

## MORAL Y DERECHO\*

---

---

\* Los tres primeros textos que se reúnen bajo este título fueron presentados en el *IV Seminario Eduardo García Máynez* sobre Teoría y Filosofía del Derecho, organizado por el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), la Escuela Libre de Derecho, La Universidad Iberoamericana (UIA) y la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). El evento se llevó a cabo en la Ciudad de México los días 6, 7 y 8 de octubre de 1994.

# DE LA IMPOSICIÓN DE LA MORAL POR EL DERECHO

## LA DISPUTA DEVLIN-HART

---

*Jorge Mañen\**

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

En el ámbito jurídico filosófico, la polémica acerca de la imposición de la moral mediante el derecho tuvo su mayor desarrollo en la década de los años sesenta con la discusión entre Lord Devlin y H. Hart. La cuestión había sido planteada en torno a la conveniencia, o no, de descriminalizar los comportamientos homosexuales y la prostitución. La Comisión Wolfenden, que

---

\* Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España.

a esa sazón había sido creada en Inglaterra, dictaminó en 1957 que era oportuno desregular ambas conductas basándose precisamente en un argumento liberal, esto es: no es de incumbencia del Estado las actividades privadas realizadas entre adultos que consienten a ellas. Según la Comisión Wolfenden, «la función del derecho penal es la de preservar el orden público y la decencia, proteger a los ciudadanos de lo que sea ofensivo o dañino, y proveer suficiente resguardo frente a la explotación y corrupción de otros, especialmente de aquéllos que son particularmente vulnerables, ya sea porque son jóvenes, débiles de cuerpo y mente, o inexpertos... En nuestra opinión no es función del derecho intervenir en la vida privada de los ciudadanos, ni intentar exponer ningún modelo de comportamiento determinado, más allá de lo que sea necesario para llevar a la práctica los propósitos que hemos bosquejado... Se ha de mantener un ámbito de la moralidad y la inmoralidad privadas que, dicho breve y crudamente, no es asunto del derecho».

Con esta recomendación, el Comité Wolfenden no hacía sino recoger la ya tradicional concepción milliana acerca del principio del daño. En efecto, en *Sobre la libertad*, Mill sostuvo que: «La única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de la comunidad civilizada contra su voluntad es evitar que perjudique a los demás. 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».

En lo que sigue, analizaré brevemente, en primer lugar, las tesis de Lord Devlin, prestando especial atención a su tesis acerca de la desintegración social, en segundo lugar, presentaré dos casos que parecieran avalar las tesis devlinianas, en tercer lugar, haré un breve examen de las principales críticas de Hart a las tesis de Lord Devlin para concluir examinando ciertas relaciones entre el derecho y la moral.

## I

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

En efecto, según Devlin, el derecho penal no es sino un derecho moralizado. Y en muchos delitos, su única función consistiría en aplicar nada más que un principio moral. En apoyo de esta posición, Devlin señala el hecho

de que el consentimiento de la víctima no juega ningún papel en el derecho penal como elemento de justificación o de excusa. La razón de esto es que, en un delito no sólo es un ataque a un individuo determinado, es también un agravio a la comunidad en su conjunto. Por otra parte, agrega, si bien existen acciones inmorales que no están tipificadas como delito, no habría inmoralidad que fuera perdonada por la ley. Así, un contrato cuyo objeto fuera inmoral, no sería válido<sup>1</sup>.

La defensa de este tipo de moralismo legal por parte de Devlin se basa en la premisa de que la cohesión social depende del conjunto de creencias morales compartidas por los miembros de una comunidad. Al compartir estas creencias, los individuos se transforman en integrantes de una sociedad. De hecho, la sociedad es definida por Devlin como «una comunidad de ideas, y no sólo de ideas políticas, sino también de ideas sobre cómo sus miembros deben comportarse y gobernar sus vidas; pues bien: estas últimas ideas constituyen su moral. Toda sociedad tiene una estructura moral, además de la política; o más bien... yo diría que la estructura de toda sociedad se compone de una política y de una moral»<sup>2</sup>.

