

## SOBRE «LA OBEDIENCIA AL DERECHO», DE EUSEBIO FERNANDEZ

ADELA CORTINA ORTS

Catedrática de Filosofía de Derecho, Moral y Política de la Universidad de Valencia

Introducirse en el libro de Eusebio Fernández *La obediencia al derecho* supone —como anuncia el autor desde el inicio— habérselas con uno de los intentos de «rehabilitación de la filosofía práctica», a los que dio comienzo el afortunado título de la compilación de M. Riedel *Rehabilitierung der praktischen Philosophie* (1). Y ello se debe al hecho de que el trabajo se enfrente con un tema, propio de tres niveles de reflexión y lenguaje tradicionalmente enclavados en el ámbito de la filosofía práctica; porque dilucidar si existe una obligación moral de obedecer al derecho y, en caso de que exista, en qué circunstancias, es una cuestión que afecta a la filosofía moral, a la jurídica y a la política.

Este objetivo central de la investigación llevará al autor a estructurarla en dos partes, estrechamente conectadas entre sí: en la primera de ellas irá analizando paulatinamente conceptos necesarios para responder a la pregunta sobre si existe una obligación moral de obedecer el derecho y dialogará con posiciones que también responden a ella, mientras que en la segunda tratará de asegurar los requisitos que ha de reunir un sistema jurídico-político para poder merecer obediencia por razones morales. Y es que desde la Introducción misma de la obra se nos advierte sin ambages de cuál será su tesis central: existe obligación moral de obedecer al derecho y a las disposiciones jurídicas siempre que sean justos, porque los hombres —agentes morales, a la par que destinatarios de las leyes jurídicas— tienen la obligación moral de ser justos. Si los hombres deben ser justos porque lo exige la moral y hay sistemas jurídicos justos, entonces existe la obligación moral de obedecerlos.

Obviamente, esta tesis central no nos conduce —como el autor tiene buen cuidado en precisar— a la conclusión de que haya razones morales para obedecer ciegamente al derecho. Frente a quienes defienden una obediencia ilimitada, las razones normales para obedecer al derecho justo abogan por la desobediencia al derecho injusto. La desobediencia civil no será, pues, inmoral además de ilegal, sino que hay también razones morales para desobedecer a las leyes de un sistema jurídico cuando a ello nos obliga la inevitable distancia entre legalidad y legitimidad.

Afirmaciones como la precedente constituyen un síntoma inequívoco de que

---

(1) RIEDEL, M. (ed.): *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg, 2 vols., 1972 y 1974.

el libro de Eusebio Fernández no pretende defender, junto con las razones morales para obedecer al derecho justo, el *statu quo*. Pero el desarrollo del mismo irá confirmando esta impresión inicial, porque las condiciones que el autor va a exigir a un sistema jurídico-político para calificarlo de «justo» y hacerle, por tanto, objeto de obediencia moral, no se ven cumplidas por el momento por ninguno de los sistemas existentes, ni llevan trazas de cumplirse en un futuro previsible. Con lo cual acabamos preguntándonos si, en buena lógica, Eusebio Fernández no tendría que defender más bien una desobediencia sistemática al derecho existente, por razones morales, hasta que se den las condiciones por él requeridas para que un sistema sea moralmente digno de obediencia.

En realidad, el autor nos invitaría a practicar ese «terror de la virtud», que tanto asusta a los neohegelianos en los neokantianos, porque supone la constante resistencia a lo que hay hasta que coincida con lo que debe haber. Y es que, en definitiva, sólo cuando un sistema jurídico-político encarne los ideales del «liberalismo igualitario», que el autor defiende, habrá razones morales para obedecerlo. Mientras tanto, en esta historia que no es todavía justa, las razones morales abogan por la desobediencia. La pregunta última queda siempre pendiente; y si las desobediencias puntuales parecen carecer de fuerza para conducir a lo que debe ser, ¿no estarán las razones morales por la ruptura más que por la mera desobediencia dentro del marco democrático?

