

LA EXIGIBILIDAD COMO CRITERIO DE JURIDICIDAD DE LAS OBLIGACIONES

CARIDAD VELARDE
Universidad de Navarra, Pamplona

La cuestión de la obligatoriedad del derecho es antigua como el pensamiento jurídico y constituye, en ese contexto, uno de los problemas de más difícil solución. Es bien conocido el peligro de encallar en este Cabo de las Tormentas de la Ciencia Jurídica, según la expresión de Ihering, en el que tantos han naufragado. Por ese motivo, desde el principio conviene aclarar que el propósito de estas páginas no es resolver ese problema sino observar un punto concreto y tratar de aportar un poco de luz sobre él.¹ El punto es cuestión es, como el título indica, la exigibilidad de determinadas conductas humanas como señal de identidad de lo jurídico y clave de su distinción con respecto al mundo de la moral.

En cualquier caso, el problema general de la obligatoriedad del derecho ha sido objeto de debate en el ámbito de la filosofía jurídica en diversos momentos a lo largo del siglo XX. Uno de los más característicos, con el protagonismo de Radbruch, es el comienzo de la segunda mitad del siglo, en el marco de la reacción a un derecho sobre el cual había y hay acuerdo general en cuanto a su injusticia. Pero hay otros dos momentos, al menos, que resultan de igual o mayor interés para la discusión que nos ocupa. El primero coincide con el final de la década de los cincuenta, donde se sitúa lo que muchos han dado en llamar el movimiento de recuperación de la razón práctica, que no afecta sólo al mundo del derecho sino que abarca todo el ámbito de la acción humana. El segundo deberá esperar a los años ochenta, en los que representantes del pensamiento jurídico a uno y otro lado del Canal de la Mancha se ocuparon del problema de si el Derecho es o no obligatorio y, en su caso, si la obligatoriedad que el Derecho genera es análoga a la obligatoriedad moral, así como cuál es la relación entre ambas.

¹ Conviene tener en cuenta que el asunto se ha abordado tanto en el ámbito continental como en el anglosajón y en ambos resulta de gran complejidad. Pero el modo en que se ha tratado en cada uno de ellos es diferente porque los puntos de partida lo son también. Basta para demostrarlo la constatación de que en las exposiciones de autores pertenecientes a la tradición anglosajona con frecuencia no se cita a los continentales y viceversa. Uno de los casos más llamativos es que Hart no haga ninguna referencia a Kelsen sino que enlace directamente (aunque para criticarla) con la tradición de Austin.

Mientras Joseph Raz se pronunciaba abiertamente contrario a la existencia de una obligación de obedecer el derecho,² Robert Alexy se extendía (en unas claves terminológicas y argumentativas diferentes) sobre la obligatoriedad como una nota esencial del derecho, consecuencia de la posibilidad de hablar de razón práctica y de que ésta tenga una traducción en el ámbito jurídico.³

Las preguntas a las que es preciso responder en relación con la obligatoriedad del derecho son básicamente dos y conducen a la cuestión cuyo estudio queremos abordar. La primera pregunta es si hay una obligación moral de obedecer el derecho. La respuesta afirmativa implicaría la previa aceptación de obligaciones morales y de una vinculación entre derecho y moral de la que se deduciría la segunda pregunta: si los contenidos jurídicos han de ser conformes a la moral. En apariencia esto tiene poco que ver con la cuestión de la exigibilidad que aquí se plantea. No obstante, confío en ser capaz en las páginas que siguen de mostrar la conexión. Para ello hay que comenzar por establecer qué implica la noción de obligación en los ámbitos jurídico y moral, lo que exige a su vez ver si el término “obligación” tiene un único sentido o por el contrario, puede ser entendido de diferentes maneras.

1. Si la noción de obligación conviene a la moral

Bastante antes de la década de los ochenta, y precisamente coincidiendo con ese momento de recuperación de la razón práctica al que hacíamos referencia antes, Hart había trazado una línea de respuesta a esta cuestión caracterizada por separar las nociones de obligación o deber jurídico y deber moral. Su tesis, bien conocida,⁴ es que el término “deber”, que es propio del mundo del derecho, con frecuencia se traslada al discurso no jurídico y concretamente al moral de modo, valga la redundancia, indebido.

En este punto Hart parece coincidir básicamente (aunque sus intereses y sus conclusiones difieran) con la propuesta de E. Anscombe para quien el principal problema de la teoría moral radica precisamente en la utilización de la palabra “obligación”,⁵ con su connotación legalista y su consiguiente equiparación a “estar comprometido” o a que a alguien “se le exige que”, lo que supone a su vez un sujeto que pueda exigir una actuación conforme a una regla.⁶ Hacerlo así implica, a juicio de

² J. RAZ: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*. Oxford: Clarendon Press, 1979.: “Voy a argumentar que no existe obligación de obedecer el derecho aun en una sociedad buena, en la cual el sistema jurídico es justo”, 289, capítulo 12.

