

EL DEBER JURIDICO Y LA OBLIGACION DE OBEDIENCIA AL DERECHO

El año 1912 Julio Binder, en su obra *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, tuvo la valentía de expresar lo que otros se decían, o lógicamente debían decirse, en su interior: «no hay un concepto jurídico de deber», «el Derecho no obliga jurídicamente a nada...» (1). Nada de extraño es que desde entonces este concepto, que ya resultaba incómodo a la teoría general y a la filosofía del Derecho positivistas, desapareciera aún más, o quedara disimulado, desdibujado en la penumbra, en el tratamiento de los conceptos jurídicos fundamentales. Con la excepción destacada, entre otras, de Hans Kelsen, que añadió la consideración de este concepto a la consideración del de la norma, para dar la caracterización de su teoría *pura* del Derecho. Al ponerse en nuestros días de nuevo de candente actualidad el problema de las relaciones entre la Moral y el Derecho, tiene que pasar a primer plano ese concepto de deber jurídico, en el que se pone a prueba de manera concreta la interconexión o independencia de ambos órdenes normativos. Ciertamente parece que hay que darle la razón a Kelsen cuando caracteriza el deber jurídico como la «capacidad de subjetivización» de la norma, como su «aplicabilidad a un sujeto concreto» (2). Pero, en todo caso, el hecho de que el concepto de deber esté en conexión con el de norma no excluye que haya de tener su propia problemática y su tratamiento correspondiente.

Para buscar una solución creo que no basta con acogerse a la doctrina de la filosofía escolástica. Podemos tomar como indicio o punto de referencia las formulaciones de Mendizábal (3). O bien las de Cathrein.

(1) J. BINDER, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, Leipzig, 1912, pág. 45.

(2) Cfr., por ej., ya en *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 2.^a edic., Tübingen, 1923, págs. 348-9.

(3) L. MENDIZÁBAL Y MARTÍN, *Tratado de Derecho natural*, Madrid, 1920, páginas 104 y sigs.

Nos encontramos desde luego con la afirmación de que «la ley jurídica obliga a todos en conciencia a prestar a otros lo suyo». Pero nos explica a continuación: «de tal suerte que aquel que no lo hace es responsable ante la justicia y, consiguientemente, viola el orden moral»; y asimismo luego: «todos los verdaderos deberes son morales. Un deber no moral es una contradicción interna» (4). Con afirmaciones como éstas no se está nada lejos de desembocar en las de Binder: que no existe un deber propiamente jurídico, sino sólo deberes morales—a no ser que se parta de la identificación de los conceptos de Moral y Derecho, sólo diferenciados por la mayor o menor amplitud de su campo de aplicación, como es el caso de Cathrein—. Partiendo de una verdadera diferenciación de conceptos, como parece ineludible en la filosofía del Derecho de hoy, o se interpreta el deber jurídico como algo específico, peculiar, diferenciado del simple deber moral, o de lo contrario habría que reconocer que se trata de una duplicación de otro concepto, del de deber moral, a la que se puede renunciar, al menos desde el punto de vista de la filosofía del Derecho, aunque se la conservara tal vez por razones de técnica en ciencia jurídica. Esta misma línea, de caracterizar con independencia el deber jurídico, es la señalada con insistencia por el profesor Legaz en sus diversos trabajos dedicados al tema (5), así como por el profesor Recaséns Siches (6), si bien en su *Tratado general de filosofía del Derecho*, a diferencia de lo que ocurría en sus «Adiciones» a la *Filosofía del Derecho* de Del Vecchio, el acento puesto en marcar la independencia del deber jurídico tal vez adquiera un tono excesivo. Porque, en efecto, repetidas veces afirma el profesor Recaséns que el deber jurídico es algo que se basa «exclusivamente» o «pura y exclusivamente» en la «norma jurídica», en la «norma vigente», que lo que «importa es esclarecer el concepto de deber jurídico, *aislado* y con independencia de todos los demás que puedan concurrir con él». En tales expresiones se percibe como un eco de los esfuerzos kelsenianos por aislar y depurar lo jurídico de toda adherencia de cualquier otro tipo

(4) V. CATHREIN, *Recht, Naturrecht und positives Recht*, vers. esp., Madrid, 1958, págs. 278 y 280. Sobre la doctrina clásica de la Escolástica, cfr. L. LEGAZ, voz «Deber», VI, «El deber jurídico en la doctrina escolástica», en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (Seix), tomo VI, Barcelona, 1954, págs. 245-7.

(5) L. LEGAZ, «La obligatoriedad jurídica», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, I (1953), págs. 5-89; voz «Deber», en *Nueva Enciclopedia Jurídica* (citada), págs. 237-253, y *Filosofía del Derecho*, págs. 715 y sigs.

