devlin temen el mismo peligro. La tiranía puede surgir si se otorga autoridad absoluta a la opinión pública o a los individuos. Devlin ve a la opinión pública como un mal menor. *"La sociedad debe ser el juez de lo que es necesario para su propia integridad aunque sólo sea porque no hay otro tribunal al que se pueda someter la cuestión"*⁹⁴.

⁹¹ HART, HLA. *The concept of law*, Londres, Oxford University Press, 1961, p 95

⁹² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato Social*, trad. de M^a José Villaverde, Itsmo. 2004. p 204

⁹³ DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Londres Oxford University Press, 1965, p 89

⁹⁴ Ibidem. p 118

Esta es una elección que Rousseau está dispuesto a tomar, y algunos de sus escritos nos dan la impresión confusa de que él ve a la opinión pública como la máxima autoridad en la sociedad.

6.2.1.- La soberanía recae en la autoridad moral

Rousseau finalmente vio la necesidad de un legislador provisional sabio, ya que observó que la injusticia y la ignorancia a menudo iban de la mano con las reglas de la opinión pública.⁹⁵ Devlin enfrenta el mismo problema, y no hay garantía de que la voluntad real o la opinión pública no se corrompan.

A diferencia de Rousseau, no tuvo una política explícita de educación o reforma, y solo mencionó la necesidad de la creencia religiosa para proporcionar una base para las convicciones morales.

*“Ninguna sociedad ha resuelto todavía el problema de cómo construir su moral dejando de lado a la religión, así que la ley debe basarse en la moral cristiana y hasta el límite de su capacidad de hacerlos cumplir”*⁹⁶.

Devlin también alentó al público a tener cuidado y reflexionar sobre la importancia de la libertad moral personal antes de tomar medidas para limitar esta libertad.⁹⁷

En otras palabras, creía en la sabiduría del público y en la autoridad de las creencias religiosas para hacer justicia a la opinión pública. En cualquier caso, en las democracias, la opinión pública provoca muchas menos injusticias que los individuos o grupos de élite.

6.2.2.- La soberanía recae en la opinión pública

Hart se refiere a la opinión pública como fuente de autoridad⁹⁸. Hart sólo se refiere de pasada al problema de quién sería el último soberano en su teoría⁹⁹, aunque en general anuncia los posibles inconvenientes de imponerse a la opinión pública.

⁹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato Social*, trad. de M^a José Villaverde, Ed. Itsmo. 2004, p 220

⁹⁶ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965, p 25

⁹⁷ *Ibidem*, pp 16-18

⁹⁸ HART, HLA, *Law, liberty and morality*, Stanford, Stanford University press, 1963, p 41

⁹⁹ *Ibidem*. p 80

Devlin, como Rousseau, podría apelar a legisladores sensatos para liberar la opinión pública mediante la aplicación de conceptos abiertos de moralidad o ley natural. Pero Devlin abrazó con inquietud su propia teoría de que la opinión pública debería gobernar sin ninguna condición previa para la justicia. Sólo cuando se dé cuenta de la extrema injusticia oculta en una interpretación rigurosa de su teoría, intentará entrar en un sistema tranquilizador de autoridad bajo un legislador sabio. Hart tenía el mismo problema. Así como el intento de Rousseau de reconciliar a estos dos posibles gobernantes creó ambigüedad en su teoría, realmente Hart y Devlin crearon una ambigüedad similar en sus respectivas teorías.

La autoridad debe descansar en un solo soberano, y parece que Devlin finalmente eligió la opinión pública y Hart eligió a un legislador sensato.

6.3.- EL CHOQUE ENTRE FE Y RAZÓN

Este es otro conflicto, algo más tradicional, que puede identificarse en el debate Hart-Devlin. Puede etiquetarse en términos generales como el conflicto entre la fe y la razón, o entre la intuición y el intelecto¹⁰⁰.

"Una y otra vez la creencia en el poder de la razón ha sido seguida por la desconfianza en la razón y la correspondiente fe en el instinto. El intelecto se enfrenta a la intuición, la reflexión a la vida. En filosofía, al racionalismo del siglo XVIII y al positivismo del siglo XIX, que analizan la vida y el pensamiento intelectualmente, según el principio de la causalidad, le ha seguido una revolución generalizada. Su grito de guerra es el instinto más que que el intelecto, el significado interno de las cosas, más que su clasificación intelectual"¹⁰¹.