Y es que el autor, situándose en un marco democrático, que me parece indiscutible como punto de partida irrenunciable, exige a un sistema jurídico-político dos condiciones de justicia: la primera se refiere a la legitimidad de su origen, que para él no puede ser sino contractual; la segunda nos remite a la legitimidad de su ejercicio, que consiste en estimular y garantizar los derechos fundamentales (2). Porque el nervio de la argumentación consiste en defender una teoría contractual de la justicia que, más allá del iusnaturalismo y el convencionalismo, considera las instituciones sociales y políticas como legítimas sólo cuando se elaboran desde la idea de un pacto entre individuos autónomos, libres e iguales, cuyo contenido viene marcado por los derechos morales de los individuos, que son anteriores al pacto y le dotan de sentido (3). Con ello se inscribe el autor explícitamente y sin ambages en el neocontractualismo y en el tronco liberal del que éste procede, defendiendo como valor primero al individuo y sus derechos, que dan sentido al pacto del que nacen una sociedad y un estado mínimo (4). A partir de esta opción el libro hace gala de un extenso conocimiento de la bibliografía existente sobre los distintos puntos de los que trata y proporciona al lector buena noticia del estado de las cuestiones. Si bien hubiera sido deseable que, a pesar de la opción liberal y neocontractualista del autor, se hubieran tematizado algunas posiciones «neosocialistas», que también pretenden ofrecer elementos de legitimidad para la fundamentación del estado, que se ocupan explícitamente en ocasiones de las relaciones entre obligación moral y sistema jurídico-político y que no descuidan al individuo y sus derechos. Una discusión con ellas hubiera ampliado el panorama, mostrando que no sólo el neoliberalismo se afana por

---

(2) FERNÁNDEZ, E.: *La obediencia al derecho*, pp. 21, 72, 167.

(3) *Ibid.*, p. 176.

(4) Por razones de espacio y tiempo es imposible matizar la distinción entre un pacto de asociación y un pacto político para defender los derechos morales.

estas cuestiones y que las propuestas de los neosocialistas tampoco son despreciables (5). Pero, retornando al neoliberalismo asumido como punto de partida, se nos dice que cuando un sistema jurídico-político configure sus instituciones «como si» hubieran sido bosquejadas a través de un pacto y cuando en su ejercicio tales instituciones defiendan y promuevan los derechos humanos —contando entre ellos no sólo los políticos y civiles, sino también los económicos, sociales y culturales— merecerá obediencia moral por parte de los ciudadanos.

A continuación tal sistema se identifica con un sistema liberal-democrático avanzado, que en las páginas 157 y 158 se describe con caracteres verdaderamente idílicos. De él se dice que si recoge principios de moralidad social fundamentales, si hace posible su realización, si el sistema jurídico es un medio para preservar y promover los derechos humanos, «en la medida en que satisfaga este objetivo, hay una obligación moral de obedecer al derecho en cuestión» (5). ¿Y en la medida, más probable, en que no lo satisfaga?

Quien esto escribe hubiera deseado encontrar en el libro un mayor grado de problematización, porque las simplificaciones corren el riesgo de caer en tautología. Y en tal situación caen, a mi juicio, dos posturas en torno a la obligación política, que en el trabajo se recogen, y que me parecen igualmente tautológicas: 1) moral y derecho son dos órdenes tan heterogéneas que el concepto de obligación moral no puede mediar entre ellos; ésta sería esquemáticamente la postura de González Vicén y desde sus presupuestos resultaría irrefutable. ¿Cómo puede obligar moralmente un instrumento de dominación de clase, como —según González Vicén— es el derecho? (6) Moral y derecho son fenómenos entre los que existe tal continuidad que sólo puede considerarse a un derecho legítimo cuando ha sido elaborado desde la idea de imparcialidad, procedente de la razón práctica, y cuando en su ejercicio defiende y promueve los derechos humanos arriba mencionados; a mayor abundamiento, la idea moral-política de autonomía sirve de principio mediador entre ellos, hasta el punto de que la autonomía moral se expresa como libertad legal. Negar que a tal maravilla se deba obediencia moral resulta inconcebible y me parece innecesario en tal caso distinguir entre una obligación moral directa y una indirecta (7).