(6) L. RECASÉNS, «Adiciones» a la *Filosofía del Derecho*, de G. Del Vecchio, II, Barcelona, 1936, págs. 51 y sigs.; *Tratado general de filosofía del Derecho*, México, 1961, págs. 240 y sigs.

de realidad. Hasta este punto creo que no hay por qué llevar los intentos de una elaboración independiente de una doctrina del deber jurídico. Una cosa es la independencia, la sustantividad de un concepto y otra distinta es pretender aislarlo asépticamente de cualquier otro con el que pueda estar relacionado. Tiene, a mi entender, plena razón el profesor Legaz cuando advierte que en este problema se confunden y mezclan por lo menos dos cuestiones, «la cuestión de la estructura con la del fundamento del deber jurídico, contestándose la primera con la segunda» (7). Ahora bien, creo que esto no quiere decir que la estructura, la esencia, el contenido, no esté influenciado, determinado, caracterizado también por su fundamento; de la misma manera que hay una correspondencia, una determinación de los hijos por los padres, del efecto por la causa, de lo originado por el principio del cual proviene.

Por esta razón creo que hay que tratar diferenciada pero juntamente con el deber jurídico la cuestión de su fundamento, de la obligación de obedecer al Derecho. La diferenciación del deber jurídico del deber moral no ha de significar aislamiento de toda consideración del deber moral, si esa consideración es necesaria para el tratamiento del fundamento del deber jurídico. Ya que, como he dicho, la cuestión del fundamento repercute en la misma caracterización del deber jurídico. De hecho ha sido así como se ha tratado en general el problema del deber jurídico, sobre todo por la filosofía del Derecho; aun cuando en estricta ciencia jurídica tal vez sea posible otro tratamiento.

El concepto de deber jurídico no comienza a constituirse como categoría independiente hasta Thomasius (8). Como dice el profesor Recaséns, «durante muchos siglos la filosofía del Derecho clásica (tanto la escolástica, como la de la escuela grociana) y también algunas corrientes modernas, han definido el deber jurídico como la obligación moral, producida por un precepto de Derecho, de cumplirlo» (9). Thomasius

(7) L. LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961, pág. 717.

(8) Al tratar del deber jurídico parece ineludible una breve referencia histórica; no sólo en cuanto sea imprescindible construir sobre el pasado, sino también en cuanto en las distintas concepciones aparecen rasgos de una realidad, bien psicológica, bien sociológica, bien propiamente jurídica, que hay que tener en cuenta para comprender en su integridad el deber jurídico. Esa referencia histórica está hoy facilitada, aparte los trabajos del profesor Legaz, ya citados, sobre todo con respecto al pensamiento alemán, por la monografía de Hans-Ludwig SCHREIBER, *Der Begriff der Rechtspflicht - Quellenstudien zu seiner Geschichte*, Berlin, 1966.

(9) L. RECASÉNS, «Adiciones» a la *Filosofía del Derecho*, de G. del Vecchio (citada), págs. 51-2.

es al parecer el primero que contrapone el deber moral y el deber jurídico y, por cierto, de una manera notablemente tosca: calificando al primero de «obligatio interna», mientras al segundo lo designa como «obligatio externa». Semejante apelativo de «externa» aplicado al término «obligatio», se ha señalado con frecuencia, resulta problemático. Pero lo que se ha tenido menos en cuenta es que el mayor problematismo de la terminología de Thomasius reside en el término mismo de «obligatio», deber, que se refiere tanto al deber interno, es decir, el moral, como al externo, es decir, el jurídico; pero que ni en un caso ni en otro significa lo que tradicionalmente había venido significando, a saber, un vínculo moral, una necesidad intrínseca de conciencia, como todavía se expresaba Pufendorf. Para Thomasius lo que determina la obligación, el deber, es el miedo de algún mal o la esperanza de alguna ventaja: mal y ventaja que se producirá natural y necesariamente, por la misma fuerza de las cosas, en el deber moral, mientras que en cambio en el jurídico dependerá el que se realice el peligro o el lucro, en sí inciertos, del arbitrio humano, pudiéndose, por tanto, tal vez evitar, por astucia o por algún otro medio. En realidad, como señala Hans-Ludwig Schreiber en su monografía sobre el concepto de deber jurídico, esa concepción de Thomasius viene determinada por sus ideas empiristas y sensualistas, bajo el influjo decisivo de la filosofía de Locke (10). Tenemos, pues, que el primer intento de caracterización independiente del deber jurídico resulta por lo menos discutible, no sólo por serlo el concepto de obligación externa y por los múltiples reparos que se oponen hoy a la contraposición interno-externo, como correspondiente a la de lo moral y lo jurídico, sino, ante todo, porque el concepto mismo de obligación sufre una transformación que lo hace sin sentido, insostenible, de no ser desde los supuestos de una filosofía meramente sensualista.

