

LA OBLIGATORIEDAD JURIDICA

SUMARIO :

1. *Las «Nomoi» como fuente y raíz de la obligatoriedad en el Critón platónico.*—
II. *Deber ser, deber y obligatoriedad como categorías éticas:* a) Vida y libertad. b) Las normas. c) El deber. d) El deber como categoría de la moral y los deberes de la eticidad en el sistema de Hegel.—III. *Los orígenes de la idea moderna de obligación jurídica:* a) La idea romana de la *obligatio*. b) La distinción kantiana de legalidad y moralidad.—IV. *La figura del deber jurídico:* a) La doctrina del deber jurídico en Kirchmann, Heinze, Schlossmann, Jellinek, Hold Fernek, Mayer, Thon y otros juristas. b) La doctrina del deber jurídico en la filosofía del Derecho: Stahl, Rosmini, Stammler, Binder, Radbruch, Del Vecchio, etc. c) El deber jurídico en la doctrina de Kelsen. d) La construcción del deber jurídico de Luis Recaséns Siches. e) El deber jurídico en la concepción egológica del Derecho. f) La concepción nominalista de la obligatoriedad jurídica.—V. *La obligatoriedad del Derecho:* a) La teoría del reconocimiento. b) *La obligatoriedad en conciencia de las leyes:* 1. La obediencia al Derecho. 2. Las leyes como ocasión de la obligatoriedad de conciencia. 3. El problema de las *leges mere poenales*. 4. Lo específico de la obligatoriedad jurídica. 5. Estructura del deber jurídico y de la obligación civil.

I

LAS «NOMOI» COMO FUENTE Y RAÍZ DE LA OBLIGATORIEDAD EN EL «CRITÓN» PLATÓNICO

En el Diálogo *Critón* ha expuesto Platón con inigualado dramatismo y fuerza de convicción que el máximo deber del ciudadano radica en la obediencia a las leyes. Sócrates ha sido condenado por los jueces atenienses a beber la cicuta. Critón, su discípulo, le visita en la cárcel y le expone sus planes: él y sus amigos poseen la cantidad suficiente para comprar a los guardianes y a todos los que pudieran delatarles, y Sócrates podrá dirigirse a Tesalia o a donde le plazca, porque en todas partes será bien recibido. Critón trata de convencer al maestro con los más variados argumentos: le pinta el negro porvenir que es-

pera a sus hijos huérfanos, y él mismo se presenta como portavoz de la opinión popular y al propio tiempo como dotado de calidades humanas que se avergonzaría de no ejercitar, dejando indefenso a su amigo.

Pero Sócrates no se conmueve. Pues ¿qué Estado podría subsistir, le dice al discípulo, si los fallos dictados por los jueces carecen de fuerza y los particulares hacen caso omiso de ellos? (1). El buen deseo de Critón es muy laudable, siempre que esté de acuerdo con la justicia; pero, por el contrario, si se aleja de ella, cuanto más grande sea se hará tanto más reprehensible. Habría que examinar minuciosamente si hay justicia o injusticia en salir de la cárcel sin permiso de los atenienses, considerar si es cosa justa dar dinero a los guardianes y contraer obligaciones con ellos o si unos y otros no cometerían injusticia. «Es preciso morir aquí o sufrir cuantos males vengan antes que obrar injustamente»; por consiguiente, es preciso no hacer jamás injusticia ni volver el mal por el mal, cualquiera que haya sido el que hayamos recibido. El derecho de devolver mal por mal, injuria por injuria, golpe por golpe, jamás puede existir contra un padre o una madre, y mucho menos contra la patria y la ley. De ningún modo podrá eso llamarse justicia. Una acción semejante tiende a trastornar enteramente al Estado. A las leyes no se les puede reprochar injusticia, sobre todo si han sido tácitamente aceptadas por el hecho de la pertenencia del ciudadano a la *Polis*. ¿No soy yo a la que debes la vida?, podría preguntar la ley a su infractor. A su amparo toma esposa el hombre y a su sombra se educan los hijos por los padres, y así, el hijo es tan «hijo y servidor» de las leyes como los padres. Es más: la patria es digna de más respeto y más veneración delante de los dioses y de los hombres que un padre, una madre y todos los parientes juntos. La ciudad ha de ser respetada en su cólera; ha de tenerse con ella la sumisión y miramientos que se tienen a un padre; ha de atraérsela por la persuasión u obedecer sus órdenes, sufrir sin murmurar todo lo que se quiera que se sufra, aun cuando sea verse azotado o cargado de cadenas, y si nos envía a la guerra para ser allí heridos o muertos es preciso marchar allá, porque allí está el deber y no es permitido ni retroceder ni abandonar el puesto, y lo mismo en los campos de batalla que ante los tribunales y en todas las situaciones es preciso obedecer la voluntad de la *Polis* o emplear para con ella los medios de persuasión que la ley concede, y si es una impie-

(1) *Critón*, XI, 50, b).

dad hacer violencia a un padre o a una madre es mucho mayor hacerla a la patria (2).

La sumisión a las leyes es libre, en el sentido de que quien no está conforme con ellas puede retirarse a otro país con todos sus bienes; pero los que se quedan están obligados a obedecer todo lo que se les manda, y si desobedecen son injustos por tres razones: porque no obedecen a quien les ha hecho nacer, porque desprecian a quien les ha alimentado y porque estando obligados a obedecer la ley violan la fe jurada y no se toman el trabajo de convencerla de que les obliga a cosas injustas. Y sin leyes ninguna ciudad puede ser aceptable (3).

En este diálogo platónico no afloran sino muy de pasada los conceptos fundamentales que integran la doctrina de la ley. Parece que en la concepción platónica podrían encontrarse cuatro distintas acepciones de la ley. De ellas dos podrían ser consideradas como «positivistas» y las otras dos restantes como «yusnaturalistas». El primero de estos sentidos es el de «mandato tiránico», porque implica una exigencia de cumplimiento inexorable; es verdad que los ciudadanos deben ser convencidos por la propia ley de las razones en que se funda, y bajo este aspecto el cumplimiento de las mismas ha de ser espontáneo, pero no por ello es menos incondicional; entre el ciudadano y la ley se establece un pacto, al que es preciso atenerse, y su violación constituye la máxima injusticia. A este sentido de la ley se une, como lógica implicación, el ser una decisión de la comunidad política, un producto de la voluntad colectiva de la *Polis*. Al mismo tiempo, y bajo otro aspecto, la ley está transida de logismo, de logos; de una racionalidad que emana de la divinidad y es transfundida por los hombres superiores a la ley, la cual de ese modo representa un intermediario entre el súbdito y el legislador, entre el hombre marioneta y la divinidad que juega con él. Por eso, finalmente, la ley se define por la razón —*nomos* tiene algo que ver con *nemein* y con *nous*—, y por eso habla Platón de que existen hombres cuyo *nous* posee el verdadero *nomos*, y de un *logos* que quiere convertirse en *nomos*, frente a lo cual están el placer o el instinto, y es «naturaleza» o «conforme con la naturaleza», y por eso en la radical

(2) Sobre el impresionante poder totalitario de la *Polis* griega véase la descripción de BURCKHARDT en el tomo I de su *Historia de la cultura griega* (ed. de TOVAR, en la *Revista de Occidente*).

(3) *Critón*, XIII, d).

hondura de ese fundamento pierde relevancia la contraposición entre νόμος y φύσει (4).

Esta noción de la ley explica suficientemente que Platón identifique el obrar justo y el obrar conforme a las leyes y considere como la máxima injusticia el desprecio de las mismas, incluso si ello va en ventaja individual. La sumisión a la ley es total en el pensamiento platónico: es de conciencia obedecer a las leyes. El hombre está obligado por ellas desde la raíz misma de su ser, totalitariamente, y por lo mismo ante todo moralmente, porque la moral es la categoría primaria de la vida humana y con ella la religión, y en el pensamiento griego no existe una clara delimitación entre religión, moral y Derecho. Precisamente por eso nadie escapaba en el Estado platónico a las leyes, ni siquiera los «filósofos» gobernantes, de los que se ha creído en algunas interpretaciones que sólo estarían sometidos a preceptos morales y religiosos, pues la moral y la religión integraban también las leyes de la *Polis*.

De este modo ha quedado planteado en toda su radicalidad el problema de la obligatoriedad jurídica, o sea el de la atadura del hombre por las leyes, por el Derecho.

II

DEBER SER, DEBER Y OBLIGATORIEDAD COMO CATEGORÍAS ÉTICAS

En la vida del hombre lo debido y lo obligatorio constituyen una dimensión tan radical como la libertad. Veamos cómo se conjugan en los estratos más hondos de la realidad humana personal.

a) En su esencia la vida es libertad. La libertad es ante todo exención de necesidad, y la necesidad es lo que domina en el mundo de la naturaleza. En ese mundo todo lo que es tiene que ser, o por lo menos parece que tenemos que pensarlo como si todo aconteciese «teniendo que ser». Cualquier indeterminación o contingencia que admitamos en la naturaleza significará una irrupción en su ámbito de la libertad, y el problema consistirá en si propiamente es posible que en ese ámbito exista la libertad o si una limitación inmanente

(4) Cfr. sobre esto J. MOSER: «Platon's Begriff des Gesetzes», en la *Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, tomo IV, núm. 2, 1951.

del conocimiento físico obliga al pensar científico a proceder como si tal libertad no existiese. Boutroux había afirmado una vez que la ciencia tiene por objeto una forma puramente abstracta y exterior, que no prejuzga la naturaleza íntima del ser (5). Pero hoy sigue abierto el debate sobre la significación filosófica del indeterminismo físico, y se precave contra el peligro de que una reacción unilateral contra la ley de causalidad como categoría del pensar científico signifique una caída en el irracionalismo y una renuncia de la razón a toda posibilidad de conocimiento del orden cósmico.

La vida humana no existe al margen de la naturaleza. No es la vida biológica del hombre, pero es vida del hombre, y el hombre tiene también vida biológica. No es que el hombre, como dice Ortega, tenga historia y no tenga naturaleza, pero es verdad que el hombre no es naturaleza. El hombre es libertad cabalmente porque hay naturaleza en él, adicionada y superada en un elemento absolutamente nuevo y creador. «La conciencia no es una especialización, un desenvolvimiento, un perfeccionamiento de las funciones fisiológicas. No es tampoco un aspecto ni una resultante de las mismas. Es un elemento nuevo, una creación. El hombre, que está dotado de conciencia, es más que un ser vivo. En cuanto persona, en cuanto que al menos su desenvolvimiento natural conduce a la personalidad, posee una perfección a la que no pueden elevarse los seres que no son más que organismos individuales. La forma en la que la conciencia se superpone a la vida es una síntesis absoluta, una adición de elementos radicalmente heterogéneos; la vinculación que implica es, pues, contingente, al menos desde el punto de vista lógico» (6). O sea, la realidad ontológica del hombre es la libertad.

En la persona radica el verdadero ser del hombre. La persona es lo que el hombre hace de sí mismo con su vida. La libertad es la máxima potencia del hombre; con ella se constituye su persona propia, su propio ser, íntimo e interior a él, frente a todo, inclusive a su propia vida. La libertad es la implantación del hombre en el ser como

(5) «Nous ne pouvons pas dire que la nature des choses dérive de la loi de causalité. Cette loi n'est pour nous que l'expression la plus générale des rapports qui dérivent de la nature observable des choses données. Supposons que les choses, pouvant changer, ne changent cependant pas: les rapports seront invariables, sans que la nécessité règne en réalité. Ainsi la science a pour objet une forme purement abstraite et extérieure, qui ne préjuge pas la nature intime de l'être» (E. BOUTROUX: *De la contingence des lois de la nature*, 9.^a ed., Paris, 1921, pág. 23).

(6) BOUTROUX, ob. cit., págs. 103-104.

persona, y se constituye allí donde se constituye la persona, en la religación; de esta radical constitución del hombre emergen el uso de la libertad en la vida y esa posibilidad de volverse frente a las cosas para entenderlas o modificarlas, que es la *liberación* (Zubiri).

La vida biológica es un ingrediente de la vida humana. Sometida como está a un determinismo físico, constituye una ocasión continua de actuación de la libertad y de que el hombre dé una forma u otra a su personalidad. La libertad no puede consistir en anular el mecanismo causal allí donde éste tiene su campo propio de acción, sino en dominarlo y dirigirlo. Esto es lo esencial del vivir humano: ese trascender a cualquier mecanismo de la naturaleza en que consiste la libertad. Si a las teorías liberoarbitristas puede imputarse error, no es ciertamente el afirmar un querer libre, sino el centrar la libertad exclusivamente en una facultad anímica, la voluntad, por contraposición a la inteligencia, y el referir toda la libertad que es el hombre a la libertad efectiva que hay en cada acto, o sea a la cantidad que use de libertad el hombre en su vida, con olvido de que (según una bella imagen de Bergson) la libertad del hombre es como la corriente de un arroyo, que a menudo aparece oculta por la hojarasca que la cubre, por el gran número de actos no libres, determinados, que el hombre libre realiza.

