

Hart, H. L. A. *Law, Liberty and Morality*, A Vintage Book, Nueva York, 1966.

Este nuevo libro de Hart es la recopilación de las conferencias ofrecidas por el autor en la Universidad de Stanford en 1962, bajo los auspicios de la Fundación Harry Camp Memorial, organización dedicada a promover disertaciones sobre la dignidad del ser humano.

En un corto preámbulo, el profesor de Oxford plantea las cuatro cuestiones que, en su opinión, son las fundamentales en lo que concierne a las relaciones entre el Derecho y la Moral:

a) ¿Ha influido la Moral en el desarrollo del Derecho? A esta pregunta de índole histórica contesta Hart afirmativamente.

b) ¿Debe una definición del Derecho incluir referencias a la Moral? La respuesta dependerá de la posición adoptada por el que responda. Los jusnaturalistas contestarán afirmativamente; los positivistas, por el contrario, lo harán en forma negativa, ya que

para ellos, dicha referencia será, en el mejor de los casos, de índole *metajurídica*. La respuesta definitiva solo podrá obtenerse una vez resuelta la siguiente cuestión: ¿Qué entendemos por una definición adecuada del Derecho? ¿Aceptaremos como tal la útil para el hombre común y corriente o, por el contrario, solo estimaremos correcta la que nos sirva para fines teóricos a efectos de distinguir un fenómeno social determinado de los demás?

c) ¿Es posible una crítica moral del Derecho? ¿Qué formas puede adoptar la misma? En contraposición a lo mantenido por la escuela de Viena y en especial por Kelsen, Hart contesta afirmativamente y a su vez plantea tres nuevas interrogantes: ¿Hay una forma especial de crítica moral aplicable exclusivamente al Derecho? ¿La crítica referente a la Justicia excluye a todas las demás? ¿Es lo mismo una "ley buena" que una "ley justa"?

Sin profundizar en lo anterior, Hart llega al tema central de su obra: ¿Es posible la imposición legal de la moralidad? Esta pregunta se divide a su vez en otras tres: ¿Es justificación suficiente para castigar legalmente una conducta el hecho de que la misma sea considerada como inmoral por los patrones socialmente reconocidos? ¿Es moralmente permisible imponer la Moral? ¿Debe ser considerada un delito la inmoralidad en sí?

El desarrollo ulterior del ensayo se vale, por un lado, del pensamiento expuesto por John Stuart Mill en su obra *On Liberty*, escrita hace más de cien años, y por el otro, de las opiniones expuestas por Lord Devlin en su ensayo *The Enforcement of Morals* y por James Fitz-James Stephen en su libro *Liberty, Equality, Fraternity*. La tesis de Mill es clara y terminante: "El único propósito para el que puede ser ejercido correctamente el poder sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, es para impedir el daño a los otros miembros de la comunidad... Su propio bien, ya sea físico o moral, no es suficiente justificación. No puede ser justamente compelido a hacer o no hacer solo porque eso signifique para él lo mejor, porque lo haga más feliz o, porque en opinión de los demás, sería más inteligente, o inclusive más correcto obrar de ese modo".

La opinión del utilitarista inglés es que el derecho no deberá inmiscuirse en la conducta de cualquiera de los miembros de la comunidad, si dicha conducta no provoca daño alguno a los demás miembros. El caso de conductas inmorales que perjudiquen a terceros no está, por consiguiente, sometido a discusión, puesto que la esfera jurídica, en opinión de unos y otros, lo alcanza por su propia esencia. El caso que se plantea es el de los actos considerados inmorales por los patrones socialmente reconocidos, *que no causen daño a terceros*. A estos efectos, Hart analiza los siguientes "delitos" desde uno y otro punto de vista:

a) Conspiración para corromper la moral pública. (Este delito no había sido tomado en consideración en Inglaterra desde el siglo XVIII, pero volvió a la luz por una sorpresiva sentencia de la Cámara de los Lores en el caso *Shaw versus Director of Public Prosecutions*, en 1961.

b) El homosexualismo entre adultos y sin escándalo. (Este ejemplo tiene especial importancia por la última legislación británica al efecto que da la razón a la tesis de Mill y en cierta forma a la expuesta por Hart).

c) La prostitución sin escándalo y sin solicitud callejera.

d) El adulterio, considerado como delito y no sólo como causal de divorcio.

e) La bigamia o poligamia sin engaño y con consentimiento de todas las partes interesadas.

f) La eutanasia a petición del enfermo incurable.

En todos estos ejemplos, el autor analiza las consecuencias positivas y negativas de un castigo legal poniendo de relieve el perjuicio causado por la restricción legal de la libertad y el beneficio moral obtenido para la sociedad. El análisis es interesante y nos aclara muchos de los puntos de vista mantenidos no solo por el autor; sino también por otros escritores de lengua inglesa que ofrecen diversas opiniones al respecto.