No obstante, la simplicidad de la distinción entre Moral y Derecho por la contraposición externo-interno produjo tal seducción, que en la segunda mitad del siglo XVIII incluso los autores que no comparten los supuestos filosóficos de Thomasius se acogen en general a su caracterización del deber jurídico: olvidando, por lo demás, o dejando en la penumbra la del deber moral, con lo que la coacción externa viene a identificarse con el concepto de deber jurídico. De este modo bastó que Kant se aproximara a esta concepción con expresiones referentes al «Derecho estricto» considerado aisladamente, es decir, despojado de

(10) Cfr. H.-L. SCHREIBER, *o. cit.*, págs. 13 y sigs., así como los numerosos textos allí citados.

todos sus ingredientes éticos, para que se le adscribiera sin más a la doctrina entonces dominante. Esta interpretación se cimentó y se consolidó luego, porque se creyó ver en la doctrina de Kant una ética subjetivo-individual, que necesitaba, por consiguiente, el complemento de un deber impuesto desde fuera, supraindividualmente, en el campo del Derecho. Pero está hoy día fuera de discusión que la ética de Kant es supraindividual y objetiva, por más que Kant se equivocara en cuanto a la facilidad con que los individuos pudieran captar ese orden objetivo. Y está asimismo fuera de duda que para Kant no se diferencia el deber jurídico del moral por el contenido, sino por el motivo del obrar, que tiene que ser en este último específicamente moral: todo el contenido de los deberes jurídicos es objeto a su vez de deberes morales, al menos de un deber indirectamente moral, que manda cumplir el Derecho. Así resulta que, como Kant afirma expresamente, «todos los deberes, simplemente porque son deberes, pertenecen a la ética»; pero, asimismo, afirma a continuación: «su legislación no está contenida para todos en la ética» (11). Radbruch ha dicho a este propósito que es como si la Moral firmara la aceptación de una letra en blanco, cuyo contenido ha de fijarse en otra clase de normas. Comparación que podemos dar por buena; pero advirtiéndolo, como lo ha hecho Haensel (12), que, para Kant, en último término la personalidad del aceptante y la del librador (que rellena la letra) es la misma. Porque para Kant tanto el orden del Derecho como el de la Moral derivan de la razón, pertenecen al mismo «reino de los fines»; y por «reino» entiende Kant «un sometimiento sistemático de seres racionales por medio de leyes comunes objetivas» (13). No creo necesario insistir más en esta unidad de contenido de los deberes jurídicos y de los morales. El término mismo de «legalidad» empleado para designarlo en ambos casos confirma esa unidad. El reparo fundamental que hay oponer a la doctrina de Kant es más bien el inverso: la falta de independencia del deber jurídico, por su plena fundamentación en la Moral.

En la filosofía de Hegel, en cambio, es el deber moral el que queda absorbido por el jurídico. La doctrina de los deberes no es otra cosa

(11) I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, edic. de Vorländer, Hamburg, 1959, página 22.

(12) W. HAENSEL, *Kants Lehre vom Widerstandsrecht - Ein Beitrag zur Systematik der kantischen Rechtsphilosophie*, Berlin, 1926. Cit. por H.-L. SCHREIBER, o. cit., pág. 49.

(13) I. KANT, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, edic. de Vorländer, Leipzig, 1947, pág. 59.

—dice expresamente en la filosofía del Derecho—que «el desarrollo de las relaciones que en el Estado resultan necesarias en virtud de la idea de libertad, y son, por lo tanto, reales» (14). Desde el punto de vista del deber jurídico no habría nada que objetar, si valiera efectivamente el supuesto básico hegeliano de que lo real es asimismo racional.

Lo contrario de esta concepción es lo que lleva de nuevo a Ihering a identificar el deber con la coacción. Y no sólo el deber jurídico, sino también el moral: sólo que así como a la ley jurídica le corresponde el poder organizado de la coacción estatal, a la ley moral le corresponde el «poder de coacción psicológica de la sociedad, y este poder consiste en la opinión pública» (15).

Sobre estas bases era inevitable desembocar en la posición de Binder de excluir el concepto de deber y de obligación del ámbito del Derecho. Un último intento por escapar a esta solución lo constituyen las teorías del reconocimiento: puesto que el concepto de deber donde tiene plena aplicación es en la Moral y la característica fundamental de ésta se veía en la autonomía, en la libre aceptación del sujeto, se buscó por esta vía entroncar el Derecho con la Moral y así salvar el concepto de obligación o deber jurídico. Pero puesto que esa autonomía y esa aceptación en el ambiente del neokantismo, que es donde fundamentalmente se desenvuelven estas teorías, era la del individuo, resulta natural que se intentara asegurar lo mismo para el Derecho: de aquí la llamada teoría del reconocimiento individual. Consecuentemente llevada hasta sus últimas consecuencias esta teoría tendría que terminar en la anarquía, con la disolución del Estado. Esto es lo que se evita con distintas construcciones. Bierling, el más típico representante de la teoría del reconocimiento individual, lo evita por medio de la categoría del *reconocimiento indirecto*. No todas las normas del Derecho, que ni siquiera pueden ser conocidas por el sujeto, sino sólo unas cuantas, bajo las cuales queden «subordinadas» o «subsumidas» las demás, son las que tienen que ser objeto del reconocimiento. En último término basta con el reconocimiento de un solo principio: el de que valen las disposiciones emanadas de ciertas personas dentro del Estado (16). R. Laun evita las consecuencias extremas de su concepción del Derecho «autónomo», «reconocido», dejando subsistente al lado de él el Derecho «positivo» como conjunto

(14) G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, pfo. 148 (al final), edic. de Hoffmeister, Berlin, 1956, pág. 144.

