

---

---

JOSE ANTONIO RAMOS PASCUA  
(Universidad de Salamanca)

**Promoción activa e imposición coactiva de la moral.  
Examen de la postura de H. L. A. Hart**

I

Intentaré examinar en las páginas siguientes uno de los muy diversos aspectos de las relaciones entre el Derecho y la moral: el tema, tan clásico como controvertido, de la imposición de ésta mediante aquél.

Pocos dudan de la necesidad de que ciertas normas morales básicas, como las que prohíben, por ejemplo, el homicidio o el robo, gocen del respaldo del Derecho, dado que su incumplimiento generalizado pondría en peligro la existencia misma de la sociedad. Lo admite expresa y claramente el propio H. L. A. Hart; a pesar de que, como se sabe, fundamenta su adscripción al positivismo jurídico en la aceptación de la tesis de la inexistencia de una conexión necesaria entre Derecho y moral. No parece fácil conciliar éste tan venerado dogma positivista con su idea de que los valores universales esenciales deben ser asegurados por el Derecho (1), y en general, con toda su doctrina del contenido mínimo del Derecho natural (2). Pero ese es un problema del que no nos vamos a ocupar aquí.

(1) Cfr. H. L. A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Stanford, Stanford Univ. Press, 1963, pp. 70-71.

(2) Supone tal doctrina el reconocimiento de que «dada la supervivencia como objetivo», y teniendo en cuenta ciertas verdades obvias sobre la naturaleza humana, debe admitirse que las normas jurídicas han de coincidir necesariamente con las morales en la inclusión de un cierto contenido específico. Cfr. H. L. A. HART, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, pp. 239-47.

Son muchos, por otra parte, los que albergan serias dudas sobre la conveniencia de imponer jurídicamente otras normas morales aparentemente menos básicas como, por ejemplo, las que prohíben la práctica de la homoesexualidad, el incesto, el adulterio, la prostitución, la poligamia, la profanación de símbolos venerados o de cadáveres, la eutanasia, el consumo de drogas, o la crueldad con los animales. Hart se cuenta también entre los más relevantes exponentes de dicha actitud. Y precisamente sobre su pensamiento en torno a este problema de la imposición por el Derecho de la que se ha dado en llamar «moral privada», incidirá nuestro estudio; confiando en que la discusión desbroce el camino hacia alguna conclusión plausible en un tema tan delicado como el propuesto.

La distinción antes apuntada entre normas morales que el Derecho debe indudablemente imponer y aquéllas otras cuya imposición jurídica resulta más que discutible, se encuentra ya formulada con notable claridad nada menos que por Santo Tomás de Aquino. Ante la cuestión de si incumbe o no a la ley humana reprimir todos los vicios, responde que, dada la multitud y diversidad de personas a las que va dirigida y dado que entre ellos «una gran mayoría es de imperfectos en la virtud», la ley humana «no prohíbe todos los vicios de los cuales se obtienen los virtuosos, sino sólo los más graves; aquéllos que la mayor parte de la multitud puede evitar, y sobre todo los que van en perjuicio de los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría sostenerse. Así, la ley humana prohíbe el homicidio, el robo y otros males semejantes» (3). El texto ofrece una tesis que presenta sorprendentes coincidencias con la que mucho tiempo después vendrá a sostener J. S. Mill. No obstante, debe advertirse que la tesis se ve notablemente matizada en las líneas subsiguientes a las citadas. Se afirma allí que la ley humana pretende inducir a los hombres a la virtud, aunque no repentina sino gradualmente, para evitar que por exigir a «los imperfectos» más de lo que pueden cumplir, acaben cumpliendo incluso mucho menos. Es precisamente por esa necesidad de que la inducción sea gradual por lo que la ley humana no impone a todos «desde un principio» las obligaciones propias de los ya virtuosos (4). Según lo anterior, para Santo Tomás la no represión de todos los vicios por parte del Derecho sería una solución válida sólo provisional o transitoriamente y valiosa no en sí misma sino únicamente para evitar males mayores.

(3) Cfr. *Suma Teológica*, 1-2, q.96, a.3.

(4) *Ibid.*

En el ámbito cultural anglosajón el punto de partida y auténtico «locus classicus» de la distinción que nos interesa debe buscarse en la célebre obra del ya aludido J. S. Mill, «On Liberty». Se trata de un ensayo ideado para aportar criterios reguladores de la intervención compulsiva de la sociedad, mediante el Derecho o la opinión pública, sobre el individuo: «El único fin cuyo logro justifica que los hombres, individual o colectivamente, estorben la libertad de acción de alguno de ellos es la defensa propia. El único propósito para cuya consecución puede ejercerse rectamente el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es impedir el daño a otros. Su propio bien físico o moral no es justificación bastante ... La única parte de su conducta de la que alguien es responsable ante la sociedad es la que concierne a otros. En la parte que sólo le concierne a sí mismo su independencia es, de derecho, absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano» (5). Destaca en el párrafo escogido, que por lo demás refleja con bastante nitidez la ideología liberal del Estado policía o vigilante nocturno, la proclamación de un criterio restrictivo de la legítima intervención coactiva del Derecho. Un criterio que, por cierto, ya encontramos en el texto antes citado de Santo Tomás, aunque allí no jugaba un papel tan central: el criterio del daño a otros. Su aplicación supone que sólo las normas morales cuya violación redunde en daño a otros podrán justificadamente ser impuestas mediante el despliegue de la fuerza del Derecho. No así aquéllas otras englobables en lo que algunos han denominado «moral privada», cuya infracción resulte inocua o dañina sólo para el propio infractor.

La tesis de Mill, a pesar de su notoria capacidad persuasiva, durante mucho tiempo apenas halló eco en la práctica jurídica británica. Pero en 1957 se encontró de nuevo enarbolada en el denominado «Informe Wolfenden», dictamen elaborado por cierta comisión encargada oficialmente de estudiar la oportunidad o inconveniencia de excluir de la lista de los delitos la homosexualidad y la prostitución. Dicha comisión fundamentó su parecer en ideas generales sobre la función que, a su entender, debería desempeñar el Derecho respecto a las prácticas examinadas. En ese campo, asevera el informe, es su función «salvaguardar el orden público y la decencia, proteger al ciudadano de lo que sea ofensivo o injurioso, y ofrecer defensas suficientes contra la explotación o corrupción de otros, particularmen-

(5) Cfr. J. S. MILL, *On Liberty*, London-New York, Oxford Univ. Press, 1954, p. 15 (la traducción es mía).