Este conflicto tradicional sobre si la ley es principalmente una cuestión de intelecto o intuición atraviesa el debate Hart-Devlin. La teoría de Devlin se basa en distinciones históricas entre conocimiento y creencia, y entre pensamiento y suposición. Rechazó el optimismo del pensamiento del siglo XIX de que todo podía ser conocido y entendido por la mente humana.

¹⁰⁰ FRIEDMAN, Wolfgang, *Legal Theory*, Nueva York, Columbia University press, 1967, pp 83-85

¹⁰¹ Idem

Por otro lado, Hart confía más en la razón y la capacidad de la mente humana para tomar decisiones deductivas sobre la moralidad crítica. Mediante la aplicación lógica del principio de libertad de Mill, Hart creía que se podía tomar la decisión correcta. Profundiza en definiciones analíticas de términos como dañar a otros, paternalismo y aplicación moral para mostrar que el principio se puede aplicar lógicamente a un conjunto de hechos.¹⁰²

El propio Hart ha señalado que uno de los significados populares de positivismo es "la afirmación de que un sistema jurídico es un sistema lógico cerrado en el que la decisión jurídica correcta puede deducirse por medios lógicos de normas jurídicas predeterminadas sin referencia a los objetivos sociales, políticas, normas morales"¹⁰³.

En cambio, la teoría de Devlin es en parte empírica en el sentido de que se basa en la disponibilidad y capacidad de la evidencia de la opinión pública y, sin embargo, quiere que la opinión pública sea moldeada por una autoridad metafísica última.¹⁰⁴ Quiere y espera que la ética se derive de la creencia en Dios.

Sin embargo, sus teorías políticas lo llevaron a rechazar la idea de que debían prevalecer los valores morales adquiridos por la creencia religiosa. Debido a las consideraciones prácticas de posicionar a un monarca y la falibilidad de los individuos, creía que solo podían prevalecer las creencias morales firmemente sostenidas por la opinión pública.

Por el contrario, Hart evita los fundamentos metafísicos de la ley natural que determinan las normas morales. En *The Concept of Law* afirma que la doctrina del derecho natural contiene "ciertas verdades elementales de importancia para la comprensión tanto de la moral como del derecho. Hart obtiene sus valores morales mediante métodos éticos no cognitivos o naturalistas."¹⁰⁵

Sin embargo, cualquiera que sea el método de Hart para llegar a los estándares morales, ciertamente se basó en los principios de la lógica y la razón al tratar de decidir qué estándares morales deberían aplicarse. Mi análisis del debate me llevó a concluir que, en última instancia, la elección entre valores morales no puede basarse en la razón. En palabras

¹⁰² HART, HLA, *Law, liberty and morality*, Stanford, Stanford University Press, 1963. pp 38-42

¹⁰³ Hart. H.L.A. "Positivismo y la separación entre ley y moral", *Harvard Law Review*, vol. 7, Harvard Law Review Association, 1958, pp 593-599.

¹⁰⁴ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965, p 25

¹⁰⁵ HART, HLA. *The concept of law*, Londres, Oxford University Press, 1961, p 184

de Oliver Wendell Holmes, *"es cierto que las creencias y los deseos tienen una base trascendental en el sentido de que su fundamento es arbitrario. No se puede evitar entretener y sentirlos, y ahí se acaba todo"*¹⁰⁶.

Por lo tanto, en el siguiente epígrafe, me esforzaré por examinar si un análisis de las condiciones sociales puede ayudar a elegir entre los valores de la libertad individual y la cohesión social.

6.4.- ¿LIBERTAD INDIVIDUAL O COHESIÓN SOCIAL?

Para empezar, ¿podemos arrojar alguna luz sobre la importancia de la libertad individual en nuestra sociedad moderna? Parece que comprender nuestros propios valores nos da una mayor comprensión del proceso de toma de decisiones.