³ R. ALEXY: *The Argument from Injustice. A Reply to legal Positivism*. (tr. S. L. Samuelson y B. L. Paulson) Oxford: Oxford University Press, 2002.

⁴ H. L. A. HART: *Legal and Moral Obligation*. In A. I. MELDEN (ed.): *Essays in Moral Philosophy*. Settle-London: Press University of Washington, 1958. Sobre lo mismo cfr. J. C. BAYÓN: *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

⁵ Cfr. E. ANSCOMBE: *Modern Moral Philosophy*. *Philosophy*, 33, (1958), 1–19. Both Hart’s and Anscombe’s papers were published in 1958. He de hacer notar que tanto el texto de Anscombe como el de Hart fueron publicados en 1958. La inquietud que se aprecia en ese momento se traducirá una década más adelante en el llamado renacimiento de la Filosofía práctica.

⁶ Agravado por el hecho de que las connotaciones religiosas de esta forma de entender la moral le dificultan sobrevivir al proceso de secularización de las sociedades occidentales.

Anscombe, una sustitución de lo moral por lo legal en la que la principal perjudicada es precisamente la moral que queda vaciada, no tanto de contenido cuanto de significado propio. El problema está en la utilización de un mismo término para hacer referencia a realidades esencialmente distintas con la consiguiente necesidad de añadirles el apellido “moral” o “jurídico”. Paradójicamente, ese vaciamiento de contenido autónomo de la moral genera una mentalidad para la cual el incumplimiento de una obligación jurídica no es inmoral, al tiempo que excluye la idea de los absolutos morales, esto es, de actuaciones que sería inmoral realizar sea cual sea la finalidad que se persiga. Como digo, ambas posturas coinciden, pero sólo en apariencia, y de hecho, conducen a tesis opuestas, sobre todo en lo que a la relación entre moral y derecho se refiere.

Desde la perspectiva de Anscombe (que comparto) la moral tiene más que ver con la razón que con la adecuación a un acto de voluntad ajeno, de ahí que sus contenidos puedan ser conocidos (al menos en principio) por cualquiera. Y guardan relación con la adecuación de los medios para la consecución de un fin.

Ahora bien, si seguimos la propuesta de Anscombe literalmente no podemos desarrollar el argumento posterior. Precisamente porque el lenguaje común continúa moviéndose en aquellos parámetros no es posible eludir la noción de obligación y no queda por el momento otro remedio que mantener la terminología “obligación moral”, que, por otra parte, el pensamiento de siglos ha dotado de un significado propio. Aunque cuestionable, vamos a utilizar por el momento ese vocabulario, que ha dado tantos frutos en la historia del pensamiento jurídico, partiendo de una distinción entre las obligaciones jurídicas y las morales, si bien teniendo presente que en la obligación moral la pauta que rige las conductas es la razón.

Los juicios de deber son juicios acerca de la razonabilidad de las acciones humanas. Se traducen en términos de corrección o incorrección que a su vez depende de criterios diferentes según el ámbito de que se trate y en cada uno de ellos está en relación inmediata con la finalidad que se persiga (no con la finalidad individual del actor sino con la del juego de que se trate). Y también en cada uno de ellos la incorrección tiene o puede tener consecuencias, si bien éstas también difieren de unos ámbitos a otros.

2. Si la noción de obligación conviene al Derecho

Desde la perspectiva jurídica se plantean de nuevo una serie de preguntas. Una de ellas (aunque no necesariamente la primera) es si el derecho puede reducirse a un conjunto de deberes. Otra es qué tipo de deber es el deber jurídico. En relación con esto último, parte de la cuestión a determinar es si deber y obligación jurídica son una misma cosa o si, por el contrario, se puede apreciar una diferencia entre ambos y de ser así, en qué sentido.

En cuanto a la segunda cuestión, sin duda hay una distinción terminológica que tiene que ver con la etimología de la palabra obligación. La noción de obligación con muchos años de antigüedad y un origen efectivamente jurídico, puede reducirse a un aspecto concreto del mundo del derecho, relacionado con la autonomía de la voluntad y el derecho privado. En él se habla de obligaciones para hacer referencia a

los compromisos adquiridos por una persona responsable.⁷ La capacidad de obligarse (comprometer la conducta actual o futura) por medio de contratos, promesas, etc, es clave en la cultura jurídica occidental. En cambio fuera de esa cuestión específica, no tiene sentido trazar una distinción entre deber y obligación porque todo deber jurídico es obligatorio salvo que no lo sea, en cuyo caso, no es deber. Obviamente, en este aparente juego de palabras estamos tomando el término “obligatorio” en su sentido moral.

La cuestión puede parecer baladí, pero tiene relevancia, y no sólo teórica pues de ella dependen la legitimidad del derecho positivo y, en último término, su obligatoriedad, así como la posibilidad de que lo obligatorio sea desobedecer la ley.⁸ El derecho ciertamente puede observarse desde una perspectiva normativa, pero también desde la perspectiva de las obligaciones que comporta. Y asumido este punto de vista conviene diferenciar las obligaciones jurídicas de otro tipo de obligaciones, como puedan ser las morales, religiosas,... Llegados a este punto, la tesis de este trabajo es que el elemento diferenciador de unas obligaciones y otras no es otro que la exigibilidad de determinados comportamientos.