te de aquéllos que son especialmente vulnerables a causa de su juventud, debilidad corporal o mental, inexperiencia o situación de especial dependencia física, oficial o económica. No es la función de Derecho, a nuestro juicio, intervenir en las vidas privadas de los ciudadanos o intentar imponer algún modelo determinado de comportamiento en mayor medida de la necesaria para lograr los propósitos que hemos perfilado» (6). Se recomendó, en fin, que las prácticas homosexuales realizadas voluntariamente entre adultos y en privado así como la prostitución exenta de pública indecencia, dejaran de considerarse constitutivas de delito. Una vez más, el criterio restrictivo de la intervención compulsiva del Derecho sería el del daño a otros; que en este caso parece ampliarse considerablemente al abarcar también daños que pueden considerarse «morales», como la corrupción o la ofensa. En cualquier caso, el informe insiste en afirmar tajantemente que «debe preservarse un reino de moralidad e inmoralidad privada que, dicho breve y crudamente, no es asunto de Derecho» (7). Aunque la idea, como sabemos, no era nueva, una declaración tan contundente y en cierto modo provocativa, no podía dejar de suscitar reacciones. Y, efectivamente, la tesis básica del Informe Wolfenden fue prontamente impugnada por P. Devlin, a la sazón juez del «Queen's Bench» y posteriormente miembro de la «House of Lords». Hombre con fama de liberal (8), al menos hasta entonces. Devlin pretende demostrar que no es posible definir una esfera de moralidad privada y, consecuentemente, que no pueden establecerse «a priori» límites en relación a la clase de comportamientos que el Derecho puede justificadamente prescribir o proscribir. Su razonamiento es sencillo. Considera que toda sociedad presupone cierta comunidad de ideas políticas y morales sin las que sería impensable su subsistencia. Bastaría una ojeada a la Historia para advertir «que el aflojamiento de los lazos morales constituye a menudo la primera etapa de la desintegración social» (9). Siendo ello así, la sociedad estaría autorizada para proteger ese imprescindible vínculo de unión; del mismo modo que lo estaría para preservar un gobierno establecido o las restantes instituciones que le son esenciales.

(6) *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Cmd. 249 (1957), New York, Lancer Books, 1964, para. 13.

(7) *Ibid.*, para. 61.

(8) Cfr., por ejemplo, B. MITCHELL, *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, London-Oxford, OUP, 1970, p. 18.

(9) Cfr. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, London-Oxford, OUP, 1964, p. 13. (Hay traducción al castellano de J. S. DE LOS TERREROS en «La Filosofía del Derecho», México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 128-58).

les (10). Cualquier inmoralidad causaría un daño público, en cuanto es, por su naturaleza, capaz de amenazar la existencia de la sociedad. Por ello, debe ser también susceptible de represión mediante el Derecho; cuya lícita irrupción no debería restringirse a los casos en que se producen daños a determinadas personas, sino que deberían poderse aplicar, si fuera necesario, a los que provocan un daño público, general.

Las tesis de Devlin, cuyos rasgos fundamentales hemos delineado, provocaron una auténtica tormenta dialéctica cuyos últimos truenos aún resuenan de cuando en cuando en el firmamento filosófico-jurídico. Hart representó un papel muy destacado en el fenómeno. Como otro Zeus lanzador de rayos, sacó a la luz pública una serie de escritos sucesivos (como si nunca acabase de quedar del todo convencido de sus propias razones), dotados de la agudeza y brillantez a que nos tiene acostumbrados. Despliega allí una gama tan rica de argumentos dirigidos a refutar la doctrina de Devlin, que resulta difícil encontrar en los ensayos de otros críticos alguno pertinente que él no haya formulado también. Por eso, y porque la obra de Devlin ya ha sido bastante vareada (y no sólo en el metafórico sentido de «examinada»), creo más fructífero centrar aquí la discusión en las principales apreciaciones críticas de Hart, que suponen un paso más avanzado en el proceso de la polémica (11).

## II

Agruparemos las críticas en tres grandes apartados. En el primero incluiremos las tendentes a negar la existencia de una única moral social y a impugnar, caso de admitir su existencia, la imposición coactiva de la misma, dada su posible arbitrariedad y hasta brutalidad. En el segundo se contendrán las dirigidas a refutar la idea de que la violación de las normas de una hipotética moral positiva privada pueda dañar a otros o provocar la destrucción de la sociedad. El tercero y último recogerá la objeción de que aun en el supuesto de que la violación de las normas de la moral privada cause algún daño a otros, será siempre un daño menor del que causaría su imposición coactiva mediante el uso del Derecho.

(10) *Ibid.*, pp. 11, 13.

(11) Un buen estudio en castellano de la polémica puede encontrarse en J. R. DE PÁRAMO ARGÜELLES, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 357 y ss.

1. Algunos autores han rechazado abiertamente la idea de que las convicciones morales de las sociedades contemporáneas sean claras y unánimes. Tal unanimidad sería sencillamente ilusoria «en una sociedad basada en la libertad de crítica y que es pluralista, en cuanto ajena al carácter monolítico de una sociedad rigidamente doctrinaria, bien al corte fascista, comunista o teocrático» (12). Niegan, por tanto, el presupuesto mismo sobre el que de hecho se asienta la doctrina que considera al Derecho como el medio idóneo para establecer la moral: la existencia de un consenso moral comunitario o, en términos más usuales, de una moral social. En las naciones modernas, argumentan, suelen convivir grupos étnicos y religiosos muy heterogéneos, de modo que es inevitable el pluralismo cultural y de credos. La existencia de una moral comunitaria no sólo es dudosa sino que sería incluso dañina, en cuanto vendría a suponer una manzana de discordia y un obstáculo al progreso social.

En ocasiones, Hart parece adoptar una actitud semejante a la expuesta, aunque algo más matizada. Afirma, por ejemplo, que sería «ingenuo sociológicamente» asumir que en las sociedades contemporáneas exista un verdadero consenso moral, al menos en relación a la moralidad sexual. «El hecho de que se alabe hipócritamente una moral sexual oficial no debería inducirnos a olvidar la posibilidad de que en materia sexual, como en otras, puedan concurrir varias morales recíprocamente tolerantes» (13). Por otra parte, y en aparente contradicción con lo anterior, no duda en aceptar la existencia de lo que denomina «moralidad popular» (14), «sentimiento moral

(12) Cfr. W. FRIEDMAN, Recensión a «Law, Liberty, and Morality» (de Hart), en «Natural Law Forum», vol. 9, 1964, p. 153. Entre otros autores que niegan asimismo la existencia de consenso moral en las comunidades modernas, cabe citar a R. WOLLHEIM, *Crime, Sin, and Mr. Justice Devlin*, en «Encounter», nov. 1959, p. 38; T. HONDERICH, *Punishment. The Supposed Justifications*, Pelican Books, 1984, p. 195; B. M. LEISER, *Liberty, Justice, and Morals. Contemporary Value Conflicts*, New York, MacMillan Pub., 1979, pp. 26-7.