Por un lado, se dice que la mente de la mayoría de las personas hoy en día ha sido tan manipulada por las condiciones sociales, las comunicaciones modernas, los medios de comunicación y también en los últimos años podemos sumar las diferentes redes sociales, que la opinión mayoritaria ya no es posible reflejar la verdad. o la justicia. En la otra cara de la moneda, se ha señalado que el ambiente en el campo de la moral liberal conduce a una falta de voluntad para hacer cumplir las normas morales a los individuos, ya que pretender la infalibilidad es andar por el camino del fanatismo, imponer nuestros propios valores, lo que nos convierte en fanáticos y tiranos.¹⁰⁷

En una era de relativismo moral, a menudo perdemos el coraje de imponer nuestro concepto de verdad a los demás: nuestras creencias son solo otra visión personal clara. No podemos resolver nuestras diferencias cuando la seguridad de la certeza moral es solo una ilusión del deseo, y ambos lados del debate continúan discutiendo políticamente el tema sin una solución obvia.

6.4.1.- Posibilidad de inclinar la balanza de uno de los lados.

El tema más amplio del debate Hart-Devlin: la relación entre la libertad individual y el control social. Se ha discutido a lo largo de la historia como enseñanzas generales y

¹⁰⁶ WINDELL HOLMES, Oliver, "Natural Law". En *Harvard Law Review*, vol.32.,Harvard Law Review Association.1918. p 40.

¹⁰⁷ TUSSMAN, Joseph, *Obligation of the body politic*, Nueva York, Oxford University Press, 1960.

valores específicos. John Stuart Mill dijo que *"la cuestión práctica es dónde poner el límite, cómo hacer el ajuste adecuado entre la independencia individual y el control social"* ¹⁰⁸.

El derecho y la ética siempre se han esforzado por servir a estos dos objetivos: el interés público y el interés privado. Históricamente, la mayoría de las personas han estado dispuestas a concentrarse en el deseo de libertad porque la paz relativa y la estabilidad social son requisitos previos obvios para la libertad individual.

En general, queremos la seguridad ciudadana como vía de acceso posterior a la intimidad y la libertad. Aquí encontramos una variable que incide directamente en la carga de la prueba del daño.

La prueba de daño necesaria para refutar la presunción de no injerencia en los individuos variará según las condiciones sociales. En otras palabras, el equilibrio ideal entre los valores de la libertad individual y la autoridad social cambia según las condiciones sociales de la época. Por lo tanto, en condiciones sociales extremas, cuando el ejercicio de la libertad individual tiene el potencial de conducir al desastre social, esta libertad es limitada. Estamos dispuestos a aceptar menos evidencia empírica de daño.

Hart ha argumentado que las condiciones sociales de su generación influyeron profundamente en el propio énfasis de Mill en la libertad individual.¹⁰⁹ Devlin también señala que el énfasis en los valores puede ser producto de las condiciones sociales de una generación en particular.

6.5.- EL COMPONENTE UTILITARIO DE LA MORAL

En el contexto de su disputa con Devlin, Hart se alinea con J. S. Mill, quien afirmó que *"renuncio a cualquier ventaja que pudiera derivarse para mi argumento de la idea de un derecho abstracto, como algo independiente de la utilidad"*, y añadió que *"considero la utilidad como el último recurso en todas las cuestiones éticas"* ¹¹⁰. Rechazando cualquier forma de prohibición absoluta de paternalismo.

Hart, que insiste en el paternalismo, aparentemente está de acuerdo con Mill en que un mandato tan absoluto no puede defenderse con fuerza apelando al derecho soberano del

¹⁰⁸ MILL, J.S. *Sobre la libertad*, prólogo de Isaiah Berlín, traducción de Álvaro Azcárate. Madrid. Ed. Alianza. 2005, p.68

¹⁰⁹ HART, HLA. *Law, liberty and morality*, Stanford, Stanford University press, 1963. p 32

¹¹⁰ MILL, J.S. *Sobre la libertad*, prólogo de Isaiah Berlín, Traducción de Álvaro Azcárate, Madrid. Ed. Alianza, 2005, p.61

individuo, el derecho de cada individuo a vivir de acuerdo con su voluntad, vista como independiente de la utilidad. Hart no está de acuerdo con Mill en que el utilitarismo calcula los pros y los contras de adoptar el paternalismo.