La concepción del derecho como conjunto de deberes es asumida por buena parte del positivismo jurídico, sin ir más lejos por Kelsen, en lo que el realismo escandinavo criticará como una forma de metafísica. En cambio autores como Raz ponen reparos a la alusión misma a una obligación de obedecer el derecho. En primer lugar porque en la línea de su separación radical entre derecho y moral, la conexión del derecho con la racionalidad se apoya sobre la búsqueda del orden social que la autoridad lleva consigo, y no tanto su contenido estrictamente. En este punto estaríamos en el razonamiento opuesto al de Anscombe.

Pero hay otra razón por la que Raz no considera que deba hablarse de una obligación de obedecer el derecho y es que no todas las normas tienen lo que él llama un contenido normativo: “though [...] normativity is an important characteristic of the law, some laws are not norms; or, more precisely, that, given the minimum content and minimum complexity of legal systems, and given an acceptable set of principles of individuation, there are in any legal system some laws which are not norms”.⁹ En este punto coincide plenamente con las tesis de Hart. Lo cierto es que esto no plantea especiales problemas. En realidad, distinguir partes del sistema jurídico que no contienen propiamente deberes sino disposiciones de cualquier tipo, no debería constituir problema. Siempre y cuando se parta de que todo en el universo jurídico está orientado a la noción de deber y a contenidos obligatorios. Esto es, que haya disposiciones normativas que aclaren puntos, constituyan reglas de interpretación, determinen el modo en que funcionan instituciones o cualquier otra cosa que se pueda imaginar, no tiene sentido si no es en función de lo que Hart llamaría normas primarias, que en último término constituyen deberes.

⁷ Aunque el término se ha ampliado hasta hacerse independiente de la capacidad de las personas, hasta el punto de poder aplicarse a personas jurídicas o a incapaces.

⁸ Como diría Finnis, se trata de dar respuesta a las cuestiones realmente importantes, a las más serias en relación con la autoridad del derecho. Cfr. J. FINNIS: *On the Incoherence of Legal Positivism. Notre Dame Law Review*, 75 (2000), 1597–1611.

⁹ J. RAZ: *The Concept of a Legal System*. Oxford: Clarendon Press, 1980², 168.

Otra cuestión es si las normas jurídicas constituyen deberes de un modo análogo a lo que sucede con las normas morales. En el mundo de la ética lo obligatorio lo es por su conformidad con la ley de la razón. En el mundo del derecho la obligatoriedad es consecuencia de la razonabilidad de una norma, sea ésta del tipo que sea. La clave de la discusión está en si la razonabilidad es interna o externa al derecho pero también qué es lo que se debe considerar externo. Sólo el hecho de que haya sido dictada en conformidad con el sistema vigente y por la autoridad competente es ya un criterio de razonabilidad y en principio al ciudadano no le compete juzgar si se trata de la mejor norma posible para la solución de un conflicto. En cambio, en la dimensión moral de la norma en cuestión el criterio que guía al ciudadano sí tiene que ser la razonabilidad.

Para hablar en estos términos no podemos por menos que detenernos primero a ver qué es derecho. El presupuesto es que existen modos diversos de manifestarse lo jurídico en nuestra experiencia vital, lo que tiene como consecuencia que el tema deba ser estudiado en ámbitos científicos diferentes.

Según Hart el término “derecho” se usa en el lenguaje ordinario no sólo de un modo vago sino también ambiguo que abarca fundamentalmente cuatro sentidos: la realización de la justicia; el conjunto de normas o reglas directivas impuestas por una autoridad y lo que deciden los tribunales de justicia; las facultades, prerrogativas y atribuciones que a cada uno corresponden por el hecho de ser persona; y por último, la ciencia jurídica. Entre esos diversos sentidos, dice Hart, hay una relación de analogía. No es posible dar propiamente una definición del Derecho puesto que las realidades que acoge son demasiado diferentes como para poder abarcarlas todas en una misma proposición¹⁰. En cambio, puede verse lo que es común a todas ellas (lo que hace que pueda decirse que son análogas),¹¹ y ahí es donde empieza la discusión. Por otra parte, el derecho no constituye una especie dentro de un género más amplio sino que se trata de una realidad *sui generis*. Mi propuesta es que la entraña de esa realidad es la exigibilidad de los comportamientos a los que se refiere.