Después de analizar estos casos específicos, Hart plantea la cuestión de hasta donde debe llegar un *paternalismo jurídico* en la imposición legal de la moralidad y en especial de los patrones morales socialmente aceptados en el área de la conducta sexual. Es en estos casos, en donde Hart observa una mayor oposición entre la tesis mantenida por Mill y las tesis propuestas por sus críticos. El análisis de las consecuencias de la imposición legal de la moralidad sexual es también digno de tenerse en cuenta ya que, como bien dice el profesor de Oxford, en esta área la represión legal puede acarrear grandes males al individuo objeto de la misma, puesto que no se trata de casos como el asesinato, el robo o las lesiones, en los cuales el individuo promedio no está sujeto a una compulsión diaria ni siquiera frecuente, cosa que no sucede en el área del comportamiento sexual.

Hart pregunta cuál es la moralidad que el Derecho debe imponer coercitivamente, ¿Es la moralidad positiva, o sea, aquellos patrones morales socialmente aceptados y vigentes, o una moralidad de orden superior a la que el autor denomina "moralidad crítica"? Esta última modalidad consistiría en una moral no cambiante que nos permitiera un juicio más permanente sobre la moralidad o inmoralidad intrínsecas de un acto. En esta sección del libro es interesante, para el lector no anglosajón, percibir la marcada tendencia hacia un subjetivismo ético, que parece prevalecer entre los autores ingleses y norteamericanos.

Hart interroga también a los mantenedores de la imposición legal de la moralidad sobre el tipo o clase de coercibilidad jurídica que, en opinión de ellos, debe corresponderle a dicho *mantenimiento legal de la moralidad*. A estos efectos analiza los distintos medios legales posibles y sus consecuencias cuando se trata de la moralidad en general y de la moralidad sexual en especial. ¿Se debe emplear la amenaza legal del castigo fundamentalmente como un elemento para disuadir al posible transgresor? ¿Tiene esta eficacia real en el campo de la moralidad sexual? ¿Es posible el empleo de medidas preventivas en estos casos? ¿Qué tipo de sanciones deben recibir los "culpables"? ¿No implica ésto un doble castigo, moral y legal, por una misma ofensa? ¿Qué relación tiene la imposición legal de la moralidad y el régimen democrático de gobierno? ¿Qué pasa con el respeto a las minorías disidentes que es un aspecto esencial de todo régimen político que pretende ser democrático?

El iusfilósofo inglés personaliza las tesis de una imposición legal de la moralidad en la de Lord Devlin, a la que cataloga de "moderada", y en las de James F. Stephen, a la que califica de "extrema". La primera establece que la moralidad debe ser impuesta legalmente, aún tratándose de actos que no afecten a terceros, porque de no hacerlo así, la sociedad misma estaría en peligro de desaparecer. Es decir, la moralidad debe ser impuesta, ya que la misma constituye un elemento esencial del conglomerado social sin cuya existencia éste corre el peligro de desaparecer como tal.

Esta teoría apoya, por consiguiente, sus puntos de vista en las consecuencias que tendría el no imponer legalmente la moralidad socialmente aceptada. Esto lleva a sus partidarios a establecer que "una moralidad reconocida es tan necesaria para la existencia de la sociedad como un gobierno reconocido y por ello las transgresiones a dicha moralidad deben ser castigadas con el mismo fundamento con que se castiga el delito de traición". Además de que históricamente conocemos sociedades que han experimentado cambios en la moralidad socialmente reconocida, sin sufrir su propia desaparición, la anterior fundamentación, opina Hart, lleva, sin base alguna que la apoye, a la identificación entre sociedad y moralidad compartida. La etiqueta de "moderada" se debe a que la imposición legal de la moralidad dependerá de si el acto en cuestión debilita dicha moralidad socialmente compartida y por ende, a la sociedad misma. Sin embargo, los partidarios de esta tesis no explican con claridad como es posible llegar a dicha determinación, lo que provoca que las consecuencias prácticas vengan a ser lo mismo que las de la tesis "extrema". Esta última aboga por la imposición legal de la moral socialmente mayoritaria por el propio valor de la misma sin argumentar a su favor consecuencias nocivas en caso contrario, ni positivas en caso de llevarla a cabo. En realidad, es la preservación de un valor en sí en consideración a ese mismo valor. La tesis, desde luego, ofrece una mayor peligrosidad teórica que la anterior, ya que no necesitará de la menor justificación adicional para la imposición legal de la moralidad.