Mill rechaza la idea de ser responsables de nosotros mismos y cree que la responsabilidad se basa en la debida consideración de los intereses de los demás en nuestras acciones. Si distinguimos entre el nivel de los principios morales básicos y el nivel de los deberes y obligaciones impuestos abiertamente, entonces, incluso en el nivel básico, todos deben hacer lo que sea mejor para la humanidad, en el nivel de la moralidad pública y las leyes y reglamentos. Será mejor desarrollar la felicidad de la humanidad si no se impone la estricta obligación de actuar siempre lo mejor posible. Si se impone algún criterio de maximización a los seres humanos individuales, no habrá un progreso justo en el bienestar humano.¹¹¹

Por razones utilitarias, deberíamos imponernos obligaciones limitadas entre nosotros en la ley y la moralidad pública. Pero acepta eso, la pregunta sigue siendo: ¿por qué los deberes de la ley y la moral pública que el utilitarismo prescribe deben incluir sólo los deberes de abstenerse de dañar a los demás, y tal vez de ayudar a los demás, y no incluir también algunos deberes de cuidar el propio bienestar?¹¹².

¹¹¹ ARNESON, Richard J. "The enforcement of morals revisited", *Criminal law and philosophy* n°7, 2013, p 22

¹¹² Ibidem, p 23

7.- EL ARGUMENTO DEL DESASTRE IRREVERSIBLE

¿Es posible prever que las condiciones sociales de hoy cambiarán la preferencia de valor fundamental de Hart por la libertad moral individual? ¿Podemos argumentar con éxito que la preferencia de valor de Hart por la libertad individual es poco realista y cuestionable en nuestras circunstancias actuales?

Nuestra sociedad corre más riesgo de catástrofe irreversible que en el pasado, y dada la densidad e intensidad de la vida urbana moderna, uno simplemente no puede dejar el papel de la naturaleza y la organización de los espacios verdes al ámbito de lo privado.¹¹³

El derecho a contaminar se ha convertido en un importante supuesto filosófico y legal; tendemos a exigir pruebas científicas detalladas del daño directo y físico a los seres humanos, vegetación y fauna como condición previa para considerar la limitación de cualquier derecho a contaminar.¹¹⁴

A menudo oímos advertencias de desintegración ecológica si no se imponen restricciones. *"Pasaremos a la historia como una elegante sociedad tecnológica abatida por la desintegración biológica por falta de comprensión"*¹¹⁵.

El argumento predominante sigue siendo que debido a que el control ambiental no es una ciencia exacta, debemos limitar erróneamente la libertad de contaminar. Hasta que aumente nuestra comprensión y conocimiento, tales errores serán una restricción innecesaria a la libertad individual. ¿Podemos justificar la aplicación de la ética de la misma manera? Es decir, preguntar: ¿Es una preferencia por los valores, como generalmente se manifiesta en el impulso de oponerse a la contaminación, que también se aplica en el ámbito de la moralidad? Hart inmediatamente diría que no.¹¹⁶

Sin embargo, esta respuesta es demasiado obvia y completa. En algunos casos, incluso Hart quiso responder que sí, pero luego encubrió esos casos con la premisa de dañar a otros.

¹¹³ Ibidem, p 66

¹¹⁴ Ibidem, p 160

¹¹⁵ DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965, p 123

¹¹⁶ HARRINGTON, John. *Morals and the enforcement of values: an analysis of the Hart-Devlin debate*. Vancouver, Universidad de Columbia Británica, 1971. p 60

Por lo tanto, debemos apoyar falsamente el valor de la cohesión social e imponer algunas restricciones innecesarias a la libertad individual hasta que aumente nuestra comprensión intelectual y moral, al menos cuando exista la amenaza de una posible catástrofe. Sin embargo, un factor frustrante es la moralidad duradera que parecemos ser incapaces de adquirir y transmitir a las generaciones futuras, no solo de boquilla. Cada generación se esfuerza por adquirir sus propias convicciones morales a través de un doloroso proceso de prueba y error.

En el ámbito de la moral, Hart afirma que si cambia alguna moralidad básica, la sociedad seguirá existiendo; la gente seguirá viviendo. Sin embargo, la calidad de su estilo de vida puede verse reducida irreversiblemente debido a este cambio.

7.1.- LA ARGUMENTACIÓN DE DEVLIN

Es difícil determinar cuándo un comportamiento poco ético tolerado comienza a pudrirse o socavar los valores morales prevalecientes. Si bien la tolerancia de la desviación personal es una virtud moral en sí misma, no debe arriesgarse si la tolerancia en circunstancias individuales conduce a la pérdida irreversible de valores morales importantes. Sea intolerante ahora y evite de esta forma al menos una posible forma de socavar estos importantes valores que creemos que son esenciales para la realización humana.