En una de sus dimensiones la libertad es arbitrio, pero no consiste radicalmente en ser puro arbitrio. La libertad es arbitrio en el sentido de que es lo contrario de lo forzado, coaccionado, obligado (incluso moralmente); pero no es arbitrio si con ello quiere aludirse a una radical indeterminación, y sobre todo a una ausencia de contenido axiológico. La libertad no es sólo el no ser de la necesidad. A lo sumo esto sería una interpretación de la libertad, una ideología eficaz en sus proyecciones políticas (algo así como la libertad de hacer «lo que viene en gana»). Pero la libertad es un haz de posibilidades de que dispone el hombre, entre las cuales está la de poder ser puro arbitrio.

Ahora bien, el arbitrio es una idea de valor; alude fundamentalmente a la «arbitrariedad». Ser arbitrario indica el proceder caprichoso, el desligarse de toda norma, el proceder sin razón aparente, o sea un proceder en el que no se manifiesta una razón, una racionalidad. Eso sólo es un modo de ser libre. Pero la libertad es más bien el tener que decidir, puesto que hay que hacerse decidiéndose. Por de pronto hay, pues, la decisión. Pero ¿hay también algo previo a ella? Decidir vitalmente es elegir una posibilidad de vida. Pero ¿hay al-

guna posibilidad que deba ser precisamente la elegida? ¿Y de dónde le viene ese deber ser la elegida? La libertad no puede ser sólo el poder fáctico de optar caprichosamente entre lo que debe ser y lo que no debe ser. En ese caso, de un lado estarían el deber ser y el no deber ser; o sea la norma; de otro, la libertad. Esta por de pronto carecería de valor, y sólo lo recibiría, positivo o negativo, como consecuencia de su opción. Pero es dudoso que una realidad humana como la libertad pueda ser, *ex se*, ajena al valor.

Ser no ajeno al valor no significa meramente la posibilidad de valorar algo. Es natural que todo lo humano es valorable, y la libertad lo es también según el uso que el hombre hace de ella. Pero nuestra pregunta es más radical. Se trata de si la libertad es intrínsecamente axiológica, de si hay un deber ser que le sea inmanente. El hombre es como un administrador del deber ser en el mundo del ser. Como dice N. Hartmann (7), el sujeto tiene la facultad de «tender hacia», es el único ser real en el que el deber ser actual puede transformarse en una tendencia real. Frente al deber ser la conciencia no es cognoscente, sino operativa, volitiva, apetitiva. Sólo un sujeto activo, esto es, susceptible de acción autónoma, puede ser determinado directamente por el deber ser. Esta determinación tiene la forma de la acción, del obrar, y en tanto que permanece meramente interna, la de la tendencia. Aquí radica la grandeza del sujeto humano. El sujeto práctico ocupa en el mundo una posición muy distinta a la del teórico. No es meramente un reflejo, un espejo del ser; no reproduce ni representa sus formas, sino que él mismo crea formas; es, en pequeño, el creador de un mundo.

Por eso se puede hablar de un «deber ser existencial». La libertad misma es deber ser, porque es por esencia siempre pro-yectada. «La distancia entre las cosas y yo me permite interponer un proyecto, un plan, lo que quiero hacer. Con ello el movimiento del hombre cobra sentido y dirección, es realización de proyectos por virtud de su propia decisión. El hombre decide en cada instante lo que ha de hacer y elige el camino para hacerlo. No sólo ejercita sus potencias, sino que usa libremente de ellas. Esa capacidad de decisión y de elección confiere a los actos humanos el carácter de sucesos o acontecimientos... El hombre acontece en ese permanente proyectar y decidir sobre las cosas y sobre la capacidad de sus propias poten-

(7) *Ethik*, Berlín, 1926, págs. 160-163 y sígs.

cias» (8). Pero entonces la libertad no es el mero *poder ser*; en cierto modo su futuro se le anticipa, y cabría decir que la vida se forja a sí misma desde su propio futuro en la medida que éste, porque la anticipamos, nos *obliga*. Cuando el presente de la libertad se dirige prospectivamente hacia adelante descubre la dimensión esencial de lo aún por ser, lo futuro, aquello a lo que está llamada la libertad, la vocación, el deber, y lo descubre como lo contrario al pasado, como el lugar propio en el cual la libertad se ejerce creando, como lo que debe ser (9).

Por eso la libertad, que vive en un mundo de valores trascendentes, crea ella valores y es un ser axiológico. Pues la libertad es de Dios y del hombre, y la libertad creadora del hombre existe bajo el supuesto de los valores ya creados por la suprema libertad creadora de Dios.

b) El deber ser, representado por el sujeto, es para éste una norma. La norma es la representación del deber ser. Su contenido es lo debido, el deber objetivo. La norma moral expresa con su misma existencia, el hecho de la libertad en que consiste la vida de la persona. Hay un punto de intersección entre el plano de los valores trascendentes y la realidad cósmica, y ese intermediario es la persona y su libertad. En la libertad y por la libertad se hace existente la norma moral. La obligatoriedad es en este sentido libre obligatoriedad. Una cosa es la *perseitas boni ac mali* y otra cosa distinta el que para cada hombre, en la plenitud de sus circunstancias personales, aquello que es intrínsecamente bueno o malo constituye una «norma» y un «deber», algo obligatorio, pues a no ser que formalicemos estos conceptos o los usemos en un sentido casi metafórico, no es norma lo que por no conocerse no puede reconocerse como tal, ni es deber lo que por esa razón no puede ser cumplido, ni obliga lo que no liga, ata o vincula (10). Hay naturalmente una tosca degeneración de estas afirmaciones, que consiste en poner como supuesto de la normatividad y la obligatoriedad morales el arbitrio individual, la voluntad subjetiva y caprichosa del hombre. Ya no es esta degeneración la doctrina kantiana de la autonomía de la voluntad, que convierte su máxima para que sea válida en principio de una posible legislación

(8) J. CONDE: *Teoría y sistema de las formas políticas*, Madrid, 1944, páginas 40-41 (siguiendo fundamentalmente ideas de ZUBIRI).

(9) En esto ha hecho especial hincapié la escuela egológica del Derecho.

(10) «Nullus ligatur per praeceptum aliquod, nisi mediante scientia illius praecepti» (SANTO TOMÁS DE AQUINO: *De Veritate*, q. 17, art. 3).

universal. Aun así la doctrina kantiana tiene puntos vulnerables, y uno de ellos es que Kant no hubiera elevado a norma la voluntad universal, es decir, aquello que puede ser querido por todos si previamente no hubiera sabido que era bueno o malo lo que podía ser querido universalmente, como con gran agudeza vió Brentano (11). No obstante, puede afirmarse que en la moral predomina una dimensión autónoma, a diferencia del Derecho. Quien no conoce un precepto moral no está obligado a él, y la Iglesia admite que no puede haber pecado cuando hay ignorancia invencible. Por consiguiente, no hay moral válida para el individuo si por falta de conocimiento no puede prestarle aceptación. Es claro que (12) todo acto en contra de la ley moral es inmoral (13), y que la situación inmoral «origina el deber general de impedirla o reprimirla, a la vez que el de ilustrar al ignorante»; pero esto cabalmente confirma que la obligación moral existe para quien la conoce (14).

Por consiguiente, aunque la obligatoriedad moral constriñe la libertad en cuanto arbitrio y capricho, en su sentido más radical y profundo es expresión de la libertad, se da *en* la misma libertad y la consagra. En cambio, la obligatoriedad de las normas sociales se da por de pronto contra la libertad, porque ésta florece y se manifiesta ante todo en el plano de la vida personal, la cual es refrenada y encauzada por la norma social, que con su sola presencia expresa el hecho de la *alteración* de la persona en la socialización. La vida social no es sólo la vida de la persona que vive entre otros y con otros, sino la vida de la persona, en cuanto que el hecho de que hay los otros le impone un modo de ser otro. El otro existe siempre y está siempre presente en la vida de cada uno, pero no siempre está del mismo modo. Cuando, por ejemplo, practico la caridad y socorro a un necesitado mi persona íntima entra en relación con otra persona íntima en su individualidad; por eso la caridad, que es una

(11) *El origen del conocimiento moral*, págs. 82 y sigs.

(12) Como dice F. DE CASTRO: *Derecho civil en España*, 2.^a ed., 1951, pág. 23.

(13) Pero aquí podría distinguirse con los escolásticos entre la bondad (o maldad) que es propia de las sustancias que son buenas por sí y con independencia del sujeto al que adhieren y aquella otra que es relativa al sujeto, como la bondad de las formas sustanciales respecto a la materia prima, la de los accidentes respecto de los sujetos y la de las acciones respecto de los agentes, y entonces lo que en un respecto es bueno puede ser malo en otro, como el calor es bueno del fuego y malo del agua. Cfr., por ejemplo, ARRIAGA: *De act. humanis*, disp. XIX, sect. 10, II.

(14) SANTO TOMÁS: *De Veritate*, q. 17, art. 3. Cfr. también VITORIA: *Relectio de eo quod tenetur veniens ad usum rationis*, ed. GETINO, II, 7, 9, 10.

forma sublime de vida moral, transcurre en el plano de la vida personal, aunque necesariamente requiere al *otro*, al pobre socorrido. Pero la caridad no puede alterarme, haciéndome otro a mí, porque si no soy caritativo no practicaré la caridad. A lo sumo podré realizar *actos sociales* de caridad: desde organizar fiestas benéficas o contribuir a una suscripción hasta dar limosna en la calle al mendigo importuno, actos que serán realizados en función de lo que socialmente soy: «persona importante», «autoridad», «transeúnte», etc. Es claro que precisamente porque la vida social es una dimensión necesaria de la vida humana, también el personalmente caritativo puede y tiene que realizar actos sociales de caridad, y también es un problema distinto el del valor religioso y moral que puede alcanzar para la persona la realización de actos sociales que implican un bien para los demás y que para ella suponen un «sacrificio» cuando van contra la propia tendencia (pero entonces, desde otro ángulo, ya hemos vuelto al plano de la vida personal); pero lo característico de lo social es el realizarse en función de una determinada situación de la persona que no alude a sus dimensiones íntimas y que no busca la relación con otra vida en su calidad estrictamente personal, sino en la impersonal y colectiva que necesariamente hay también en ella, o sea en cuanto cada cual no somos «nosotros mismos», sino de otro modo que nos altera, que altera nuestro modo de ser personal con arreglo a un módulo impersonal y colectivo.

La obligatoriedad social representa según eso una forma de atadura o ligamen de la libertad en sentido distinto que la obligatoriedad moral. No es sólo el capricho, el instinto, lo que se refrena, sino incluso determinadas manifestaciones de la libertad que son lícitas o incluso bajo cierto aspecto obligatorias. Así, por ejemplo, el deber de decir la verdad no obliga también a declarar nuestra antipatía a la persona que nos resulta antipática; la tendencia extrovertida se halla alterada por la norma social de la discreción y la tendencia a la introversión por la norma social de la atención que debemos al que está con nosotros, etc.

Ahora bien, como todos los actos sociales tienen su raíz en un acto de la vida personal—sin lo cual no serían propiamente actos humanos— puede decirse que las normas sociales son creación de la vida personal, y, por tanto, su raíz es también la libertad. Lo que el hombre hace socialmente lo hace desde una vida «socialmente alterada», pero se trata en definitiva de actos libres, y sin esta libertad no ten-

dría sentido la obligatoriedad social (15), que se traduce en la aplicación de una consecuencia socialmente relevante. En verdad sin esta consecuencia no existiría obligatoriedad social en sentido propio. Cuanto menos coercible es la norma social, cuanto menos entra en la alteración el factor constringente de una consecuencia ulterior tanto más cerca está la decisión del plano «autónomo» de lo moral en el sentido explicado. Pero también el comportamiento por consideración a una consecuencia implica una decisión, al menos la de no arrostrar la consecuencia, y esa decisión es un hecho de libertad.

