

PATRICK DEVLIN Y EL POPULISMO PENAL CONTEMPORÁNEO * **

Patrick Devlin and Contemporary Penal Populism

ANDREA PORCIELLO ***

Fecha de recepción: 14/7/2021
Fecha de aceptación: 30/10/2021

Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ISSN: 0008-7750, núm. 56 (2022), 217-244
<http://dx.doi.org/10.30827/ACFS.v56i0.21695>

RESUMEN En 1954 el Gobierno británico, tras siglos en el que su derecho penal había reprimido multitud de comportamientos considerados inmorales e impropios de la sociedad británica, *in primis* la homosexualidad, decidió iniciar un debate público para evaluar su posible despenalización. Para ello se delegó en una comisión especial, cuyo informe fue el antecedente de uno de los debates jurídico-filosóficos más famosos del siglo pasado, el mantenido entre Patrick Devlin y Herbert Hart, que, partiendo de la cuestión de la despenalización del delito de homosexualidad, tuvo como objeto el papel y la función del derecho penal en general y, en particular, la oportunidad del derecho penal para imponer la moral social dominante. En otras palabras, los dos juristas se cuestionaron sobre las lógicas que estaban en la base de la criminalización penal, preguntándose, entre otras cosas, si debían servir a las instancias morales de la mayoría social o, si por el contrario, en línea con lo sostenido por el pensamiento liberal decimonónico, eran autónomas respecto a ellas y enteramente internas a una dimensión más estrictamente jurídica.

Palabras clave: John Stuart Mill, Patrick Devlin, Informe Wolfenden, populismo, punitivismo, moralización del derecho.

ABSTRACT In 1954 the British Government, after centuries in which its criminal law had repressed a multitude of behaviors considered immoral and inappropriate in British society, primarily homosexuality, decided to initiate a public debate to evaluate its possible decriminalization. For this, a special commission was delegated, whose report was the antecedent of one of the most famous juridical-philosophical debates of the last century, the one between Patrick Devlin and Herbert Hart, which, based on the question of the decriminalization of the crime of homosexuality, was aimed at the role and function of criminal law in general and, in particular, the opportunity of criminal

* Para citar/Citation: Porciello, A. (2022). Patrick Devlin y el populismo penal contemporáneo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 56, pp. 217-244.

** Traducción de Daniel J. García López (Universidad de Granada).

*** Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Magna Græcia de Catanzaro. Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche, Economiche e Sociali. Viale Europa, Campus Salvatore Venuta, Germaneto, Catanzaro (Italia). Correo electrónico: andraporciello@unicz.it

law to impose the dominant social morality. In other words, the two jurists questioned themselves about the rationale behind criminal criminalization, wondering, among other things, whether they should serve the moral authorities of the social majority or, on the contrary, in line with what sustained by nineteenth-century liberal thought, they were autonomous from them and entirely internal to a more strictly legal dimension.

Keywords: Patric Devlin, John Stuart Mill, Penal Populism, Punitivism, Moralization of Law.

1. EL DEBATE MILL-STEPHENS Y LA ENMIENDA BOUCHELÈRE

En 1954 el Gobierno británico, tras siglos en el que su derecho penal había reprimido multitud de comportamientos considerados inmorales e impropios de la sociedad británica, *in primis* la homosexualidad, decidió iniciar un debate público para evaluar su posible despenalización. Para ello se delegó en una comisión especial, cuyo informe fue el antecedente de uno de los debates jurídico-filosóficos más famosos del siglo pasado, el mantenido entre Patrick Devlin y Herbert Hart, que, partiendo de la cuestión de la despenalización del delito de homosexualidad, tuvo como objeto el papel y la función del derecho penal en general y, en particular, la oportunidad del derecho penal para imponer la moral social dominante. En otras palabras, los dos juristas se cuestionaron sobre las lógicas que estaban en la base de la criminalización penal, preguntándose, entre otras cosas, si debían servir a las instancias morales de la mayoría social o, si por el contrario, en línea con lo sostenido por el pensamiento liberal decimonónico, eran autónomas respecto a ellas y enteramente internas a una dimensión más estrictamente jurídica.

Los argumentos presentados por la Comisión Wolfenden, que así se llamaba, proporcionaron ciertamente una excelente base argumental en este sentido. Como señaló el propio Devlin a este respecto, “el *Informe del Comité de Delitos de Homosexualidad y Prostitución* más conocido como el *Informe Wolfenden*, es considerado como un excelente análisis de dos problemas legales y sociales tremendamente complejos. Sin embargo, también contiene un reclamo para aquellos interesados en la *jurisprudencia* ya que hace lo que los encargados de reformar la ley jamás hacen: establece clara y cuidadosamente cuál debe ser la función de la ley dependiendo del asunto que regule” (Devlin, 1965, p. 129 [47])¹.

1. “The Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution, generally known as the Wolfenden Report, is recognized to be an excellent study of two very difficult legal

El pasaje del informe que más que otros estimuló la reacción de los dos autores es, sin duda, el que defiende explícitamente una concepción particular, y al mismo tiempo una peculiar función, del derecho penal: “Su función —dice el Informe— consiste en preservar el orden público y la decencia, en proteger a los ciudadanos de lo que es ofensivo o injurioso y en proporcionar una protección adecuada contra la explotación y la corrupción, especialmente de las personas más vulnerables, por ser muy jóvenes, débiles de cuerpo o de espíritu, inexpertas o en condición de especial dependencia física o económica. [...] *No es tarea del derecho* —se lee textualmente en el Informe— *ocuparse de la inmoralidad como tal*” (Wolfenden Report, 1957, p. 2)².

Para apreciar la relevancia de este importante hito que, como veremos más adelante, estará en la base de la reforma legislativa de 1967, creo que es útil dar un paso atrás y echar un vistazo, aunque sea fugaz, a la forma en que la sociedad inglesa había percibido la condición homosexual en el siglo pasado.

En el Reino Unido, como es bien sabido, la ley de referencia en materia de homosexualidad fue durante mucho tiempo la *Criminal Law Amendment Act* de 1885, y en particular su undécima sección, la llamada *Labouchère Amendment*, en la que se sancionaba con una pena de prisión de dos años (más cualquier otro trabajo forzado impuesto por el juez cuando, de forma discrecional, lo considerara necesario³) a “cualquier hombre culpable de indecencia grave [*gross indecency*] —hoy diríamos actos obscenos— con otro hombre, tanto en público como en privado” (*Criminal Law Amendment Act*, 1885)⁴. Sencillamente, se condenaba a cualquier hombre culpable

and social problems. But it has also a particular claim to the respect of those interested in jurisprudence; it does what law reformers so rarely do; it sets out clearly and carefully what in relation to its subjects it considers the function of the law to be”. (*N. del T.: En esta cita y en las sucesivas, cuando haya traducción al español, la referencia a las páginas citadas se incluyen entre corchetes, junto a la del autor. Los detalles de la obra traducida citada se encontrarán en las referencias bibliográficas finales.*)

2. “Its function, as we see it, is to preserve public order and decency, to protect the citizen from what is offensive or injurious, and to provide sufficient safeguards against exploitation and corruption of others, particularly those who are especially vulnerable because they are young, weak in body or mind, inexperienced, or in a state of special physical, or economic dependence. [...] It is not the duty of the law to concern itself with immorality as such”. [Cursiva mía].
3. El escritor inglés Oscar Wilde, por ejemplo, fue condenado en 1889 a dos años de prisión y trabajos forzados, entonces bajo la vigencia del *Labouchère Emandment*.
4. “Any male person who in public or private commits or is a party to the commission of or procures or attempts to procure the commission by any male person of any act of gross indecency with another male person shall be guilty of a misdemeanour and being con-

“de ser” homosexual, siempre y cuando la sodomía, que constituía un delito aparte, no podía ser probada adecuadamente.

La norma, como es evidente, no sancionaba una acción concreta, que de hecho no estaba identificada ni circunscrita, sino la actividad, quizás sea mejor decir la actitud masculina homosexual como tal. Ello otorgaba una enorme discrecionalidad, primero a la policía y luego también al juez, a la hora de reconducir, sobre la base de criterios totalmente subjetivos, la acción concreta a un caso tan genéricamente determinado. En la práctica, esto significaba que, en virtud de esta norma, dos hombres que, por ejemplo, paseasen de la mano por Londres en el siglo XIX o se besaran en privado podían ser ciertamente detenidos y condenados.

Es importante señalar, entre otros con Fize, que la disciplina penal que se acaba de describir no tenía en verdad un carácter excepcional, sino que expresaba plenamente la moral social de la época, es decir, la moral puritana de la era victoriana rica de contradicciones. A nivel social, de hecho, “en la Gran Bretaña victoriana la homosexualidad masculina era ampliamente considerada como ‘pecaminosa’, ‘perversa’ y ‘contranatura’. Por ello, quizá no sorprenda que una ley que sancionaba la homosexualidad masculina, como fue el caso de la Enmienda Labuochère, haya sido aprobada con tanta facilidad en el Parlamento” (Fize, 2020)⁵.