Pero se basa también en una segunda premisa, y es que toda sociedad tiene el derecho a defender su integridad, tanto frente a ataques internos como externos. Y así como la rebelión afecta la integridad del cuerpo político, la inmoralidad afecta la integridad del cuerpo social. Si la moralidad compartida constituye el cemento de la comunidad, la inmoralidad tiende a desintegrarla. Bien es cierto, en opinión de Devlin, que no todo acto subversivo ni cualquier acto de inmoralidad amenaza la existencia de la sociedad, pero tanto las actividades subversivas como las inmorales son, por su propia naturaleza, capaces de amenazar la existencia de la sociedad<sup>3</sup>.

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

En conexión con esta afirmación, Devlin sugiere una analogía entre autoridad política y autoridad moral, entre la traición y la inmoralidad. Afirma, en este contexto, que la supresión del vicio incumbe al derecho tanto como la eliminación de la subversión. El principio que legitima la actividad represora del Estado en ambos casos es el mismo: la autodefensa.

Hay que señalar, dice Robert George, que Devlin justifica la imposición de una moral a través del derecho como una cuestión de autoprotección

---

<sup>1</sup> V., Lord Patrick Devlin, *The Enforcement of Morals*. Oxford University Press, 1965. pp. 6 y ss.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>3</sup> *Ibid.*, nota en respuesta a Hart, p. 14.

y no como una cuestión de defensa de una hipotética moral verdadera. «Lo que justifica la imposición jurídica es la cohesión social *per se*. Aunque la cohesión social requiere la integración de los individuos en torno a un conjunto de creencias morales *compartidas*, no requiere que las creencias que comparten sean también verdaderas. Por tanto, según Devlin, una sociedad puede imponer legítimamente cualquier creencia moral compartida que mantiene a sus miembros unidos»<sup>4</sup>.

Se vislumbra aquí una posición relativista en la ética de Devlin. Esto es así porque en Devlin la moral no es una cuestión que se relaciona con la razón, sino con la sensibilidad. Para averiguar las creencias morales de una sociedad hay que conocer cuáles son las creencias morales del hombre razonable, del hombre de la calle. A este «hombre del autobús de Clapham» no se le ha de pedir, afirma Devlin, que razone. No se trataría de saber lo que pensaría un hombre racional, sino lo que sostendría un hombre de mente recta. Por esa razón, la inmoralidad a efectos jurídicos es aquella que cualquier persona de mente recta consideraría inmoral<sup>5</sup>.

Pero no cualquier acto de inmoralidad ha de ser castigado por el Estado. No basta que una determinada práctica sea repudiada por la mayoría, es necesario que exista un verdadero sentimiento de reprobación, de repugnancia. «Su existencia -afirma Devlin- es un buen indicio de que se están alcanzando los límites de la tolerancia. No todo ha de tolerarse. Ninguna sociedad es capaz de prescindir de la intransigencia, la indignación y la repugnancia; son éstas las pruebas que respaldan la ley moral, y ciertamente puede argumentarse que, si no están presentes ellas u otras semejantes, los sentimientos de la sociedad no influirán lo bastante como para privar al individuo de libertad de elección»<sup>6</sup>.

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

Y dado que Devlin supone una determinada moralidad media, si se quiere conservar esa sociedad, se ha de impedir que se cambie esa moral. De ahí su rechazo a distinguir entre pecado y delito, entre el derecho divino y el secular y entre el derecho y la ley moral. Aquí su sesgo conservador es notorio.

Hasta aquí la descripción de las principales tesis de Lord Devlin, para quienes piensan que se trata de una posición con validez meramente histórica, permítaseme presentar a continuación dos casos en los cuales se ha aducido la mera inmoralidad del acto como fundamento para su prohibición,

---

<sup>4</sup> V., Robert P. George, «Social Cohesion and the Legal Enforcement of Morals: A Reconsideration of the Hart-Devlin Debate», *The American Journal of Jurisprudence*, 1990, p. 20.

<sup>5</sup> V., Lord P. Devlin, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

<sup>6</sup> *Ibid.*, pp. 16-17.

el primero hará referencia a algunas de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; el segundo, a la pornografía.

## II

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

No es mi intención aquí analizar todas las cláusulas del Convenio, ni la totalidad de la jurisprudencia del Tribunal. En lo que sigue me limitaré a señalar cómo el Tribunal ha entendido la cláusula del Convenio referente a la «protección de la moral». Presentaré brevemente el caso *Dudgeon* y el caso *Handyside*.