A mi modo de ver, las tautologías cesan cuando la realidad empieza a presentarse en toda su problematización, porque sabemos con Hegel que la Idea no es el concepto, sino el concepto y su realización. ¿Y si sucede que moral y derecho son dos órdenes deontológicos específicamente distintos, a los que caracterizan dos modos distintos de obligación, y entre los que necesariamente tiene que haber discrepancias, aunque sólo sea en virtud del pluralismo moral, de las contradicciones de la democracia, de la no historicidad del contrato, del hecho de que

---

(5) Del ámbito socialista podría decirse que se acogen explícitamente las aportaciones de Elías Díaz y Gregorio Peces-Barba. Pero tal vez hubiera sido interesante haber contado con otras propuestas, como la realizada por HABERMAS, J., en la segunda de sus *Vorlesungen* sobre «Recht und Moral», que se refiere a la idea de estado de derecho. Yo misma he intentado una aplicación de la propuesta discursiva a la política en *Razón comunicativa y responsabilidad solidaria*, Salamanca, 1985, parte III.

(6) NINO, C. S.: *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, 1984, p. 245. FERNÁNDEZ, E., recoge esta cita en *o. c.*, p. 164, y hace también suya la afirmación.

(7) No menciono aquí la obligación moral en sentido fuerte y derivado, de que habla E. Fernández, porque —como más adelante intentaré mostrar— me parece una distinción inadecuada.

la historia no esté en nuestras manos, del hecho —por decirlo kantianamente— de que el hombre esté hecho de una madera curva? ¿Y si precisamente son todas estas razones las que nos llevan a preguntarnos si existe una obligación moral, siquiera indirecta, de obedecer al derecho?

Como creo que la obligación política aparece como problema para quien se representa a la moral y al derecho como conectados, pero como inevitablemente discrepantes, hubiera deseado encontrar en el libro una mayor dosis de problematización. En lo que sigue voy a referir únicamente a cuatro de los puntos en él contemplados, por razones de espacio y tiempo: el origen de los valores morales, la articulación práctica —el ejercicio— del liberalismo igualitario, la idea de contrato y los conceptos de obligación moral fuerte y derivada. Ciertamente que el orden en que estos temas se tratan a lo largo del trabajo es diferente pero, a mi modo de ver, el primer apartado del mismo presupone el segundo, porque las discusiones con quienes abogan por ciudadanos obedientes, desobedientes o respetuosos se llevan ya a cabo desde las dos razones morales —contractualismo y derechos humanos— y su síntesis en el liberalismo igualitario.

En principio, por seguir la estructura de la teoría contractual de la justicia a la que Eusebio Fernández apela, y centrándonos exclusivamente en este trabajo suyo, no podemos dejar de preguntarnos por la fuente de los derechos humanos que enumera. Se nos habla de autonomía, dignidad, igualdad, inviolabilidad; ante la crítica de un colega se añade la solidaridad, y bien parece que la lista puede ampliarse o reducirse a tenor de las sugerencias. Sin ignorar el problema de la historicidad de los derechos humanos, desearía quien esto escribe encontrar en el libro una justificación de por qué son los que el autor enumera y no otros.