(15) R. v. IHERING, *Der Zweck im Recht*, II, Leipzig, 1923, pág. 141.

(16) E. R. BIERLING, *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, I, Gotha, 1877, págs. 135-6. Cit. por H.-L. SCHREIBER, *o. cit.*, pág. 95.

de «preceptos heterónomos que son observados y aplicados efectivamente» (17).

Pero la versión de la teoría del reconocimiento que ha logrado imponerse más ampliamente, hasta el punto de considerársela a veces en la doctrina actual como indiscutible, es la del reconocimiento general (18). Esta apoya la fuerza obligatoria del Derecho no en la aceptación por parte de cada individuo, sino en las ideas éticas que prevalecen en la conciencia de una mayoría (Merkel), en la convicción que de la obligatoriedad del Derecho tiene la mayoría de un pueblo (Jellinek). Por supuesto, tampoco en esta modalidad es necesario que sean conocidas y reconocidas cada una de las normas. Hermann Heller se refiere expresamente a este propósito a los «principios y doctrinas muy generales», de los que recibirían su fuerza de obligar las demás normas jurídicas (19).

La teoría del reconocimiento en esta versión del reconocimiento general, si se reduce, como la reduce expresamente Jellinek (20), a una explicación de la positividad del Derecho, puede considerársela—así se expresa Welzel—como «imprescindible, porque, en efecto, permite evitar la identificación, tan cargada de consecuencias, de la positividad (facticidad) que corresponde a la validez jurídica con la pura «viabilidad» de un mandato y diferenciar el Derecho de los puros actos de fuerza o de coacción, incluso ya al nivel de su positividad» (21).

Pero la teoría del reconocimiento no puede dar una fundamentación auténtica de la fuerza de obligar del Derecho, del deber jurídico. Esto se hace especialmente visible en la teoría del reconocimiento general. Como el propio Welzel ha dicho repetidamente en varios de sus trabajos, «¿por qué tiene que valer una norma para *mí*, sólo porque *otros* la obedecen?» (22). Pero el fallo fundamental afecta por igual a la versión del reconocimiento individual, porque se refiere al significado, al valor del reconocimiento: de un hecho, sociológico o psicológico, no puede surgir una verdadera obligación; una cosa es el sentimiento del

(17) R. LAUN, *Derecho y Moral*, México (Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma), 1959, pág. 20.

(18) Cfr. H. WELZEL, *Die Frage nach der Rechtsgeltung*, Köln und Opladen, 1966, págs. 10 y sigs.

(19) H. HELLER, *Teoría del Estado*, vers. esp. de L. Tobío, México, 1961, página 193.

(20) Cfr. G. JELLINEK, *Teoría general del Estado*, trad. de F. de los Ríos, Buenos Aires, 1954, pág. 250.

(21) H. WELZEL, *o. cit.*, pág. 13.

(22) H. WELZEL, *o. cit.*, pág. 21, y «Derecho y Poder», en *Más allá del Derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba (R. A.), 1962, pág. 61.

deber y otra cosa un verdadero deber. De lo contrario (y esto afecta especialmente a la teoría del reconocimiento individual) faltaría el deber jurídico donde sería más necesario: allí donde alguien se cree legitimado para infringirlo.

De estos inconvenientes se libra, al menos aparentemente, la postura de Kelsen. En contraste con el deber moral, que se identifica, según él, con la convicción psicológica de la obligación, con el sentimiento subjetivo del deber, defiende un concepto de deber jurídico que no es más que la individualización, la particularización de una norma jurídica aplicada a un sujeto. Y como lo esencial de la norma jurídica para Kelsen, por encima de las modificaciones de su doctrina, es que cierta conducta provoca la aplicación de una sanción, el deber jurídico es la vinculación del sujeto a la conducta contraria o al acto de coacción correspondiente (23). Pero para la aplicación de ese acto coactivo tiene que haber siempre un órgano del Estado que esté obligado a ello por otra norma y así sucesivamente. Para evitar el «regressus in infinitum» que Alf Ross (24) había descubierto a este respecto en la doctrina de Kelsen, éste explica, al menos a partir de la edición francesa de 1935 de su *Teoría pura del Derecho*, que las normas jurídicas no sólo pueden imponer o prescribir una sanción, sino que también pueden limitarse a «permitirla» o «autorizarla» (25). También en este caso podríamos preguntarnos, como lo hace en sustancia Welzel (26), si el autorizar a imponer una sanción no supone a su vez autoridad, es decir, estar autorizado para ello y así sucesivamente. Pero ya sabemos que la construcción de Kelsen desemboca en la suposición de una norma fundamental de la que derivan su validez todas las demás. Ahora bien, el propio Kelsen nos dice que «dicha norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico creado conforme a la primera constitución es, en cierta medida, eficaz». ¿Y qué significa eso de «eficaz» y cómo conoceremos si se da la «medida» imprescindible para que las normas tengan validez y surja, por tanto, la obligación, el deber jurídico? No parece que se pueda escapar a la doble explicación que ya conocemos: o por la coacción o por el reconocimiento, o simultáneamente por ambos

(23) «Un individuo está obligado jurídicamente a una determinada conducta, si se ha establecido la conducta contraria como condición de un acto de coacción (como sanción)» (H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 2.^ª edic., Viena, 1960, página 125).