En el caso *Dudgeon*<sup>7</sup>, el Tribunal entendió que la cláusula de «protección a la moral» hacía referencia a las pautas éticas de la sociedad en su conjunto, y que implicaba la defensa de las reglas morales de una sociedad. Cada Estado tendría el derecho a dictar normas para proteger las creencias morales de su comunidad. El caso *Dudgeon*, como se sabe, hacía referencia a leyes de 1861 y 1885 que estaban vigentes en Irlanda del Norte y mediante las cuales se perseguían las prácticas homosexuales, incluso entre adultos que voluntariamente participaban en ellas.

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

Las autoridades norirlandesas sostuvieron, al perseguir a *Dudgeon*, que la despenalización de las prácticas homosexuales tenderían erosionar las pautas morales vigentes. Ya en un caso anterior, el caso *Handyside*<sup>8</sup>, el Tribunal había sostenido la tesis de que las autoridades de cada uno de los Estados miembros estaban en mejor disposición de juzgar las pautas y prácticas morales de sus respectivas sociedades, puesto que estaban en «un contacto directo y continuo con las fuerzas vitales de sus países». Y en lo que afecta a las prácticas sexuales, se sostiene en *Handyside*, «es uno de

---

<sup>7</sup> Sentencia de 22 de octubre de 1981. Irlanda, homosexualidad.

<sup>8</sup> Sentencia de 7 de diciembre de 1976.

los asuntos que las autoridades nacionales pueden legítimamente tener en cuenta -el clima moral particular- a la hora de ejercitar sus facultades discrecionales»<sup>9</sup>.

Al igual que Devlin, el Tribunal asume una posición relativista al señalar que cada Estado miembro está autorizado a mantener sus propios criterios morales. Coincide, además, en la legitimidad de leyes que tengan por objeto mantener la cohesión moral de la sociedad. Al reconocer que cada sociedad tiene su propia moral y que ésta puede ser diferente a cada una de las otras que constituyen los firmantes del Convenio, habría que pensar que la justificación de leyes que castiguen acciones inmorales por el mero hecho de serlas, se basa en la autoprotección, y no, en su corrección universal. Es importante señalar aquí que la cláusula «de la protección de la moral» debe ser utilizada cuando el bien que ella protege es superior al bien que garantiza un derecho humano, y en ese sentido, sostiene que la protección contra la desintegración social es superior a los valores y planes de vida individuales.

Por otro lado, buena parte del debate que se ha desarrollado en los últimos años en torno a cuestiones morales vinculadas a problemas sexuales hace referencia a la cuestión de si la pornografía debe ser, o no, prohibida. Muchos son los argumentos que se han dado en favor tanto de permitir su producción, distribución y consumo como en favor de su total prohibición. Haré referencia aquí tan sólo a un argumento de este debate, emparentado con las tesis de Lord Devlin, el que sostiene que la pornografía provoca la destrucción de la sociedad a través de su socavamiento moral. Según Irving Kristol, existe un aspecto político en la pornografía cuando afirma que «es un poderoso subversivo de la civilización y de sus instituciones». Ya Walter Berns había advertido que la democracia no es tanto una forma de gobierno como una cuestión de autolimitación. «Para hablar de una manera que resulta más obviamente política, existe una conexión entre autolimitación y vergüenza, y por lo tanto una conexión entre vergüenza y autogobierno y democracia. Hay por consiguiente un peligro político al promover la desvergüenza y la completa autoexpresión o indulgencia. Vivir juntos requiere reglas... y quienes no tengan vergüenza serán ingobernables... La tiranía es el modo natural e inevitable de gobierno para los desvergonzados y los autoindulgentes, que han llevado la libertad más allá de cualquier límite, natural o convencional». Según estas tesis, las sociedades en general y la democracia en particular sobrevivirían gracias a un sentimiento de identificación y de solidaridad entre sus miembros, lo que conduciría a un respeto por las normas y las instituciones sociales aún en el caso de que cada uno de ellos se beneficiara aisladamente al incumplirlas. Las instituciones sociales cultivarían tradiciones, costumbres, valores e ideales compartidos. En el ámbito de lo sexual establecerían vínculos estables basados en el afecto y