Ciertamente que en un momento se nos advierte de que son derechos morales los que se deducen de una concepción del hombre, de la sociedad, del poder político y del derecho, que se denomina «liberalismo igualitario» (8). El liberalismo igualitario defiende una relación adecuada —se nos dice— entre libertad e igualdad y pretende dar contenido tanto a los derechos individuales como a los de tipo económico, cultural y social. Se nos señala su parentesco, no sólo con el liberalismo clásico, sino también con el socialismo liberal de Carlos Rosselli, con el socialismo democrático, expuesto por Elías Díaz y por Gregorio Peces-Barba, y con la socialdemocracia. Por último se acepta, con R. Dahrendorf, que el liberalismo tiene dos componentes: uno pasivo, la protección del individuo y sus oportunidades de vida frente a cualquier limitación arbitraria; otro activo, que consiste en el esfuerzo incesante por ampliar las oportunidades de vida de los individuos, de modo que un número siempre mayor de personas goce de oportunidades de vida siempre mejores (9).

A pesar de tales aclaraciones la pregunta sigue inquietándonos: ¿de dónde extrae un grupo de pensamientos esas características que asigna a los hombres, y en virtud de las cuales se autodenomina «liberalismo igualitario»?

Parece que han pasado los tiempos en que tales caracteres se leían en la naturaleza humana y que el neocontractualismo aboga de nuevo por leerlos en un hipotético estado de naturaleza, que ahora lleva un nombre diferente. Pero en el caso de Rawls, a quien Eusebio Fernández parece sentirse muy próximo, existe

---

(8) FERNÁNDEZ, E.: *o. c.*, p. 187.

(9) *Ibid.*, pp. 188 y ss.

el esfuerzo por extraer tales caracteres a partir de los juicios meditados de las sociedades democrático-liberales y mediante un proceder entre trascendental y hermenéutico, que les permite entender sus supuestos histórico-empíricos «con intención práctica». Mientras que «socialistas» igualmente defensores de los derechos humanos y su prioridad con respecto a los pactos concretos hacen uso del método trascendental, aplicado al *factum* del lenguaje, para poder dilucidar tales derechos (10). Y es que en un tiempo en el que pensadores como A. Mac Intyre —no ya Nietzsche y los nietzscheanos— afirman que los derechos humanos son supersticiones, como es una superstición afirmar la existencia de brujas y de unicornios, es menester aclarar la fuente de la que se extraen, el método empleado y el alcance de su aplicación.

Articular después esos valores en el ejercicio de un sistema jurídico-político no deja de ser también una tarea harto problemática. Porque, por una parte, pretenda el autor ir más allá de Rawls, ofreciendo en el liberalismo igualitario también una fundamentación para los derechos económicos y sociales. Pero, por otra parte, los mecanismos que propone no acaban de parecer viables: un estado social, que dé primacía a la sociedad civil y estimule las iniciativas privadas; un gobierno limitado, que *realice* la igualdad de las condiciones materiales; un estado liberal que, en condiciones de escasez, sin merma de la autonomía de los individuos, efectúe la igualdad material; un estado liberal igualitario, no elitista. Tal vez es la desconfianza en la realizabilidad de tales propuestas la que en algún momento lleva al autor, a pesar de todo, a retornar a la postura rawlsiana, que pretende ofrecer un criterio para establecer *prioridades*: «en caso de conflicto entre las exigencias de la libertad y las de la igualdad —dice Eusebio Fernández—, y contando siempre con el marco de una sociedad desarrollada que tiene solucionados los problemas cotidianos de su subsistencia, se admitiría la solución liberal de dar precedencia al ejercicio de las libertades» (11). ¿No será que el liberalismo no puede ofrecer para el ejercicio de un sistema sino un criterio de prioridades, en el mejor de los casos, y que el liberalismo igualitario exigiría más bien el tránsito a un «postliberalismo»?