Aunque fuese “adecuada” con respecto a la moral de la época, la Enmienda contenía, sin embargo, evidentes elementos de ruptura con la anterior legislación penal del otro lado del Canal. De hecho, fue la primera vez que se adoptó la expresión legal “*gross indecency*” para castigar un acto considerado inmoral, con todos los problemas de interpretación que ello conlleva. También fue la primera vez que se prohibió un acto sexual “*in public or private*”, desbaratando así un importante principio del Common Law inglés, reiteradamente reafirmado en el Parlamento y tantas veces remarcado en los tratados jurídicos: el de la sacralidad e inviolabilidad del domicilio, lo que hoy definiríamos como expresión del derecho a la *privacy*. Pensemos, por poner un ejemplo, en lo que dijo William Pitt en la *House of Commons* en 1763, 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;

victed thereof shall be liable to be imprisoned for any term not exceeding two years with or without hard labour”.

5. “Homosexuality was widely considered as ‘sinful’, ‘perverse’, and ‘unnatural’ in Victorian England. Consequently, it is perhaps unsurprising that a bill criminalizing same-sex relations should pass easily through parliament. That is exactly what happened to the Labouchère Amendment”.

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” (citado en Brougham, 1839, pp. 41-42)⁶.

Evidentemente, Pitt se equivocaba, o al menos era demasiado optimista, porque al cabo de unas décadas el Estado, a través de una de sus leyes, consiguió traspasar el umbral de los hogares ingleses, no sólo de los más modestos, sino también de los más ricos de la burguesía, todo menos “frágiles”. Consiguió entrar en los dormitorios de los ingleses para evaluar y, si era necesario, reprimir sus hábitos sexuales. Y, obviamente, no es casualidad que tras la promulgación de la Enmienda sobre la homosexualidad, y hasta finales del siglo XIX, las detenciones por motivos relacionados con la actividad homosexual masculina y, aunque en menor medida, las sentencias condenatorias relacionadas, tuvieran un auge sin precedentes.

Es en este contexto cultural, en los años que precedieron a la promulgación de la ley de 1885, donde tuvo lugar el primer debate importante sobre la criminalización de la inmoralidad, el que enfrentó al filósofo liberal John Stuart Mill y al juez, abogado y escritor James Fitzjames Stephens. Unos quince años después de la publicación del conocido ensayo de Mill *On Liberty*, uno de los hitos del liberalismo clásico, fechado en 1859, el juez Stephens reaccionó en 1873 con una vibrante respuesta titulada *Liberty, Equality and Fraternity* (Stephens, 1993).

Si se observa con detenimiento, la diferencia entre ambos autores, y por tanto su motivo de discordia, no es ni la militancia política ni las creencias filosóficas. Aunque a menudo se pinta apresuradamente a Stephens como un conservador siempre dispuesto a sacrificar la libertad en el altar de la moral pública, en realidad, al igual que Mill, Stephens, al menos sobre el papel, era un liberal (o así se definía), aunque creía en una *ordered liberty*, en una libertad comprimida por límites, mientras que Mill, como es sabido, situaba la idea de libertad en el centro de su pensamiento dándole, por tanto, mucha más profundidad. Y de hecho, como señala acertadamente Mollica, “en todos los principales escritos de Mill, ya sean de lógica, filosofía política, ética o economía, la reflexión sobre el concepto de libertad ocupa un lugar central y es, en todo caso, uno de los aspectos más significativos y vitales de los mismos” (Mollica, 2000, p. 5). Y desde un punto de

6. “The poorest man may in his cottage bid defiance to all the forces of the crown. It may be frail; its roof may shake; the wind may blow through it; the storm may enter; the rain may enter; but the King of England cannot enter—all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement!”

vista estrictamente filosófico, de nuevo como Mill, Stephens había abrazado la causa utilitarista.

La principal diferencia entre ambos radica, en primer lugar, en la antropología que subyace a sus respectivas reflexiones políticas, sociales y jurídicas. Si Mill se mostró optimista en este punto, ingenuo a los ojos de su crítico, creyendo en la posibilidad del autocontrol racional como instrumento capaz de reprimir los bajos instintos y pasiones del ser humano (porque “cualesquiera que sean las limitaciones, los defectos, los errores y la maldad de un ser humano, nunca carecerá por completo de cualidades que, en un régimen de libertad, puedan expresarse de manera que sean útiles para la vida de todos” (Mollica, 2000, p. 16), por el contrario Stephens, como hobbesiano convencido, proponía una visión más pesimista del género humano, naturalmente inclinado al egoísmo y la pasión. Por lo tanto, si Stephens, partiendo del supuesto de la desigualdad natural de los seres humanos en cuanto a capacidades, visiones, perspectivas y actitudes, creía que los valores de uniformidad y conformidad social debían prevalecer a toda costa, incluso sacrificando la libertad individual, Mill, en cambio, en este sentido es más moderno y cercano a nuestra sensibilidad constitucional, creía que “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” (Mill, 2000, p. 191 [131]).

Partiendo de estas concepciones antropológicas, las tesis a las que llegaron ambos pensadores no podían estar más alejadas. 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” (Mill, 2000, p. 73 [77]). Dicho de otro modo significa que para Mill nunca es la cantidad social la que determina la calidad, principalmente moral, de un comportamiento, de un pensamiento o de un argumento. El individuo y su libertad, en este sentido, se anteponen siempre al grupo y a su moral, un elemento que será característico de cualquier teoría que pueda definirse como liberal. He aquí sus palabras: “el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno 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 determi-

nados 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 disuadirle 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” (Mill, 2000, p. 55 [68]).

Por su parte, Stephens llegó a una conclusión diametralmente opuesta: el bien moral, lejos de ser alcanzable individualmente a través de la razón o la propensión moral natural, debe ser necesariamente “inculcado desde fuera” a través de la promoción social de la virtud y la religión. Y el derecho penal, desde este punto de vista, acaba asumiendo un papel central, a saber, el de imponer coactivamente al individuo todas aquellas conductas, obviamente consideradas adecuadas y correctas por la mayoría social, que el individuo no asumiría de otro modo de forma independiente. Un poco como las tuberías, los canales y las bombas hidráulicas, este es el ejemplo que utiliza Stephens, dirigen el agua de la forma más adecuada y correcta (Stephens, 1993)⁷, transformando así un flujo desordenado y caótico en una corriente regular y agradable a la vista.

Creo que esta es precisamente la raíz de la actitud social e institucional que ahora llamamos populismo penal. Estoy de acuerdo con Pulliam cuando subraya que “Stephens era un realista brutal además de un instrumentalista energético. Creía que la sociedad podía y debía imponer legislativamente la moralidad, pues no hacerlo conduciría a la intemperancia, el libertinaje, la torpeza y la anarquía. Le preocupaba la mirada envidiosa de la mayoría política en lo que respecta a las cuestiones económicas [...] pero al mismo tiempo creía que era esencial para una sociedad burguesa reforzar sus reglas culturales a través del aparato estatal” (Pulliam, 2018)⁸.

Sin embargo, como es sabido, Mill asignó al derecho en general, y al derecho penal en especial, una función que podríamos llamar residual. Utilizando de nuevo el lenguaje y las categorías contemporáneas, podría-

7. Stephens recurre a esta metáfora hidráulica en más ocasiones.

8. “Stephen was a brutal realist, and an energetic instrumentalist. He believed that society can and should legislate morality; the failure to do so would lead to intemperance, debauchery, torpor, and anarchy. Stephen was anxious about the envious gaze of political majorities when it came to matters of economics [...], but he felt that it was essential for a bourgeois society to reinforce its cultural norms through the apparatus of the state”.

mos decir que el derecho penal que Mill tenía en mente era ya “mínimo”. En su concepción, el instrumento jurídico no tenía la función de inculcar coactivamente un determinado credo moral, ni la de fortalecer y reforzar la cohesión social, sino la de fomentar la búsqueda de la felicidad del individuo interviniendo coactivamente sólo para reprimir acciones violentas o capaces de perjudicar al individuo o a la institución pública en su conjunto.

Si aplicamos estas dos concepciones opuestas, aquí sólo esbozadas, a cuestiones morales concretas de relevancia social, las diferencias se agudizarán aún más y el conservadurismo paternalista de Stephens, en las premisas de su razonamiento antes mencionadas, estallará en toda su vehemencia.

Consideremos, por ejemplo, una cuestión de gran preocupación en la Inglaterra del siglo XIX, la de la igualdad de género. Mill defendió activamente la plena igualdad de derechos entre hombres y mujeres, no encontrando ninguna razón para mantener un régimen de trato diferente a favor de los hombres. Mientras que Stephens, en este sentido alineado con el sentido común de la sociedad británica de la época, argumentaba a favor de un trato diferente, no sólo por razones físicas, sino principalmente para proteger el matrimonio y los diferentes roles sociales que dentro de él desempeñaban el marido y la mujer. Una vez más, Mill resuelve el problema centrándose en las necesidades del individuo, mientras que Stephens tiene como prioridad el bien del grupo social y de las instituciones en las que se manifiesta.