Devlin inicialmente no defendió la aplicación de la moralidad común en términos explícitos para evitar alguna catástrofe irreversible. No obstante, esta es la implicación de su tesis básica de que la sociedad tiene derecho a protegerse y evitar socavar los valores fundamentales que conforman el poder de la sociedad.¹¹⁷ Esta es una línea de razonamiento importante cuando se considera la cuestión de si se debe aplicar un estándar moral dado. Sin embargo, es sólo uno de muchos argumentos y, como veremos, no otorga un peso decisivo a ninguno de los dos lados del debate.

Comenzamos cuestionando el énfasis de Hart sobre la libertad individual en el contexto de la sociedad moderna. ¿El argumento original de Devlin, interpretado como una catástrofe irreversible, arroja dudas sobre la preferencia de valor de Hart? La respuesta es no, porque hay varias objeciones incontestables a la justificación de la aplicación moral de la catástrofe irreversible.

¹¹⁷ DEVLIN, Patrick, *The Enforcement of Morals*, Londres, Oxford University Press, 1965, p 10

Podría decirse que mantener las libertades individuales tan estrictas es tan importante que debemos arriesgarnos a una catástrofe irreversible. La moralidad racional debe continuar defendiendo la libertad moral de los individuos, incluso si el hecho de no hacer cumplir la moralidad es una amenaza para la supervivencia social, la moralidad o la democracia, lo que nos obliga a asumir riesgos.

¿Cuál es la evidencia aceptable de que una catástrofe irreversible es posible? Esto plantea la pregunta de si los sentimientos morales compartidos son evidencia aceptable en la mayoría de los casos, ya que la naturaleza de la prevención de desastres es actuar rápidamente cuando se detecta una situación en deterioro en primer lugar. Pero inmediatamente debemos agregar restricciones teóricas a la acción prematura: debe haber un peligro claro y presente, y debemos relacionar la gravedad del mal amenazado con la posibilidad de realizar ese mal.

La historia ha demostrado que la humanidad ha sobrevivido a través de ciclos de cambios morales buenos y malos, y a un cambio moral desastroso le ha seguido normalmente un renacimiento o una reforma. Pero esto es una especie de fatalismo moral que nos sitúa al albur de la imprevisible moda moral.¹¹⁸

Parece obvio que al menos deberíamos intentar preservar los valores morales fundamentales. Sin embargo, alguien podría tachar fácilmente al defensor del principio de catástrofe irreversible de profeta del desastre y señalar el hecho histórico de que siempre se ha cernido sobre la sociedad alguna sensación de desastre, que siempre han existido falsos profetas anunciando el apocalipsis, el rapto o el fin en general.

7.2.- LA ARGUMENTACIÓN DE MILL

Mill argumenta que *"si las reivindicaciones de la individualidad han de hacerse valer alguna vez, el momento es ahora, cuando todavía falta mucho para completar la asimilación forzada. Sólo en las primeras etapas resulta posible oponerse con éxito a la invasión. Si la resistencia espera hasta que la vida se reduzca casi a un tipo uniforme, todas las desviaciones de ese tipo llegará a ser considerado impío, inmoral, incluso monstruoso y contrario a la naturaleza"*¹¹⁹.

¹¹⁸ Idem

¹¹⁹ MILL, J.S. *Sobre la libertad*, prólogo de Isaiah Berlín. traducción de Álvaro Azcárate, Madrid, Ed. Alianza, 2005, p.106

Aquí Mill usa un argumento de catástrofe irreversible similar para justificar el mantenimiento de la personalidad hasta que tenga evidencia empírica de que esta puede ser destruida. Cuando está en juego un valor importante como la personalidad, es preferible un exceso de cautela temprano al arrepentimiento fácil. Por lo tanto, encontramos que este intento de justificar racionalmente la preferencia de valor de Devlin puede ser contraproducente.