Alexy, en un argumento muy conocido, atribuye a lo jurídico tres elementos: legalidad, eficacia y corrección de los contenidos.¹² Su tesis es que el constitutivo

¹⁰ Ese sería el intento de Finnis con una definición como la siguiente, que es claramente una descripción: “Reglas producidas, de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva para una comunidad completa, y apoyada por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas, estando esta conjunción de reglas e instituciones dirigida a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad para el bien común de esa comunidad, según una manera y forma en sí misma adaptada a ese bien común por características como la especificidad, la minimación de la arbitrariedad, y el mantenimiento de la reciprocidad entre los súbditos del derecho, tanto de unos con otros como en sus relaciones con las autoridades legítimas”, J. FINNIS: *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000, 304 y ss. Para ‘fabricar’ esta definición, Finnis ha seguido las implicaciones de determinadas exigencias de la razón práctica a partir de valores básicos y de ciertas características empíricas de las personas y sus comunidades. Como él mismo dice, no pretendía describir, ni realizar una aproximación lexicográfica, pero en cualquier caso su definición es conforme con la realidad existente en muchas ocasiones. Por otra parte, no pretende tampoco adoptar un concepto que excluya todo lo que no se adecúe a él. Por ese motivo, rechaza la crítica de Raz en Practical Reason.

¹¹ Cfr. HART op. cit. 15.

¹² Cfr. R. ALEXY: *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994, 21.

formal pasaría precisamente por la vinculación de los tres elementos. De ahí deduce una larga definición: “El derecho es un sistema de normas que formula una pretensión de corrección, consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección”.¹³ La idea que preside esta definición es que sea posible una actitud crítica sobre el derecho positivo desde dentro y de la que, por tanto, no se puede decir que sea ilegítima por extrasistemática.

Volvamos a la cuestión de si todo el Derecho es reconducible a deberes, relacionada con la habitual crítica acerca de la excesiva importancia atribuida por el hombre y el pensamiento modernos a la noción de “derechos” en detrimento de la de “deberes”. Ciertamente, el Derecho no puede reducirse a derechos ya que no están presentes en buena parte de las relaciones jurídicas. Por ejemplo, la obligación de pagar los impuestos, sólo muy forzosamente puede traducirse en un derecho por parte de alguien. En cambio, la situación inversa sí es sustentable: todo derecho lleva aparejado un deber correlativo. Allí donde hay derecho hay deber, salvo que se utilice el término “derecho” de un modo impropio. Más aún, si no hay deber, no puede hablarse de derecho estrictamente. En cambio, hay al menos tantos deberes jurídicos como derechos, y sin duda, hay muchos más.

Si por un momento retomamos las observaciones de Anscombe antes citadas, puede decirse que el término “deber” pertenece más bien al mundo del derecho en tanto que en el ámbito moral es usado por analogía. De modo que podemos pensar que cuando hablamos de la existencia de un deber moral de obedecer la norma jurídica nos referimos a un concepto de deber diferente del que consituye propiamente la norma jurídica en sí. Podría por tanto, desde este punto de vista, distinguirse entre deber jurídico y deber moral,¹⁴ que paradójicamente, pueden resultar contradictorios, como la historia se ha encargado de poner de manifiesto.

3. Distinción entre las obligaciones jurídicas y otro tipo de obligaciones

Puede sernos útil tener a la vista la noción de obligación jurídica propia de los representantes del iusnaturalismo racionalista. Puffendorf parte de la existencia de deberes cuyo conocimiento proviene de tres fuentes: la luz de la razón, las leyes civiles y la revelación particular de la voluntad divina. De la primera fluyen los deberes más comunes, de la segunda los deberes en un estado particular y de la tercera los deberes del cristiano. Y de ellos se deriva el derecho natural, el civil y la teología moral cuyos ámbitos se esfuerza mucho en separar.¹⁵ También Thomasio aborda esta

¹³ Ibid., 123.

¹⁴ Cfr. L. RECASENS SICHES: *Introducción al estudio del derecho*. México, 1979⁵, 128, ss.

¹⁵ PUFENDORF: *Prologue of De Officio Hominis et Civis juxta legem naturalem*.

cuestión, si bien su clasificación opera, no tanto desde la perspectiva del conocimiento humano del deber, cuanto desde el contenido de éste. Así, es preciso distinguir entre tres tipos de deberes, los jurídicos, los morales y los que son consecuencia de los usos socialmente admitidos.¹⁶ Este autor situaba la diferencia en que mientras la moral es una cuestión interna, que afecta sólo a quien realiza la acción y no es coactiva, el derecho, por el contrario, es externo, hace referencia a otros y sí va acompañado de aparato coactivo. Entre una y otro estarían los llamados usos sociales, que se caracterizan porque, a diferencia de la moral y a semejanza del derecho son externos y afectan a otros, pero contrariamente al derecho no son coactivos (coactivos en un sentido institucionalizado, se entiende porque ciertamente la transgresión de una moda o una costumbre puede llegar a acarrear la exclusión del grupo).

Hoy existe un acuerdo generalizado que cuestiona las coordenadas racionalistas de Thomasio. La moral ciertamente es interna, pero no porque la acción a la que se refiera lo sea, sino porque constituye la dimensión interna de esa acción. O si se quiere, una misma acción puede ser inmoral y antijurídica, dependiendo del punto de vista desde el que se observe. Un contenido inmoral perjudica a quien lo realiza, como señaló de modo inigualable Platón, en tanto que ese mismo contenido es antijurídico desde la perspectiva de quien sufre sus efectos que es, en último término el conjunto de la sociedad. Por otra parte, la dimensión interna importa también al mundo del derecho. Muestra de ello es que en un sistema como el nuestro no se valoran sólo las consecuencias de los actos, sino también su intencionalidad, que sin duda, pertenece al ámbito de lo interno.