Y “aunque no hay ninguna razón para creer que Mill escribió las palabras pensando en los miembros de la comunidad LGBT” (Strasser, 2006, p. 288)⁹, o de forma más general en referencia a la cuestión homosexual, y lo mismo ocurre con Stephens, sin embargo sus argumentos parecen totalmente pertinentes incluso cuando se refieren a la cuestión de la que hemos partido, la cuestión homosexual. Cuando se mira a través de las categorías de Mill, la Enmienda Labouchère aparece como una negación explícita de la tesis de la no interferencia y, por lo tanto, constituye un ejercicio de poder sin ninguna justificación. Por la sencilla razón de que las acciones de dos adultos que consienten en su esfera privada no tienen repercusión alguna, ni en otras personas ni en la institución social en su conjunto, y por estas razones no pueden ser legítimamente censuradas. Para el autor de *On Liberty*, en definitiva, y volviendo una vez más a las palabras de William Pitt, una ley de este tipo equivaldría a hacer transparentes las paredes de nuestros hogares a la mirada inquisidora, sentenciosa y maliciosa

9. “While there is no reason to believe that Mill wrote these words with members of the LGBT community in mind”.

del Estado, que se sentiría entonces legitimado para doblegar nuestras costumbres para ajustarlas al modelo social dominante. A los ojos del juez Stephens, por el contrario, una ley de este tipo parecería completamente deseable porque sería capaz de realizar plenamente todas sus intenciones teóricas, en primer lugar la idea de “inculcar desde fuera” el bien moral, es decir, lo que es considerado como tal por una comunidad social determinada en un momento histórico determinado.

2. EL DEBATE HART-DEVLIN Y LA CUESTIÓN DEL POPULISMO PENAL

A pesar de la cantidad de argumentos propuestos por Mill en su ensayo más famoso y todavía de gran actualidad¹⁰, pocos años después de su muerte (1873) el Parlamento inglés, como ya se ha dicho, promulgó sin apenas reparos la infame Enmienda Labouchère, que se mantuvo en vigor, increíblemente y contra toda lógica, 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 su homosexualidad. No sólo se trata de los *poorest men* a los que se refiere Pitt en su bella metáfora, sino también de figuras destacadas de la cultura y la ciencia *mainstream*. 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 Enigma¹¹, 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 ocurrió después es bien conocido: Turing prefirió la castración química a la cárcel, y luego se suicidó en 1954. Y al

10. Es el propio Mill el que escribe (y con razón) en su *Autobiografía* que *On Liberty* “sobrevivirá a cualquiera de mis otros escritos” (Mill, 1981, p. 259).

11. En la primera mitad del siglo XX comenzaron a difundirse las máquinas de cifrado con rotores, basadas en el modelo del cilindro de Jefferson reinventado por Beziars. La más famosa de estas máquinas es la máquina *Enigma*, inventada en 1918 por el alemán Arthur Scherbius y posteriormente modificada y mejorada hasta 1925; el ejército y la marina alemanes la adoptaron para las comunicaciones secretas desde 1925 hasta la Segunda Guerra Mundial.

año siguiente, otras personalidades de la sociedad inglesa, como el barón Edward Montagu, Michael Pitt-Rivers y Peter Wildeblood, fueron condenados por motivos similares. Si esto les ocurrió a ellos, no hace falta hablar de la suerte que corrieron homosexuales de posición social más modesta.

En este contexto, el Reino Unido comenzó a considerar seriamente la posibilidad de despenalizar definitivamente el delito de homosexualidad. Como ya se ha mencionado al principio, en 1954 se nombró la Comisión Wolfenden para este fin, y su informe, que incorpora claramente muchas de las ideas de Mill, se debatió en el Parlamento en 1957. Aunque la mayoría apoyó el informe Wolfenden, el jurista conservador David Maxwell Fyfe, en nombre del gobierno, pidió que se siguiera investigando. En 1958, se fundó la *Homosexual Law Reform Society* con el fin de presionar al gobierno y a la opinión pública para que adoptaran las recomendaciones de la Comisión. Y en 1967 se promulgó por fin la *Sexual Offences Act*, una ley que, si no resolvió definitivamente la cuestión, constituye sin embargo un paso clave en la legislación inglesa sobre la homosexualidad masculina. En efecto, la ley, aunque mantiene el delito de sodomía y los actos obscenos entre hombres, prevé ahora una despenalización parcial de los actos homosexuales, siempre y cuando se realicen entre personas de al menos veintiún años¹², con consentimiento y en privado. La norma sigue siendo, por tanto, la prohibición y la excepción el permiso, condicionado por los requisitos que acabamos de enumerar. Fue en los años inmediatamente anteriores al cambio legislativo de 1967 cuando tuvo lugar el debate entre Lord Patrick Devlin y H.L.A Hart.

Todo comenzó en 1959, cuando Devlin pronunció la *Meccabeian Lecture in Jurisprudence*¹³, publicada en 1965 con el título *The Enforcement of Morals*. En 1963 Hart respondió a las tesis expresadas por Devlin con el libro *Law, Liberty and Morality*. El debate que surgió, como el propio Hart ha señalado en repetidas ocasiones, es, al menos en parte, comparable al del siglo XIX que acabamos de examinar. La posición de Devlin, aunque éste nunca lo haya admitido, se asemeja mucho a la de Stephens, de hecho puede considerarse como una nueva estrategia argumentativa para defender esas tesis. Y Hart, en su caso de forma bastante consciente, defiende a Mill y su principio de no interferencia.

12. En 2001, la edad de consentimiento se reducirá a los 16 años.

13. Se trata de una serie de conferencias sobre filosofía del derecho, veintinueve hasta la fecha, inaugurada por la sociedad judía de los Macabeos en 1956 para conmemorar el tricentenario del reasentamiento de los judíos en Inglaterra a mediados del siglo XIX. Devlin pronunció la segunda conferencia, en 1959. La última se celebró en 2019.

Para entender bien la posición de Devlin, lo mejor es partir de un texto suyo posterior, fechado en 1979, dedicado a la figura del juez, titulado *The Judge* (Devlin, 1979), en el que creo que podemos encontrar una explicación, al menos parcial, de ese populismo moral y penal asumido por Devlin a finales de los años 50 que lo hace tan parecido a Stephens. Pues bien, en *The Judge*, Devlin sostiene que el juez inglés no es un experto, ni un técnico, ni siquiera un maestro del sentido común (Rodríguez Liborero, 2010, pp. 155 y ss.), sino el hombre de la calle, el conductor de autobús con el que nos encontramos cada mañana. Tiene que ver y juzgar los hechos del caso como lo haría cualquier ciudadano normal y razonable o como lo haría un buen jurado. Su punto de observación no es el formado, domesticado y adoctrinado que querían las distintas ciencias penales que comenzaban a difundirse en aquellos años, empezando por la criminología, sino el “inexperto” y por tanto mucho más cercano al sentido común del ciudadano de a pie. Por ello, Devlin se mostró totalmente contrario a cualquier intento institucional de transformar al juez en un experto o en un científico. Él mismo, como juez, precisamente por estas razones, se negó en 1975 a asistir a un curso de formación que el Gobierno británico impuso a todos los magistrados de la Corona.

El populismo moral y penal de Stephens tiene ahora una explicación precisa y puntual. La judicatura para Devlin no constituye una élite poseedora de un conocimiento específico, sino que es más bien el conjunto de aquellas personas capaces de manifestar lo más fielmente posible el punto de vista del sentido común, en primer lugar el moral. Y no es casualidad, como ocurre con todos los “populismos”, que Devlin haya identificado también la idea de la élite, hoy diríamos casta, como su principal objetivo crítico.

Como es fácil de intuir, esta concepción de la figura del juez es el preludio de importantes complejidades difíciles de superar, en primer lugar en lo que se refiere a la tradicional capacidad del juez para crear nuevo derecho, que Devlin, de hecho, cuestiona. Para Devlin, de hecho, la única actividad creativa que puede realizar el juez, si es que aún puede definirse como creativa, consiste en adaptar el derecho al consenso social, es decir, “crear derecho de acuerdo con el acuerdo social existente” (Rodríguez Liborero, 2010, p. 19). Para Devlin, en casi todos los casos el juez aplica la ley tal y como está escrita, utilizando los significados manifestados por las palabras empleadas por el legislador. Sólo cuando esto no es posible, o cuando la aplicación de tales significados literarios choca con la justicia del sentido común, probablemente en el 10% de su actividad, entonces el juez puede modificar el derecho existente tratando de ajustarlo al consenso social.