En la vida social está siempre presente la vida personal como base nutricia de la misma. Los actos sociales son decisiones libres de la vida humana adoptadas desde una situación social que supone una alteración; por tanto, lo que desde un punto de vista es libre desde otro es obligatorio, vinculante. Es la misma vida social la que es obligatoria, la que ata y liga a la vida humana en su dimensión íntimopersonal; pero también la vida social es vida humana y, por ende, es libertad. En definitiva, la libertad es el *prius*, y la obligatoriedad adviene *a posteriori*. Pero adviene no por azar, sino por necesidad ontológica. La vida está atada a su fundamento. El fundamento religa y lo que religa obliga. Por otra parte, no sólo la vida viene de su fundamento, sino que es vida con-vivida, y en esta convivencia hay también el modo de lo social con su obligatoriedad específica.

Pues bien, dentro de la vida social se da el modo de ser del Derecho. La obligatoriedad jurídica es la forma más depurada de la obligatoriedad social en cuanto alterante y en cuanto determinada por una consecuencia.

c) El deber es lo que es obligatorio. Obligatorio es lo que obliga, o sea lo que liga, ata y vincula. Ahora bien, ¿quién o qué es el o lo que liga, ata o vincula y quién o qué es el o lo ligado, atado, vinculado? Una conducta obligatoria es una conducta que para alguien constituye un deber, y una conducta puede ser un deber para alguien sólo cuando hay una norma obligatoria, o sea que vincula a alguien a su precepto, imponiéndole un determinado comportamiento (16). Este comportamiento «debe ser», por de pronto, es *Sollen* y no meramente *Pflicht*. Sólo lo que debe ser puede convertirse en deber.

(15) Véase acerca de esto ORTEGA GASSET, en *Ensimismamiento y alteración*, y lo que dice BERGSON en el cap. I de *Les deux sources de la morale et de la religion*.

(16) Cfr. GARCÍA MORENTE Y ZARAGÜETA: *Fundamentos de Filosofía*, Madrid, 1943, pág. 486.

Pero esta conversión acontece en la vida como un hecho de libertad, porque entre los valores y su posible realización por el hombre se interfiere una «norma».

La norma constituye un criterio directivo o imperativo del obrar. Dice cómo se debe obrar y lo dice además imperativamente, esto es, exigiendo, compulsando a la acción, no en tono de consejo (que también es un criterio directivo, aunque carente de imperatividad). Pero ¿dónde, cómo y por qué existen normas? ¿Quién les confiere realidad y de qué género es ésta? ¿Qué sentido tiene decir de una norma que exige e impera? El deber ser tiene que ser formulado por alguien con la suficiente intuición de los valores en que se funda. Cuando la formulación es hecha por quien tiene «autoridad» para darle vigor imperativo, o sea para exigir una conducta de acuerdo con ella, se torna en norma obligatoria. ¿Quién posee esa autoridad? Se piensa inmediatamente en un legislador, en un príncipe, en el Estado, incluso en la conciencia como legisladora, aunque entonces surge inmediatamente la duda de cómo es posible una autolegislación autoritaria. De otro lado se presentan también dudas en el ámbito del Derecho, pues hay campos en los que no aparece claro que existan normas jurídicas emanadas de un legislador, ya que el Derecho consuetudinario no consta de tales normas, a no ser que se caiga en una peculiar interpretación ideológica del mismo y se diga que la costumbre deriva su ser jurídico del consentimiento del legislador.

Puesto que una norma de conducta es una exigencia de conducta cabe decir por de pronto que una norma es una representación de conducta como debiendo ser exigible. La norma es en esa dimensión una proposición normativa, o sea una realidad conceptual. Existe como realidad psicológica en las mentes individuales; es el trasfondo sobre el que se entreteje la red de los comportamientos efectivos de los hombres en su vida de relación, o bien se halla expresamente formulada en los cuerpos legales, en los mandamientos de la ley de Dios o en general en los códigos de las diversas religiones. Ahora bien, la «ciencia» —llámese Ética, Filosofía del Derecho, Teoría de la Ciencia Jurídica, etc.— describe el sentido objetivo de esas realidades psicológicas o sociales, mostrándolas en su dimensión puramente lógica o conceptual. Sin embargo, es obvio que esto no agota la realidad de la norma, la cual incide en un plano ontológico diferente. Pero hay que distinguir. Pues la norma moral tiene su fundamento en un orden objetivo de valores, pero no existe como formulación autoritaria para el hombre, sino como representación por éste de lo

que para él es su mundo de valores. Una formulación autoritaria de la norma moral la transmutaría *ipso facto* en norma social o jurídica. La norma moral es representación conceptual de una conducta como debiendo ser exigible, porque es la consecuencia de un deber ser objetivo visto en su relación con una situación concreta. En cambio, las normas sociales, entre las cuales están las normas jurídicas, son realidades de la vida social, son la vida social misma en forma, en cuanto su propia estructura es normativa o para decirlo con Heidegger «dictadura». De esa realidad radical de la norma existe también una representación, que se expresa en las proposiciones normativas.

Puede decirse que las ideas de norma y deber se implican mutuamente, pero una y otra expresan más adecuadamente las realidades de la vida social que las de la vida personal. Por eso así como la ética kantiana es una ética rigorista del deber, en otras concepciones la noción de deber tiende a relegarse a un plano más secundario frente a la de valor. En efecto, la ética de los valores ha mostrado que la pura idea del deber moral es inadecuada para expresar y recoger los más finos matices de la moralidad, de la bondad o maldad de una persona. La acentuación de la idea del deber en la moral confiere a ésta un carácter «legalista». La moral talmúdica es un claro ejemplo de trasposición al campo moral de un concepto del deber que tendría más bien en el campo del Derecho que en el de la moral su campo propio de acción. En estas condiciones la moral se desnaturaliza. Así como un Derecho que no contuviese sanciones aniquilaría su propio sentido jurídico, un sistema de moral a base de imperativos y amenaza de sanciones —o sea dotado de coactividad— sería lo menos posible un sistema de moral. Si la moral no puede confundirse con la «moralidad positiva», que es un fenómeno sociológico, tampoco se la puede identificar en su estructura con la ratificación que de un determinado sistema de moral efectúa una Iglesia, la cual es bajo este aspecto un hecho social y una comunidad jurídica que establece sus propias normas sociales y coactivas, y que por eso expresa las exigencias de la moralidad en forma de *deberes*, o sea de acciones requeridas por una *ley* moral que tiene un complemento ontológico de *sanciones* ultraterrenas.

Es cierto que los valores éticos pueden traducirse en forma de normas: no matarás, no robarás, serás justo, etc. Pero sólo algunos valores éticos son susceptibles de esta expresión. El conjunto de tales normas constituye el «reino del deber», el cual refleja la esfera de

los valores hasta un cierto límite. Pues no todos los valores admiten esta forma, y en especial los más altos: los valores del amor, de la misericordia, de la pureza, de la fortaleza, etc. La mayoría de los hombres conocen sólo el reino del deber, no la esfera de los valores. Su vida ética se reduce a seguir las normas del reino del deber. No conocen los valores más altos, porque éstos no se prestan a expresarse en normas. Además, una pluralidad de normas no agota toda la finura y riqueza de un valor. Por eso los hombres sometidos al reino del deber evitan las toscas crueldades recogidas en normas, por ejemplo, el robar; pero no ven que la honradez no consiste sólo en no robar (17).

d) La ética kantiana hemos dicho es una ética rigorista del deber. En ella, en efecto, el deber es lo más alto; pero en él se consagra y realiza la libertad moral de la persona. La vida moral de la persona se realiza como una vida libre que es moral cuando se rige por la idea pura del deber; sólo lo universal puede ligar verdaderamente a la voluntad, o sea la depuración de la voluntad de todo lo empírico, afectivo y contingente.

En cambio, en el sistema de Hegel hay algo que está más alto que el deber moral, o sea algo que está por encima de la moral, porque el deber es el sistema de la moral. Pues así como el «derecho» se «supera» en la moral, la moral se supera en la esfera de la eticidad, en la que cabalmente tiene su sede el Estado. «El punto de vista moral es el punto de vista de la relación, del deber ser, de la exigencia» (18), pues la voluntad subjetiva, en cuanto es inmediatamente para sí y distinta de la que es en sí, es abstracta, limitada y formal; pero la subjetividad no es solamente formal, aunque siendo autodeterminación infinita constituye el elemento formal de la voluntad. La unidad del concepto de voluntad y de voluntad particular es el bien; en cuanto necesidad de ser realmente por medio de la voluntad particular y en cuanto sustancia de la misma, tiene un derecho absoluto frente al derecho abstracto de la propiedad y a los fines particulares del bienestar; cada uno de estos dos momentos, como distintos del bien, sólo tienen validez en cuanto conformes y subordinados a aquél (19). Con el sujeto particular el bien tiene la relación de ser

(17) Cfr. A. MÜLLER: *Introducción a la Filosofía*, ed. de GAOS, Madrid, 1924, capítulo III.

(18) *Grundlinien der Phil. des Rechts*, ed. LASSON, § 103.

(19) *Grundlinien*, §§ 129, 130.

lo esencial a su voluntad, que en eso tiene su obligación, pero por ser la individualidad distinta del bien y entrando en la voluntad subjetiva, el bien tiene por de pronto sólo la determinación de la esencialidad universal abstracta —el deber—, y por razón de esta determinación el deber ha de cumplirse por consideración a él mismo. Ahora bien, como el obrar exige un contenido particular y un fin determinado, cabe preguntarse qué es el deber. De primera intención no cabe contestar sino que es realizar el derecho y procurar el bienestar, el propio bienestar particular y el bienestar en determinación universal, el bienestar de otro (20). Pero estas determinaciones no se contienen en la determinación misma del deber. Por eso en la esfera de la autoconciencia moral al deber sólo le queda lo esencial o universal de la misma, la universalidad abstracta; su determinación es la identidad sin contenido, la positividad abstracta, la indeterminación.

En cambio, en el sistema de la eticidad el bien abstracto se sustituye por el sistema de leyes y ordenamientos, en los que el concepto de la libertad se hace mundo existente, transido de racionalidad, y como tal dotado de la más alta autoridad. Aquí, en esta esfera objetiva, es donde la doctrina del deber alcanza todo su sentido. Las determinaciones sustanciales de la idea son para el individuo, el cual se distingue de ellas en cuanto subjetivo e indeterminado o en cuanto determinado particularmente, y por eso está en relación con ellas, con su propia sustancia, que son deberes, obligatorios para su voluntad (21). La teoría de los deberes éticos no puede comprenderse en el principio vacío de la subjetividad moral. El deber que obliga puede aparecer como *limitación* sólo frente a la subjetividad indeterminada o a la libertad abstracta y frente al estímulo de la voluntad natural o de la moral que determina arbitrariamente su bien indeterminado. Pero en el deber el individuo tiene más bien su redención, en parte, de la dependencia en que se halla en el mero impulso natural, así como de la depresión en que está en cuanto particularidad subjetiva en las reflexiones morales sobre el deber ser y el poder; en parte, de la subjetividad indeterminada, que no alcanza la existencia ni la determinación objetiva del obrar y permanece como irrealidad. En el deber el individuo se redime y se eleva a la liber-

(20) *Grundlinien*, §§ 133, 134.

(21) *Grundlinien*, §§ 142 y sigs., 148.

tad sustancial (22). El derecho de los individuos a la libertad se cumple en el hecho de que pertenecen a la realidad ética (a la esfera del *ethos* objetivo), pues la certeza de su libertad tiene su verdad en esa objetividad. Por eso recuerda Hegel con asentimiento la respuesta del pitagórico al padre que preguntaba por el mejor modo de educar éticamente a su hijo: hacerlo ciudadano de un Estado con buenas leyes. En esta identidad de la voluntad universal y la individual se unifican el derecho y el deber; ya no se contraponen uno a otro, sino que mediante el *ethos* el hombre tiene derechos en cuanto tiene deberes y deberes en cuanto tiene derechos.

En la doctrina de Hegel resulta claro que las categorías de la vida social poseen un rango más elevado que las de la vida personal. La vida personal tiene dos fases para Hegel: la del derecho abstracto y la de la moral. El Derecho es para Hegel la afirmación abstracta de la persona, en cuanto su idea implica la de propiedad. En la vida personal la moral significa la antítesis dialéctica del Derecho. Pero la forma más alta de vida, la plenitud de vida es el *ethos* objetivo, por encima del cual sólo hay el espíritu absoluto en las formas del arte, la religión y la filosofía. Y dentro del espíritu objetivo el Estado y la historia universal son las más altas categorías, en las que se supera la familia y la sociedad civil. En definitiva, la existencia del *ethos* objetivo es la existencia de un complejo de instituciones, leyes y ordenamientos positivos, y si la verdad de la persona está ahí, todo, la vida personal, la realidad toda de la vida moral, la libertad y el deber, quedan condicionados en su ser y valor a su encaje en las realidades institucionales y normativas, que sólo deberían existir como dimensiones eternamente necesarias, pero eternamente subordinadas a la actividad creadora de la auténtica vida personal. De ese modo no es que haya un deber moral de obedecer las leyes, sino que las leyes son la fuente de todo deber; no es que la moral obligue a aceptar el Estado, sino que el Estado es la moral y la raíz de toda obligatoriedad. El punto de vista de Sócrates y Platón sobre el valor de las *nomoi* queda no sólo confirmado, sino incluso santificado.