Ciertamente es difícil negar en el momento actual el empuje del neoliberalismo, del que existen versiones neoconservadoras y progresistas. Pero, a mi modo de ver, o bien establecemos un nivel de prioridades —tipo Rawls y creo que, en el fondo, tipo Eusebio Fernández— o precisamos trascender los límites del liberalismo hacia una propuesta que tal vez todavía carezca de nombre. En definitiva, defender al individuo como valor primero desde un punto de vista ético no significa ya optar por un sistema jurídico-político liberal. Este es el valor que han defendido los personalismos de todos los tiempos y no por eso se han sentido obligados a optar por un sistema cuyos supuestos hacen difícil —si no imposible— la igual defensa de todos los individuos.

Y por ir al tercero de los puntos que antes he señalado, yo hubiera deseado cierta problematización del concepto de «democracia» y del pacto del que se habla. Como sabemos, aún dentro de la corriente liberal no existe un único concep-

(10) Este fue, al menos, mi intento en «Pragmática trascendental y derechos humanos», aportación a las «Tanner-Lecturas», celebradas en el Instituto de Derechos Humanos en 1988 y que, por lo que sé, están en prensa. De Rawls, en el sentido descrito, me ocupé en *Ética mínima*, Madrid, 1986, cap. 7.

(11) FERNÁNDEZ, E.: *o. c.*, pp. 240 y 241.

to de democracia, sino que las concepciones clásicas, elitistas, económicas, defienden distintos conceptos de democracia entre los que sería necesario elegir cuál nos parece moralmente deseable, pero también técnicamente posible. Y no sólo porque los hombres estemos hechos de madera curva, sino porque —como es conocido— la puesta en marcha de la democracia ha ido descubriendo en ella una serie de contradicciones difícilmente superables, a las que se ha venido a congregar bajo la expresión: «lógica contradictoria de la democracia» (12). ¿Cómo conciliar en la práctica la autonomía individual, que el autor desea defender, con el inevitable corporatismo? ¿Cómo identificar la presunta autonomía de los ciudadanos con la elección de representantes —aunque abogáramos por una democracia mixta— y con la decisión de las mayorías? ¿Cómo conciliar el ideal de igualdad con la comprobación racional de que los expertos representan una verdadera riqueza? ¿Cómo persuadir a los ciudadanos de que las instituciones y leyes se han configurado bajo la idea de un pacto que ellos hipotéticamente han sellado?

Es posible que estas dificultades se resuelvan en un sistema jurídico-político que encarne los ideales del liberalismo igualitario, como también es posible que no se planteen siquiera en una sociedad de productores libremente asociados o en una comunidad ideal de comunicación. Pero, ¿y entretanto?

A mi juicio, parte de la grandeza de las teorías contractualistas estriba —como Eusebio Fernández recuerda— en dar al contrato un carácter hipotético y no histórico, porque de lo contrario hubieran dado muestras de una falta de realismo escandalosa. Pero esto es lo que a la vez priva a la idea de contrato de fuerza legitimadora y de eficacia en la práctica. Porque, recurriendo a la versión kantiana del *pactum unionis civilis*, que el autor alaba calurosamente, cabe decir que el pacto no legitima la dominación presente, sino que bosqueja el ideal de un estado de derecho «en la idea» y pretende ofrecer al legislador un criterio, para que legisle según lo que la voluntad unida del pueblo «hubiera podido querer». La dominación es en realidad un *factum*, pero valgámonos de ese *factum* y démosle un sentido: intentemos ponerlo al servicio de la libertad interna de los individuos, dándole como objetivo la protección de la externa y la creación de una sociedad cosmopolita, que tiene realidad objetiva desde una intención práctica.

¿Qué significa en realidad el pacto? La expresión de la imparcialidad o, lo que es idéntico, la expresión de la razón práctica, cuya realización legitima el orden jurídico-político. Y es precisamente en el camino hacia esa realización de una universal constitución republicana —que es la cosa en sí— donde se dibuja la gran antinomia entre la metafísica del orden y la dialéctica del progreso (13):

(12) GINER, S.: *Ensayos civiles*, Barcelona, 1987; CORTINA, A.: *La democracia en forma de organización social y como estilo de vida*, en «Iglesia Viva», núm. 133 (1988), pp. 41-54.