La visión populista de la figura del juez que acabamos de describir presupone a su vez una concepción igualmente populista del derecho penal, concebido como un derecho moralizado, es decir, como una imposición de la moral social dominante. El hecho de que la función del derecho (penal) sea la de moralizar y no, como pretendía Mill y luego Hart, la de prevenir las acciones lesivas de los individuos, tiene para Devlin una explicación muy sencilla: en su opinión todas las lesiones y los consiguientes daños que aparentemente atañen exclusivamente al individuo conciernen siempre a la sociedad en su conjunto. Existe una relación íntima y exclusiva entre el derecho penal y la sociedad: la función del derecho penal es proteger a la sociedad, y la sociedad, por su parte, a través de su moral, configura el contenido del derecho penal, al menos en lo que se refiere a los comportamientos moralmente relevantes. En opinión de Devlin, la prueba de esta suposición reside en el hecho de que, a excepción de unos pocos delitos, el derecho penal nunca ha permitido que el consentimiento de la víctima se utilice como defensa para el acusado. Si, por ejemplo, con respecto al cargo de violación, la prueba del consentimiento de la víctima puede exonerar excepcionalmente al acusado, “el consentimiento de la víctima no puede esgrimirse como defensa. En los supuestos que implican cualquier tipo de agresión, el que la víctima crea que merece el castigo y se someta a él voluntariamente no puede, en ningún caso, utilizarse como justificación. Una buena defensa del acusado requeriría que éste probara que el derecho a castigar le había sido reconocido por ley y que lo había ejercitado con proporcionalidad. De la misma manera, la víctima no puede perdonar a su agresor y solicitar que se ponga fin al procedimiento. El Fiscal General goza, en exclusiva, del derecho a instar el sobreseimiento de la causa (*nolle prosequi*)”. De ello, Devlin extrae una conclusión precisa, central en su estrategia argumentativa: “el hecho de que los delitos constituyan atentados contra la sociedad es lo que explica que una persona no pueda ni prestar su consentimiento para que se cometa un delito contra sí misma ni perdonarlo posteriormente” (Devlin, 1965, p. 134 [53])¹⁴.

14. “But consent of the victim is no defence to a charge of murder. It is not a defence to any for of assault that the victim thought his punishment well deserved and submitted to it: to make a good defence the accused must prove that the law gave him the right to chastise and that he exercised it reasonably. Likewise, the victim may not forgive the aggressor and require the prosecution to desist; the right to enter a *nolle prosequi* belongs to the Attorney General alone. [...] The reason why a man may not consent to the commission of an offence against himself beforehand or forgive him afterwards is because it is an offence against society [...] not merely against the person who is injured”.

En este punto, y partiendo del marco teórico esbozado, Devlin intenta responder a tres preguntas precisas, que constituyen de hecho el núcleo del debate con Hart: “1) ¿Tiene la sociedad algún derecho a juzgar las cuestiones de moralidad? [...] 2) Suponiendo que la sociedad tuviese derecho a juzgar estas cuestiones, ¿tendría también derecho a utilizar el arma del derecho para imponer sus juicios? 3) En caso de responder afirmativamente a la pregunta anterior, ¿debe este arma utilizarse en todos los casos o sólo en algunos? Y Si sólo debe utilizarse en algunos casos, ¿qué criterios deben servir de base para esta distinción?” (Devlin, 1965, p. 135 [55])¹⁵.

La respuesta de Devlin a la primera pregunta es bien conocida: la sociedad tiene ciertamente derecho a emitir juicios morales, por razones que son principalmente inherentes a su propia estructura. He aquí sus palabras: “lo que convierte a una sociedad en tal es la existencia de una ‘comunidad de ideas’, no sólo de corte político sino acerca de la manera en que sus miembros deben regir su comportamiento y dirigir sus vidas. [...] la misma no puede existir si no hay un cierto consenso en torno a las ideas políticas, morales y éticas. [...] La explicación reside en que no es aglutinar físicamente a la sociedad lo que la mantiene unida; esta unión sólo se consigue a través de los nexos invisibles que se derivan de las creencias comunes. [...] El vínculo es parte del precio por la sociedad” (Devlin, 1965, pp. 137-138 [57-58])¹⁶. La tesis no plantea ningún problema especial, sobre todo si se entiende en términos de una tesis descriptiva sobre la estructura y el funcionamiento de cualquier sociedad. En este sentido se puede estar de acuerdo con Devlin, el grupo social, sea pequeño o grande, es tal porque comparte un sentimiento común y una forma común de percibir ciertas cuestiones morales. En definitiva, el hecho de que las sociedades son también comunidades morales es innegable. En todo caso, el problema radica en que, a diferencia del pasado, y hoy más que nunca, la idea de que toda una sociedad pueda compartir un conjunto articulado de valores morales es puramente hipotética. Como señala Giorgio Pino, parece correcto considerar como totalmente posible “que en un determinado contexto social y en un determinado momento histórico no exista una moral social única

15. “1) Has society the right to pass judgment at all on matters of morals? [...] 2) If society has the right to pass judgment, has it also the right to use the weapon of the law to enforce it? 3) If so, ought it to use that weapon in all cases or only in some; and if only in some, on what principles should it distinguish?”.

16. “What makes a society of any sort is community of ideas, not only political ideas, but also ideas about the way its members should behave and govern their lives; [...] without shared ideas on politics, morals and ethics no society can exist. For society is not something that is kept together physically, it is held by the invisible bond of common sense. [...] A common morality is part of the bondage”.

y monolítica, sino varias posiciones, entre las que se puede distinguir una moral social dominante y mayoritaria, y luego otras posiciones también presentes en el grupo social de referencia pero con un menor grado de difusión y aceptación” (Pino, 2016, p. 8). Esto debilita en gran medida el primer argumento de Devlin. Porque si la única comunión moral a la que puede aspirar una sociedad es la de una de sus partes, aunque sea la mayoritaria, el fantasma de la tiranía de la mayoría, que ya afligía los argumentos de Stephens, vuelve a asomar con fuerza.

Pero aún más problemática es la respuesta de Devlin a la segunda de las preguntas anteriores: ¿tiene la sociedad derecho a imponer la moral dominante a través del instrumento jurídico? Para Devlin, si la sociedad tiene derecho a expresar su visión moral, que es parte fundamental de su estructura, tiene también, y de forma aún más razonable, el derecho a defender este *statu quo* moral para protegerse, en la creencia de que si el vínculo social falla, si esos *invisible bonds* se disuelven, el grupo social fracasará con ellos; en una palabra: se desintegrará. Pero si este argumento es aceptable, para Devlin el argumento que se desprende de él también resulta aceptable: porque si lo que está en juego es la existencia de la sociedad, y no simplemente su salud moral, ésta también tiene derecho a protegerse imponiendo coercitivamente la moral dominante a través del derecho. Esta tesis, quintaesencia tanto del moralismo jurídico como del populismo penal, es problemática en muchos y diferentes aspectos, pero uno parece más problemático que los otros. Si se observa con detenimiento, el objeto de la protección y la autodefensa de la sociedad no está constituido por una determinada concepción moral, el objetivo último es la cohesión social como tal y con independencia de los valores que se impongan para alcanzar este objetivo. Como señala de nuevo Andrea Rodríguez Liborero, “Devlin afirmará que una Sociedad puede imponer legítimamente cualquier moral compartida que mantenga a sus miembros unidos. No sostiene en ningún momento que el deber del Estado sea hacer a la gente moralmente buena. Devlin defiende al relativismo moral, esto es, no la imposición de una moral verdadera, sino la imposición de una moral social como instrumento de protección. Lo que importa no es la calidad de la moralidad sino su poder de cohesión” (Rodríguez Liboreiro, 2010, p. 30). Nada impide, por tanto, que la moral a preservar como elemento de cohesión del grupo social pueda consistir en el conjunto de prejuicios morales de la mayoría social, o incluso en la aversión, el odio y el asco que esta mayoría es capaz de sentir hacia una minoría, simplemente culpable de ser “diversa”. Si leemos estas afirmaciones, en sí mismas muy discutibles, a la luz de la convicción de Schmitt según la cual “toda verdadera democracia [...] exige, en primer lugar, la homogeneidad y, en segundo lugar, si es necesario, la

exclusión o la aniquilación de lo heterogéneo”, adquirirá inmediatamente un significado cuando menos siniestro. Considerar el “hecho” de la cohesión como un valor a proteger a toda costa, incluso a costa de la libertad de los individuos, choca descaradamente con los principios fundamentales de nuestro constitucionalismo. Creo que basta con recordar lo que Hart expresó lapidariamente al respecto: si esos fueran los valores que mantienen unido al grupo, los del odio y la supremacía, sería mucho más preferible su fracaso y la desintegración de ese grupo social que cualquier intento de su imposición coercitiva y la preservación de esa sociedad.

De las múltiples consideraciones propuestas, surge claramente el papel que Devlin atribuye al derecho en general y al derecho penal en particular, en línea con lo que ya sostenía Stephens en el siglo anterior. Salvo en el caso en que el objeto de la norma no tenga relevancia para la moral social, en los demás casos, tanto las opciones legislativas, y por tanto en primer lugar la oportunidad o no de penalizar una determinada conducta, como las decisiones judiciales deben, según Devlin, obedecer a la voluntad de la mayoría social. Si no fuera así, en opinión de Devlin, se configuraría una forma de gobierno esencialmente antidemocrática. Esta afirmación merece un estudio en profundidad.