La misma teoría de catástrofe irreversible implícita en el artículo de Devlin se usa aquí para apoyar el otro lado del debate. Es razonable retener y aplicar los valores morales en lugar de otros valores cuando una violación de los principios morales podría causar más que un daño, como una catástrofe o un daño irreversible. Este principio debe aplicarse aun cuando exista poca evidencia empírica de que ocurran daños catastróficos o irreversibles, el nivel de requisitos para demostrar daños se ha reducido. *"Más vale sacarse un ojo posiblemente defectuoso que arriesgarse al fuego irreversible del infierno"* es un principio que pueden aplicar igualmente Hart y Devlin.¹²⁰

Entonces, aunque tanto Hart como Devlin están de acuerdo con el principio de catástrofe irreversible que he expuesto en este capítulo, cada uno tiene sus propias ideas sobre cuándo aplicarlo. Todo lo que podemos decir es que Devlin es menos tolerante con los prejuicios personales y, por lo tanto, cita el principio con más frecuencia que Hart.

Esto es como decir que la teoría de Devlin está más preocupada por la aplicación de reglas morales que la de Hart. Entonces, aunque estoy de acuerdo con este principio, decidir en última instancia entre Hart y Devlin no ayuda. El argumento de la catástrofe irreversible lleva el debate a otro nivel, pero termina planteando la misma pregunta: ¿Cuándo se debe aplicar la moral a través del derecho?

¹²⁰ HARRINGTON, John. *Morals and the enforcement of values: an analysis of the Hart-Devlin debate*, Vancouver, Universidad de Columbia Británica, 1971, p 66

8.- CONCLUSIONES

La polémica nació de una controversia en el ámbito penal, pero es posible extraer numerosas lecturas, pero entre todos los diferentes trasfondos y sub debates de los que se compone esta polémica, creo que debo quedarme con la necesidad del vínculo entre moral y derecho penal, un vínculo, eso sí, matizado y bien entendido.

Tanto Devlin como Hart creen en el valor de la moralidad pública protegida por la ley, pero cada uno de ellos interpreta este valor de distinta manera, una más conservadora y otra más liberal.

La mentalidad conservadora de Devlin no debe confundirse con el antiliberalismo; en “The enforcement of morals” reconoce la importancia de los derechos y libertades individuales, incluso hay muestras del pensamiento de que el derecho penal no debería ser usado para promover el bien, sino para prohibir el mal. Sin embargo, todo parece saltar por los aires en todo lo referido a la conducta sexual, el que creo que es el origen de los desacuerdos entre las dos partes, en particular las conductas homosexuales.

Siguiendo con lo referido a los límites del derecho penal, estos no pueden establecerse conforme a un único principio, ya sea el de el daño, la libertad individual , la cohesión social o cualquier otro, y es que resulta que ninguna de las partes en el debate encuentra un único principio que ayude al responsable de la toma de decisiones a llevarlas a cabo sin depender de valores y actitudes privadas a modo de complemento.

Por el contrario, los límites del derecho se configuran como una serie de fuerzas que operan como directrices, amplias, dispositivas e interpretables, más que como criterios imperativos. Dicho esto, hay que aceptar que es legítimo tener en cuenta consideraciones morales a la hora de determinar el contenido de la ley penal, dando la libertad al legislador para que pueda justificar libre y adecuadamente una prohibición apelando a razones de índole moral, lo que nos llevaría a admitir que es tarea de la ley asegurar una situación en la que los objetivos morales que no podrían lograrse sin ella, se consiguen aplicando este tipo de leyes.

9.- BIBLIOGRAFÍA

ALLAN, James, *Revisando el debate Hart-Devlin, en la periferia y en los números*, Brisbane, Universidad de Queensland. 2017

ARNESON, Richard J, "The enforcement of morals revisited", *Criminal law and philosophy* n°7". 2013. pp 11- 33

BAXENDALE, Graham, *The discursive production of homosexual regulation*, Southampton, University of Southampton, 2013.

BELLOSO MARTÍN, Nuria, *Filosofía de la pena: entre el Derecho y la Moral*. Pamplona, Universidad de Navarra, 2015.

BROUGHAM, Henry, *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III*, Londres, Wentworth Press, 1839.

BURT, Robert, *Moral offences and Same-sex relations: Revisiting the Hart-Devlin debate*, New haven, Yale law school. 2004

COMMITTEE ON HOMOSEXUAL OFFENCES AND PROSTITUTION, *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*. London: Her Majesty's Stationery Office, 1957.

CONTRERAS, Francisco José, *El derecho como instrumento de educación moral*, Sevilla Universidad de Sevilla, 2019.

Criminal Law Amendment Act, Reino Unido, 1885

DANSEREAU, Pierre, *Desafío para la supervivencia, Tierra, aire y agua para el hombre de la megalópolis*, Extemporáneos S.A. México D.F. 1972.