(24) Cfr. A. ROSS, *Hacia una ciencia realista del Derecho*, trad. cast. de J. Barboza, Buenos Aires, 1961, págs. 52-3.

(25) Cfr. en *Reine Rechtslehre*, Viena, 1960, págs. 4-5, 15-6, 123-4.

(26) H. WELZEL, *Die Frage nach der Rechtsgeltung* (cit.), pág. 14.

a la vez. Con lo que nos encontramos también de nuevo en las mismas dificultades que ya hemos visto a propósito de las teorías que explicaban de ese modo el deber jurídico.

Una orientación distinta en la noción de deber jurídico es la marcada por las llamadas escuelas «realistas». A diferencia de Kelsen, que pretendía elaborar una teoría de los conceptos jurídicos puramente normativa, la teoría jurídica del realismo jurídico norteamericano, en frase de F. S. Cohen, «presenta un ultimátum a los conceptos no verificables. Toda palabra que no tenga provisión de fondos en moneda de hechos a la vista es declarada en quiebra» (27).

A qué hechos pueda ser reducido el concepto de deber jurídico nos lo dice ya el famoso iniciador del movimiento realista americano, el magistrado Oliver Wendell Holmes. Siguiendo su conocida concepción del Derecho, «yo entiendo por «Derecho» las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto» (28), nos dice también que «el llamado deber jurídico no es nada más que la predicción de que si un hombre hace o deja de hacer ciertas cosas se verá obligado a padecer de esta o aquella manera en virtud de la decisión de un tribunal» (29).

Ahora bien, este hecho de la predicción de lo que los tribunales decidirán ante la conducta de un hombre ¿es una mera interpretación de lo que generalmente se entiende por deber jurídico, o más bien una transformación, una conversión en hechos de una noción que en sí no representa ninguno y, por consiguiente, es insostenible? Si, como parece, es lo segundo lo que se pretende mantener, entonces el concepto de deber jurídico en realidad habría desaparecido, por sustitución, reemplazado por otra consideración distinta.

La escuela del realismo escandinavo, o escuela de Upsala, a la que a veces se aplica la denominación de «ultrarrealismo», no se ha conformado con esta solución, sino que se ha propuesto investigar en primer lugar qué representación psicológica corresponde a la categoría de deber jurídico. El resultado, sin embargo, puede parecer más bien decepcionante. Hägerström llegó a la conclusión de que el significado del deber jurídico es el de un vínculo místico, al que no corresponde más que una ilusión, un absurdo lógico: «la idea de estar obligado a hacer algo genera un sentimiento de estar bajo presión. Estos sentimientos alimentan la creencia de que existen poderes y vínculos reales. Históricamente,

(27) F. S. COHEN, *El método funcional en el Derecho*, Buenos Aires, 1962.

(28) O. W. HOLMES, *La senda del Derecho*, Buenos Aires, 1959, pág. 19.

(29) O. W. HOLMES, *Collected Legal Papers*, 1920, págs. 168 y sigs. Citado por K. OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico y realidad*, Buenos Aires, 1968, pág. 16.

las ideas de derechos y obligaciones son explicadas como derivaciones de ideas primitivas de poderes y vínculos sobrenaturales que podrían ser establecidos y manipulados por medios mágicos» (30).

Sobre la base de los estudios de Hägerström su discípulo Lundstedt llegó a la conclusión de que no existe el deber jurídico, conclusión que por lo demás ya hemos visto extraída también en otras latitudes, y, finalmente, a la recomendación de que el término fuera borrado del lenguaje jurídico. A este último se opone otro representante de la escuela escandinava: Karl Olivecrona. Partiendo de que el lenguaje jurídico tiene que ser considerado en primer lugar como un medio para «influir en la conducta de los hombres y dirigirla de ciertas maneras», defiende la tesis de que términos como el de derecho subjetivo y el de deber jurídico han de ser mantenidos en el lenguaje jurídico con este fin «práctico», aunque no tengan ningún significado representativo o informativo (31).

Creo que hay que agradecer a la escuela escandinava el haber contribuido decisivamente al esclarecimiento del problema del deber jurídico, desarrollando consecuentemente una de las posturas fundamentales. Partiendo de una concepción empirista atenta sólo a las realidades captadas por la experiencia de los sentidos, no hay manera de señalar una realidad que corresponda a la representación del concepto de deber jurídico; por lo tanto, el contenido de éste no puede ser más que una ilusión. Si nos decidimos a seguir empleando el término ha de ser por fines prácticos, entre los cuales cuenta el que la creencia en una realidad suprasensible correspondiente a los deberes jurídicos ha de ayudar a que se cumplan.