---

<sup>9</sup> Handyside, par. 48.

el respeto mutuo que impidieran tratar al otro como medio para lograr gratificaciones propias. Según Ernest van den Haag, «la pornografía tiende a erosionar estos vínculos, en verdad, todos los vínculos. Invitándonos a reducir a otros y a nosotros mismos a seres puramente físicos, invitándonos a cada uno de nosotros a mirar a los otros sólo como un medio para la gratificación física, con sensaciones pero sin emociones, con contactos pero sin relaciones, la pornografía no sólo nos degrada, sino también erosiona toda solidaridad humana y tiende a destruir todos los vínculos afectivos... Podemos y debemos prohibir el comercio, la venta pública de lo que percibimos como daño para la sociedad incluso si no deseamos invadir hogares para castigar a quienes la consumen».

El Tribunal Supremo Español, al menos hasta el año 1984 pareció ser de la misma opinión que los autores anteriormente citados. En sentencia de 29/9/84 se puede leer, «la literatura pornográfica en cuanto invade los ámbitos sociales del país, desbordando los límites de lo erótico y provocando una sexualidad desviada y pervertida que conduce al hombre a la degradación personal, lastimando y erosionando gravemente la moral colectiva»; y en sentencia de 9/10/81, «las publicaciones pornográficas que, referidas al sexo lo describen de formas lasciva, impúdica, torpe y obscena y, por tanto, de manera ofensiva para el pudor de la generalidad de las personas y la moral colectiva». En ambos casos se encontró culpable a quienes produjeron y distribuyeron sendos materiales pornográficos en virtud del delito de escándalo público, tipo penal hoy afortunadamente derogado.

Este modo de concebir la pornografía la convierte en un caso paradigmático del pensamiento de Devlin. Al fomentar las prácticas sexuales y la libido de las personas al margen de los cánones morales positivos vigentes en la sociedad, se produce la ruptura del cemento social. Si la sociedad se identifica con su moral positiva, la pornografía, al violarla, contribuye a la desintegración de esa sociedad. Relajamiento de costumbres y pérdida de la identidad social aparecen como términos sinónimos.

Tanto en el ejemplo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como en el caso de la pornografía, se sostiene que el Estado puede y debe dictar normas que repriman conductas inmorales por el mero hecho de serlas, como una forma de autoprotección social. Y es de hacer notar que la justificación de este tipo de legislación está al margen de si la conducta perseguida causa un daño a terceros.

### III

Muchas son las críticas que se formularon a las tesis de Devlin desde las perspectivas más diversas. No quisiera pasar lectura aquí a toda ellas. Pero quizás haya sido Hart quien con más atención haya analizado su trabajo. Las objeciones de Hart son ya clásicas, y al formularlas pretendía, en última instancia,



sentar las bases de un derecho penal que se fundamente en criterios liberales, atendiendo en primer término al principio del daño.

Según Hart, y en esto siguiendo en parte la defensa de los puntos de vista de Mill acerca de la justificación moral del castigo, «se debe demostrar que la conducta punible es, o bien directamente perjudicial, o lo es con los individuos o su libertad, o bien pone en peligro el interés colectivo, el cuál es mantenido por los miembros de la sociedad para su organización o defensa. Según este punto de vista, el mantenimiento de un código moral dado no es, como tal, el objetivo del derecho penal de cualquier institución coercitiva. Esto es algo de lo que se debería ocupar otros organismos: la educación, la religión o la libre discusión entre adultos». En este sentido, Hart, al igual que Mill, pareciera aceptar el principio del daño.

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

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

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

En cuarto lugar, la definición de sociedad propuesta por Devlin encierra un círculo vicioso. La sociedad es definida en términos morales. Si se violan ciertas reglas morales, se produce la desintegración de la sociedad. Luego, afirma Devlin, está justificada la defensa de la moral social. Pero «la proposición de que la protección de la moral social es necesaria para la existencia de la sociedad también puede ser rechazada desde el punto de vista lógico; como se trata de una verdad necesaria» la proposición que identifica la existencia de la

sociedad con la protección de su moral no puede implicar lógicamente la proposición que justifica la coacción de la moral en función de las consecuencias valiosas de asegurar la existencia de la sociedad». Por otra parte, Devlin no ofrece ninguna prueba empírica de que la modificación de los hábitos morales cause o haya conducido a la desintegración de ninguna sociedad.