(22) *Grundlinien*, § 149.

III

LOS ORÍGENES DE LA IDEA MODERNA DE OBLIGACIÓN JURÍDICA

La idea moderna de la obligación en sentido jurídico tiene doble raíz: una de orden histórico-jurídico, el concepto de *obligatio* del Derecho romano; otra de orden filosófico. Si bien en un cierto sentido habría que reconducir esta idea a la teología (23), en un sentido más técnico debe ser referida a la filosofía kantiana, con la distinción entre legalidad y moralidad.

a) LA IDEA ROMANA DE LA «OBLIGATIO».—Parece que los juristas romanos no han dejado ninguna palabra que signifique el deber ante la ley, ya que ni *obligatio* ni *officium* podían aplicarse a todas las relaciones creadas por el Derecho, y los antiguos juristas atendían solamente a la *vinculatio* material (24). Sin embargo, es dudoso y muy controvertido en la romanística lo que la *obligatio* significó propiamente para los romanos. En general ha predominado la interpretación de que la *obligatio* representó una situación puramente material de vinculación de un sujeto. Incluso en el sentido literal la *obligatio* representó, a juicio de algunos, una *servidumbre*, una anormal disminución de la libertad, nacida de ciertas ofensas de una *gens* a otra realizadas por miembros de la primera contra miembros de la segunda, de las que nacía una responsabilidad. En esta interpretación la *obligatio* aparece como una institución plenamente condicionada por el hecho de la vida gentilicia, y cuando en la época de Augusto ya esta vida se había perdido incluso en el recuerdo, ninguna relación contractual de deber fué llamada *obligatio* (25).

El germanismo entendió que el concepto de *obligatio* estaba integrado por dos elementos diferentes: uno espiritual (*debitum*, *Schuld*) y otro material (responsabilidad, *Haftung*). La distinción procede, sin

(23) Según F. DE CASTRO, «la idea moderna del deber jurídico se debe al catolicismo. Las leyes, como basadas en último término en la ley eterna, han de ser obedecidas por todos. Los príncipes están ligados por las leyes; el pueblo no puede negarse arbitrariamente a cumplir los preceptos legales. Los teólogos señalan que la *vis directiva* de las normas produce un deber en conciencia de cumplirlas, aparte de la *vis coactiva*» (*Derecho civil de España*, Madrid, 1951, I, página 522 y sigs.

(24) CASTRO, ob. cit., pág. 522.

(25) PEROZZI: *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903 (y en *Scritti*, II, 1948).

embargo, de un romanista, de Brinz (26), para el cual la *obligatio* propiamente dicha es el hecho de hallarse obligada una persona, o sea el estar expuesta con su cuerpo y patrimonio a responder de la prestación que el deudor espera; el *debitum*, en cambio, es el deber de realizar la prestación. Amira, Schupfer, Gierke, Puntchart, Partsch, Koschaker, Cornil, Pacchioni y otros han aceptado esta distinción, hoy criticada, entre otros, por Giorgiani (27) y Pastori (28). También Betti se ha mantenido fiel a la interpretación «materialista» de la obligación. Su función, afirma, es el constituir un estado de prisión susceptible de rescate mediante dinero, y el objeto de la prisión es el cuerpo del deudor. No hay un verdadero derecho a la prestación. Los romanos no dicen «obligatus ad...», sino simplemente «obligatus»; por ello el deudor no se encuentra en la situación de deber prestar, sino de estar garante para el caso de que no se verifique el hecho esperado por el acreedor. La *obligatio* expresa un estado de sujeción al poder de otro, es decir, una situación de responsabilidad. La *obligatio* se configura como una garantía destinada a servir de subrogación en caso de falta de prestación o de pago. No hay un deber jurídico del *obligatus*, el cual no debe la prestación. El nexo genético que liga la *obligatio* romana clásica a la ejecución personal constituye la esencia de aquélla. La distinción débito-responsabilidad, que en la *obligatio* clásica se halla un tanto confundida, sirve para iluminar perfectamente la relación obligatoria primitiva, en la cual estos elementos tienen plena autonomía. El débito, simple deber no jurídico, está unido a una situación de responsabilidad fundada en una relación materializada (29).

En cambio, Franco Pastori ha realizado un gran esfuerzo para probar el carácter relevante del deber de prestar por parte del deu-

(26) *Der Begriff obligatio*, Viena, 1878.

(27) *Le obbligazioni*, Milano, Giuffrè, 1951.

(28) *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, Milano, 1951. Véase la recensión de P. FUENTESECA DÍAZ en el *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1952.

(29) E. BETTI: *La struttura dell'obbligazione romana ed il problema della sua genesi*, 1919; *Teoria generale delle obbligazioni nel Diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1947. Cfr., entre otros muchos, B. BIONDI: «Concetto e definizione di obbligatio», en *Atti del Secondo Congresso Nazionale di Studi Romani*. Para éste la *obligatio* no es el deber de cumplir una prestación, aunque la suponga, sino el vínculo de una persona. Así se distingue de todos los demás deberes jurídicos; hay obligación donde hay el vínculo de la persona, o sea en todos aquellos casos en que la parte victoriosa en el proceso puede ejercitar la *manus injectio*.

dor. Niega que la *obligatio* fuese un vínculo de responsabilidad en la época clásica, y un estudio detenido del *dare facere praestare* como objeto de aquélla le lleva a la conclusión de que la *obligatio* apunta siempre a una conducta del deudor. Hay un deber de realizar una prestación, y este deber exige una conducta determinada del deudor (30).

Puede considerarse probable (31) que las tesis que consideran la primitiva *obligatio* como puro vínculo material se hallan influenciadas por dos ideas perturbadoras de la recta visión del problema. Unas miran demasiado al proceso en su momento ejecutivo, otras se desentienden totalmente del proceso. La idea de que el deudor insolvente es objeto de apoderamiento por parte del acreedor mediante *manus iniectione* hizo pensar en la *obligatio* como vínculo material, pero aquí hay un gran equívoco, en el que se confunden los aspectos procesal y sustancial de la institución; la *manus iniectione* no es más que el trámite de ejecución, última etapa del proceso primitivo; pero no una manifestación necesaria de la *obligatio*. El *obligatus* tenía el deber jurídico de cumplir una prestación; se hallaba, pues, vinculado por un lazo ideal, que podía hacerse valer en juicio mediante una *legis actio*. Y en efecto, tanto en la *legis actio sacramento in personam* (de dudosa existencia) como en la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* o en la *legis actio per conditionem*, la afirmación común es invariable y puede resumirse en la expresión *Aio te mihi dare oportere*, que contiene de modo rotundo la idea de un deber. Según eso la *obligatio* constituye íntegramente una realidad histórica, condicionada por el nacimiento del *creditum* y nacida *ab initio* como institución plenamente jurídica, mientras que en la época primitiva el tráfico jurídico se realizaba en la forma del *nexum*.

Parece, pues, perfectamente posible afirmar que los romanos conocieron la idea del deber jurídico y que la *obligatio* constituye precisamente una forma de este deber, la única que en sus manos recibió una elaboración conceptual, pues la escasa tendencia especulativa de los juristas no les permitió desenvolver una teoría más amplia sobre la obligatoriedad jurídica en general. Pero así como en nuestros días el concepto de obligación civil sigue conservando una cierta autonomía dentro de la teoría del deber jurídico y es incluso posi-

(30) *Profilo dogmatico e storico dell'obbligazione romana*, cit.

(31) Según P. FUENTESECA, en su trabajo (inérito) «La *obligatio*; su concepto e historia. La *obligatio* en la doctrina romanística moderna».

ble diferenciar el deber jurídico propiamente dicho de la obligación, del mismo modo sería posible indagar hasta qué punto la configuración técnica de la *obligatio* contiene elementos aprovechables para una construcción de la específica obligatoriedad jurídica como algo conceptualmente diferenciable de la pura obligatoriedad moral.

b) LA DISTINCIÓN KANTIANA DE LEGALIDAD Y MORALIDAD.—El padre de la doctrina moderna del deber jurídico es Kant. En el capítulo de introducción a su obra jurídica, los *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, Kant ha formulado de modo clásico la distinción entre los conceptos de moralidad y legalidad, en la que se contiene la característica de los deberes jurídicos, siguiendo el criterio anteriormente expresado por Tomasio, pero integrando la doctrina en una concepción más depurada de la ética.

Toda legislación, dice Kant, ya prescriba actos internos o externos, consta de dos partes: por de pronto, de una ley que presenta como objetivamente necesaria la acción que debe ejecutarse; en segundo término, de un motivo que relacione con la representación de la ley el principio por el que el arbitrio se determina subjetivamente a esta acción. Se trata aquí de que la ley hace del deber un motivo. Por consiguiente, las legislaciones difieren entre sí por los motivos. Aquella que hace de la acción un deber, pero que además convierte en motivo este deber es la legislación moral. Aquella otra que convierte la acción en deber, pero que admite un motivo distinto que la idea misma del deber es la legislación jurídica; ésta, pues, admite como motivos también las inclinaciones y aversiones propias del arbitrio.

Una acción conforme a la ley es por esa circunstancia legal; la que se separa de ella es ilegal. Legalidad e ilegalidad expresan, pues, la pura conformidad o disconformidad con la ley, al margen de los motivos. Cuando a la conformidad con la ley se suma la motivación de la acción por la idea misma del deber derivada de la ley, se produce la moralidad de la acción. Una acción es moral cuando no sólo es legal, sino que el motivo de la legalidad es la idea del deber.

Por eso los deberes de la legislación jurídica son y no pueden ser más que externos, pues esta legislación no exige que el motivo determinante del arbitrio sea la propia idea del deber, porque ésta es interna, y, sin embargo, necesita motivos y recurre a los externos. En cambio, la legislación moral erige en deberes los actos internos, pero no excluye los externos y reivindica todo lo que es deber en general. La legislación moral es interna y no puede ser de otra manera,

pues contiene en su ley el móvil interno de las acciones, que es la idea del deber; pero admite como deberes y como motivos en su legislación los deberes que nacen de la otra, de la externa.

Todos los deberes por el hecho de serlo pertenecen a la moral. Pero no siempre su legislación está comprendida en la legislación moral; hay gran número de ellos que le son extraños. Así, por ejemplo, la legislación que establece que una promesa hecha y aceptada sea cumplida no pertenece a la moral, sino al Derecho. Lo que la moral enseña en este punto es solamente que la idea del deber debe ser un motivo suficiente para realizar la acción si falta el motivo que en la legislación jurídica va unido a cada deber, esto es, la coacción externa. No es deber de virtud cumplir una promesa, sino un deber de derecho jurídicamente exigible; pero siempre es una acción honrada cumplir la promesa aunque haya que temer la coacción.

Por consiguiente, los deberes pueden ser internos o externos; la legislación jurídica es siempre externa; la legislación moral siempre interna. Cumplir la promesa hecha en un contrato es un deber externo; pero cumplir la promesa por deber, sin consideración a ningún otro motivo, corresponde sólo a la legislación interna. No es, pues, que cumplir una promesa contractual sea una especie del deber moral, sino que el cumplir la promesa contractual por sólo la idea del deber es una acción de moralidad que escapa al poder de cualquier legislador externo. La moral tiene deberes coincidentes unos, independientes otros, de los del Derecho; pero lo propio de ella es el modo de la obligación. De ahí que pueda haber deberes que primaria y directamente sean morales; pero cualquier otro deber es un deber moral indirecto para la legislación interna, y permaneciendo lo que es con arreglo a su legislación (por ejemplo, deber jurídico) puede convertirse en deber moral si se cumple con arreglo a la exigencia requerida para la moralidad de la acción (32).

Aun cuando la doctrina kantiana representa una expresión más depurada de las tesis de Tomasio, no parece que sustancialmente las haya mejorado.