(13) Cfr. H. L. A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, op. cit., p. 63. Afirmaciones semejantes pueden hallarse en la p. 68 de la obra citada, así como en *The Enforcement of Morality*, en «The Morality of the Criminal Law», Oxford, OUP, 1965, pp. 40-1: «en relación a la moralidad sexual puede advertirse en la sociedad contemporánea que la sociedad es, desde el punto de vista moral, una estructura plural, que comprende en sí misma varias modalidades recíprocamente tolerantes», y en *Social Solidarity and the Enforcement of Morality*, en «Univ. of Chicago Law Review», vol. 35, 1967-8, pp. 1-13. (Cito por su reproducción en «Essays in Jurisprudence and Philosophy», Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 262.)

(14) Cfr. *Immorality and Treason*, en «The Philosophy of Law», ed. by R. DWORKIN, Oxford, OUP, 1977, pp. 83-8. (Cito por la traducción al castellano en «La Filosofía del Derecho», loc. cit., p. 163.)

general» (15), «moral social prevaleciente» (16), «moral positiva» (17), «código moral aceptado por la comunidad» (18), etc. Terminología ésta con la que no parece querer limitarse a designar la comunidad de opiniones morales que sobre ciertas materias como el robo, el homicidio, etc., considera imprescindibles para que la sociedad en que vivimos merezca ese nombre, sino que parece abarcar incluso aquellas opiniones morales que conformarían la denominada moral privada (19). Unas y otros conformarían la moral compartida que Hart reconoce «esencial para que exista cualquier sociedad» (20).

Contradicciones o ambigüedades aparte, la doctrina de Hart, en la que, a mi juicio, prevalece la inclinación a aceptar la existencia de una moral social o positiva, puede considerarse razonable. Por lo demás, debe reconocerse que, ciertamente, nuestras sociedades modernas se caracterizan por su pluralismo; pero incluso en ellas hay límites a la tolerancia y eso nos hace sospechar, con M. P. Golding, que la viabilidad de una sociedad pluralista presupone algún acuerdo o núcleo de moralidad compartida entre las diferentes moralidades (21). Sea ello como fuere, lo cierto es que la cuestión de la existencia o inexistencia de una moralidad comúnmente aceptada, que abarque también a la moral privada, seguramente sólo podrá ser resuelta cuando se cuente con una adecuada investigación sociológica sobre el problema. Entretanto, me parecen convenientes las palabras con que comienza R. Dworkin uno de sus artículos: «Es indudable que la mayoría de los norteamericanos y de los ingleses creen que la homosexualidad, la prostitución y la publicación de material pornográfico son inmorales» (22). Habría que admitir, en suma, la exis-

(15) *Ibid.*, p. 167.

(16) Cfr. *Law, Liberty, and Morality, op. cit.*, p. 69.

(17) *Ibid.*, pp. 20, 21, 22, 27.

(18) Cfr. *The Enforcement of Morality, op. cit.*, p. 32.

(19) Cfr., por ejemplo, *Social Solidarity and the Enforcement of Morality, op. cit.*, p. 257. Afirma allí que existen ciertas partes del código moral (parece que se refiere a la moral sexual precisamente) que no son esenciales para la existencia de una sociedad. Reconoce, pues, que forman parte del código moral.

(20) Cfr. *Law, Liberty and Morality, op. cit.*, p. 51.

(21) Cfr. M. P. GOLDING, *Philosophy of Law*, Englewood Cliffs, New Jersey, Prentice-Hall, Inc., 1975, p. 65. En realidad, el pluralismo moral de nuestras sociedades me parece más ilusorio que real, pues en ellas concurren una moral mayoritaria dominante (la que podríamos llamar humanista-cristiana) con otras minoritarias y casi puramente marginales.

(22) R. DWORKIN, *Libertad y moralismo*, en «Los derechos en serio», Barcelona, Ariel, p. 349. En sentido semejante se pronuncia J. W. HARRIS, *Legal Philosophies*, London, Butterworths, 1980, p. 125. Considera evidentemente que la mayoría de la gente en las sociedades cristianas considera inmoral la homosexualidad, el incesto o la bestialidad, del mismo modo que en las sociedades islámicas se considera inmoral consumir alcohol, y en las hindúes matar vacas.

tencia de al menos cierto consenso moral, incluso en relación a las cuestiones de moralidad privada.

Otro problema digno de consideración y sobre el que se han centrado diversas críticas es el de cómo determinar, en la práctica, las opiniones morales de la sociedad que el Derecho habrá, en su caso, de imponer. Según la respuesta ofrecida por Devlin, deberá reputarse contrario a la moral social todo aquello que provoque un verdadero sentimiento de reprobación, una reacción de «intolerancia, indignación y repugnancia» en cualquier persona de recto entendimiento (23). La fórmula precedente ha sido acogida con visible escepticismo por la mayor parte de los autores que han tratado el tema. También Hart deja caer algunas de las principales objeciones pertinentes. Observa que dicha fórmula incurre en el error de confundir el mero disgusto instintivo con la verdadera condena moral (24). Alega que la identificación del hombre de recto entendimiento («right minded person») no puede lograrse sin circularidad, porque por una parte necesitaríamos un previo conocimiento de la moral social para identificarlo, y por otra necesitaríamos haberlo identificado para averiguar cuál es la moral social. Advierte, por fin, del peligro de que el método propuesto por Devlin consienta que se haga pasar por moral social lo que sólo es «una proyección de la propia moral del juez o de la clase social a la que pertenece» (25). Las críticas apuntadas ponen de relieve, en suma, y así debemos reconocerlo, la dificultad de establecer los criterios que hagan cognoscible con alguna precisión, en una sociedad compleja, la moralidad comúnmente reconocida.

Existe, sin embargo, una objeción más decisiva. Como hemos podido comprobar, la moralidad que, a juicio de Devlin, debe el Derecho tener en cuenta y llegado el caso imponer, es la moralidad positiva, la moralidad aceptada «de facto» en la sociedad de que se trate. La razón fundamental estribaría en que al Derecho le interesa sólo la función efectiva de cohesión social que dicha moral desempeña, y no su aceptabilidad por otras razones. Muchos han sido los autores que han considerado insatisfactorio ese aspecto de la doctrina de Dev-

(23) Cfr. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, op. cit., pp. 15 y 17.