Finalmente, dos consideraciones más a la luz de una ya conocida distinción entre moral positiva y moral crítica. Hart se pregunta cómo es posible que la moral crítica ordene imponer cualquier moral positiva, incluso aquélla que se basa en supercherías, ignorancias o errores de diverso tipo. El legislador, al dictar la ley penal, debe valorar racionalmente cuáles son los fundamentos de la moralidad positiva vigente, y en su caso actuar en contra de lo mayoritariamente deseado. De no ser así, aduce Hart, se confundiría, tal como lo hace Devlin, la democracia como forma de gobierno con un populismo moral, según el cual la mayoría de la población tendría derecho a estatuir cómo deben vivir los demás<sup>10</sup>. Respecto de la segunda, habría que hacer una distinción que suele pasar a menudo inadvertida. Una cosa es afirmar que un sistema jurídico es inmoral si viola ciertas pautas establecidas por la moral crítica y otra diferente es asumir que ese sistema ha de castigar toda inmoralidad. Según Carlos Nino, «de la inmoralidad de un acto no se infiere, sin más, la moralidad o la necesidad moral de la pena por su ejecución... Por consiguiente, mantener que ciertos actos son inmorales pero que el derecho no está moralmente justificado para interferir con ellos, es una posición lógicamente coherente»<sup>11</sup>.

#### IV

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

Sin embargo, es necesario hacer algunas precisiones adicionales, porque el concepto de daño que recepta «el principio del daño» es una noción contestada

---

<sup>10</sup> V., C. Nino, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, p. 277.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 282.

que implica también una posición moral. El principio del daño presupone tanto la determinación previa de cuáles han de ser los ingresos privados que se han de proteger mediante el derecho penal, como una concepción acerca del bien público. Tales determinaciones involucran una irreductible decisión moral. «El principio del daño es entonces parasitario de ciertas concepciones de un orden justo respecto de personas, acciones y cosas. Consecuentemente, algunas leyes que castigan por ejemplo, el asesinato, el robo o la violación y que están justificadas en virtud del principio del daño no solamente coinciden con la moral positiva, estas leyes están vinculadas necesariamente a la protección de intereses y valores morales»<sup>12</sup>. Estos daños -asesinato, robo, violación- no existen independientemente de y previo a su definición moral. El concepto de daño tiene, pues, una denotación que depende de reglas. Sólo después de que las reglas morales sean conocidas se puede determinar si una acción dada constituye o no un daño<sup>13</sup>. Por esta razón, N. MacCormick sostiene que la defensa del principio del daño es incompatible con la defensa de la separación entre el derecho y la moral, y que el derecho penal siempre contempla la calidad moral de los actos para determinar si son merecedores o no de ser castigados. En este sentido, tanto Devlin como Hart sostendrían la misma conclusión: la inmoralidad como tal es de incumbencia del derecho.

La cuestión no es tanto, pues, preguntarse si el derecho es un instrumento adecuado para imponer criterios morales, ya que la respuesta siempre sería trivialmente afirmativa, sino más bien qué tipo de moral ha de imponer el derecho. La función del derecho es, en la tradición liberal, crear las condiciones necesarias para el florecimiento de la individualidad. Y aquí los principios de autonomía, de dignidad y de inviolabilidad de la persona, tales como han sido propuestos entre otros por Carlos Nino, se manifiestan eficaces a la hora de diseñar un derecho penal justificado. Estos principios suponen límites para cualquier pretensión o aventura, sea holista, sea perfeccionista. Al prohibirse la homosexualidad o la pornografía se restringe ilegítimamente la autonomía de las personas reduciendo las alternativas de elección posible y, por lo tanto, la posibilidad de que los individuos diseñen sus propios planes de vida. En ambos casos se impuso una moral positiva éticamente inaceptable. Quisiera ahora concluir con una cita: «siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente». Esta cita pertenece a Carlos Nino, a su memoria este trabajo está dedicado.

---

<sup>12</sup> MacCormick, Tur. 178.

<sup>13</sup> *Ibid.*