Pero precisamente esta trascendencia práctica es lo que nos obliga a un mayor cuidado en el discernimiento de lo que es y cuándo se da un verdadero deber jurídico, si es que éste es posible. De lo contrario la vida jurídica estaría montada en un engaño y expuesta, por consiguiente, a las conmociones de su descubrimiento.

Desde luego, esos mismos supuestos empiristas que imposibilitan la existencia de un verdadero deber jurídico eliminan también la posibilidad de admitir un auténtico deber moral. Pero esto no debe llevarnos a la tentación de identificar el problema del deber jurídico con el del deber moral. Como ya dije anteriormente, parto de la diferenciación de Derecho y Moral. Y esto no sólo significa que puedan no coincidir

(30) Cfr. K. OLIVECRONA, *Lenguaje jurídico y realidad*, Buenos Aires, 1968, página 25.

(31) K. OLIVECRONA, *o. cit.*, págs. 43 y sigs.

los deberes morales con los jurídicos, sino también que allí donde coincidan en el mismo objeto su modo de obligar ha de ser diferente.

Podría, no obstante, realizarse una remisión en bloque de todo el Derecho a la Moral, en cuanto que ésta mandara en general acatar el Derecho, convirtiéndose así todos los deberes jurídicos en indirectamente morales. Pero esto, aparte de los inconvenientes que entrañaría desde el punto de vista de la Moral, que se apoya siempre de alguna manera en la convicción interior, supondría o bien aceptar como deberes jurídicos y morales todos los impuestos por el legislador positivo, o bien diferenciar los casos en que, a pesar de las disposiciones legales, no se dan tales deberes. Este último caso equivale a encontrarnos con el problema sin resolver. Y en cuanto a la aceptación incondicional, y además como obligación moral, de todo lo dispuesto por el legislador equivaldría al más extremado e insoportable positivismo.

Cabe preguntarse si no era precisamente ésta la posición de la escolástica. Pero la respuesta tiene que ser negativa, porque en la escolástica todo el Derecho queda bajo el control de la ley natural, y, por consiguiente, en definitiva bajo el control de la Moral, que además está dirigida y completada por la Revelación y las enseñanzas de la Iglesia. Según expresiones de Santo Tomás de Aquino, similares a otras de San Agustín, «la ley humana es ley en cuanto se deriva de la ley natural. Y si se aparta de ella ya no es ley, sino corrupción de la ley» (32). Y aun así, la mayor parte de los autores escolásticos creyeron necesario encontrar una «válvula de escape» (Legaz) para la obligación de conciencia de las leyes humanas—aun cuando no contradecían a la ley natural—en la construcción de las leyes meramente penales. Pero esta construcción, aparte de las dificultades teóricas que presenta, nunca llegó a ofrecer criterios claros para distinguir las leyes meramente penales. Todo lo cual creo que demuestra, en primer lugar, y una vez más, que los escolásticos cuando hablan de la obligación o deber derivado del Derecho se refieren a una obligación moral. Y, en segundo lugar, que aun cuando atisban la necesidad de admitir un deber estrictamente jurídico, no llegan a descubrir cuál es su constitutivo, y se limitan, cuando tratan de señalar las leyes meramente penales, a poner ejemplos, sin que puedan marcar con precisión el ámbito de su aplicación. En este sentido me parecen especialmente acertados los reparos que pone Georges Renard y con él Legaz a esa doctrina de las leyes meramente penales, en

(32) S. TH., I-II, q. 95, a. 2.

cuanto que, al no establecer a qué leyes se refiere, mina la validez y obligatoriedad de todo el orden jurídico (33).

Pero por muy urgente que sea buscar criterios diferenciadores del deber moral y del jurídico y establecer un concepto independiente de este último, no es ésta una cuestión en que se pueda proceder con apresuramiento. Creo que esto es lo que se puede achacar a un valioso intento recientemente llevado a cabo para caracterizar y fijar los límites del deber jurídico por Martin Drath: *Grund und Grenzen der Verbindlichkeit des Rechts* (34). Tal como el propio Drath resume su tesis, «en principio estamos obligados jurídicamente a aquello que en último término tenemos que ejecutar con regularidad» (35). Es decir, simplificando un poco, con otras palabras, que es la necesidad lo que constituye la obligación del Derecho; fórmula que, por lo demás, no está nada lejana de otras que se encuentran en el propio Drath (36). Según él, es cada sociedad, cada colectividad la que a la vista de lo que le resulta imprescindible para la convivencia lo establece como Derecho y como consecuencia cada miembro de la colectividad queda ligado a la ejecución de cada una de esas prescripciones juzgadas imprescindibles. El fallo de la concepción de Drath y la razón por la que me parece que se la puede calificar de apresurada está en establecer una conexión directa, inmediata, entre la necesidad y el deber jurídico, al margen de toda cuestión de valoración y de deber ser. «El Derecho positivo—nos dice él expresamente—es un principio inevitable y vitalmente necesario para la sociedad y para sus miembros, en base a la evolución socio-cultural, de la que surge y por la que continúa en la existencia, y no por una idea, un valor propio o un principio espiritual u otras cosas por el estilo» (37). Drath se rebela contra el principio de que el «deber» sólo se pueda derivar de otro «deber», que él atribuye a la «pura» lógica, a un espíritu reducido a la lógica estricta y contrapone a eso «la

(33) G. RENARD, *La théorie des «leges mere poenales»*, Paris, 1930. Cit. por L. LEGAZ, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1961, pág. 401.