(24) Cfr. *Law, Liberty, and Morality*, op. cit., p. 68; *Immorality and Treason*, op. cit., p. 164.

(25) Cfr. H. L. A. HART, *The Enforcement of Morality*, op. cit., p. 41. En realidad, estas dos últimas objeciones, que Hart simplemente apunta sin decidirse a desarrollar y ni siquiera a hacer del todo suyas, fueron anticipadas (y nuestro autor así lo hace constar) por B. WOOTTON, *Crime and the Criminal Law*, London, Stevens & Sons, 1963, p. 42.



lin (26). Destaca entre ellos el propio Hart. En su opinión, antes de convertir en ley penal un sentimiento moral generalizado, debería someterse al escrutinio de la razón, comprensión e inteligencia crítica. Y ello porque la moral social puede basarse «en ignorancia, superstición o error» (27); o, como sería el caso de la moral sexual, puede depender de simples gustos y convenciones variables. No sería, por tanto, razonable propugnar a toda costa el establecimiento de la moral social, sobre todo cuando la Historia nos muestra que su imposición ha dado lugar a sucesos tan lamentables como, por ejemplo, la persecución de ancianas acusadas de brujería. Concluye nuestro autor reiterando que ante cualquier teoría que, como la de Devlin, «afirme que el derecho penal puede utilizarse por la vaga razón de que la salvaguarda de la moralidad es imprescindible a la sociedad y, sin embargo, no haga hincapié en la necesidad de un previo análisis crítico, nuestra réplica debe ser: '¡Moralidad, qué crímenes pueden cometerse en tu nombre!'» (28).

Si la mencionada necesidad de análisis crítico de la moral social significa que ésta debe examinarse racionalmente a fin de que pueda ser despojada de toda adherencia de meros prejuicios disfrazados de moral comunitaria, entonces este racionalismo modesto debería, a mi juicio, aceptarse. En tal caso, lo erróneo en la tesis de Devlin no sería «su idea de que la moralidad comunitaria cuente, sino su idea de qué es lo que cuenta como moralidad comunitaria» (29). Ahora bien, si la crítica de Hart últimamente expuesta supone que la moral social quedaría relegada a la condición de poco menos que un dogma brutal a no ser que satisficiera las exigencias de alguna determinada moral crítica pretendidamente esclarecida, entonces nuestra adhesión no sería tan decidida. En primer lugar, porque las moralidades críticas no son infalibles, y pueden desbarrar tanto como las positivas. Ciertamente, tienen sobre éstas la ventaja de su indudablemente más profunda racionalidad, pero, por contra, carecen de un valor que las moralidades comunitarias poseen por definición:

(26) Cfr., entre otros, G. HUGHES, *Morals and the Criminal Law*, en «Yale Law Journal», vol. 71, 1961, p. 676; B. MITCHELL, *Law, Morality and Religion in a Secular Society*, op. cit., pp. 38 y ss. Este autor, que por lo demás tiende a inclinarse en favor del pensamiento de Devlin, intenta, después de reconocer insatisfactoria la tesis expuesta, mostrar que contiene algunos indicios de que su autor no es completamente indiferente a la corrección de la moral común. Uno de ellos se hallaría en el hecho de que la describe, no como la moral de la mayoría, sino como la moral del hombre razonable o de buen juicio (pp. 42 y ss.).

(27) Cfr. H. L. A. HART, *Immorality and Treason*, op. cit., p. 167.

(28) *Ibid.*

(29) Cfr. R. DWORKIN, *Libertad y moralismo*, op. cit., p. 367.

el de haber conseguido llegar a ser generalmente aceptadas por la mayor parte de los miembros de la comunidad. Precisamente en este último carácter se apoya Devlin para aportar un nuevo e interesante argumento tendente a sustentar su tesis de que el Derecho habría de imponer, si ello fuera preciso, las prescripciones de la moral social, y no las de alguna otra moral crítica o racional. Esquemáticamente (y quizá demasiado burdamente) expuesta es como sigue: si se acepta el principio democrático, habrá de reconocerse el derecho de la mayoría a ordenar la vida social según el tenor de sus propias concepciones morales y a defenderla de aquellos cambios a los que se opone (30). Hart considera la tesis precedente, que le parece expresión de lo que califica como «populismo moral», como el producto de una errónea comprensión del auténtico significado de la democracia. Habría confundido «el aceptable principio de que el mejor destino que se puede dar al poder político es confiárselo a la mayoría, con la inaceptable pretensión de que lo que la mayoría haga con ese poder está fuera de toda crítica y nunca debe objetarse» (31).

Para cerrar las apreciaciones críticas precedentes retomando, al tiempo, el tema central de indagación, las someteremos a un brevísimo balance. El contraste entre moralidad social o positiva y moralidad crítica o racional, sin duda muy interesante en cuanto pone de relieve ciertas dificultades de la tesis central que se discute, no nos lleva demasiado lejos en relación al núcleo de la misma, y no debe cegarnos de tal modo que neguemos lo que dicha tesis pudiera tener de acertado (32). En verdad, el problema central no radica en si debe o no imponerse la moralidad social o alguna otra, sino en si la imposición de la moralidad privada (sea social o crítica) mediante el Derecho, está o no justificada.

2. El segundo grupo de críticas intenta mostrar que las violaciones de la llamada moral privada no causan daño a otros, ni directamente, ni de modo indirecto por poner en peligro, como afirma Devlin, la existencia misma de la sociedad. Así pues, no se discute aquí la tesis de Mill, según la cual sólo la evitación del daño a otros

(30) El argumento puede hallarse, algo confusamente formulado, en P. DEVLIN *Law, Democracy, and Morality*, en «Univ. of Pennsylvania L. R.», 1962, pp. 639 y ss. el legislador ha recibido el mandato «de preservar los fundamentos de su sociedad, no de reconstruirlos según sus propias ideas» (p. 639).

(31) Cfr. H. L. A. HART, *Law, Liberty and Morality*, *op. cit.*, p. 79. En términos semejantes se expresa en *Immorality and Treason*, *op. cit.*, p. 168.

(32) Cfr. R. N. NASH, *Freedom, Justice, and the State*, Washington, Univ. Press of America, 1980, p. 112; J. D. HODSON, *The Ethics of Legal Coercion*, Dordrecht Boston, D. Reidel Pub. Comp., 1983, p. 27.

justifica la intervención coactiva del Derecho, sino si las inmoralidades de que nos ocupamos causan o no verdadero daño. Comencemos indagando si tales inmoralidades infligen daño directo a otros.