Y por de pronto la expresión «moral» es usada en un sentido equívoco, lo mismo que es un equívoco considerar todo deber como un «ligamen de la voluntad», porque tal ligamen acontece necesariamente en el plano de la vida personal del hombre y constituye, por lo tanto, un hecho moral. Si una legislación es moral cuando convierte

(32) KANT: *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, I.

la idea misma del deber en motivo del obrar, entonces una legislación que no es moral, porque admite también como motivos las inclinaciones y aversiones del arbitrio, no es sólo extramoral, sino que es inmoral o antimoral. Pues la voluntad, según Kant, es éticamente buena cuando su máxima es la idea del deber; sólo entonces obra moralmente el sujeto, sólo entonces su acción es moral en el sentido de moralmente buena. He aquí el equívoco: no se trata tanto del criterio lógico-ontológico de la moralidad para distinguirla de otros órdenes normativos como del criterio deontológico de la misma, que se contrapone a las formas inválidas de la moralidad (morales heteronómicas, eudemonistas, de los fines, etc.).

Es cierto que toda juridización o legalización de la ética constituye un alejamiento de ésta de su sentido prístino y originario. Pero si no queremos dar a lo jurídico un sentido peyorativo al compararlo con lo moral será preciso definirlo no en función del motivo, que necesariamente pertenece a la vida moral de la persona, incluso cuando éticamente (deontológicamente) es recusable, sino en función de su propia estructura y del sentido que tiene en la existencia humana. Cuando el hombre actúa como mero *homo juridicus*, cuando como tal obra jurídicamente sólo por medio de acciones legales, esto es, conformes a la ley, cumpliendo meros deberes externos y sin más motivos que el temor a la sanción o el deseo o el interés de eludirla, ese hombre, sin embargo, obra más que jurídicamente, porque su acción «puramente legal» sólo es puramente legal por decisión libre de su vida personal, y esa decisión cae en cuanto tal bajo la categoría y la valoración moral. El mismo Kant ha visto perfectamente que la legislación moral no excluye los deberes externos y que los deberes jurídicos se convierten en deberes morales cuando se cumplen por respeto a la propia idea del deber. Pero también los deberes morales podrían cumplirse por motivos ajenos a la idea del deber, esto es, toda la ética puede juridizarse, con lo que lo jurídico se convierte en sinónimo de lo no moral no sólo en sentido lógico, sino deontológico. La distinción entre lo interno y lo externo ha influido, pues, perturbadoramente, y ha impedido a Kant ver la radical insuficiencia del *homo juridicus*, porque la decisión de ser tal es una forma de ser *homo moralis*, aun en el caso de que esta decisión aparezca como recusable desde el punto de vista de la moralidad (en sentido deontológico).

Por lo demás, Kant ha visto con agudeza la conveniencia de distinguir de modo suficientemente claro desde el punto de vista con-

ceptual los dos tipos de obligatoriedad y deber, el moral y el jurídico, aunque estimemos fallido el criterio sustentado como base para esta distinción.

IV

LA FIGURA DEL DEBER JURÍDICO (33)

El problema del deber jurídico es más estricto que el de la obligatoriedad jurídica en general. Este es un problema más fundamental (¿por qué obliga el deber jurídico, cuál es el fundamento de su fuerza obligatoria?); aquél, por el contrario, posee una dimensión más acentuadamente estructural y técnica. Pero naturalmente habrá una específica obligatoriedad jurídica en la medida en que existan deberes jurídicos típicos. De lo contrario aquélla se disolvería en la pura obligatoriedad moral. Veamos, pues, las formas principales como en la doctrina jurídica se ha formado el concepto del deber jurídico, cuya autonomía y radical diferenciación frente al deber moral ha sido hecha posible fundamentalmente por la distinción kantiana de legalidad y moralidad.

a) Comenzaremos por exponer las doctrinas de algunos juristas en las que se pone más o menos de relieve el esfuerzo por construir un concepto del deber jurídico como categoría propia de la ciencia del Derecho, aunque en definitiva el resultado conseguido no ha logrado el propósito, porque el deber jurídico ha sido construido en esas doctrinas sobre el modelo del deber moral (34).

Uno de los primeros ensayos de construcción autónoma de la idea de deber jurídico procede de Kirchmann (35); pero ya desde el primer momento se advierte que se limita a trasplantar al campo jurídico la construcción y la estructura propias del deber moral. Para Kirchmann era evidente que el deber moral es impensable sin un cierto reconocimiento del mismo por parte del sujeto de la norma que se pretende obligatoria. Esta exigencia la traslada al orden del

(33) Se reproduce aquí parte de lo que se expone en el artículo «Deber», redactado para la *Nueva Enciclopedia Jurídica*.

(34) Para lo que sigue cfr. KELSEN: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, segunda ed., Tübingen, 1923, cap. XI, págs. 311 y sigs.

(35) *Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral*, 1869.

Derecho bajo el nombre de «respeto» (*Achtung*), que consiste en lo que se llama en la vida «sentimiento moral» y «conciencia». El «sentimiento de respeto» es una motivación autónoma del obrar, cuya existencia se comprueba en el interior del hombre. La mera representación de un mandato no basta para determinar la voluntad; por eso el mandato de un niño no puede influir sobre la voluntad de un adulto. Pero la voluntad queda determinada cuando la representación del mandato se une con el sentimiento de respeto. El deber constituye, pues, para Kirchmann un hecho psíquico que consiste en la unión del sentimiento de respeto con la representación de un precepto. Por consiguiente, sólo el precepto percibido tiene efecto obligatorio. Una norma moral que no es conocida como tal no obliga. Pero el sentimiento de respeto no se constriñe al ámbito moral, y es posible que se produzca incluso, por ejemplo, frente a la grandiosidad de las fuerzas de la naturaleza. Ahora bien, en ese caso no existe todavía una motivación de la voluntad; sería preciso ligar la representación de esas fuerzas con la de un ser vivo dotado de una voluntad que se manifiesta por medio de preceptos y mandatos, y entonces el yo se entrega y por así decirlo se disuelve en la superioridad de aquel ser, cuya voluntad se adopta como propia. Tal es el origen de la idea de «autoridad», de cuya voluntad es expresión la «ley». El poder de la autoridad no es otra cosa que el respeto ante ella. Aparentemente Kirchmann parte de la existencia de dos sujetos distintos: el yo y la autoridad para distinguir de ese modo entre norma y deber, considerando éste como un efecto causado por la primera. Pero en definitiva esta aparente relación causal se disuelve en una identidad. Norma y deber son lo mismo, tienen su base en un mismo hecho real: el impulso moral, la dirección moral de la voluntad. La distinción sólo tiene sentido para designar como «norma» la validez general del impulso, que en la conciencia aparece como precepto, mientras que el «deber» designaría sólo la normatividad ideal, el deber ser referido al yo.

La construcción del deber jurídico en Kirchmann se basa, pues, en la idea de autonomía, trasplantada del orden moral; por consiguiente, bien puede decirse que el fenómeno del deber jurídico, en cuanto posee dimensiones irreducibles al deber moral, ha quedado sustancialmente sin explicación adecuada en esta concepción.

El penalista Heinze fué autor de una teoría que contiene en germen las ideas de Binding sobre la ley penal, y parcialmente recuer-

da a Duguit en su doctrina sobre el hecho de la solidaridad (36). El punto de partida es el análisis de la idea de culpa. El deber es el resultado subjetivo de una «norma», pero ésta constituye una cosa distinta de la «ley penal», la cual existe con independencia de aquélla, pues deriva del hecho de la vida de los hombres en sociedad y de la naturaleza de las cosas, y es evidente para los hombres que viven en el círculo en que aquélla alcanza vigencia. En esta norma se contienen los deberes que viola o infringe el delincuente. La ley del Estado es la protección de la sociedad contra la infracción de normas importantes. El deber, incluso el deber jurídico, es el sentimiento o la conciencia de la norma innato o adquirido por todo ser racional. Donde falta este sentimiento o conciencia falta también el deber, y, por tanto, la culpa. El lado negativo del concepto del deber consiste, según Heinze, en su disparidad respecto de las necesidades o intereses personales. Bajo su aspecto positivo la idea de deber alude a la inserción o integración del obligado en un organismo, familia, municipio, estirpe, estamento, pueblo, Estado, humanidad cuyo ser y cuyo obrar trascienden la esfera individual, que lleva en sí mismo las leyes de su vida, su duración y su eficacia y por medio de ellas ejerce una coacción moral frente a los miembros. Por eso el deber consiste en la conciencia de la pertenencia a uno de esos organismos (37) y del sometimiento a sus leyes, causado por el conocimiento distinto u oscuro de que sus fines son superiores a los del ser individual. No es menester que esta conciencia del deber posea un contenido específico. Cada uno somos conscientes de la obligación que debemos a las leyes de los organismos superiores a nosotros, sin poseer actualmente la representación de una determinada exigencia o manifestación de esta obediencia. El contenido del deber procede de la naturaleza de las cosas, de cada objeto que se nos ofrece o que nos representamos, y especialmente de aquellos cuya integridad somos capaces de violar.

Ideas parecidas sostuvo el civilista Schlossmann (38). Su doctrina de la norma jurídica es radicalmente imperativista. Toda norma de Derecho contiene un imperativo. Pero el imperativo no radica en el mandato. Frente a una norma jurídica cabe preguntarse siempre por

(36) HEINZE: «Ueber den Einfluss des Rechtsirrtums im Strafrecht», en la revista *Gerichtssaal*, XIII, 1861, págs. 397 y sigs.

(37) Aquí juega HEINZE con el supuesto sentido del deber (*Pflicht*) como integración, inserción, encaje (*Flechten*).

(38) *Der Vertrag*, Leipzig, 1876.

su justificación, por la razón de su pretensión de ser acatada y cumplida. La obligatoriedad del Derecho no está en el Derecho mismo, sino en la moral, la cual para Schlossmann radica en un plano superior a aquél. El Derecho obliga porque la moral lo hace obligatorio. La consecuencia de esta doctrina es que no hay diferencia entre el deber ético y el deber jurídico. La autoridad subjetiva del sentimiento moral está por encima de la autoridad objetiva del Estado. El Derecho no tiene fuerza obligatoria más que en la medida en que coincide con la moral; sólo ésta puede estatuir auténticos deberes. Una norma jurídica que es interiormente desaprobada no obliga. Los jueces dejan frecuentemente de aplicar normas jurídicas, en la convicción de que deben obrar así. Lo obligatorio del Derecho no está en las normas jurídicas estatales, y el Derecho efectivo es aquel que se impone incluso contra la convicción expresada en el Derecho positivo, o sea la justicia, el sentimiento jurídico. En rigor, pues, en esta teoría el deber jurídico no es otra cosa que un deber ético, pues no tiene su sede en el ámbito mismo del Derecho, sino fuera y por encima de él.

Tampoco se logran resultados más positivos en la famosa teoría de la «autolimitación», formulada por Jorge Jellinek (39). Para éste todo deber, incluso el deber jurídico, constituye, al igual que para Kant, un ligamen de la voluntad. Este ligamen puede ser producido por la voluntad del Estado. Ahora bien, todo ligamen, toda obligación, incluso la jurídica, es «autónoma». La autonomía es, según Jellinek, la pieza fundamental de la ética moderna. El acto de obligación es un acto de motivación que consiste en plantear a una voluntad la exigencia de considerar un determinado motivo como el más fuerte. Poco importa de quién proceda esta compulsión. En rigor, aunque se trate de una representación ajena, para que actúe en mí como motivo tiene que convertirse en mi propia representación, y por eso toda obligación constituye una «autoobligación». En esta construcción el deber jurídico se presenta con una estructura que constituye un fiel trasunto de la del deber moral, con lo que al par que se pierde la autonomía que le debería ser propia se vincula la validez de su concepto a la de una determinada concepción de la moralidad, cuya justificación habría que indagar previamente.

También Alejandro Hold Fernek (40) construyó la idea del deber

(39) Cfr. *Die rechtliche Natur der Staatsverträge*, 1880.

(40) *Die Rechtswidrigkeit*, Jena, 1903.

jurídico con método psicologista, que le llevó a identificarlo, aun sin proponérselo formalmente, con el deber moral. El deber moral es interpretado como un acaecimiento psíquico, y el acto de obligación se concibe como un proceso anímico que transcurre en el interior del hombre. Sobre la base de unos supuestos plenamente deterministas llega Hold Fernek al resultado de que el deber es la coacción psíquica ejercida por el poder motivador del orden jurídico. Al «quiero» del imperante se contrapone el «no quiero» del rebelde, que obedece a sus motivos. Entonces el imperante afirma un «tú debes», que todavía encuentra la oposición de un «no puedo», porque los motivos que impulsan a resistir siguen siendo más fuertes. En consecuencia, el imperante ha de vencer esos motivos imponiendo otros que tengan fuerza suficiente para impulsar al cumplimiento de lo mandado. El resultado es doble: no sólo el obligado *puede* cumplir lo mandado, sino que *tiene* que cumplirlo, porque se ha convertido en la más fuerte motivación. El deber es, pues, el resultado de la coacción, la cual es producida por la amenaza de determinados perjuicios que hace el orden jurídico. Según eso podría definirse el deber como la coacción psicosocial por medio de la amenaza. Esto puede afirmarse tanto en el ámbito de la moral como en el del Derecho. La fórmula «tú debes» ha de trasmutarse en un «tienes que hacerlo», y el «no debes» en el «no puedes» (o «no eres capaz»).