(13) Hago uso, como es obvio, del subtítulo del excelente libro de VLACHOS, G.: *La pensée politique de Kant, Métaphysique de l'ordre et dialectique du progrès*, París, 1962, y de una de las ideas centrales de la obra, como también de la sugerencia de KERSTING, W., en *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts-und Staatsphilosophie*, Berlín/Nueva York, 1984, pp. 224 y ss. De todo ello me he ocupado yo misma en *El contrato social como ideal del estado de derecho. El dudoso contractualismo*

el hombre es autónomo —fin en sí mismo—, pero también está hecho de madera curva y no todo está en sus manos. Y es en ese «entretanto», es en la pugna entre la metafísica del orden y la dialéctica del progreso donde se plantea el problema de la obediencia al derecho, cuando el ciudadano comprueba con las leyes positivas de su estado no concuerdan con las que la razón prescribiría para defender la libertad, que es el fin racional que hemos dado al derecho.

Y con ello entro en el cuarto de los puntos que he mencionado y que afecta directamente al apartado primero del libro de que tratamos: el que se pregunta por la cuestión de la obligación política, en diálogo con representantes de la respuesta positiva, de la negativa y con partidarios de un «respeto», que no obediencia por razones morales. En este contexto surge de nuevo la famosa disputa, despertada por el trabajo «La obediencia al derecho» de Felipe González Vicén (14), y voy a permitirme terciar en ella, aunque no sea la primera vez (15), porque es en ella donde el autor expone su distinción entre una obligación moral fuerte y una derivada, distinción que desearía discutir.

En principio, la posición de Felipe González me parece, como ya he dicho, desafortunada, porque defiende una concepción del derecho insostenible, pero también —a mi modo de ver— una concepción insostenible de la obligación moral. Del derecho, porque concuerdo con Eusebio Fernández en afirmar que no es sólo un instrumento en manos de la clase dominante. De la moral, porque no considero que su obligatoriedad proceda de los imperativos de una conciencia individual, irrepetible e históricamente situada, extraña al orden social. En primer lugar, no me parece éste un adecuado análisis de la obligación moral porque —como en otro lugar he apuntado— si el derecho puede funcionar como ideología, también la conciencia individual puede estar ideológicamente deformada, egoístamente informada o iluministamente aconsejada. Suelen creer los salvadores de la patria en el *kairós* y en su misión única e irrepetible, y por ello pienso con E. Fernández y con otros colegas que es indispensable someter a la conciencia al canon de la universalización para hablar de objetividad. Pero, en segundo lugar, creo que los citados colegas (16) conceden demasiado a F. González Vicén al aceptar acríticamente que la fuente de la obligación moral es la conciencia individual, de la que manan imperativos categóricos materiales, que se imponen absolutamente. Esta extraña concepción de la obligación moral —más existencialista, diría yo, que «emotivista» como quiere Manuel Atienza, por lo que de individualismo a ultranza tiene— es en verdad ajena a la inmensa mayoría de corrientes éticas actuales que pudieran ocuparse del tema. Aun sin entrar en «pensamiento débiles», dudo mucho que analizaran en estos términos la obligación moral nearistotélicas como José Luis Aranguren, José Montoya o Augusto Hortal, neoutilitaristas como Esperanza Guisán o Gilberto Gutiérrez, emotivistas como Victoria Camps,

---

de I. Kant, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 59 (1988), pp. 49-64, y en el Estudio Preliminar a la traducción de A. Cortina y J. Conill de *La Metafísica de las Costumbres*, de I. Kant, Madrid, en prensa.

(14) GONZÁLEZ VICÉN, F.: *La obediencia al derecho*, en «Estudios de Filosofía del Derecho», La Laguna, 1979.