Hart parece admitir que la indecencia, esto es, la ofensa a la sensibilidad de las personas, es incluíble entre las conductas que dañan a otros. Cabe preguntar entonces si teniendo en cuenta que, según concede el propio Hart, «nadie es una isla» y el comportamiento privado de una persona puede afectar a quienes lo llegan a conocer (33), habrá de concluirse que la inmoralidad privada produce al menos aquel daño. El propio Hart imagina que podría argumentarse que se ofenden los sentimientos de las personas «cuando quienes condenan severamente ciertas prácticas sexuales como inmorales, descubren que otros en privado se entregan a ellas» (34). Replica inmediatamente que el desasosiego ocasionado por la idea de que hay quien ofende en privado la moralidad «no puede constituir 'daño' excepto en unas pocas personas neuróticas o hipersensitivas» (35). Seguidamente hace, sin embargo, una interesante concesión, aunque la pone en boca de «otros»: «Otros pueden admitir que esa zozobra es un daño incluso en el caso de personas normales, pero argüir que es demasiado ligero como para preponderar sobre la gran miseria que causaría la imposición jurídica de la moral sexual» (36). En suma, habría algún daño directo pero sería leve.

Examinemos ahora si habría daños indirectos derivados de la posible agresión de la inmoralidad privada a algunas de las condiciones de vida de la sociedad. En verdad, Hart acepta, con Devlin, como una de las razones que justifican la irrupción compulsiva del Derecho, la «amenaza al interés colectivo que los miembros de la sociedad tienen en su organización o defensa» (37). Advierte, no obstante, que el derecho de la sociedad a adoptar las medidas necesarias para su mantenimiento, dependerá del tipo de sociedad de que se trate y de cuáles sean tales medidas. Si se tratara de una sociedad de malhechores o si las medidas adoptadas incluyeran, por ejemplo, torturas inhumanas, sería preferible la desintegración de tal sociedad a su subsistencia (38). Lo que Hart no se halla dispuesto a re-

(33) Cfr. H. L. A. HART, *Immorality and Treason*, op. cit., p. 165.

(34) *Law, Liberty, and Morality*, op. cit., p. 45.

(35) *Ibid.*, p. 46.

(36) *Ibid.*

(37) Cfr. H. L. A. HART, *The Enforcement of Morality*, op. cit., p. 32.

(38) *Law, Liberty, and Morality*, op. cit., p. 19.

conocer es que el respeto a la denominada moral privada sea tan esencial para el mantenimiento de la sociedad que la violación de sus principios ponga en peligro su propia existencia. Y no lo reconoce porque, a su juicio, se trata de una asunción «a priori», de una afirmación que siendo gratuita se presenta como indiscutible, de una tesis no respaldada por evidencia empírica de ninguna clase (39) No cabe duda, argumenta nuestro autor, de que ciertas inmoralidades, tales como el asesinato o el robo, podrían amenazar gravemente la estructura de la sociedad si no fueran atajadas. Pero la moral no es un bloque compacto, no es una tela inconsútil, sino que se halla integrada por normas de muy diverso carácter y trascendencia. Ello explica que ese efecto de posible destrucción social no sea vinculable a la violación de cualquier principio moral. Dicho más abiertamente, la violación de los principios de lo que suele identificarse como moral privada, puede no suponer peligro ni hostilidad social alguna. Frente a la objeción según la cual «la mayoría de los hombres concibe su moral como un todo» (40), con lo cual la violación de cualquier principio moral relajaría la autodisciplina y favorecería la violación de cualquier otro, replica Hart que el punto de vista contrario es igualmente plausible: «La permisividad en ciertas áreas de la moralidad puede facilitar el sometimiento de los hombres a las abstenciones de la violencia que son esenciales para la vida social» (41). En suma, a juicio de Hart, la desviación de la moral privada no entraña peligro para la supervivencia de la sociedad; salvo, naturalmente, si uno identifica de tal modo moral y sociedad, que presupone que cuando la moral aceptada varía (y las desviaciones pueden hacerla variar) desaparece la sociedad hasta entonces existente y emerge otra sociedad nueva. Pero, obviamente esa «destrucción de la sociedad» es inocua e irrelevante, pues no implica desintegración de la misma o disgregación de sus miembros (42)

Quizá fuera atinado objetar a nuestro autor que malinterpreta, o a menos infravalora, los efectos sociales de la inmoralidad privada. Aparentemente, sólo le reconoce el de modificar los límites de la tolerancia; es decir, de mutar los sentimientos morales generales. Olvida, sin embargo, lo que tiene de violación traumática, de agresión :

(39) Cfr., por ejemplo, H. L. A. HART, *Law, Liberty, and Morality*, op. cit., p. 50 *Social Solidarity and the Enforcement of Morality* op. cit., pp. 250-1.

(40) Cfr. P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, op. cit., p. 115.

(41) Cfr. H. L. A. HART, *Social Solidarity and the Enforcement of Morality* op. cit., p. 262.

(42) *Ibid.*, pp. 250-1.

esos mismos sentimientos. Según viene a afirmar E. Durkheim, la mencionada agresión provocaría un sentimiento general de afrenta, que sólo encontraría satisfacción cuando se aplicara el castigo previsto por el Derecho. Si tal satisfacción no se produjera, resultaría debilitada o erosionada la conciencia colectiva; es decir, la moral común que mantiene cohesionados, solidarios, a los miembros de cada sociedad (43). Son relativamente numerosos los autores que insisten, adoptando una postura semejante a la delineada, en el valor cohesivo de creencias y valoraciones (44). Esta cohesión o atadura resultaría aflojada por la inmoralidad, en cuanto dificultaría la confianza y el respeto mutuos, y generaría un sentimiento de insolidaridad hacia la sociedad que la tolera, disminuyendo así la disposición de las personas para contribuir a las tareas comunitarias. Seguramente, las consecuencias de la inmoralidad no podrían hacer pedazos la sociedad de un modo efectivo, pero quizá sí tenderían o apuntarían a su disolución; y, en cualquier caso, la degradarían, la harían peor de lo que es, dado que al dañar ciertas instituciones básicas, como por ejemplo la familia, necesarias para lograr el desarrollo humano que se considera, al menos por ahora, óptimo, la sociedad perdería sus méritos específicos. Sería menos eficiente y menos feliz (45).