Si lo examinamos más de cerca, hemos llegado por fin a la raíz del problema, porque éste sea quizá el aspecto más problemático de la propuesta de Devlin, a saber, la forma en que concibe en última instancia la idea de democracia. Para él, actuar democráticamente significa tomar decisiones teniendo siempre muy en cuenta la voluntad (moral) de la mayoría. “¿Cómo debe determinar el legislador cuáles son los juicios morales de una sociedad? El que sean el resultado del consenso de la mayoría no basta. Requerir la aprobación individual de cada ciudadano sería excesivo”. La respuesta es perfectamente coherente con las premisas de su discurso que, como se recordará, habíamos encontrado en la obra dedicada al juez: “El derecho inglés ha evolucionado y a menudo utiliza criterios no basados en contar cabezas. Se trata del criterio del hombre razonable”. Por lo tanto, los jueces y los legisladores actuarían democráticamente y en interés del grupo social al tomar sus decisiones como lo haría cualquier hombre razonable. El problema surge cuando Devlin trata de explicar qué debe entenderse por “razonabilidad” y “hombre razonable”. Pues bien, el hombre razonable “no debe confundirse con el hombre racional. De él no se espera que razone acerca de nada y su juicio puede estar basado, en gran medida, en una cuestión de sentimientos”. En este sentido, los populistas actuales, a los que dedicaremos unas reflexiones finales, utilizan básicamente una expresión similar para circunscribir el mismo concepto, hablan de “el estómago del pueblo”, precisamente para indicar ese enfoque puro e incontaminado de

los problemas de la “parte sana del grupo social”, esa parte compuesta, según Devlin, por hombres razonables. “Es el punto de vista del hombre de a pie o —usando un arcaísmo que resulta familiar a todos los abogados— del hombre del autobús a Clapham. También se le puede denominar el buen padre de familia” (Devlin, 1965, pp. 141-142 [63])¹⁷.

La imagen a la que alude Devlin es, obviamente, muy parecida a la imagen italiana del “buen padre de familia” que se utiliza en nuestro Código Civil, y que cada vez se usa menos en el ámbito jurídico (en Francia, por ejemplo, en 2014 decidieron eliminarla por obsoleta y sexista) y más en la política por parte de los populistas actuales¹⁸. Sin embargo, durante mucho tiempo, y en cierta medida todavía hoy, la cláusula constituyó para nuestros jueces un standard mediante el cual evaluar la conducta de las partes, por que actuar según la diligencia normal del buen padre de familia significaba actuar como lo haría un hombre sensato normal, sensato por ser hombre, por ser marido y por ser padre. Como si el hecho de poseer tales estatus fuera realmente una garantía de corrección en la conducta. Devlin, en el ámbito penal, utiliza básicamente la misma idea y, por tanto, la misma retórica y las mismas generalizaciones. En su opinión, un Parlamento o un Tribunal deciden correctamente, y de forma democrática, cuando llegan a la misma elección que el buen padre de familia, el hombre decente, el conductor de autobús, o el hombre del jurado, “me gustaría referirme a él como el miembro del jurado ya que el juicio moral de una sociedad tiene

17. “How is the law-maker to ascertain the moral judgements of society? It is surely not enough that they should be reached by the opinion of the majority; it would be too much to require the individual assent of every citizen. English law has evolved and regularly uses a standard which does not depend on the counting of the heads. It is that of the reasonable man. He is not to be confused with the rational man. He is not expected to reason about anything and his judgement may be largely a matter of feeling. It is the viewpoint of the man in the street-or to use an archaism familiar to all lawyers-the man in the Clapham omnibus. He might also be called the right-minded man”.

18. Me limitaré a cuatro ejemplos. El honorable Matteo Salvini comentó así el procedimiento de infracción propuesto por la Comisión Europea para la deuda del trienio 2018-2020: “Si mi hijo tiene hambre y me pide que le dé comida, según ustedes, ¿respeto las normas de Bruselas o le doy de comer? En mi opinión, mi hijo es lo primero, mis hijos son 60 millones de italianos”. Y en el Memorial del Holocausto en Jerusalén dijo: “Como padre, como hombre, sólo después ministro, mi compromiso, mi corazón, mi vida porque esto no volverá a suceder”. El ex ministro Toninelli, en relación con el despreciable rechazo de las ONG, dijo que “como ministro y como padre de familia puedo decir que son imágenes terribles pero que deben convencernos para seguir adelante. Como padre, puedo asegurarlo: salvaremos vidas”. Matteo Renzi, durante el debate sobre la cuestión de confianza en el Gobierno de Conte, se dirigió a Salvini: “como un padre a un padre”. Y por último, el ex Primer Ministro Giuseppe Conte dijo: “Como en toda familia, el *pater familias* tiene el deber de mantener las cuentas en orden y yo me siento como un *pater familias*”.

que ser, necesariamente, algo sobre lo que puedan ponerse de acuerdo de manera unánime” (Devlin, 1965, p. 142 [63])¹⁹.

He aquí, pues, el argumento de Devlin: las opciones políticas y jurídicas de los Parlamentos, también y sobre todo en el ámbito penal, y las decisiones judiciales deben ser siempre armónicas con respecto al sentimiento social común y de manera particular a su componente más importante, la moral compartida por la mayoría. Sólo las elecciones y decisiones tomadas de esta manera pueden considerarse verdaderamente democráticas. Y elegir según la moral positiva significa decidir como lo haría el hombre común, el buen padre de familia.

Me limito a subrayar dos problemas, aunque, como creo es evidente, la lista podría ser mucho más larga.

1) En primer lugar, hay que destacar que la idea de democracia que constituye el trasfondo de las teorías de Devlin sobre el papel del derecho penal es claramente una idea que podríamos definir como preconstitucional y que, difícilmente, y a pesar de los intentos de los diversos populismos políticos y jurídicos contemporáneos, podría encontrar un lugar en la dimensión jurídica actual. Con el advenimiento de las Constituciones de posguerra, lo primero que ha desaparecido es la idea misma de poder atribuir una identidad definitiva al modelo ejemplar de ciudadano, capaz de encarnar ciertas virtudes morales que puedan servir de criterio de juicio a la hora de tomar determinadas decisiones públicas, políticas o jurisdiccionales. El ciudadano constitucional, a diferencia del preconstitucional, es simplemente una persona que hace de los principios constitucionales su ética pública, el hecho, pues, de que sea hombre o mujer, cristiano o musulmán, heterosexual u homosexual, es a los ojos de la Constitución completamente secundario, cuando no indiferente. Su característica principal consiste en el hecho de poder elegir “quién ser” o “quién poder llegar a ser”, elección que es posible precisamente por la presencia de aquellos principios que el ciudadano ha asumido como pilares de la ética pública constitucional. La tendencia contraria a doblegar las decisiones públicas para hacerlas armónicas con respecto a la “presunta” razonabilidad del buen padre de familia o del jurado, y dando por sentados todos los problemas de generalización del caso, no pertenece al paradigma constitucional, para satisfacción de quienes todavía hoy utilizan la retórica que está en la base de esa obsoleta tendencia en los más dispares foros.

19. “For my purpose I should like to call him the man in the jury box, for the moral judgement of society must be something about which any twelve men or women drawn at random might after discussion be expected to be unanimous”.

2) El segundo punto crítico se refiere a la cuestión de la tiranía de la mayoría. Varias veces en las páginas de *The Enforcement of Morals* Devlin, muy consciente del problema, tiende a suavizar algunas de sus tesis precisamente para evitar esta deriva, podríamos decir “casi schmittiana”. Por ejemplo, en cierto momento Devlin escribe que “el derecho no debería castigar aquello que no sobrepase los límites de la tolerancia. Afirmar que la mayoría desapruueba una determina práctica no es suficiente”. Ciertamente, esto evitaría la deriva mayoritaria que estamos temiendo. Pero si se observa más de cerca, la franqueza de Devlin es sólo aparente, porque un poco más adelante reaparece con exceso la habitual vena populista: “Aquellas personas que están insatisfechas con la actual legislación sobre la homosexualidad a menudo alegan que los detractores de la reforma se ven motivados por la simple repugnancia. Si ello fuera así, estaría mal, pero tampoco creo que la repugnancia, si es auténtica y se siente profundamente, pueda ser ignorada. Su presencia es un buen indicador de que se están alcanzando los límites de la tolerancia. No todo tiene que ser tolerado. Ninguna sociedad puede sobrevivir sin la intolerancia, la indignación y la repugnancia, que son las fuerzas que subyacen a las normas morales” (Devlin, 1965, pp. 143-144 [65])²⁰.

Casi al final de su libro, Devlin se quita la máscara y explicita de forma clara y definitiva su posición. El derecho penal, es decir, la parte del derecho en la que se penalizan determinadas conductas, puede tener cualquier contenido, porque de hecho no hay límites reales a la penalización. Cualquier cosa puede convertirse en un delito, incluso una inocente relación amorosa entre dos hombres completamente pacíficos y con consentimiento. El único límite que encuentra el derecho está constituido por el carácter social, es decir, por lo que, en un momento histórico determinado, cree la mayoría de las personas (ante todo desde el punto de vista moral), o quizás sería adecuado decir lo que esa mayoría “cree creer”. Si nuestras sociedades estuvieran pobladas por ángeles, la creencia de Devlin en su prójimo, el hombre medio, no sería motivo de preocupación. El problema es que el buen padre de familia, al igual que el conductor del autobús o el propio

20. “Nothing should be punished by the law that does not lie beyond the limits of tolerance. It is not nearly enough to say that a majority dislike a practice; there must be a real feeling of reprobation. Those who are dissatisfied with the present law on homosexuality often say that the opponents of reform are swayed simply by disgust. If that were so it would be wrong, but I do not think one can ignore disgust if it is deeply felt and not manufactured. Its presence is a good indication that the bounds of toleration are being reached. Not everything is to be tolerated. No society can do without intolerance, indignation, and disgust; they are the forces behind the moral law”.

miembro del jurado, puede expresar su repulsa e intolerancia a cualquier comportamiento, a cualquier minoría, sin límites.