DEVLIN, Patrick. *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, 1965.

DEVLIN, Patrick, *The Judge*, Oxford University Press, 1981.

FEINBERG, Joel, *Harmless Wrong-Doing*, Oxford, Clarendon Press, 1988

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.^a Dolores. *Los límites del ius puniendi*, Murcia Universidad de Murcia, 1994.

FERREIRA, Lucas, "Entre el derecho y la moralidad: el debate Hart- Devlin", *Revista espacio académico n.º 180 especial 15 años*, Sao Paulo. 2016, pp 12-57

FIGUEROA RUBIO, Sebastián; TORRES ORTEGA, Carolina, *Dos tesis de H.L.A. Hart sobre responsabilidad y castigo: 50 años después*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019. pp 20-34

FINNIS, John, "Marriage: A Basic and Exigent Good", *The Monist n° 91*, octubre de 2008.

FRIEDMANN, Wolfgang, *Legal Theory*, Nueva York, Columbia University press, 1967.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Sobre el ius puniendi: su fundamento, sus manifestaciones y sus límites*, León, Universidad de León, 2008.

GARLAND, David, *Castigar y asistir: una historia de las estrategias penales y sociales del siglo XX.*; traducción de Elena Odriozola, Madrid, Siglo veintiuno editores, 2018.

HARRINGTON, John. *Morals and the enforcement of values: an analysis of the Hart-Devlin debate*, Vancouver, Universidad de Columbia Británica, 1971.

HART, H.L.A, *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Prefacio de Genaro Carrió, posfacio de Enrique Haba, Buenos aires, 2020.

HART, HLA, *Derecho, libertad y moralidad*. Colección traducciones UC3M. Madrid, Dykinson. 2007.

HART, HLA, *Law, liberty and morality*, Stanford, Stanford University press, 1963

HART. H.L.A, “Positivismo y la separación entre ley y moral”, *Harvard Law Review*, vol.71. Harvard Law Review Association.1958.

HART, HLA. *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, Chicago, University of Chicago, 1967

HART, HLA. *The concept of law*, Londres, Oxford University press, 1961.

HITTINGER, Russell. “The Hart-Devlin Debate Revisited”, *The American Journal of Jurisprudence Vol. 35*. 1990.

HORDER, Jeremy, *Principles of Criminal Law*, Londres, Oxford University Press, 1999.

MALEM, Jorge, “La relación entre Derecho y moral: La disputa Devlin Hart”, *Estudios de Ética jurídica*, Ed. Fontamara, 1996. pp 6- 40

ROBSON, J, STILLINGER, J. “*John Stuart Mill: Autobiography and Literary Essays*”, *The Collected Works of John Stuart Mill*, vol. 1, Toronto- Londres University of Toronto Press, 1981.

MILL, J.S. *Sobre la libertad*. Traducción de Álvaro Azcárate, prólogo de Isaiah Berlín. Madrid, Ed. Alianza, 2005.

MILL, J.S. *Sobre la libertad*. Trad. de Josefa Sainz Pulido, Prólogo de Antonio Rodríguez Huescar, Aguilar, 1959.

MILL, J.S. *Utilitarianism, liberty and representative government*. Toronto, University of Toronto, 1914.

NINO, Carlos Santiago. *Derecho, moral y política*. Ed: Gustavo Maurino, Buenos Aires, Siglo veintiuno, 2007.

NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Siglo veintiuno, Buenos Aires, 1980.

PARFIT, Derek, *Reasons and Persons*, Oxford, Oxford University Press, 1984

PORCIELLO, Andrea, *Patrick Devlin y el populismo penal contemporáneo*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez 56, 2022.

RAMOS PASCUA, José Antonio. “Derecho y moral, una necesidad recíproca”, *Revista Filosofía* n.º 20. Mérida- Caracas, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato Social*, trad. de M^a José Villaverde. Ed. Itsmo. 2004

STEPHENS, F.J.. *Liberty, Equality and Fraternity*. Indianapolis, Liberty Fund, 1993

TUSSMAN, Joseph. *Obligation of the body politic*, Nueva York, Oxford University press, 1960.

VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*, Madrid, Ed. Trotta, 1998.

WINDELL HOLMES, Oliver. “Natural Law”, *Harvard Law Review*, vol.32. Harvard Law Review Association, 1918.