Pero queda la piedra angular. Ahora, como en época de Thomasio, el acuerdo casi general es el de considerar como jurídico aquello que está avalado por la fuerza coactiva de las instituciones. De ahí que haya quien ponga en duda el derecho internacional, y *a fortiori* el emanado de las organizaciones internacionales que está a merced de un aparato coactivo rudimentario o inexistente. A su vez, la capacidad individual de crear derecho por la vía contractual sería consecuencia de la ley que es quien la ampara y garantiza. Y sin embargo, mi propuesta es la de considerar como elemento determinante de lo jurídico, no la procedencia directa o indirecta de la ley sino el contenido mismo de los comportamientos que resulta exigible quizá como consecuencia de la existencia de un derecho, aunque no necesariamente.

El planteamiento de Hart coincide en parte del razonamiento, aunque no en la conclusión. Para él las obligaciones jurídicas son habitualmente artefactos humanos, esto es, no sólo las tenemos sino que las creamos, las modificamos, las asumimos, las extinguimos, ...¹⁷ El modo principal a través del cual se crean deberes jurídicos es la ley, que en cualquier sociedad moderna constituye una operación compleja. Pero también puede ser que una persona cree o asuma obligaciones para sí misma (bilaterales o no). La dificultad en cualquier caso está en determinar de dónde procede la fuerza de obligar. Podría pensarse que la ley confiere un poder del cual se derivan. Pero cuando usamos la palabra poder (power) no lo hacemos con propiedad

¹⁶ Ch. THOMASII: *Fundamenta Iuris Naturae et Gentium* (1705), IV, LXXXIX.

¹⁷ HART op. cit. 84.

porque no queremos decir capacidad para ejercer un cambio físico observable. La posición de los emotivistas también es conocida. Hagerström dice que atribuir esa fuerza a las palabras (está pensando en fórmulas del derecho romano como por ejemplo: “este esclavo es mío”) se identifica con la magia. Si bien puede tener razón como explicación de un hecho histórico, ciertamente no sirve para explicar lo que sucede en el momento actual, ni desde luego para actos jurídicos como el de testar que deben esperar a la muerte del testador.

Por último, Hart también considera un error pensar que pueda derivarse una obligación moral de obedecer la ley de la existencia de la ley misma (en la línea de la ley de Hume). Que alguien lo entienda así, continúa, se explica como una reacción a la caracterización excesivamente geométrica de Kelsen de la norma fundamental,¹⁸ pero lo cierto es que no hay una conexión directa entre ambas proposiciones. Por ejemplo, no cabe duda de que en Inglaterra hay una convicción de que es moralmente obligatorio obedecer la ley, pero eso no significa, ni que lo sea realmente, ni que el sistema jurídico no pudiera existir sin esa convicción.

Ahora bien, llevar este razonamiento hasta sus últimas consecuencias implica una desvinculación total entre derecho y moral. La propuesta que aquí hago parte de la tesis según la cual la noción “derecho” implica siempre una obligación correlativa que, a diferencia de lo que sucede en las obligaciones morales o de otro tipo, es exigible. Esta es una de las tesis fuertes de Raz en la crítica de lo que él llama una moral basada en derechos.¹⁹ En tanto que la característica propiamente jurídica es que si no hay deber, no hay derecho tampoco propiamente, las obligaciones morales pueden no ser exigibles, o mejor, lo que las hace obligatorias no es su exigibilidad.

La diferencia de la tesis que aquí se sustenta con respecto a la de Raz estaría, en primer lugar, en lo que se debe considerar exigible, que supone también discrepar en lo que hace a la fuente de la que emanan los derechos. Dicho de otro modo, las obligaciones que llevan aparejado un derecho serían jurídicas, aunque todavía, en el lenguaje de Hervada,²⁰ no estuvieran formalizadas.²¹

Es posible entenderlas como criterios positivos (lo que implica presentes en la concepción de la justicia de un grupo social²²) pero no formalizados. Entenderlos así significa que no sólo pueden, sino que han de orientar el ordenamiento jurídico. No que es bueno que lo orienten sino que han de hacerlo para legitimar el sistema.²³ El carácter de justo de un ordenamiento jurídico, siguiendo a Alexy, no es una

¹⁸ HART op. cit. 92

¹⁹ Sobre esta discusión, J. L. MACKIE: Can There Be a Right-Based Moral Theory. y J. RAZ: Right Based Moralities. ambas publicadas en J. WALDRON (ed.): *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

²⁰ J. HERVADA: *Introducción crítica al Derecho Natural*. Pamplona: Eunsa, 1981, 176 and ss.

²¹ Raz, siguiendo una tradición de origen anglosajón admite la existencia de lo que llama “derechos morales”, esto es, bienes en relación con los cuales puede hablarse de obligación, pero no jurídica, sino moral.