Seguramente, Hart podría replicar todavía que todos los daños apuntados como supuestamente provocados por la desviación de la moralidad privada son sólo conjeturales, puesto que no hay evidencias empíricas que los confirmen. En eso llevaría una parte de razón; pero es preciso reconocer, por otra parte, que resultaría muy difícil, por la propia naturaleza de la cosa, aportar el tipo de pruebas que Hart requiere. ¿Cómo demostrar empíricamente que, por ejemplo, las desviaciones de la moral privada comúnmente aceptada incrementan la insolidaridad, si ni siquiera es posible conocer empíricamente si la solidaridad se refuerza o debilita? Todo parece indicar que la especulación teórica habrá de seguir siendo, quizá lamentablemente por

(43) Cfr. E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, París, PUF, 7.ª ed., 1960, pp. 35-78.

(44) Cfr., por ejemplo, y sin olvidar al propio P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, op. cit., pp. 114-5; N. MACCORMICK, *Against Moral Disestablishment*, en «Legal Right and Social Democracy...», Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 34; H. M. CLOR, *Obscenity and Public Morality*, Chicago, Univ. of Chicago, 1969, pp. 186-9; E. VAN DEN HAAG, «To Deprave and Corrupt...»: *Original Studies in the Nature and Definition of «Obscenity»*, Chicago, Follet Pub. Co., 1962, p. 113; R. H. NASH, *Freedom, Justice, and the State*, op. cit., pp. 111 y ss.

(45) Cfr. B. MITCHELL, *Law, Morality, and Religion in a Secular Society*, op. cit., pp. 31 y ss.

la inseguridad que comporta, uno de nuestros principales instrumentos de trabajo en este campo (como en tantos otros).

Después de habernos planteado en los párrafos precedentes el problema de si la desviación de la moral privada daña a otros, bien directamente por afectar a intereses de personas concretas, o bien indirectamente por afectar a intereses públicos, resta examinar si daña al propio sujeto que incurre en ella. Resulta evidente que ciertas inmoralidades de las que podrían considerarse «privadas», como el consumo de drogas, el suicidio, la mutilación o el duelo, causan o pueden causar verdadero daño físico a quien las comete. Pero ocurre que los supuestos mencionados carecen de interés, porque el mismo Hart reconoce que en ellos está justificada la imposición jurídica de la conducta conforme a la moralidad, para impedir el daño. Las inmoralidades que suscitan verdaderos problemas son aquéllas que, como la homosexualidad, el incesto, la esclavitud consentida, etc., no provocan daño físico. Creemos, por nuestra parte, que también pueden resultar dañinas para quienes las cometen, aunque se trataría de daños más bien morales, tales como la corrupción del carácter. Pues bien, si se acepta la imposición paternalista de la moral en relación al daño físico, ¿por qué no aceptarla también en relación al daño moral, cuando es bien sabido que puede ser mucho más grave que aquél? (46).

Todo lo anterior nos permite confirmar una tesis ya apuntada por diversos autores: la de que no existe clase alguna de conducta inmoral que nunca pueda causar daño (47). Esta conclusión resultaría reforzada si se admitiera que el concepto mismo de daño no es neutral sino dotado de carga moral, en cuanto presupone la identificación de unos intereses humanos valiosos, que no puede llevarse a cabo sin realizar evaluaciones morales (48). Admitido lo anterior, habrá de reconocerse tan estrecha la implicación entre moral y daño, que no podrá pensarse en una violación de aquélla que se vea libre de éste.

(46) Cfr., en esa línea, M. MITCHELL, *Law, Morality...*, op. cit., p. 55; R. H. NASH, *Freedom, Justice, and the State*, op. cit., p. 124. Consecuentemente, Nash afirma que aceptar el principio del paternalismo es tanto como negar que exista alguna esfera de conducta en la que el Derecho no pueda entrar. Una afirmación semejante hace M. P. GOLDING, *Philosophy of Law*, op. cit., pp. 60-1.

(47) Cfr., por ejemplo, M. P. GOLDING, *Philosophy of Law*, op. cit., p. 57; J. D. HOBSON, *The Ethics of Legal Coercion*, Dordrecht, D. Reidel, 1983, p. 19; J. FEINBERG, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty. Essays in Social Philosophy*, Princeton, Princ Univ Press, 1980, pp. 69, 74; B. MITCHELL, *Law, Morality...*, op. cit., p. 119; J. W. HARRIS, *Legal Philosophies*, London, Butterworths, 1980, p. 121.

(48) Cfr. N MACCORMICK, *H. L. Hart*, London, Edward Arnold, 1981, p. 153; *Against Moral Disestablishment*, op. cit., pp. 28-9.

También contra esa aserción general de que no existe inmoralidad que sea inocua ha reaccionado Hart expresamente. Argumenta que dicha aserción «incluso si se acepta como correcta, malogra el propósito de la invocación de la doctrina de Mill en estas controversias; porque si se acepta el simple hecho de que una conducta contraveniga la moral social como justificación para tipificarla como delito, esto capacita a quienes defienden las reglas para decir que no conducen a nada o son verdaderamente irrelevantes los argumentos fácticos tendentes a mostrar que la práctica en cuestión hace poco daño comparado con el daño y miseria que genera su sanción» (49). El razonamiento, por cierto algo oscuro, no me parece del todo satisfactorio, porque presupone que reconocer dañina toda inmoralidad obliga a aceptar que toda inmoralidad, sólo por serlo, podría justificadamente ser reprimida por medio del Derecho sin necesidad de entrar en ulteriores consideraciones sobre el calibre del daño que efectivamente provoque. No creo que exista esa obligación. De hecho puede defenderse sin incurrir en incoherencia de ningún tipo, que toda inmoralidad resulta dañina, pero que sólo debería reprimirse aquélla que provoca un daño mayor al que siempre provoca la propia irrupción coactiva del Derecho en la vida de las personas.

3. Los argumentos precedentes nos introducen ya de lleno en el tercer y último grupo de objeciones de Hart que, páginas atrás, habíamos enumerado. La idea básica podría formularse como sigue: aun en el supuesto de que la inmoralidad privada produjera alguno de los daños que se han alegado, tales daños serían siempre inferiores a los que produciría la irrupción compulsiva del Derecho en la vida humana; irrupción que, consecuentemente, carece de justificación.

Entre los males que, a juicio de nuestro autor, comporta el uso de la coerción jurídica se contarían el sufrimiento directo que inflige la imposición de penas, la posibilidad de chantajes, y la restricción de bienes tan preciados como la libertad individual o la privacidad (50). A éstos podrían añadirse otros efectos negativos adicionales específicos de la imposición jurídica de la moral privada. Se ha argumentado, por ejemplo, que habida cuenta de que es realmente difícil lograr una efectiva represión de la inmoralidad privada (precisamente por realizarse en privado), las normas jurídicas que regularan tal represión se convertirían en papel mojado, lo cual provo-

(49) *The Enforcement of Morality*, op. cit., pp. 48-9.