Toda la obra reviste un extraordinario interés y es prueba manifiesta de que los problemas fundamentales de la filosofía del derecho tienen consecuencias prácticas de gran importancia. ¿Hacia donde nos puede llevar una tesis legal de imposición de la moralidad? ¿Hacia una dictadura política en donde los derechos de las minorías no puedan ser respetados en aras de una moralidad mayoritariamente compartida? ¿Quién será el encargado de determinar la existencia de una pauta moral que reúna las características anteriores? ¿Qué pasa si se deja totalmente desprovista de toda protección jurídica a la moralidad mayoritaria? ¿Es esto posible? ¿Hay otros medios que no sean la coercitividad jurídica y que al mismo tiempo tengan un mínimo de eficacia para lograr el cometido que se desea?

El tono de la obra es de un creciente interés, ya que un tema tan largamente debatido desde puntos de vista formales, es contemplado desde un punto de vista eminentemente práctico. ¿Qué consecuencias tienen los argumentos empleados en pro y en contra en relación con las características tradicionalmente atribuidas a la Moral y al Derecho? ¿Qué pasa con la unilateralidad de la Moral y con la bilateralidad del Derecho? ¿Qué sucede con la tesis kantiana de la autonomía moral y la heteronomía jurídica? ¿Hasta qué punto sigue vigente la doctrina de la coercibilidad jurídica y la incoercibilidad moral? ¿Está confundido Hart y no se trata aquí de moralidad socialmente compartida, sino de verdaderas costumbres jurídicas en las que se reúnen las características establecidas por la doctrina romano-canónica de *inveterata consuetudo et opinio iuris seu necessitatis*? ¿Y aún cuando fuesen costumbres jurídicas, tiene eso alguna influencia en los argumentos expuestos por los partidarios de una y otra tesis? Es evidente que la obra de Hart es rica en sugerencias no sólo desde un punto de vista teórico-filosófico si no fundamentalmente desde un punto de vista jurídico-práctico.

¿A qué conclusiones llega Hart? En primer, y esta es la básica para todo el planteamiento que la precede, es que "he presumido que cualquiera que plantee o esté dispuesto a discutir la cuestión de si es justificable la imposición legal de la mora-

lidad, acepta implícitamente que las instituciones actuales de cualquier sociedad, incluyendo su moralidad positiva, son susceptibles de ser sometidas a crítica. Por consiguiente, la proposición de que es justificable la imposición legal de la moralidad, así como la tesis contraria, son ambas, de moral crítica que requieren el apoyo de un principio crítico general. No puede establecerse una teoría o ser refutada sencillamente señalando las prácticas actuales o la moralidad socialmente reconocida vigente en un conglomerado social específico. Esta conclusión inicial de Hart parece ser aceptada por los partidarios de la tesis "moderada" aun cuando intentan escapar de la misma estableciendo un principio crítico general en su apoyo: el de que toda sociedad está justificada en cualquier acción que lleve a cabo para mantenerse como tal. Sin embargo, esto no justifica la imposición legal de la moralidad, a menos que se acepte, como lo hace por ejemplo Lord Devlin, una definición muy especial de lo que es la sociedad. La posición de los "extremistas" en relación con esto es aun más débil, pues su principio general no parece tener más fuerza que el vigor con el que lo defienden sus mantenedores. La segunda conclusión a la que llega el autor es "que todo aquel que acepte esta cuestión como abierta a discusión tiene que aceptar también necesariamente el principio crítico, central a toda moralidad, que el sufrimiento del ser humano y la restricción de su libertad son males y que esta es la razón que hace necesario buscar una justificación para la imposición legal de la moralidad".

La tercera conclusión y, quizás la más importante, está relacionada con algunas de las variedades de las teorías "extremas" y a esos efectos nos dice Hart: "Estas teorías nos invitan a considerar como valores, en aras de los cuales debemos restringir la libertad del ser humano y causarle el sufrimiento del castigo, cosas que parecen pertenecer a la prehistoria de la moralidad y que son hostiles a su espíritu general. Estos principios contemplan una mera conformidad externa a principios morales inducidos sencillamente por el temor; la gratificación de los sentimientos de odio hacia el "transgresor" (cuya canalización y regularización es una de las ventajas que enumera Stephen en su tesis a favor de la imposición legal de la moralidad) o su castigo "retributivo" aún cuando no haya víctima que deba ser vengada o que solicite justicia; la aplicación de castigos como símbolos o expresión de condena moral (esta es otra de las consecuencias necesarias de las tesis extremas); la imposibilidad de cambio de una moralidad mayoritaria aun cuando sea bárbara y represiva".

Y acaba Hart con esta frase, "No hay duda de que yo no he probado que estas cosas enumeradas anteriormente no sean valores que valgan su precio en restricción de la libertad y en sufrimiento para los seres humanos; puede que sea bastante haber mostrado qué es lo que se ofrece a ese precio".

Se compartan o no los puntos de vista y los argumentos de Hart, lo que sí es indiscutible es que el libro es de lectura "obligada" para todo aquel interesado en estos temas.

Diego J. BUGEDA LANZAS
Profesor de la Facultad
de Derecho de la UNAM