²² Cfr. RAZ: .Rights and Politics. *Indiana Law Journal*, 1995, 71, 1, 27–44.

²³ Cfr. J. HABERMAS: Human Rights and Popular Sovereignty: The Liberal and Republican Versions. *Ratio Juris*, vol. 7, nº 1, 1994, 1–13.

consideración simplemente moral sino jurídica. Es decir, un Derecho injusto es una contradicción en los términos a pesar de que reúna notas jurídicas innegables y un poder de configuración social idéntico al de un derecho justo. Por otra parte, de su consideración como jurídicos depende su capacidad de informar el ordenamiento, es decir, integrar las lagunas existentes y actuar como criterio hermenéutico. Esto podría trasladarnos, al menos en cierto aspecto, a tesis como la de Dworkin y a su intento de integrar el ordenamiento jurídico con principios procedentes de una tradición moral. En su caso, la moral sería un componente del derecho en el sentido que aquí se propone.

En cuanto al contenido de lo exigible, nuevamente, lo que parece sencillo no lo es tanto. Es exigible ayudar al accidentado, pero no donarle un riñón, aunque se tengan dos y uno sea suficiente para vivir. Intuitivamente sabemos que la donación de un riñón no es exigible pero diseccionar porqué no lo es resulta complicado. La pregunta sería: ¿qué es lo que nos debemos unos a otros? Que es lo mismo que decir, ¿qué es lo que nos podemos exigir unos a otros? Lo que determina lo exigible no es el vehículo que lo porta: la ley o la promesa, sino más bien su contenido. Teniendo en cuenta, por otra parte que, en el caso de la ley o de la promesa, el vehículo comporta una forma de contenido. Lo que convierte a la ley en exigible es su contenido, pero no sólo, porque probablemente serían pensables otras soluciones para el mismo problema. Basta para avalar la obligación de respetar una ley de tráfico o un modo de regular la telefonía sin hilos el que sea un criterio legítimo orientador de una actividad. Actividad que podría haberse regulado de otra manera pero la adoptada merece respeto por el orden y la seguridad que genera.

La dificultad está en determinar qué es lo que hace que una conducta sea exigible y que merezca, por tanto, ser protegida por el ordenamiento. Esto es, la moral no opera sólo como un límite negativo (hay cosas que el derecho no puede contravenir) sino también positivo (el derecho debe proteger determinadas cosas pero otras no tiene porqué hacerlo). En todo esto hay un problema epistemológico de primer orden. Cuáles son las fuentes de los comportamientos exigibles: la ley, las promesas, y el inmenso panorama de las obligaciones que pudiéramos llamar naturales: de vecindad, familiares, ... así como las situaciones en las que la vida coloca al sujeto sin que medie su voluntad, sirva como ejemplo la obligación de socorrer a quien ha sufrido un accidente o precisa de ayuda. La capacidad de generar obligaciones de cada uno de esos factores obedece a razones de diverso tipo. La ley, como ya he dicho, crea un orden social que es necesario aun en el caso de que su contenido fuera mejorable, e incluso muy mejorable. De ahí la presunción de obligatoriedad de cualquier norma legal en sentido amplio, esto es, de cualquier norma general dictada por quien ostente una autoridad legítima. En cambio, constituiría un reduccionismo legalista atribuir la capacidad de crear obligaciones jurídicas en exclusiva a la ley. Veamos los supuestos mencionados.

En lo que se refiere a la capacidad de crear obligaciones propia de la autonomía de la voluntad, es preciso plantearse dónde radica su fuerza de obligar, lo que nos conduce a la percepción de que no es la promesa misma la que genera el derecho. Muestra de ello es que no todo aquello a lo que uno se obliga puede considerarse jurídico, ni siquiera en un estadio prepositivo. Por el contrario, es preciso atender al contenido de la promesa en cuestión. El cumplimiento de las promesas constituye una forma de ejercicio de la responsabilidad personal (por tanto sólo es exigible para

quien puede prometer, para quien sabe lo que promete y para quien puede cumplir lo que prometió), pero no es la promesa en sí lo que se protege sino lo que podríamos llamar la institución a la que se acoge. Eso es claro en el caso de las promesas referidas a conductas antisociales como podría ser el compromiso de lealtad dentro de una sociedad mafiosa. Pero también puede aludirse a contenidos que, simplemente no merecen protección institucional. Así, por ejemplo, el compromiso de ir a jugar al tenis todos los días no la merece, y sí en cambio la de la fidelidad matrimonial.

Un lugar específico ocupan las promesas políticas, de las que la teoría jurídica (jurisprudence) se ha ocupado poco hasta el momento²⁴ y que también excede el propósito de estas líneas. Hasta qué punto las obligaciones asumidas por los políticos son exigibles y, desde esa perspectiva, jurídicas. Esta última cuestión es especialmente relevante porque de ella depende que se pueda hablar de una responsabilidad de los políticos que no sea sólo política.