(50) Cfr H. L. A. HART, *Immorality and Treason*, op. cit., p. 167; *Law, Liberty and Morality*, op. cit., pp. 21, 57, 69.

caría desprecio hacia el Derecho. Además, la persecución de las prácticas inmorales, como por ejemplo la homosexualidad, obligaría a la policía a tender trampas degradantes y, lo que es más grave, sustraería a los tribunales un tiempo y una atención dignos de mejor causa. «Mientras los delitos seriamente dañosos contra las personas y la propiedad aumentan por doquier, nuestras comisarías de policía, tribunales y prisiones están abarrotadas de gente acusada de embriaguez o posesión de marihuana y de otros perpetradores de 'delitos sin víctimas'... Además, sólo cae en las redes de la policía algún que otro infractor ocasional de entre las decenas de millones que seguramente violan alguna parte de nuestras leyes sexuales, y el capturado suele además pertenecer a las clases más pobres o a las minorías raciales» (51).

Pero existe un daño todavía más grave achacable a la imposición compulsiva de la moral privada: tal imposición supone una agresión a la moral misma, en cuanto atenta contra la autonomía o libertad moral de las personas. El propio Hart deja entrever en diversos lugares de su obra una idea semejante, aunque no la formula en términos tan claros. Afirma que resulta incomprensible el deseo de conseguir la conformidad con la moral aunque sea por la fuerza; cuando en realidad, desde el punto de vista de la moral es valiosa únicamente la abstención voluntaria de la inmoralidad, y no la abstención motivada por miedo al castigo (52). En verdad, los comportamientos moralmente valiosos son aquéllos que resultan de una elección libre, realizada a partir de ciertos principios rectores aceptados internamente como válidos. «La disciplina moral es autodisciplina; no la disciplina de la policía, tribunales y cárceles. De aquí que, precisamente porque el cultivo de valores morales verdaderos y de verdadera virtud depende de la autodisciplina más que de la disciplina externa, requiere libertad de elección» (53). Pues bien, utilizar el Derecho para «imponer la moralidad» (expresión ya consagrada por el uso, pero que contiene una verdadera «contradictio in terminis», porque, en rigor, la conducta moralmente valiosa no puede imponerse) es tanto como estrangular el prerrequisito de la moral misma: la libertad moral, la posibilidad de buscar libremente la verdad mo-

(51) Cfr. J. FEINBERG, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty...*, op. cit., p. 75. Entre otros autores que realizan también este tipo de objeciones predominantemente prácticas cabe citar, p. e., a B. M. LEISER, *Liberty, Justice and Morals. Contemporary Value Conflicts*, op. cit., p. 29; L. B. SCHWARTZ, *Morals Offenses and the Model Penal Code*, en «Columbia Law Review», vol. 63, 1963, p. 672.

(52) *Law, Liberty, and Morality*, op. cit., pp. 57-8.

(53) Cfr. N. MACCORMICK, *Against Moral Disestablishment*, op. cit., p. 22.



ral (54). En otras palabras, uno de los peores favores que puede prestársele a la moral es pretender imponerla por la fuerza. De ahí lo desacertado de la tesis del máximo opositor a Mill en su época (y en este tema): J. F. Stephen; quien encontraba justificada la persecución de la inmoralidad por ser la moral algo en sí mismo valioso (55). Olvidaba que impuesta dejaría de ser algo valioso en sí mismo.

Los razonamientos precedentes son sin duda plausibles. Ciertamente, la intervención coactiva del Derecho provoca daños, y quizás el peor de todos sea la restricción de la libertad moral. Pero no debe olvidarse que la libertad moral no es un valor absoluto que haya de prevalecer siempre y por encima de todo. También tiene sus límites. Estarían precisamente allí donde el respeto a la libertad moral de unos tuviera como consecuencia la provocación de daños a otros. Si ello es así, quizá alguien quisiera objetar que, habida cuenta de que habíamos llegado a la conclusión de que toda inmoralidad causa daños, habría de concluirse que la libertad moral resultaría siempre limitada. Sería quizá posible responder aquí que el límite sólo se encontraría donde el daño producido por la inmoralidad, permitida en aras del respeto a la libertad moral, comenzase a ser mayor que el daño causado por la propia restricción de la libertad moral. Pero con esto ya penetramos en el terreno de las conclusiones.

### III

Una vez examinados, al hilo del análisis del pensamiento de Hart, los principales aspectos del problema, intentaremos partir de las conclusiones extraídas, para intentar ofrecerle algunas posibles vías de solución razonable.

En primer lugar, creemos que debe renunciarse a la pretensión de aportar una solución aplicable conjuntamente a todos los casos de violación de principios de la llamada moralidad privada. Estos prin-

(54) *Ibid.*, pp. 24, 35. Vid. una opinión semejante en J. RAZ, *Autonomy, Toleration, and the Harm Principle*, en «Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H. L. A. Hart», Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 313 y ss.; D. LYONS, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge, Cam. Univ. Press, 1984, p. 188; H. WELZEL, *Ley y conciencia*, en «Más allá del Derecho Natural y del positivismo jurídico», Córdoba (R. A.), 1962, p. 103: «¡Un Estado que quiera seriamente proteger la conciencia no debe tolerar la intolerancia!»

(55) Vid J. F. STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity*, London, 1873.

cipios no tienen todos idéntica importancia o trascendencia; y aunque sea admisible que la violación de cualquiera de ellos puede provocar daños, la gravedad del daño provocado será distinta en cada tipo de inmoralidad.

Otra de las cuestiones que deberían plantearse en el momento de acometer el análisis de lo que aparente ser un tipo de violación moral, es la de si, en efecto, atenta contra la auténtica moralidad privada compartida por la sociedad o sólo contra las adherencias de prejuicios y aversiones que suelen acompañarla. Cuando se tratara únicamente de esto último, tendría, lógicamente, que rechazarse cualquier intento de reprimir mediante el Derecho la supuesta inmoralidad; porque, aunque lo contrario resultara socialmente útil y beneficioso, en cuanto gran parte de la población creería sinceramente que se estaría defendiendo la moral, «no debemos confundir estrategia con justicia» (56). Sin duda, la tarea propuesta es ardua. Es difícil verificar las credenciales del sentimiento moral general. En todo caso, puede afirmarse, siguiendo a Dworkin, que no bastaría para probar que determinada práctica es contraria a la moral, aducir y demostrar que el ciudadano medio la reprueba con indignación. Es preciso aportar «razones o argumentos morales que el hombre de la calle pudiera aceptar sincera y coherentemente» (57).