(15) CORTINA, A.: *La calidad moral del principio ético de universalización*, en «Sistema», núm. 77 (1987), pp. 111-120; *Ética mínima*, cap. 7.

(16) Me refiero a Elías Díaz, Manuel Atienza y Eusebio Fernández. Vid. FERNÁNDEZ, E.: o. c., 91-115.

personalistas como Carlos Díaz, Juan Miguel Palacios o Graciano González, analistas del lenguaje como Amelia Valcárcel.

Pero, incluso abandonado el ámbito de las éticas sustancialistas, teleológicas, materiales y analíticas, y adentrándonos en los dominios del deontologismo ético, tampoco es fácil en ellos entender por obligación moral la que brota de una conciencia individual irrepetible. Por citar una corriente en la que de algún modo «milito», y que no es ajena a José Rubio y Jesús Conill, aunque sí a Enrique López Castellón, diría que para la ética discursiva la obligación moral procede de las normas legitimadas a través de un diálogo intersubjetivo. Por último, quedaría la inefable posición —entre el consensualismo y la disidencia individual— de mi querido e inclasificable amigo Javier Muguerza. Pero lo inefable es aquello de lo que no pueden hablar los pobres mortales que siguen creyendo en la necesidad, no sólo del principio de universalización, sino también del de no contradicción (17).

Ahora bien, aún silenciando los esfuerzos de estas corrientes por caracterizar lo moral, y aceptando las reglas de juego de F. González Vicén, pero a condición de que la conciencia individual someta sus máximas a un canon de racionalidad, todavía nos quedaría alguna matización por hacer, que puede ser de interés para abordar la distinción que Eusebio Fernández realiza entre dos órdenes de obligación moral, la fuerte y la derivada. Se trataría, en principio, de recordar la célebre distinción entre *origen* y *fundamento*, referida en este caso al orden deontológico. Porque si bien es cierto que el fundamento de la obligación moral no se encuentra en el orden social —y sí el del derecho—, los contenidos de los deberes morales tienen un origen tan social como los de los deberes jurídicos.

A mi juicio, el origen de distintas legislaciones puede ser el mismo en cuanto al contenido, pero difieren por el fundamento de la obligación, que puede encontrarse en la estructura jurídica, en la conciencia moral o en la estructura religiosa. De ahí que comparta, aunque de modo peculiar, la convicción de F. González Vicén de que el derecho no puede fundamentar éticamente la exigencia de su cumplimiento, porque el esquema exigido en la norma jurídica nos advierte de las consecuencias de su infracción, pero no nos obliga moralmente a cumplirla. El derecho no puede exigir obligación moral, sino sólo una conducta legal.

Ciertamente, creo que en Eusebio Fernández estará de acuerdo en esta afirmación, porque admite que en un estado democrático no puede exigirse adhesión moral a quienes no lo acepten. Pero, a mi juicio, no tiene suficientemente en cuenta la distinción entre origen y fundamento de las normas en dos ocasiones: cuando defiende con Manuel Atienza que, en el caso de que coincidan materialmente normas morales y jurídicas, existen razones morales para obedecer a las segundas (18), y al llevar a cabo su distinción entre los dos tipos de obligación moral. Y puesto que la distinción entre origen y fundamento es, al cabo, kantiana, a Kant voy a acogerme en lo que sigue.

---

(17) Confío en que algún día Javier Muguerza responda a los amigables «ataques» de Eusebio Fernández y míos en una situación que nos permita replicar y dialogar, no en una mesa redonda en la que a nuestro inclasificable amigo le corresponde hablar el último y en la que no queda tiempo para el diálogo.

(18) FERNÁNDEZ, E.: *o. c.*, pp. 96 y 97.