En lo que hace a las obligaciones que generan las relaciones naturales (familia²⁵ y vecindad fundamentalmente), la dificultad está, no sólo en la argumentación teórica acerca de si dichas relaciones generan o no derechos y obligaciones,²⁶ sino en la existencia y contenido de las relaciones mismas. En ese sentido resultan muy interesantes las apreciaciones de Lipovetsky en *El crepúsculo del deber*.²⁷ El sociólogo francés pone de manifiesto cómo, si bien la existencia de deberes de los padres con respecto a los hijos parece ser universalmente reconocida, en cambio el consenso no es tal cuando hay que determinar qué es exactamente lo que los padres deben a sus hijos. Máxime cuando, como sucede hoy, no puede hablarse de certeza en relación con lo que significa ser padres. Entre las múltiples cuestiones que las relaciones parternofiliales plantean una de las más sencillas es si hay o no un derecho de los hijos a conocer la identidad de sus progenitores, complicada hoy por la posibilidad de que haya una separación entre paternidad biológica y legal. Pero en los tribunales se está hablando de cuestiones cada vez más complejas que van desde presuntos derechos de los hijos a haber sido abortados, hasta, en el extremo opuesto, a que sus madres hubieran utilizado el cinturón de seguridad, o no hubieran fumado, lo que les permite reclamar contra ellas a través de la vía judicial. Otro tema de enorme complejidad es el de los derechos de los padres, no sólo frente a los hijos sino en relación con los hijos, lo que significa en primer lugar si es o no posible hablar de un derecho a tenerlos: “A los ojos de la mayoría, tener un hijo sólo es un derecho legítimo cuando los padres pueden educarlo en condiciones consideradas, con razón o sin ella, satisfactorias.

²⁴ KEVIN WALTON: *The Nature of Political Obligation*. Australian Society for Legal Philosophy Annual Conference (Canberra, March 2007).

²⁵ Antígona, entre todo el resto de símbolos que evoca, es hermana. Su sacrificio no es el de una hija o una madre, sino el de una hermana, con todo lo que eso significa. “La pietas de Antígona se convierte en un valor universal [...] sólo si se extiende de los hermanos de sangre a todos los hombres concebidos como hermanos, superando así todo ethos tribal-nacional”. 271, C. MAGRIS: *Utopia e disencanto*. Cernusco: Garzanti, 2001.

²⁶ Cfr. NUSSBAUM: Patriotism and Cosmopolitanism. *The Boston Review*, 1994.

²⁷ G. LIPOVETSKY: *Le Crépuscule du devoir. L'éthique indolore des nouveaux temps démocratiques*. París: Gallimard, 1992, 164 y ss.

Aunque no existe consenso sobre lo que se entiende por educación normal y sobre las personas que pueden beneficiarse de las técnicas de procreación”.

4. Sobre la posibilidad de encontrar criterios de razón en esta discusión

Difícilmente puede “lo comúnmente aceptado” constituir una base sólida para asentar sobre ella el contenido de las obligaciones jurídicas preformalizadas. Sin duda la cuestión está íntimamente conectada con la posición que se mantenga en lo que hace al concepto de derecho y su relación con la justicia, lo que exige a su vez atender a la herencia de escuelas y sistemas de pensamiento que cuentan con una dilatada existencia temporal. Efectivamente, la discusión entre iusnaturalistas e iuspositivistas es tan antigua como el filosofar acerca del derecho. Es preciso no perder esto de vista si se quiere discutir sobre la conveniencia de mantener un debate eterno, tantas veces tachado de estéril, entre ambas posturas. Eterno porque es fácil comprobar que su origen se pierde en la noche de los tiempos. Estéril porque, como muchos han puesto de manifiesto, se trata en muchas ocasiones de una discusión teórica que corre paralela al mundo, tanto de la vida jurídica como de la política. Dicho de otro modo, en lugar de aportar luz parece oscurecer.

En orden a clarificar el panorama, aunque, sin pretensión de resolver la cuestión, conviene determinar en primer lugar a qué obedece el debate, lo que exige también hacer referencia a la razón de su esterilidad. Y la respuesta a ambas cuestiones está vinculada a la constatación de que se trata de un debate recurrente.²⁸ Como es bien conocido, ese tipo de debates se caracterizan porque no se pueden cerrar, al tiempo que su aportación radica en la discusión misma. El debate que enfrenta igualdad y diferencia, o libertad y destino en cualquiera de sus formas son buena muestra de ello. Pero si bien es un debate antiguo, en los dos últimos siglos ha tenido un desarrollo peculiar como consecuencia de la aparición de un sistema de derecho que, por su propia perfección, parece no necesitar, e incluso ser incompatible con la referencia a ese derecho natural.²⁹ La incompatibilidad radica en el principal logro del nuevo sistema, esto es, la seguridad jurídica, que, como Delgado Pinto pone de manifiesto citando a Kaufmann, genera en el jurista profesional un profundo ‘horror iuris naturalis’.³⁰ A ello hay que sumar, continúa, la paradoja de que en algún sentido, todos somos iusnaturalistas natos de modo que la caricatura del iuspositivista despreocupado por la justicia hace tiempo que pasó a la historia. La consecuencia es que junto a quienes hoy sostienen posturas

²⁸ En su interesante Discurso de apertura del curso académico 1982–83 en Salamanca, J. Delgado Pinto pone como ejemplos de la recurrencia del debate a Geny en 1899 y en 1915, quien habla del irreductible derecho natural como uno de los datos de los que hay que partir para la elaboración científica del Derecho positivo.