En la línea de Heinze y Schlossmann se coloca el penalista y filósofo del Derecho Max Ernst Mayer (41). También éste sitúa la obligatoriedad de las normas jurídicas en un ámbito ajeno al Derecho, en cuanto coinciden con unas llamadas «normas de cultura», cuya fuerza vinculatoria conoce y acepta el individuo. Normas de cultura son en la concepción de Mayer el conjunto de preceptos y prohibiciones dirigidas al individuo de carácter religioso, moral, convencional o que constituyen exigencias del tráfico o de la profesión (42). Para Mayer no son las normas jurídicas las que obligan al individuo, pues también él piensa que el deber es un estado psíquico de vinculación de la voluntad, por lo cual la obligación supone conocimiento y reconocimiento y el individuo no conoce las normas jurídicas. Estas, por tanto, no obligan. Los deberes jurídicos son deberes «jurídicamente importantes», esto es, deberes que por de pronto no son jurídicos, sino religiosos, morales, convencionales, etc., pero que el

(41) *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau, 1903; *Filosofía del Derecho*, edición española de LEGAZ, Barcelona, 1936.

(42) MAYER: *Filosofía del Derecho*, págs. 88-91.

Estado y los Tribunales sancionan y ratifican. El Estado, con sus leyes, adopta una determinada actitud ante la cultura, reconociendo ciertas normas culturales y rechazando otras, y de ese modo separa la conducta jurídica de la conducta contraria al Derecho.

Otros juristas manejan el concepto del deber jurídico sin intentar una «construcción» del mismo, como dando por supuesta una noción usual que sólo se especificaría por el contenido. Así, Enneccerus se limita a hablar de que «frente al derecho de uno se halla el deber jurídico de otros, ya únicamente el deber general de todos de abstenerse de perturbar el Derecho, cual en la mayoría de los derechos de señorío, ya el deber de una persona determinada de hacer o de omitir, cual ocurre con los créditos, ya ambos deberes a la vez, como en los derechos de señorío que se refieren directamente a una persona, principalmente los derechos de familia» (43).

Tampoco se encuentran demasiadas precisiones en la obra de Thon, que ha estudiado ampliamente el concepto de derecho subjetivo, mientras que el concepto de deber jurídico aparece más bien referido o al deber del juez o a la idea de prestación como contenido de la obligación civil, al paso que otras veces usa el autor la expresión más amplia *rechtliches Sollen*, que significa lo jurídicamente debido en general, pero no el deber jurídico —*Rechtspflicht*— en sentido estricto, pero distinto del concepto técnico de la obligación.

Para Thon (44) el Derecho representa la expresión de la voluntad de la comunidad dirigida a la voluntad de los individuos. El ordenamiento jurídico tiende a dar a los que están sometidos a sus preceptos un impulso hacia una conducta determinada por medio de mandatos y prohibiciones. Incluso cuando no tienen este aspecto exterior y sólo pueden ser calificados mediatamente por las consecuencias con que se amenaza su violación, siempre hay conceptualmente en toda determinación jurídica imperativa un *preceptum legis*, una norma. Los imperativos del ordenamiento jurídico se dirigen únicamente a los hombres. Pero su finalidad no es poner a prueba la obediencia de los sujetos de Derecho. No es el obedecer lo que le importa, sino las consecuencias. El ordenamiento quiere evitar lo que está prohibido y conseguir lo que está mandado. Sus preceptos sólo

(43) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF: *Tratado de Derecho civil*, parte general, t. I, 1.º, ed. esp. de PÉREZ-ALGUER, pág. 297.

(44) *Rechtsnorm und subjectives Recht*, Weimar, 1878, traducción italiana de A. LEVI: *Norma giuridica e diritto soggettivo*, 1939, 2.ª ed., Padova, 1951; véase especialmente, sobre el deber jurídico, págs. 11 y sigs., 17, 101-102, 198-199, 333.

son un medio para este fin. Esto no debe llevar a pensar que el ordenamiento jurídico se contenta con proclamar sus preceptos y espera a que se produzca su transgresión para reaccionar contra ella, pues la consecuencia de la transgresión no es otra que la entrada en vigor de nuevos imperativos o la caducidad de imperativos hasta entonces vigentes. Tampoco el carácter normativo debe vincularse a la existencia de consecuencias jurídicas ligadas a su transgresión, porque también las normas puras, como expresión del querer de la comunidad, ejercen una gran fuerza ideal sobre los que viven en ella, y su existencia es por eso de inestimable valor. Todo el Derecho de una sociedad es un complejo de imperativos tan estrechamente ligados entre sí que la desobediencia al uno constituye el presupuesto de lo que ordena el otro.

Con estas salvedades el autor insiste en que al ordenamiento jurídico le importa poco la obediencia; la observancia de la norma es solamente el motivo a causa del cual se recurre a ulteriores y más fuertes medios. La norma y la obediencia a la norma son solamente medios para un fin; el ordenamiento tiene como mira principal el logro de una determinada situación por medio de la obediencia a sus imperativos. Por eso es posible una ejecución contra el irresponsable, y es falso, a juicio de Thon, que sólo la «culpabilidad» fundamente el deber jurídico o justifique la coacción para su cumplimiento. El sentido demasiado «profesional» que adquiere en Thon la idea del deber jurídico (cuando no aparece unilateralmente referido a la idea de obligación civil), como el deber de los jueces de aplicar el imperativo en ciertas circunstancias, condiciona el que rechace la existencia de un deber civil general en el sentido de Neuner y otros civilistas, para los cuales todas las relaciones jurídicas, reales u obligatorias, presuponen tal deber, cuyo contenido sería el reconocimiento de la relación y el no lesionar ésta. El ordenamiento jurídico, además de imponer un deber como contenido de la obligación, contendría el imperativo general de reconocer y no lesionar ese deber; al derecho del acreedor al reconocimiento de su obligación correspondería un nuevo deber general al reconocimiento de este derecho, y así sucesivamente hasta el infinito; pero todo se reduce, dice Thon, al principio evidente de que el ordenamiento jurídico deja que los hechos jurídicamente relevantes tengan su efecto con independencia de que uno u otro nieguen la relevancia de los mismos.

b) Veamos ahora cómo se dibuja la figura del deber jurídico en los filósofos del Derecho una vez comprobado que la doctrina jurí-

dica positiva no ha alcanzado demasiados éxitos en la empresa de construirlo como concepto autónomo.

Julio Federico Stahl vió claramente que existen deberes jurídicos que no se confunden con determinados deberes morales referidos al Derecho. El deber jurídico era para el gran filósofo jurista «la obligatoriedad que impone el Derecho positivo existente» (45), en la que se comprende tanto la obligación del individuo de cumplir el Derecho como la de realizarlo, que corresponde a la comunidad, o sea a la autoridad. En cambio, constituye un *deber moral* para ésta el establecer el Derecho «de acuerdo con la verdadera idea del mismo».

Conforme a la naturaleza del Derecho, el deber jurídico es —para Stahl— externo, afecta a lo externo del hombre, y tiene lo externo como finalidad; tiende meramente a la acción, y no a la razón del movimiento. Es puramente negativo, pues su finalidad queda cumplida con la realización del orden externo de la vida en común. Sólo se exige no violar su eficacia normativa. Si, por ejemplo, se paga una deuda, lo único que acontece es que no se ha violado un orden objetivo. Por lo mismo el deber moral se individualiza en concreto por el individuo y su libertad, mientras que el deber jurídico está enteramente previsto en el ordenamiento jurídico. Se puede prever de antemano lo que debe pagar el deudor, pero no se puede establecer *a priori* la cantidad de amor que una persona debe a otra. Por último el deber jurídico tiene que ser cumplido inapelablemente, por lo cual es exigible por medio de la coacción y no depende ni del juicio de conciencia del individuo ni de su decisión de cumplirlo o no. Pero la coactividad es sólo la consecuencia, no el carácter primario del deber jurídico. El Derecho es siempre un orden ético, no un orden natural que se imponga como una fuerza física. Hay que cumplirlo libremente, pero hay que cumplirlo. El deber jurídico tiene su raíz en la objetividad o transsubjetividad de la norma. Por eso hay también excepciones a la coactividad, sin que por faltar ésta desaparezca el deber jurídico. Esto ocurre en dos casos: a), en los deberes jurídicos internacionales; b), en el caso de los deberes legales y principalmente constitucionales del príncipe. En ambos casos se trata de auténticos deberes jurídicos y no meramente morales, como respecto del príncipe pretende la doctrina absolutista de Luis de Haller. Pues am-

(45) «Die Verbindlichkeit, welche das bestehende (positive) Recht auferlegt, ist die Rechtspflicht» (STAHL: *Die Philosophie des Rechts*, II Bd., 5.^a ed., Freiburg i. Br., Mohr, págs. 274-78).

bos producen un efecto externo: la violación de los deberes internacionales, el *casus belli*; la violación de los deberes constitucionales, la rebelión y la resistencia pasiva.

En cambio, en la doctrina de Rosmini el deber jurídico es definido conscientemente y sin equívoco alguno como un deber moral. No es que se «confunda» el deber jurídico con el deber moral, sino que se define el deber jurídico como una especie del deber, y todo deber es definido como deber moral. Pero lo específico del deber jurídico para Rosmini es constituir aquel peculiar deber moral que obliga a un hombre a respetar la libertad de los otros hombres cuando esta libertad tiene todos los caracteres necesarios para ser un derecho (46).

En esta concepción la noción de deber precede a la de derecho y es independiente de ella. El deber viene impuesto por el objeto, mientras que el derecho surge cuanto a su materia, del sujeto, y así como el objeto tiene un ser independiente del sujeto, así también el deber tiene existencia independiente del derecho, aunque entre en la definición de éste.

La noción de deber es más sencilla que la de Derecho; ésta implica siempre la de deber, y no a la inversa. A todo deber no corresponden derechos, pero a todo derecho corresponden deberes. Tanto los deberes que cada hombre tiene hacia la verdad impersonal como los deberes hacia la propia personalidad son absolutos y no implican ninguna relación con otro hombre o persona; no existen, pues, derechos correspondientes a aquellos géneros de deberes (excepto en Dios considerado como ley moral), que no podrían existir más que en otras personas, cuya existencia no es necesaria para la existencia de aquellos deberes. Pero todo derecho en el hombre implica en los demás el deber de respetarlo.

Y así, los deberes engendran los derechos: respecto de la persona que está en posesión de ellos, porque confina su actividad dentro de ciertos límites, y respecto de las otras personas, porque las obliga a respetarlos. El derecho es un poder que relativamente a quien lo posee es honesto y relativamente a los otros es inviolable. El deber moral es lo que lo hace honesto y quien lo hace inviolable. La fórmula del deber es negativa; la del derecho, positiva. Aquél prohíbe, éste permite. Al deber corresponde la parte obligatoria de las acciones; al derecho, su parte lícita.

(46) *Filosofia del diritto*, Milano, 1841, I, pág. 144.

La obligación jurídica es el mismo deber moral que obliga a una persona a dejar intacta y libre cualquier actividad propia de otra persona. Se puede sostener que toda obligación jurídica tiene su fundamento en la existencia de la facultad que forma su objeto. Hay dos clases de obligaciones: unas que nacen de la exigencia de la actividad que forma su objeto inmediato, sin necesidad de recurrir a otro para derivarlo; otras que no nacen de la exigencia de la sola actividad que forma su objeto inmediato, sino de otra persona diversa de aquélla, a la que pertenece la facultad. Pero en cualquier caso para que la obligación sea jurídica se requiere siempre que verse sobre una persona distinta de aquella en que se encuentra. Por eso los deberes morales para consigo mismo no pueden ser obligaciones jurídicas, lo mismo que nadie puede tener derechos hacia sí mismo. Además, no sólo debe terminar en otra persona, sino que ha de tener por objeto una actividad propia de ésta.

En cierto sentido, el deber jurídico es externo. Esta palabra implica la relación a otra cosa. Si pensamos en el objeto material del deber éste puede ser externo por referirse a un objeto exterior a nuestro cuerpo, por ejemplo, la vida o el vestido de otro. Pero el objeto formal del deber es la relación del objeto con la ley, y entonces la vida o el vestido no es el objeto directo de la obligación, sino la «ejecución de la ley», la cual no es un objeto externo, aunque prescriba algo sobre un objeto externo. Pero metafóricamente se puede hablar ahí también de exterioridad para indicar la relación que existe entre la persona que tiene el deber y la que tiene la actividad (el derecho) objeto del deber. Es, pues, una exterioridad que podría designarse con el nombre de *alteridad*.