(34) M. DRATH, *Grund und Grenzen der Verbindlichkeit des Rechts*, Tübingen, 1963, en la colec. «Recht und Staat», núms. 272-3.

(35) M. DRATH, *o. cit.*, pág. 47.

(36) Por ej.: «La inevitabilidad es tan forzosa, que la razón preceptúa su reconocimiento como un hecho» (*o. cit.*, pág. 53); o bien: «Es indiferente la cuestión psicológica de si los miembros no pueden representarse un quebrantamiento del orden, es decir, si obran por una "necesidad" (interior) o por una motivación psíquica provocada por un "deber"» (*o. cit.*, pág. 28).

(37) M. DRATH, *o. cit.*, pág. 54.

plenitud de un ser histórico y social» (38). En definitiva su posición viene determinada por el método escogido, que el mismo Drath califica de «cultural-sociológico en el sentido de Hermann Heller, Georg Jellinek y Max Weber», sin dejarse impresionar por las limitaciones de ese método sociológico, que establecen que «la sociología como ciencia del ser... no puede fundamentar un deber ser, sino tan sólo constatar la existencia de una sociedad de preceptos que aspiran a tener validez y mostrarlo como algo que está ahí, como algo "que es"» (39). Por esto mismo creo que nadie que esté a favor de estas limitaciones del método sociológico aceptará fácilmente la solución dada por Drath, aunque se pueda ver en ella un núcleo aceptable en la caracterización del contenido del deber jurídico.

Para complementar las convicciones sociales, en las que se apoyan tanto la teoría de Drath como la del reconocimiento general, podría verse la solución en elevarlas a la categoría de lo valioso y de lo normativo, es decir, de la esfera del ser a la del deber ser, por medio de la construcción hegeliana del «espíritu objetivo». Pero las experiencias de estos últimos años, especialmente las alemanas, que son las que con más insistencia han invocado esa concepción, constituyen una seria advertencia para no embarcarse de nuevo con facilidad por ese camino. Una y otra vez se han presentado como emanación del espíritu objetivo ideas y disposiciones jurídicas que luego eran desvalorizadas o incluso condenadas como auténticas monstruosidades. Expresiones como esa del «espíritu objetivo» o «realidad de la idea ética»... Sólo pueden resultar hoy eficaces si presentan las pruebas de la razonabilidad de sus pretensiones y los criterios para diferenciarlas de sus posibles aberraciones (40).

Esta razonabilidad del Derecho y de sus disposiciones, si queremos que dé lugar a un verdadero deber ser, a una obligación, a un deber jurídico, no puede ser una razonabilidad simplemente técnica, causal, «realista», sino que ha de ser una razonabilidad vinculante, que impulse, que fuerce a la acción. No se trata, por tanto, de un simple «tener que», sino de un poder elegir, de una opción entre diversas posibilidades, de las que, sin embargo, alguna de ellas se presenta como mejor, más valiosa en sí, más estimable, más digna de ser elegida y, de consiguiente, con la pretensión de serlo efectivamente.

(38) M. DRATH, *o. cit.*, págs. 55-6.

(39) M. DRATH, *o. cit.*, págs. 20 y 19.

(40) Cofr. H. WELZEL, *Die Frage nach der Rechtsgeltung* (cit.), págs. 19-20; también sustancialmente coincidente H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, München u. Berlin, 1964, pág. 453.

La posibilidad de este tipo de razonabilidad es rechazada por el empirismo radical, que no admite más que los hechos y las realidades en el sentido de la pura facticidad, de la pura existencia; pero ese empirismo no tiene ninguna razón decisiva para ello. Las vivencias psicológicas en que se nos presentan ese tipo de opciones, con pretensiones preferentes por parte de alguna de las alternativas, también son hechos; y como todos los hechos psíquicos, trascienden de ellos mismos a determinados objetos. Que estos objetos, en cuanto valiosos, estimables, preferibles, sólo sean captables por la experiencia externa al traducirse en ventajas materiales, no quiere decir que cuando se refieran a otra dimensión, que podemos denominar la del espíritu, sean puras quimeras.