No olvidemos que en los años en los que Devlin expresaba sus ideas, Enoch Powell, una de las principales figuras de la política británica (con un gran número de seguidores entre la clase trabajadora inglesa) pronunció en 1969 el infame *Rivers of Blood Speech*, en el que se pronunció abiertamente contra la inmigración, utilizando básicamente la misma retórica y las mismas generalizaciones estimadas por nuestro Devlin. Comenzó su discurso así: “He aquí un inglés honesto y corriente que, a plena luz del día en la ciudad donde vivo, se dirige a mí, su representante en el Parlamento, y me dice que este país no es digno de nuestros hijos” (Powell, 1969)²¹. Como nos recuerda C. Howard Wheeldon, que estuvo presente en el discurso de Powell, casi nadie del público se opuso a los comentarios racistas de Powell, todos estaban de acuerdo con él. El hombre medio, el protagonista de los libros de Devlin, el parámetro sobre el que medir las opciones legislativas y jurisdiccionales, era el mismo que en aquellos años hablaba de la pureza de la raza británica y del cierre de los puertos, por mencionar una vez más nuestro populismo, bajo el podio del conservador más extremo que ha tenido el Reino Unido. Pero, como bien señala Rodríguez Liboreiro, “si el criterio para saber si un gobierno es o no es democrático es hasta qué punto hace lo que dicta la mayoría, entonces aquellas dictaduras con un apoyo popular masivo pero sin elecciones libres serían democráticas” (Rodríguez Liboreiro, 2010, p. 32). Esta es, en conclusión, la paradoja a la que nos lleva el enfoque moralista y populista de Patrick Devlin.

Concluyendo, me parece evidente que a la “confianza” que Devlin otorga al buen padre de familia, y a través de él a la presunta mayoría social de los “buenos”, es mucho más preferible la “desconfianza” sobre la que descansa cualquier texto constitucional: qué es, en efecto, una Constitución sino precisamente eso, un acto de desconfianza, muy a menudo bien situado además, hacia lo que las mayorías elegirán ser en el futuro, hacia su capacidad de juicio moral y hacia lo que la gente elegirá para ejercer su intolerancia. Porque, guste o no a la mayoría, a la democracia plebiscitaria de autores como Schmitt y a la democracia del buen padre de familia de Devlin, los constituyentes prefirieron (afortunadamente) la democracia de principios como límite a la intolerancia, la indignación y la repugnancia de las mayorías.

21. “Here is a decent, ordinary fellow Englishman, who in broad daylight in my own town says to me, his Member of Parliament, that the country will not be worth living in for his children”.

3. EL POPULISMO PENAL DE HOY

Para concluir esta reflexión sobre la relación entre el derecho penal y la moral social, me gustaría ahora tratar de entender si el tan mencionado “populismo penal moderno”, especialmente en Italia, se puede remontar al modelo esbozado hasta ahora o si, como creo, presenta en cambio, frente a aquél, algunos elementos nuevos.

Comencemos diciendo que, al menos en lo que respecta a la Italia actual, existen dos tipos de populismo “de” y “en” el derecho penal. El primero, que probablemente se remonte a la experiencia de “Mani pulite”²², consiste en el uso instrumental del derecho penal para satisfacer la percepción social de lo que debe ser el derecho penal, principalmente para crear y fortalecer el consenso. Este es el caso cuando la moral social exige intervenciones drásticas y directas: el ciudadano medio de Devlin quiere primero la picota mediática y luego judicial, y el derecho penal, sin particulares miramientos, satisface plenamente estas exigencias, aunque para ello tenga que dejar de lado algunos de sus rasgos característicos, en primer lugar los vinculados a su vena garantista. Como señala Ferrajoli, “las garantías no forman parte de la cultura de masas y ni siquiera del sentido común. Los acusados, según la opinión actual, no se presumen inocentes, sino culpables. La garantía no forma parte del sentido común, que necesita, por desgracia, recurrir inmediatamente a chivos expiatorios. En definitiva, no es popular, y esto es suficiente para que el populismo lo rechace como un lujo para las almas bellas” (Ferrajoli, 2019). En otras palabras, si hoy el derecho penal italiano es máximo, musculoso, omnipotente²³, como muchos autores han denunciado repetidamente, la razón es fundamentalmente ella misma “populista”, es decir, sería un derecho penal que ha hecho suyos los sentimientos, los estados de ánimo y las percepciones del sentido común, que se ha dejado llevar por el asco social y el deseo de venganza, negándose en parte a sí mismo y a su propia naturaleza de garantista. Evidentemente, en casos como éste es difícil distinguir claramente entre causas y efectos, porque si es cierto que el derecho es tal, al menos en parte, por los deseos sociales, también es cierto al mismo tiempo lo contrario, es decir, que los deseos sociales son tales porque en parte son generados e inducidos por el instrumento jurídico. Sin embargo, creo que el mecanismo populista se origina en el sentido común y luego, a través del derecho, vuelve reforzado. La

22. Sobre el vínculo entre el populismo penal y la cultura de masas de “Mani pulite”, Donini (2020).

23. Sobre los conceptos de derecho penal mínimo y máximo, Baratta (1986), Ferrajoli (2000).

demanda de un derecho penal máximo proviene, sin duda, de la sociedad, viene consentida por los operadores del sistema represivo y esto, pero sólo al final, tiende, por tanto, a reforzar los elementos que ya estaban presentes en la comunidad social.

Luego está el populismo penal que podríamos definir como “securitario”, es decir, la estrategia destinada a obtener consenso apelando a un sentimiento distinto de la rabia y la sed de venganza, el sentimiento de miedo social, es decir, la demanda cada vez mayor de seguridad pública, cueste lo que cueste. A pesar de que Italia es uno de los países más seguros del mundo, la percepción social de inseguridad ha alcanzado ya un máximo histórico, lo que ha favorecido una expansión cada vez mayor de la función del derecho penal y, por tanto, el correspondiente debilitamiento de sus garantías tradicionales. Pero, ¿cómo es posible que el aumento de la seguridad real se corresponda con una inseguridad percibida siempre creciente? Ferrajoli es contundente en este punto, y es francamente difícil quitarle la razón: “La percepción de la inseguridad es [...] una construcción social, producida por esas fábricas de miedo en las que se han transformado los medios de comunicación y en particular la televisión. Si, de hecho, todos los asesinatos y las violaciones se transmiten por televisión, si se celebran debates e investigaciones periodísticas sobre ellos, si luego se siguen los juicios relativos en todas sus fases, se crea la sensación de que vivimos en la jungla. Es precisamente este miedo y la consiguiente demanda de castigo lo que el populismo político pretende interpretar y, antes incluso, alimentar como una fuente fácil de consenso” (Ferrajoli, 2019).

Aunque ambas formas de populismo penal tienen el mismo objetivo, a saber, generar y, si es posible, aumentar el consenso social, difieren, sin embargo, en el instrumento utilizado para lograr ese fin.

La primera forma de populismo, en este sentido más cercana al populismo tradicional de Stephens y Devlin, se presta a la rabia y a la maldad social incorporando a la esfera jurídica elementos irracionales claramente prejurídicos, cuando no realmente antijurídicos, creando así un *continuum* entre los instrumentos sancionadores del derecho y las demandas de represión de la sociedad. El derecho penal, en definitiva, se convierte así, y así quiere aparecer, en un arma a disposición del grupo social, porque sublima el siempre vivo deseo de venganza de la comunidad canalizando su rabia y, con ello, aumentando su consenso. Los legisladores y los representantes del gobierno quieren en muchos casos que la mayoría social vea el derecho penal, y en particular su lado más oscuro y represivo, como un aliado, como algo que básicamente les pertenece. Estamos muy cerca de Stephens, de Devlin, pero también de la sociología del derecho penal de Durkheim, y sobre todo de la idea de que el derecho penal no es, en el fondo, más que

la parte visible, si queremos la institucionalización, de la conciencia moral colectiva: “La vida social [...] tiende inevitablemente a tomar una forma definida y a organizarse: *el derecho no es más que esta misma organización en lo que tiene de más estable y más preciso*. La vida general de la sociedad no puede extenderse a ningún campo sin que la vida jurídica la siga al mismo tiempo y en las mismas relaciones. Por tanto, podemos estar seguros de encontrar —reproducidas en el derecho— todas las variedades esenciales de la solidaridad social” (Durkheim, 1962, p. 86). Y una coincidencia similar entre el populismo penal actual y estas viejas teorías puede encontrarse en relación con la función de la pena, concebida por Durkheim como “reacción pasional”, “venganza”, “expiación” (Durkheim, 1962 pp. 106-109) promulgada por la conciencia colectiva a través del derecho. Con la consecuencia de que, como subraya Cascavilla, “el sujeto que reacciona como ofendido ante la fuerza destructiva del crimen pidiendo expiación —en definitiva— es la conciencia colectiva, que representa una entidad que se forma de forma mecánica por yuxtaposición de elementos homogéneos y uniformes y que acaba adquiriendo una especie de existencia autónoma separada de las partes que la constituyen” (Cascavilla, 2018).