Como se ve Rosmini ha dedicado amplios desenvolvimientos a la doctrina del deber jurídico, del que ha realizado un certero análisis, y aun cuando lo ha considerado desde el punto de vista de su inserción en el orden moral ha visto con perfecta claridad, como Stahl, las dimensiones diferenciales que posee frente a los puros deberes morales, o sea los que no son jurídicos. Y así, esta concepción moralista del deber difiere *toto coelo* de las toscas confusiones en que han incurrido paradójicamente muchos representantes de una concepción positivista del Derecho, que en la doctrina del deber no han acertado a desprenderse de un punto de vista ético, al que, por lo demás, tampoco hacían plena justicia, porque su subjetivismo y psicologismo resulta plenamente inadecuado para comprender la realidad de los fenómenos del mundo moral.

En la filosofía moderna del Derecho, Rodolfo Stammler ha elevado el deber jurídico a la categoría de uno de los «conceptos puros» del Derecho. No es una de las categorías primarias del pensar jurídico, pero sí una de las formas puras, que resulta del mutuo enlace de esas distintas categorías. El concepto del deber jurídico resulta en Stammler del enlace de la categoría «regularidad jurídica» (que es la coincidencia de los contenidos de voluntad ligados con el querer jurídico entrelazante) y «objeto de Derecho» (o sea algo que en una situación funciona como medio para un fin concreto determinado); es, pues, uno de aquellos modos unitarios del pensar que no llevan la carga de una aspiración sensorialmente perceptible, y sólo significan la forma metódica de la determinación ordenadora de cualquier querer posible jurídicamente limitado (47).

Por lo demás, Stammler no ha desarrollado especialmente una teoría específica del deber jurídico, porque lo ha determinado más en razón de su contenido que de su esencia y estructura formal. De un lado ha hablado de unos «deberes cívicos generales» (*Allgemeine Bürgerpflichten*), que están constituídos por las «relaciones jurídicas generales», en las que todo sujeto jurídico se encuentra con los demás vinculados jurídicamente a él, a diferencia de las relaciones concretas. Esta diferencia dimana del diverso modo como se enlaza el concepto de «fundamento jurídico» con el de «relación jurídica». La determinación de un contenido de voluntad por otro, que corresponde a la idea de relación jurídica, puede darse o meramente sobre la base de la vinculación jurídica en cuanto tal o sobre la base de una determinada y condicionada circunstancia que se llama «hecho jurídico». Las primeras son las relaciones jurídicas generales, las segundas las particulares.

Además de estos deberes cívicos generales existen otros deberes de tipo moral a los que el Derecho hace especial referencia. Stammler los llama «deberes éticos en el sentido del Derecho». Son aquellos que el Derecho asume en su propio ámbito, tornándolos en relaciones jurídicas, si bien se hallan exentos de acción procesal. Lo «ético», dice Stammler, no alude, desde luego, en este caso a una intención buena en el señorío sobre la vida interior —es decir, no son deberes exclusiva y auténticamente morales—, sino el cumplimiento del Derecho justo. El deber de que se trata exige una forma de convivencia que tenga validez universal y que no convierta a los demás en un simple

(47) R. STAMMLER: *Rechtsphilosophie*, 3.^a ed. Berlín-Leipzig, 1928, § 112.

medio para las propias aspiraciones o propósitos subjetivos. Estos deberes éticos son, pues, tan distintos de los simplemente morales como de los meros deberes jurídicos del Derecho formal, y desde luego no quedan cumplidos mediante la simple referencia o invocación a estos últimos. Son deberes derivados de la idea de un Derecho justo, y esto cabalmente es lo que les confiere el carácter «ético», que no conviene a los deberes jurídicos del Derecho formal.

Los deberes de que se trata surgen siempre en una de estas dos formas: a), como deber de verificar una prestación, que podría ser eludida con arreglo al Derecho técnicamente elaborado si en virtud de este incumplimiento la concreta relación jurídica queda regulada de modo sólo unilateralmente favorable y el adversario se convierte en simple objeto del arbitrio del incumplidor; b), como deber de prestación hacia un sujeto próximamente vinculado, que no posee ninguna pretensión procesalmente válida o eficaz, pero que por consecuencia del incumplimiento de aquella prestación quedaría entregado a la «lucha por la propia existencia».

En su primera época de jusfilósofo, Julio Binder había planteado con absoluto radicalismo formalista el problema del deber jurídico, llegando a consecuencias negadoras del mismo. *Das Rechts verpflichtet rechtlich zu nichts*, había dicho (48), el Derecho no obliga jurídicamente a nada. Esta afirmación no tenía en él tanto un sentido de nihilismo jurídico como de mal entendido «pureza metódica». El problema del deber tenía para Binder una dimensión puramente moral, y por eso no tenía cabida en el ámbito jurídico. No es que el Derecho obligase a su cumplimiento, sino que la moral obliga a cumplir el Derecho. Pero posteriormente Binder fué rectificando esta posición. Esa rectificación es el reflejo de una interesante evolución filosófica general que acontece en su espíritu. Inicialmente Binder se movía en el ámbito espiritual del neokantismo. Pero ya en la *Filosofía del Derecho* de 1925, y sobre todo en la *Fundamentación* de 1935 y en la reedición del *Sistema*, el gran filósofo jurista aparece plenamente bajo el signo de Hegel. La nueva influencia filosófica es notoriamente acusada en los últimos años, como en general en todo el pensamiento alemán de la época nazi, si bien el predominio de la idea de «comunidad» —que llevó a algunos a la negación de la noción de «persona» en sentido jurídico y a la hipertrofia de la idea de

(48) *Rechtsnorm und Rechtspflicht*, 1912.

«deber»— fué siempre contrapesada en Binder por una defensa de las ideas de persona y derecho subjetivo, ateniéndose en ello, por lo demás, al más ortodoxo pensamiento hegeliano.

Binder recusa en esta última fase de su pensamiento su antigua negación del deber jurídico al desenvolver las ideas hegelianas sobre la teoría filosófica del contrato. A juicio de Binder, el sistema hegeliano resulta incompleto, porque no desarrolla los conceptos yusprivatistas en todas las diversas fases de la conciencia jurídica y del libre albedrío; no comprendió Hegel que el Derecho privado es tan importante como el Estado para el sistema de la eticidad y que el contrato puede adquirir en la esfera de la conciencia moral y ética (única en la que el concepto de deber puede desempeñar un papel) una importancia de que carece en la esfera del Derecho abstracto. El contrato debe considerarse como fundamento de deberes, que no son deberes éticos generales, sino que reciben su contenido del contenido del contrato, y, por tanto, de la voluntad general, que es real como voluntad de las partes. Y así, para la conciencia jurídica concreta, el contrato se torna en un hecho que contiene obligaciones para las partes entre sí y frente a la comunidad. El deudor no está sometido al Derecho como un objeto sin voluntad, sino que la voluntad del Derecho se realiza y es real en su voluntad y al mismo tiempo es la verdad y la validez, el derecho de esa voluntad. En el deber la esencia de esa voluntad es sabida como debida, como no siendo aún, pero habiendo de ser con necesidad, y se realiza y adquiere realidad en el cumplimiento del deber, en el que se restablece la unidad de la voluntad concreta del deudor con la voluntad general del Derecho (49).

También para Gustavo Radbruch resulta difícil admitir que la filosofía del Derecho pueda fundar una idea autónoma del deber jurídica. Aunque sea posible, dice, distinguir entre «moralidad» y «legalidad», al modo kantiano, conviene tener presente que no se trata de dos tipos distintos de obligación. Es una contradicción hablar de un deber de mera legalidad si por deber se entiende la relación de subordinación de la voluntad a una norma. Si se reconocen deberes de pura legalidad deben entenderse como obligaciones puramente físicas, que no ligan la voluntad, y entonces igual existirá una obligación del pensamiento por las normas de la lógica o un deber estético del

(49) BINDER: *System der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1937, págs. 93 y sigs.

mármol hacia el cincel. Con esto Radbruch apunta certeramente hacia el equívoco, que también nosotros señalábamos, de la tesis kantiana sobre los deberes de moralidad, olvidando que también el obrar legal es una forma de obrar moralmente. Por eso dice Radbruch que la distinción entre moralidad y legalidad sólo significa que la norma moral tiene un sustrato obligable en la voluntad, mientras que el sustrato del Derecho, la conducta, excluye necesariamente la obligabilidad; de suerte que sólo la moral tiene como objeto al hombre con sus motivaciones, mientras que el Derecho tiene como sustrato la vida en común, en la que sólo cuenta la conducta externa (y sólo indirectamente la interna) de los hombres, pero no sus motivaciones. Y en este sentido la legalidad no es una característica exclusiva del Derecho, sino de todos los valores (como los lógicos y estéticos) que no tienen como objeto al hombre y sus motivaciones; por eso las realizaciones culturales de la Humanidad no pierden valor por obedecer a motivos inmorales, y el mal músico no es mejor porque sea un hombre bueno (50).

Sobre esta base Radbruch niega la existencia de deberes jurídicos autónomos. De deber jurídico sólo puede hablarse cuando el imperativo jurídico es dotado de fuerza moral obligatoria por la conciencia individual. Esto no es, dice, confundir el dominio del Derecho con el de la moral; el mismo Kant sabía que todos los deberes en cuanto deberes pertenecen a la ética, pero su legislación está fuera de la ética, o sea la moral convierte el Derecho y la justicia en deberes morales, pero abandona a una legislación extramoral el establecer lo que es jurídico y lo que es justo. Por tanto, la filosofía del Derecho no puede por sí sola fundar la idea del deber jurídico. En forma normativa sólo conoce el Derecho como medida; como imperativo, sólo en su forma puramente fáctica. Lo jurídicamente mandado es deber sólo cuando se alza a deber moral, o sea en el dominio de la ética, cuando el deber jurídico se convierte en deber ético. Sólo la jurisprudencia positiva puede hablar de deberes jurídicos auténticos como contenido de sentido de los imperativos jurídicos, pues este contenido, desprendido del hecho del querer en que se apoya, constituye un deber ser que fundamenta un deber, pero en un sentido muy condicionado (51).

(50) RADBRUCH: *Rechtsphilosophie*, Leipzig, 3.^a ed., 1932, págs. 39-40.

(51) RADBRUCH, ob. cit., págs. 44, 76-77, nota.

Tampoco Jorge del Vecchio trata del deber jurídico como una figura absolutamente autónoma, pues que más bien enfrenta y correlaciona como categorías éticas las de «derecho» y «deber», sin pensar en una figura de deber dentro del Derecho. Las alusiones a este tema se encuentran en dos momentos de la obra delvecchiana, uno al mostrar la «coherencia» entre los sistemas del Derecho y la moral, otro en relación con el tema de la imperatividad del Derecho. La moral representa para Del Vecchio el orden del deber, mientras que el Derecho es el ámbito de lo «no impeditivo». La doctrina de Del Vecchio busca la coordinación de los dos órdenes en la realidad de la conducta (52), afirmando que lo que «respecto de un sujeto es éticamente necesario es siempre en el orden objetivo también éticamente posible». O dicho con otras palabras, «cada cual tiene siempre el derecho de cumplir con su deber». En cambio, «no cabría sostener que un cierto acto sea obligatorio sólo porque es conforme al Derecho. El Derecho significa la no impeditividad, la posibilidad; pero de la posibilidad no puede inferirse sin más la necesidad, como aquélla puede inferirse de ésta. La determinación de lo lícito no coincide, por tanto, con la de lo obligatorio (aquello que es derecho no es por esto sólo deber).» Ahora bien, si se consideran en conjunto todas las posibilidades éticas (objetivas) pertenecientes a un sujeto, o sea todo aquello que puede hacer según Derecho, se desprende que deberá necesariamente obrar de una de las maneras comprendidas entre estas posibilidades. El Derecho traza una esfera dentro de la cual estará comprendida la necesidad ética; pero el Derecho no dice cuál sea entre las acciones jurídicamente posibles la moralmente necesaria. El deber en sentido jurídico denota precisamente el límite de la posibilidad de cada uno; traspasando dicho límite se chocaría con el legítimo impedimento de los demás.