Una vez confirmada la efectiva inmoralidad de la práctica sometida a examen, estaría justificada su represión. Pero únicamente en el supuesto de que pudiera evidenciarse que los daños producidos por la inmoralidad resultarían más graves que los daños, más arriba enumerados, inherentes a la propia irrupción coactiva del Derecho en la vida social; porque no tendría sentido infligir un daño real y severo, para evitar otro leve o imaginario.

Si se aceptan como sensatas las restricciones propuestas a la imposición de la moral privada, a saber, la necesidad de que ésta se depure previamente de prejuicios irracionales y de que se constate una gravedad notoria en el daño infligido por su violación, el resultado que seguramente se obtendría en la práctica, sería la no represión jurídica de gran parte de las inmoralidades a que nos hemos venido refiriendo. Por lo demás, siempre quedaría abierta para el Derecho la posibilidad de imponer coactivamente cualquier principio moral, cuando las cir-

(56) Cfr. R. DWORKIN, *Libertad y moralismo*, op. cit., pp. 367-8.

(57) *Ibid.*, p. 371.

cunstancias hubieran alterado el balance de daños a que antes nos hemos referido. Por lo demás, siempre quedaría abierta para el Derecho la posibilidad de imponer coactivamente cualquier principio moral, cuando las circunstancias hubieran alterado el balance de daños a que antes nos hemos referido. Un ejemplo lo aclarará: si sólo Sherlock Holmes se entregase a la excitante afición de consumir cocaína, seguramente nadie, excepto quizá los malhechores por él desenmascarados, opinaría que el Derecho debería reprimir semejante vicio. Pero si una gran parte de la sociedad llegara a incurrir en la misma práctica, como lamentablemente parece poder llegar a ocurrir, entonces la amenaza de daños de todo tipo sería tan grande que la sociedad podría y debería hacer uso de la fuerza del Derecho para intentar frenarla.

Resta un problema importante por resolver. El de qué debería hacerse de aquellas prácticas inmorales que causan unos daños inferiores a los que provocaría su represión mediante el Derecho. Parece claro, según lo dicho hasta aquí, que no estaría justificada su persecución jurídica. Pero creemos que tampoco sería deseable concederles, a través de su plena autorización, una especie de patente de corso, que se apoyaría en la tendencia natural a creer que la inmoralidad no perseguida por el Derecho estaría de algún modo legitimada y tutelada por él. Se apoyaría, dicho en otras palabras, en la tendencia a pensar que el Derecho «o condena o condona», y que, por tanto, allí donde se rehusa reprimir jurídicamente una inmoralidad, se genera una especie de derecho subjetivo a incurrir en ella (58). No parece descabellado suponer que la creencia expuesta determinaría un aumento notable de las infracciones a esos principios morales no impuestos por el Derecho. Tal efecto y el deterioro consiguiente de ese sector de la moralidad, producido al desaparecer toda sanción jurídica, tiene una causa más profunda: se explica porque dicha sanción posee, como varios autores han reconocido, una fuerza moralmente denunciatoria que, de algún modo, «ratifica» la moral social, evitando que la conciencia común pierda su energía; cosa que ocurriría siempre que la inmoralidad no recibiera respuesta jurídica alguna (59).

(58) Algo parecido afirma J. F. STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 153: «una cosa es tolerar el vicio en cuanto es inofensivo, y otra muy distinta darle un derecho, no sólo a existir, sino a presentarse frente al mundo como 'un experimento de vida' tan bueno como cualquier otro y con derecho a la misma protección jurídica».

(59) Cfr., p. e., N. MACCORMICK, *Against Moral Disestablishment*, op. cit., pp. 30-2; H. L. A. Hart, op. cit., p. 154; J. F. STEPHEN, *Liberty, Equality, Fraternity*, op. cit., p. 165; E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, op. cit., pp. 64 y ss.

Los efectos negativos mencionados podrían, a mi juicio, minimizarse si, aun renunciando a imponer coactivamente los principios morales cuya violación es relativamente poco dañina, se optara, sin embargo, por promocionar o estimular positivamente su cumplimiento. En verdad, el mero hecho de que se mostrara ese afán correcto o educativo a través del Derecho operaría también, en alguna medida como una expresión de condena moral por parte de la sociedad puesto que no dejaría lugar a dudas sobre el carácter reprobable de la conducta de que se tratara. Por lo demás, de ese modo se evitarían también, amén de los daños provocados por las inmoralidades en cuestión, las consecuencias dañinas inherentes a la aplicación de la sanción penal. Se eludiría, efectivamente, tanto el dolor infligido por la pena como la restricción de la libertad moral, puesto que la promoción del cumplimiento de los principios morales, del mismo modo que los consejos o exhortaciones, no coartaría la libre decisión de las personas.

Se trataría, en definitiva, de aplicar la «función promocional de Derecho» (60) al logro de un mayor grado de conformidad con los principios de la moral privada positiva. Ello supondría la sustitución de las viejas técnicas de disuasión mediante penas, por otras de alentamiento mediante premios, declaraciones, consejos y ayudas de todo tipo. Dichas técnicas tenderían «no sólo a tutelar sino también a provocar el ejercicio de los actos conformes... haciendo particularmente atractivos los actos obligatorios y particularmente repugnantes los prohibidos» (61). O, en otras palabras: «tratarían de influir el comportamiento querido (no importa si comisivo u omisivo)... facilitándolo o atribuyéndole consecuencias agradables» (62).

Con las esbozadas técnicas promocionales se dispondría, como queda apuntado, de un excelente recurso, alternativo a la imposición coercitiva de la moral privada, para el control de las conductas indeseables y protección del medio ambiente moral comunitario. Por lo demás, aunque dichas técnicas se asemejan a las que suelen emplear los pedagogos, su aceptación no nos obliga a atribuir al Derecho una finalidad educativa (aunque, de hecho seguramente produzca ese efecto, y no en pequeña medida). La función del Derecho no es, me parece, hacer virtuosos a los hombres, sino simplemente (y no es poco) así

(60) Vid. N. BOBBIO, *La función promocional del Derecho*, en «Contribuciones a la teoría del Derecho», Valencia, Fernando Torres-Ed., pp. 367 y ss.

(61) *Ibid.*, p. 377.

(62) *Ibid.*, p. 378.

H. L. A. HART

gurar la convivencia pacífica y armónica dentro de la sociedad; y puesto que los daños provocados por las inmoralidades podrían ponerla en peligro, estaría plenamente justificada su intervención, ya sea promocional o compulsiva, al menos dentro de los límites que hemos tratado de fijar a lo largo de este trabajo.