Moral y derecho serían dos formas de legislación, que no difieren por el contenido de los mandatos (19), sino por la forma en que obligan. En el caso de que coincidan en el contenido aquello que un ciudadano acepta como norma moral para su conducta y aquello que está jurídicamente positivado, el ciudadano tiene razones morales para obedecer a su norma moral, que coincide con la jurídica. Porque el derecho sería un tipo de legislación que protege la libertad externa, y sólo indirectamente la interna, y nunca puede exigir a los individuos moralidad. En caso contrario, caeríamos en un paternalismo indeseable, porque si moral y derecho son formas específicas de legislación, moralidad y legalidad son actitudes del ciudadano ante la ley, y un ordenamiento jurídico nunca está legitimado para penetrar en la interioridad de los ciudadanos, exigiéndoles adhesión moral. La legislación moral, por el contrario, defiende la libertad interna y exige al sujeto moralidad. Su contenido puede ser idéntico al del derecho, y el origen del mismo es «heterónimo», porque el agente lo aprende en la sociedad en que vive. Pero algunas de estas normas aprendidas el sujeto las asume como suyas, como las que él establecería en una sociedad determinada racionalmente, y se siente obligado a cumplirlas por su propia humanidad, estamos entonces ante normas morales. Coincidan o no materialmente con el ordenamiento jurídico del estado en el que vive, las considera obligatorias por razones morales; por eso no puede decirse, en caso de coincidencia, que se obedezca al derecho por razones morales.

De ahí que no me parezca adecuada la distinción entre una obligación moral en sentido fuerte, basada en los imperativos de la conciencia individual y autónoma, y una obligación moral en sentido derivado, que es fruto de la aceptación, por parte de la conciencia individual, de una norma de origen heterónimo, que se convierte en moral desde el momento de su aceptación (20). Por el contrario, considero que todas las normas tienen origen heterónimo y que es autónoma su apropiación formal, que les convierte en tal caso en normas morales.

El *deber indirecto* de obedecer al derecho, del que habla una tradición kantiana, no tendría, pues, en la legislación jurídica el fundamento de su obligatoriedad, ni tampoco se identificaría con esa obligación derivada de que nos habla Eusebio Fernández. Consistiría más bien, a mi juicio, en una exigencia que la moral nos hace de obedecer la legislación jurídica de un estado concreto, cuando la consideramos como el mejor modo a nuestro alcance de conseguir que los derechos humanos se vean respetados. Es decir, cuando contando con el lugar en que hemos nacido y con el tiempo al que pertenecemos, nos parece que una legislación, aunque defectuosa, es la más asequible para evitar un estado en que los derechos no se verían respetados. En tal caso, el deber indirecto se plantea globalmente y no sólo cuando las normas jurídicas coinciden con las que el sujeto se daría a sí mismo, porque entonces su deber sería ya directo. No es extraña, pues, la posición de Kant con respecto al derecho de resistencia (21), ni la de Rawls con respecto a la desobediencia civil. Y es que el problema de la obligación

---

(19) Excepto en el caso de los deberes hacia sí mismo. De ello y de las relaciones entre moral y derecho, moralidad y legalidad me he ocupado en el Estudio Preliminar antes citado.

(20) FERNÁNDEZ, E.: *o. c.*, p. 109.

(21) Para una bien informada y convincente interpretación de esta posición, vid. el excelente libro de HAENSEL, W.: *Kants Lehre von Widerstandsrecht*, Berlín, 1926.

política no se plantea, a mi juicio, en relación con un derecho por definición injusto, ni en relación con un derecho justo por su origen y ejercicio, sino en esa dialéctica de justicia e injusticia que compone inevitablemente nuestra historia.

En cualquier caso, no quisiera abandonar estas páginas sin felicitar a Eusebio Fernández por tan sugerente libro, que une a una amplia información sobre el tema, lo bien trabado de su discusión y el atractivo de defender una propuesta. Obviamente no he expuesto yo aquí la mía, porque no era ésa mi tarea, pero espero que estas notas sirvan al menos como inicio de un diálogo fecundo.

Frankfurt, a.M., 6 de septiembre de 1988