²⁹ Cfr. J. BALLESTEROS: *Sobre el sentido del derecho*. Madrid: Tecnos, 1984, 19 y ss.

³⁰ “Desde hace algo más de siglo y medio, (los juristas profesionales) se sienten felices en el fondo de su corazón cuando pueden llevar a cabo su tarea a partir de reglas positivas precisas, mientras que detestan tener que aventurarse en el terreno abierto de las pautas valorativas generales, de los principios jurídicos, y no digamos, del Derecho natural”, J. DELGADO PINTO: *De nuevo sobre el problema del Derecho natural*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, 16.

iusnaturalistas o iuspositivistas estrictas (por difícil que sea la determinación de lo que tales denominaciones signifiquen) aparece también una nueva actitud representada por muchos teóricos del Derecho que, si bien no desean ser calificados como positivistas, tampoco se adhieren a tesis iusnaturalistas, y afirman encontrarse incómodos ante una disyuntiva que dicen no compartir. Uno de los mejores ejemplos es el de Alexy que, sustituye la denominación anterior por la de positivistas y no positivistas.³¹ Respetar su voluntad exige no considerarle iusnaturalista, pero esta puntualización pone de manifiesto que el problema es terminológico y es una cuestión de palabras la que oscurece la discusión. Quizá lo peor que tiene la ley natural es el nombre. De hecho, no es necesario utilizarlo para la discusión misma.³² La prueba se obtiene al seguir el camino inverso, esto es, al comprobar que ampararse bajo el mismo término no implica sostener las mismas cosas.³³ En realidad, en buena medida el problema viene generado porque, como dice Dworkin,³⁴ decir si uno es o no iusnaturalista implica, no sólo dejarse poner un apellido, cosa habitualmente incómoda, sino tener que dedicar un tiempo sin duda excesivo a explicar qué significa en el propio caso ser iusnaturalista (y no digamos, ser iuspositivista³⁵). Esto es, sin duda alguna, un ejemplo de esterilidad. Por otra parte, el debate es más infructuoso de lo que debiera como consecuencia de que se ha convertido muchas veces en un diálogo de sordos en el que ambas partes repiten sus argumentos sin escuchar los del contrario.³⁶

Pero la cuestión que plantea Alexy nos lleva lejos. Lo que diferencia a los iuspositivistas de (por seguir su terminología) los que no lo son es la separación entre derecho y moral. Pero también es común al positivismo la negación de la noción de razón práctica,³⁷ o si se quiere el nocognitivismo, o el emotivismo ético.³⁸ Conviene no perder de vista que la noción de ley natural nació en el contexto del pensamiento moral y condujo a la elaboración de una teoría para explicar la obligación (moral) de actuar en contra de la ley. El derecho, entendido como orden de conductas, tiene una funcionalidad, en la que radica su razón de ser pero también una capacidad de condicionar las vidas que puede llegar a ser letal.

³¹ Alexy, el concepto de derecho. Otro interesante es Cfr. R. ALEXY: *The Argument from Injustice. A Reply to Legal Positivism*. Oxford: Oxford University Press, 2002, Foreword.

³² Si bien habría que asumir el empobrecimiento que supone abandonar una tradición filosófica que ha dado abundantes frutos.

³³ Como dice MACCORMICK: 'Ley Natural' es un término tan rico en ambigüedades que sólo puede rivalizar con con 'positivismo'. *Natural Law reconsidered. Oxford Journal of Legal Studies*, 1, 99-109.

³⁴ Cfr. R. DWORKIN: *Natural Law Revisited. University of Florida Law Review*, XXXIV, 1982, 2, 165 y ss.

³⁵ Acerca de la dificultad de decir lo que es positivismo jurídico, cfr. U. SCARPELLI: *Cos'è il positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1965.

³⁶ Un tema interesante es que tanto iuspositivismo como iusnaturalismo tienen mucho de ideología, lo que impide entender las razones del otro y por supuesto, aprender de ellas. Sobre esto, W. MAIHOFER: *Ideologie und Recht*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1969. En ese sentido quizá los continentales podamos aprender del modo de discutir de la tradición analítica, más ceñida a problemas concretos que a grandes sistemas. Bien lejos por otra parte de los orígenes escolásticos de la discusión, como R. P. GEORGE pone de manifiesto en "Kelsen and Aquinas on "the Natural-Law Doctrine", *Notre Dame Law Review*, 75, 2000, 1625-46.

³⁷ En este sentido también A. OLLERO, *¿Tiene razón el derecho?* Madrid: Congreso de los Diputados, 1996.

³⁸ *Ibid.* 131.