Cabe señalar a este respecto que, a pesar de que ya en la época de Durkheim “el sentimiento de venganza está hoy mejor conducido que antes” (Durkheim, 1962, p. 110), queda el hecho que, en opinión del sociólogo, “el alma de la penalidad” (*ibidem*) ha permanecido inalterada, a pesar del aparente proceso de civilización. En su opinión, el cambio en sus formas no ha ido acompañado de un cambio en su significado. En este sentido, la naturaleza del castigo debe buscarse “en la reacción emocional que estalla cuando se produce una violación de los sentimientos morales universales” (Garland, 1999, p. 70). Es como si la ofensa causada uniera en un solo flujo los sentimientos de venganza de los sujetos individuales, cerrando así “el círculo virtuoso abierto por la comisión del delito” (Garland, 1999, p. 71). La función del derecho penal, por tanto, dada la íntima vinculación que se establece con la moral social, sólo puede ser, también para Durkheim, la de “mantener intacta la cohesión social”.

Me parece que la primera forma de populismo identificada, el populismo que se pliega al deseo de castigo sin garantías, típico de nuestro tiempo, está en una relación de clara continuidad con estas posiciones teóricas.

La segunda forma de populismo, la que hemos definido como securitaria, se apoya, en cambio, en el sentimiento de miedo. El mecanismo es tan antiguo como el propio concepto de poder y se basa en un principio muy simple: cuanto más miedo sientan los sujetos sometidos a los dispositivos de poder, más tenderán a someterse espontáneamente a dispositivos cada

vez más invasivos. Y como la primera causa del miedo social consiste en la sensación de inseguridad, se deduce que afectar a la percepción social de la seguridad significa afectar a la propia capacidad de dominio. Porque cuanto más insegura es la gente, más desinformada está y más fácil es obtener su consentimiento. Sin remontarnos demasiado atrás, un importante laboratorio en el que se ha experimentado de forma consistente este mecanismo de dominación se encuentra ciertamente en la experiencia posterior al 11 de septiembre en Estados Unidos, cuando, tras el terror que siguió al atentado terrorista más grave de la historia, el gobierno de Bush emprendió una política de seguridad de carácter puramente populista. Una vez que los estadounidenses se sintieron aún más inseguros de lo que ya estaban después del ataque a las Torres Gemelas, fue relativamente fácil para el gobierno hacerles aceptar la idea de un derecho penal “ilimitado”, en el que de repente se normalizó suspender el *habeas corpus* y reintroducir la tortura. Porque al hacerlo se unió al pueblo contra sus enemigos islámicos, se reforzaron los valores de solidaridad y, sobre todo, se acercó a las élites políticas a los ciudadanos y a sus sentimientos de rabia mezclados con miedo.

Dicho esto, y más allá de las diferencias señaladas, lo cierto es que el populismo penal, independientemente de si cabalga sobre la rabia o mitiga el miedo, tiene un y sólo un objetivo, lograr el consenso y, por tanto, unir, homologar y situar al diferente en los márgenes. Todo ello haciendo sentir a la gente que siempre está en el lado correcto, unida por el hecho de ser depositaria de alguna verdad moral autoevidente. Por lo tanto, el hecho de que un ministro rece durante un mitin público, que exhiba un rosario en todas sus salidas, que se vista como lo haría el ciudadano medio de Devlin en un paseo dominical, todo esto adquiere de repente, cuando se lee desde la perspectiva adecuada y en una relación de continuidad con la historia del populismo en el pasado, un significado estratégico mucho más preciso de lo que se podría pensar. Es una estrategia precisa de consenso, es populismo político. Y cuando la misma lógica se adopta en el ámbito jurídico, criminalizando conductas sólo porque satisfacen determinados sentimientos sociales, o saltándose las garantías del derecho penal constitucional porque son consideradas por la mayoría de la comunidad social “un lujo para las almas bellas”, el populismo político se convierte en populismo penal, un populismo mucho más peligroso y penetrante.

Dicho todo esto, y en un intento de responder a la pregunta de la que partimos, es decir, la relación entre el populismo actual y el populismo tradicional, mi idea es que existe una relación de evidente continuidad entre ambos. Me parece que sus contenidos, argumentos y objetivos son completamente comparables. La única diferencia real, que es muy significativa y tiene importantes consecuencias, tiene que ver con los diferentes contextos

en los que han operado y operan estos populismos. El nuevo populismo penal, que en este sentido es único en su género, tiene lugar dentro de un sistema jurídico que es por definición antipopulista, porque ha preferido la democracia de los límites y los principios constitucionales a las democracias plebiscitarias, a la democracia del recuento de manos levantadas. En un contexto constitucionalizado, el derecho penal, si quiere ser legítimo, no puede sino ser fisiológicamente garantista, el hecho de que responda o no a los sentimientos de justicia del grupo social es, en este contexto, completamente irrelevante. Y ese carácter no parece negociable, y mucho menos revisable. Ninguna mayoría puede cuestionar la función del derecho penal y los límites de su ejercicio, porque hacerlo pondría, y de hecho lo hace, en grave peligro su propia legitimidad y la estabilidad del sistema jurídico en su conjunto. Y el hecho de que las leyes penales no sean retroactivas, que no puedan ser interpretadas de forma analógica, el principio de taxatividad, el principio del *favor rei*, de la presunción de inocencia, e incluso todas las garantías previstas para el debido proceso, sólo por mencionar los requisitos y principios más conocidos, como señala Donini, constituyen en conjunto el límite “al derecho penal como arma, como espada, como mal. [...] Son los que hacen que *sea un derecho legítimo* y no el *ius* de una violencia de Estado traducida en *leges*. Los tratados de derecho penal están llenos de un derecho que no es legítimo como tal: son las categorías e instituciones que han formado los ladrillos de nuestro universo preconstitucional desde la época anterior a la Ilustración. Una “preciencia” respecto al garantismo, que muchos han confundido con la ciencia descriptiva propiamente dicha: dogmática, sistemática *old fashioned*” (Donini, 2019).

De ello se puede deducir que el populismo de nuestro tiempo, en su intento de hacer el derecho penal cada vez menos garantista y más violento, encarna una actitud indudablemente *preconstitucional*, además de ser, obviamente, en muchas de sus manifestaciones, también *anticonstitucional*. La razón es muy sencilla, como ya hemos dicho en relación con Devlin y su idea de democracia: a la confianza incondicional que los populismos jurídicos atribuyen a la capacidad de discernimiento moral de la mayoría social, Europa, o una buena parte de ella, ha preferido la desconfianza que las Constituciones manifiestan hacia esas mismas mayorías, que son legítimas no sólo en cuanto son “mayoría”, sino porque su voluntad se desenvuelve de forma armónica respecto a la ideología constitucional, a la ética pública de la que está imbuido el sistema constitucional. Se hace referencia, en particular, a “la paradoja de una ética que por definición es, sí, pública (de todos), pero al mismo tiempo, siempre e inevitablemente, caracterizada en un sentido axiológico (sesgado). Al ser precisamente una metaética, por su naturaleza digiere mal tanto la presunción del objeti-

vismo como la ilusión del hipersubjetivismo, para situarse en cambio en el plano razonable de la intersubjetividad. Sin embargo, no se limita al cumplimiento de las normas técnicas de procedimiento (democracia), sino que se caracteriza fuertemente en el plano político. Esto significa que “el rey está desnudo”: es decir, las Constituciones son “de todos” (ética pública general), pero no están “vacías” (políticamente neutrales)” (Spadaro, 2010). Y esta ética pública constitucional encuentra su principio inspirador en la idea de límite, en este sentido prioritaria o en todo caso necesariamente cooriginaria respecto a la de derecho. De ello, y en síntesis, se deduce que cualquier intento político y social de superar este límite para recuperar modelos jurídicos del pasado es esencialmente un proyecto sin legitimidad. Si, por tanto, los populismos tradicionales estaban legitimados por los sistemas políticos y jurídicos en los que se practicaban, no puede decirse lo mismo de estos nuevos populismos de la era constitucional, que nacen ilegítimos, en primer lugar, por ser ideológicamente incompatibles con los fundamentos de la ética pública constitucional que, aunque abierta e inclusiva, exige, al menos, compartir sus presupuestos ideológicos y morales. “Si esto es cierto —comenta además Spadaro— ni el populismo (que podría definirse como una degeneración de la democracia), ni el soberanismo (que aparece en contraposición a las teorías universalistas de los derechos) parecen, por tanto, compatibles con el “constitucionalismo”, que en cambio constituye una ética pública inclusiva y heterocéntrica, al menos en la acepción ampliamente común y, al menos hasta hace poco, aparentemente no controvertida del término” (Spadaro, 2020, p. 3877).