Lo que sí ocurre es que esas pretensiones, esas aspiraciones, esas exigencias de deber ser pertenecientes al orden espiritual son las menos eficaces en orden a mover a la acción a los hombres, son las más débiles, como ha enseñado Nicolai Hartmann. Sólo cuando reciben la sanción y el apoyo de una autoridad o se les añaden alicientes de orden material, desventajas en caso de desatención o incumplimiento, adquieren verdadera relevancia práctica. Pues bien, esto es lo que sucede en el orden del Derecho, donde a valores de tipo espiritual se unen otros bien perceptibles en el orden material y donde sobre todo la alteración del orden debido se traduce a la larga en catástrofes proporcionadas a esa alteración, como una y otra vez confirma la historia. Es cierto que estas catástrofes son de tipo colectivo y pueden afectar a quien menos las ha provocado. Pero de evitarlas, procurando la conservación del orden debido, puede encargarse una autoridad que represente a la colectividad y urja por medio de premios y castigos el cumplimiento de los deberes que corresponden a cada uno de los súbditos o miembros de la colectividad. Porque los deberes jurídicos, de esto no cabe duda, son coercibles, pueden ser impuestos por la coacción, aun cuando esta coercibilidad no constituya su esencia, sino que es un derivado de una exigencia previa, que puede ser de orden espiritual.

Concretando, las exigencias del Derecho provienen de los tres elementos que Radbruch señaló en la idea del Derecho: justicia, seguridad y adecuación u ordenación a fines. De estos tres elementos el primero de la justicia es el más espiritual; los otros dos pueden participar en más o en menos del orden espiritual. Pero si no se guardan las exigencias de la justicia, se altera la paz: «Opus justitiae pax»; y entonces tampoco pueden lograrse ni la seguridad jurídica ni la adecuada consecución de los fines. Esto mismo da fuerza a los que quieren observar la justicia; es decir, el orden de valores predominantemente espirituales;

y ante todo legitima la actuación de los gobernantes, principales responsables de la observación del orden debido.

El deber jurídico, por tanto, presenta una estructura esencialmente distinta del deber moral. Este dirige sus exigencias al individuo como tal, mientras que el deber jurídico se las dirige en cuanto miembro de la colectividad, en cuanto responsable de un orden que ha de ser observado y mantenido en la colaboración social (41). Por eso no necesita ser reconocido por cada uno en particular, sino que se apoya en una instancia objetiva, en la realidad de un orden objetivo de valores. Por eso rige en primer lugar el conocimiento evidentemente conocido de ese orden objetivo de valores. En segundo lugar, la presunción del conocimiento de ese orden objetivo, que normalmente se concede a la autoridad. En tercer lugar, en caso de desconocimiento o de duda de los valores a realizar, el único valor que queda entonces como evidente: el del orden, asegurado por el acatamiento de la autoridad. En cambio, en el caso de que este valor choque con valores superiores evidentemente reconocidos, o de que la presunción de conocimiento otorgada en principio a la autoridad se manifieste como infundada, han de prevalecer las exigencias del orden objetivo de valores directamente conocidas, es decir, el Derecho natural. Pero siempre con referencia a la vida colectiva; y, por consiguiente, sin exigir otro cumplimiento los deberes jurídicos en cuanto jurídicos que el exigido por la vida colectiva, es decir, un cumplimiento objetivado, sin referencia a la disposición de ánimo del agente. En unos casos los deberes jurídicos coincidirán con deberes morales, en otros no. Desde el punto de vista del Derecho lo que hay que desear es que esa coincidencia sea la máxima posible, ya que cuanto más repose el cumplimiento del Derecho en la convicción, y no en la coacción, más perfecto será ese cumplimiento; y aun cuando no siempre tenga que coincidir la convicción del deber jurídico con la convicción del deber moral, no cabe duda que esta última, por ser íntima, personal, afectar al fondo de la persona individual, es la que compromete de una manera más plena, y, por lo tanto, también la que produce mejores y más completos resultados.

Cuando los límites del cumplimiento por convicción de los deberes jurídicos sean demasiado bajos, de tal manera que haya que apoyarse primordialmente en la coacción, el orden de conjunto en que se apoyan deja de ser Derecho, por dejar este orden de ser humano. En efecto,

(41) No se trata de una separación radical, sino de orientación, de punto de vista. La Moral contempla lo social desde la interioridad del individuo; el Derecho, en cambio, atiende a lo interior desde la exterioridad de la vida social.

es humano someterse a una autoridad que dirija la vida colectiva; pero no es humana una colectividad en que la gran mayoría de sus miembros no saben discernir por sí mismos su destino y su papel dentro de esa vida colectiva.

Pero esto se refiere al orden jurídico en su conjunto. Por lo que se refiere a cada una de las pretensiones dirigidas a los individuos y que dan lugar a los diversos deberes jurídicos, basta en cada caso con la presunción de razonabilidad que tienen a su favor las pretensiones derivadas de un orden que es razonable en su conjunto. Es decir, que el deber jurídico, a diferencia del moral, puede ser heterónimo. El deber moral puede también basarse en una autoridad, pero sólo en cuanto esta autoridad lleva a la presunción positiva de que existe un fundamento objetivo para el deber. Mientras que, en cambio, en el deber jurídico esa presunción es general: en tanto no se demuestre con evidencia lo contrario y además que el valor del orden y de la seguridad, que siempre se realizan de alguna manera con el Derecho, deben ceder en virtud de la supremacía de los otros valores.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ PANIAGUA.