De ahí se deriva otra característica distintiva del populismo contemporáneo, mucho más inquietante que la anterior aunque derive de ella, y que consiste en que “el consenso popular es perseguido, por los populismos actuales, no sólo en lo que se refiere a medidas punitivas, sino también en lo que se refiere a políticas y prácticas que consisten en abiertas violaciones de los derechos humanos de las personas y, a veces, en verdaderos crímenes” (Ferrajoli, 2019). Si el populismo tradicional examinado en los párrafos anteriores parecía reaccionario, porque tendía a mantener el *satus quo*, *in primis* jurídico, aprovechándose de la cohesión y la presunta integridad moral de la mayoría social, el nuevo populismo penal es, en cambio, subversivo, porque se apoya en los mismos elementos irracionales, tiende a subvertir el orden constitucional existente al intentar sobrepasar constantemente los límites, sobre todo, los fijados por los derechos fundamentales. Como señala Ferrajoli, “el populismo penal consiste en la búsqueda de consensos no apelando al miedo a la delincuencia callejera y al endurecimiento de las penas, sino haciendo alarde de políticas en sí mismas ilícitas, consistentes en lesiones masivas a los derechos humanos” (Ferrajoli, 2019).

Hay muchos ejemplos en los últimos años, y ciertamente este no es el lugar apropiado para revisarlos, pero creo que las políticas europeas e italianas en particular sobre los migrantes se explican por sí mismas. Pensemos en el llamado “cierre de los puertos” ordenado por el gobierno de Conte, una medida discriminatoria tomada en contra de algunas normas internacionales básicas, empezando por las disposiciones sobre la falta de asistencia del Convenio de Hamburgo de 1978, y luego exhibida como una cabellera en sede política. Creo que esta es la quintaesencia del populismo penal contemporáneo, el populismo penal 2.0, una estrategia que no se limita como en el pasado a crear consensos, sino que pretende desmontar pieza a pieza el *statu quo* constitucional proporcionando una representación de los límites constitucionales a la intolerancia, la indignación y la repugnancia de la mayoría social, por citar de nuevo a Devlin, como cargas inútiles del pasado que lastran la pronta reacción gubernamental. Con la consecuencia de que el populismo prefiere su rapidez y prontitud a la racionalidad y previsibilidad de la acción, independientemente de los valores que transmiten, ya que son percibidos por la conciencia colectiva como señales de eficacia en sí mismos. Estoy completamente de acuerdo con Spadaro cuando sostiene que “por estas (y otras) características, el populismo es la forma más peligrosa, y hoy extendida, de la patología democrática, incluso cuando asume las formas más atractivas de la democracia “de sondeos” o incluso “telemática”. El peligro depende esencialmente del hecho de que, al menos en apariencia, el Estado constitucional no se está desmantelando, sino que se está “corroyendo” lenta y progresivamente desde dentro —como solía decirse “pieza a pieza”— hasta el punto de que la opinión pública, sometida a largas técnicas de manipulación, tiene dificultades para percibir, o incluso deja de percibir, la crisis de la legalidad constitucional” (Spadaro, 2010, p. 2026).

Una forma muy solapada de populismo, por tanto, que no sólo constituye, por las razones expuestas, una conducta ilegítima y muchas veces ilegal en sí misma, sino que es capaz de producir una cascada de daños irreparables a largo plazo, extendiendo cada día más la desconfianza hacia las llamadas “castas”, ya sean magistrados, políticos o técnicos en general, es decir, aquellos que, más allá de cualquier relato populista distorsionado, saben o se supone que saben de qué están llamados a ocuparse. En realidad, el término “casta” es utilizado por los populistas de forma muy distorsionada, malintencionada y, diría, contradictoria, *in primis* porque, como nos está enseñando la historia reciente y en referencia exclusivamente al ámbito político, basan su actuación en una ideología “anti-casta”, constituyéndose en la nueva casta que sustituye a la anterior. La cuestión es que el concepto de “casta”, como clase o grupo “cerrado o de difícil acceso”, no es en sí

mismo erróneo, ni es incompatible con la democracia constitucional. Por el contrario, entendido en el sentido correcto, es decir, como un “lugar” al que pueden acceder quienes poseen ciertos requisitos (culturales sobre todo), el término se convierte en sinónimo de meritocracia. Esta es precisamente la contradicción en la que parece caer el populismo: critica a las “castas” como clases de privilegiados sin mérito, y propone como solución la creación de una nueva “casta” compuesta por “hombres de la calle”, es decir, una forma de “mediocracia”²⁴. El problema es que la “mediocracia” no es, ni puede ser meritocrática, por razones que pertenecen a su propia estructura interna.

Parece cerrarse el círculo. Volvamos una vez más a la apología y exaltación del “hombre medio”, del “*man on the Clapham omnibus*” de Devlin y a la idea de que las decisiones públicas, ya sean las de obligar a cientos de migrantes a subir a un barco o las de condenarlos directamente a una muerte segura en alta mar despreciando el derecho internacional vigente, son aceptables si reflejan lo que cualquier ciudadano “honesto y libre” considera “justo”, “adecuado”, “correcto”. Si el ciudadano en cuestión, al igual que el ministro que toma personalmente esas decisiones, sabe poco o nada de derecho constitucional e internacional, si desconoce la idea misma de los derechos fundamentales y si, sobre todo, no comparte los valores fundamentales del sistema constitucional, poco importa. Para los populistas, lo que realmente importa es que la gente se quede con un sentimiento de patriotismo y nacionalismo, que está implícito en estas medidas, para que, además de la cohesión social, aumenten sus votos en las próximas elecciones.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Baratta, A. (1986). Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale. En Baratta, A. (ed.). *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*. En *Dei delitti e delle pene*, 3, pp. 443-473.
- Brougham, H. (1839). *Historical Sketches of Statesmen Who Flourished in the Time of George III*. Londres: Charles Knight.
- Cascavilla, M. (2018). La sociología del derecho penal de Emile Durkheim. *Studi di sociologia*, 3, pp. 273-290.
- Deneault, A. (2017). *La mediocracia*. Venezia: Neri Pozza.
- Devlin, P. (1965). *The Enforcement of Morals*. Oxford: Oxford University Press [La imposición de la moral. Trads. Ramiro, M. A., Rodríguez Liboreiro, A. y Sosa, M. Madrid: Dykinson, 2010].

24. Sobre el concepto de “mediocracia”, Deneault, 2017.

- Devlin, P. (1979). *The Judge*. Oxford: Oxford University Press.
- Donini, M. (2019). Garantismo penale oggi. *Discrimen*. Disponibile en <https://discrimen.it/wp-content/uploads/Donini-Garantismo-penale-oggi-1.pdf>
- Donini, M. (2020). Populismo penale e ruolo del giurista. *Sistema penale*. Disponibile en <https://www.sistemapenale.it/it/articolo/donini-populismo-penale-ruolo-del-giurista>
- Durkheim, E. (1962). *La divisione del lavoro sociale*. Milán: Edizioni di Comunità.
- Ferrajoli, L. (1986). Il diritto penale minimo. En Baratta, A. (ed.). *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*. En *Dei delitti e delle pene*, 3, pp. 493-523.
- Ferrajoli, L. (2000). Sul diritto penale minimo (risposta a Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini). *Il Foro Italiano*, 123, 4, pp. 125-132.
- Ferrajoli, L. (2019). Il populismo penale nell'età dei populismi politici. *Questione giustizia*, 1. Disponibile en https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/il-populismo-penale-nell-eta-dei-populismi-politici_627.php
- Fize, W. (2020). The Homosexual Exception? The Case of the Labouchère Amendment, *91 Printemps*. Disponibile en <https://journals.openedition.org/cve/7597>
- Garland, D. (1999). *Pena e società moderna. Uno studio di teoria sociale*. Milán: Il Saggiatore.
- Mill, J.S. (1981). *Autobiography and Literary Essays*. J.M. Robson, J. Stillinger ed., En *The Collected Works of John Stuart Mill*, vol. 1. Toronto-Londres: University of Toronto Press.
- Mill, J. S. (2000). *Sulla libertà*. Milán: Bompiani [*Sobre la libertad*. Madrid: Alianza, 2005].
- Mollina, G. (2000). Introduzione. En Mill, J.S. *Sulla libertà*. Milán: Bompiani.
- Pino, G. (2016). Diritto e morale. En *Che cos'è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*. Turín: Giappichelli.
- Pulliam, M. (2018). A Victorian case for Ordered Liberty. En *Law and Liberty*. Disponibile <https://lawliberty.org/classic/victorian-case-ordered-liberty-equality-fraternity-james-fitzjames-stephen/>
- Rodríguez Liborero, A. (2010). Estudio Introductorio. En P. Devlin, *La Imposicion de la moral*. Madrid: Dykinson.
- Spadaro, A. (2010). Costituzionalismo versus Populismo. En Brunelli, A. Pugiotto y P. Veronesi (eds.). *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite del potere*. Nápoles: Jovene, Napoli.
- Spadaro, A. (2020). Dalla “democrazia costituzionale” alla “democrazia illiberale” (populismo sovranista), fino alla....“democrazia”. *Saggi-DPCE on line*, 3, pp. 3875-3898.
- Stephens F.J. (1993). *Liberty, Equality and Fraternity*. Indianapolis: Liberty Fund.
- Strasser, M. (2006). Lawrence, Mill and Same Sex Relationship: on Values, Valuing, and the Constitution. *Southern Californian Interdisciplinary Journal*, 15, pp. 285-306.