Aquí se inicia el tránsito de la idea del deber moral a la de deber jurídico. Por de pronto, «derecho» se contrapone a «deber», en cuanto deber se equipara a moralidad como «necesidad» ética, mientras que derecho significa «posibilidad», no imposibilidad. Surge entonces la idea de deber jurídico, pues la acción posible de impedir por un sujeto es lo que para otro constituye infracción de un deber jurídico. Es deber jurídico la acción contraria a lo que es impeditivo por otro. Del Vecchio expone «nociones lógicas» universales del De-

(52) Esto ha sido considerado por la concepción «egológica» como una fecunda anticipación de sus puntos de vista. Vid. DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho*, 5.ª ed. española, Barcelona, 1947, págs. 322 y sigs., 341.

recho y la moral, pero lo hace esquematizando conceptualmente realidades humanas de conducta. Por eso hace abundante uso de estos conceptos delvecchianos, para superarlos en una posición más radical, la concepción egológica del Derecho (de la que se hablará después). El Derecho en esa doctrina es conducta, libertad, posibilidad, *facultad de señorío* y, en último término, también «facultad de inordinación» (derecho de cumplir con el deber). El Derecho es conducta posible, conducta no impeditiva; pero esta conducta no impeditiva puede consistir en algún caso cabalmente en impedir otra conducta que ha transgredido un deber; vista desde el ángulo de ese sujeto, el deber (jurídico, o sea una cierta forma de manifestarse el Derecho) es justamente «conducta impeditiva».

Sin embargo, Del Vecchio no ha insistido demasiado en estos aspectos ni ha expuesto la *ultima ratio* del deber jurídico. Pero al hablar de la imperatividad el tema reaparece. Ahora la idea de deber se refiere a la del mandato o imperativo jurídico. El Derecho no contiene sólo prohibiciones, sino también mandatos positivos, imposiciones de cumplir ciertos actos. Señala algunos, como el deber de prestar alimentos, asegurar a los obreros contra los accidentes del trabajo, socorrer una nave en peligro, etc. Y antes que nada afirma la existencia de un deber genérico de obediencia, el deber de subordinación al orden jurídico.

Puede decirse, pues, que Del Vecchio no ha construido con absoluta precisión conceptual la figura del deber jurídico. Pero su diferenciación «lógica» entre los conceptos de Derecho y moral pertenece a lo mejor que la filosofía jurídica ha producido en nuestros tiempos.

Sobre bases parcialmente delvecchianas, B. Donati entiende que la moral y el Derecho deben distinguirse, pero no separarse, como momentos autónomos y coherentes en la disciplina de la acción humana, porque afectan a aspectos distintos, pero conexos de la misma. La moral mira a la acción con referencia a la finalidad que la mueve y atendiendo especialmente al sujeto agente; el Derecho mira a la acción con referencia al fin a que tiende y atendiendo en particular a la relación entre varias acciones, o sea entre varios sujetos. La moral mira a la acción respecto al sujeto y a los otros sujetos con predominio del punto de vista de la perfección del motivo interior que la sostiene; el Derecho mira a la acción del sujeto y a los otros su-

jetos con predominio del punto de vista de la compatibilidad de los actos exteriores que la expresan (53).

La valoración moral afecta a la acción por entero, porque ésta es una unidad inescindible de motivos y de actos. La acción no se juzga buena sólo por su impulso interior si la realización no interpreta por igual ese intento perfectivo, y tampoco una obra de aparente bondad es en efecto buena si no la sostiene un impulso del espíritu hacia el bien. Por consiguiente, si sobre la acción es posible una valoración ética que no sea la moral no afectará a la acción considerada en sí misma —precisamente porque bajo ese aspecto sólo la moral puede calificarla—, sino a la acción en cuanto se halla en relación con otras acciones.

En efecto, las distintas acciones pueden ser objeto de una combinación subjetiva, pero también se les debe asegurar una coordinación objetiva, sin la cual la misma acción no sería posible, y que es requerida por los desenvolvimientos concretos de la misma acción. Para hacer posible la realización de la acción buena es menester establecer los límites de la conducta recíproca. Hay, pues, primero que suprimir el impedimento en las acciones recíprocas; segundo, constituir una compatibilidad entre las acciones concurrentes, haciéndolas posibles en el terreno de la «conmutación» y equivalentes en el de la «distribución», y tercero, hacer solidarias las acciones convergentes. En estas tres hipótesis la valoración ética descende de la conciencia del deber, como un momento propio de ésta. La conciencia, dirigida a la acción por sus fines concretos, pero siempre bajo la presión de la exigencia ética, se propone por un aspecto la perfección del obrar individual o colectivo, según el principio de la Humanidad; con esto realiza el momento del deber moral, que expresa la voluntad buena en la acción. Pero hay otro deber *funcional* respecto de este deber moral. La acción humana no sería posible si no se diese un orden a las acciones recíprocas, concurrentes y convergentes, estableciendo su límite respectivo y fundiéndolas directa o indirectamente en la misma unidad de vida. Este otro deber es el deber *jurídico*, que preside a la *acción justa*, pues el *jus* es la coordinación objetiva de las acciones contrastantes, concurrentes o convergentes. Merced a este orden se asegura la vida en común, y, por tanto, también la vida individual; se confiere armonía a las acciones

(53) B. DONATI: *Il Principio del Diritto*, Cedam, Padova, 1933, c. I, páginas 100-101.

y se alcanza una solidaridad objetiva correlativa de la subjetiva, que es el punto inicial y final de la vida moral.

Así, pues, en un momento concreto la conciencia del deber es conciencia moral cuando disciplina la acción, cualquier acción, respeto de sí mismo y de los otros, con arreglo a un principio de bien. En otro momento la conciencia del deber es conciencia jurídica, en cuanto fija la posición respectiva de las acciones de dos o más sujetos, buscando con intención ordenadora o protectora constituir entre aquéllas la necesaria correlación y salvando así la posibilidad de su desenvolvimiento (54).

c) La doctrina jurídica, en la que se ha intentado con absoluto rigor conceptual delimitar la figura del deber jurídico como realidad ontológicamente distinta de la del deber moral, es la «teoría pura del Derecho». La doctrina de Kelsen tiene aquí una de sus fundamentales piedras de toque. La solución kelseniana se mantiene dentro de la línea de una estricta pureza metódica. Veamos sus puntos de vista críticos frente a la «concepción dominante» y el propio intento constructivo.

Lo que a juicio de Kelsen caracteriza las doctrinas usuales sobre el deber jurídico es un decidido matiz yusnaturalista. Evidentemente, Kelsen abusa aquí de los términos. El Derecho natural: *voilà l'ennemi*; da la impresión de que a Kelsen en esta materia los dedos se le antojan huéspedes y ve Derecho natural por todas partes, incluso en los rincones más insospechados. A su juicio, la ciencia jurídica moderna se ha apartado por lo general de la ruta del yusnaturalismo; pero en esta materia del deber jurídico ha experimentado un retroceso, abandonando el principio de la separación del Derecho y la moral y recayendo por lo mismo en el Derecho natural. Sin embargo, la moderna jurisprudencia pretende derivar todos los conceptos jurídicos exclusivamente del Derecho positivo, el cual es el único capaz de determinar lo que es derecho y lo que es deber. El Derecho positivo es la instancia suprema para el jurista, y si sus normas valen con independencia de las de la moral la consecuencia es que existe un deber jurídico independiente del deber moral. El jurista no puede dejar de admitir un deber jurídico incluso allí donde la conducta contraria a la sancionada no está prescrita por la moral o la cultura. Esto ha tenido que ser reconocido incluso por aquellos autores (como Heinze o Binding) para quienes el deber no está regulado por la ley

(54) B. DONATI, ob. cit., págs. 45 y sigs.

penal, sino por una norma anterior y existente con independencia de aquélla.

Por otro lado, las doctrinas expuestas por los juristas suelen confundir lo fáctico con lo normativo. Pero la norma no es lo que de hecho se aplica, sino lo que debe aplicarse, y el deber jurídico no es lo que de hecho se cumple, sino lo que debe cumplirse; por consiguiente, el incumplimiento o inaplicación de la norma es siempre contrario a la norma, incluso cuando esa inaplicación se justifica en el juez por razones éticas, como alega Schlossmann. Ahora bien, el hecho de que una norma que permanentemente no se aplica deja de ser una norma, constituye un «misterio jurídico»; por lo mismo este hecho no puede representar un punto de partida para una construcción jurídica, sino tan sólo uno de sus supuestos.

La doctrina que supone que el deber jurídico tiene un carácter secundario, por consistir meramente en deberes morales sancionados por el Derecho, tiene una explicación sociológica; los representantes de tal doctrina son generalmente penalistas, como Heinze, Binding, Mayer. Efectivamente, dice Kelsen, los deberes jurídicospenales coinciden por lo regular con deberes morales fundamentales; en cambio, hay algunos deberes morales que carecen de sanción jurídica. De ese modo es fácil pensar que en materia de deberes el género está constituido por el deber moral y que la sanción jurídica constituye tan sólo la diferencia específica. Pero al teórico del Derecho le bastará con incorporar también al ámbito de su teoría la doctrina de las obligaciones civiles e inmediatamente tendrá que abandonar la tesis de la pretendida identidad entre deber jurídico y deber moral, pues sin perjuicio de que también en este orden pueda darse alguna parcial coincidencia entre ambos tipos de deberes, los deberes típicos del Derecho civil tienen su fundamento evidente e inmediato meramente en la norma positiva.

Kirchmann y Hold Fernek pretendieron fundar autónomamente el deber jurídico, pero a juicio de Kelsen han fracasado en la empresa, pues concibieron el deber jurídico, al modo del deber moral, como un proceso psíquico de motivación. Pero la ciencia jurídica necesita afirmar la existencia de tal deber incluso y precisamente allí donde la motivación ha fallado. Además, la doctrina de la motivación no explica suficientemente la realidad. No tiene apenas sentido decir que existe una coacción psíquica para cumplir los deberes de omisión, como son casi todos los jurídicospenales; el cumplimiento de un deber de omisión sólo implica un defecto o ausencia de infracción; por

tanto, no hay coacción psíquica del orden jurídico, sino ausencia de impulsos antijurídicos. La motivación del orden jurídico sólo existiría allí donde el impulso a una acción fuese sofocado por un impulso contrario; pero el deber jurídico existe con independencia de estas circunstancias. De otro lado, la conducta jurídica suele ser un producto más de las motivaciones religiosas o morales que de la amenaza de sanciones jurídicas; por consiguiente, partiendo de una consideración que se pretende realista, es una ficción dar por existente en el orden del ser algo que realmente no acontece en él.

La doctrina de la motivación presupone también el conocimiento general del Derecho, lo que constituye igualmente una ficción. El fin de prevención no es tan fundamental para el Derecho como pretenden muchos juristas que desconocen el carácter puramente social de este momento teleológico. Precisamente el hecho de la antijuridicidad sirve para reducir al absurdo la doctrina dominante sobre el deber; en el hecho antijurídico la motivación ha fallado, y es contradictorio decir que puesto que ha habido infracción del deber ha cesado de existir el deber. Esta teoría no es jurídica, sino sociológica, y pone a la jurisprudencia ante problemas que no se le pueden plantear. Las motivaciones de la conducta jurídica son completamente irrelevantes para el Derecho.

Hold Fernek sostuvo una posición que él mismo llamó «formalista». Para este autor la jurisprudencia tiene que limitarse a una construcción formal, pero —según Kelsen— erró completamente al trazar los límites entre la forma y el contenido. La construcción formal, según aquel autor, considera el Derecho como un poder objetivo, o sea como un factor real, psíquicosocial, que ejerce una coacción psicológica motivadora y que de ordinario produce una conducta jurídica. Pero de ese modo el Derecho es considerado como perteneciente al ser, no como un ámbito del deber ser. En este sentido el Derecho aparece en la conducta jurídica del que le resiste, en cuanto tiene que ser forzado a cumplir el deber, mientras que en oposición a esto el Derecho como poder subjetivo aparece en la conducta jurídica espontánea en la forma de «sentimiento» o «conciencia jurídica». Pero la contraposición entre cumplimiento resistente y espontáneo del deber, objeta Kelsen, es falsa, pues o todo cumplimiento del deber es espontáneo o en una tesis determinista, todo él es forzado. La distinción no sirve, pues, para equipararla a la de forma y contenido, pues uno y otro aspectos pertenecen a la misma unidad real,

que en ambos casos, como poder objetivo y como poder subjetivo, constituye un objeto de la psicología social o de la sociología. La consecuencia de todo esto es que para el jurista la antijuridicidad se convierte en una excepción de la regla, en una anomalía, en algo patológico. Se considera el deber jurídico como un fenómeno de psicología colectiva; se identifica el deber con la conducta jurídica. Pero la masa no es el sujeto del deber jurídico, sino sólo la persona individual. Y el Derecho no es considerado por el jurista en el hecho de su cumplimiento general, sino en la reacción contra la antijuridicidad y en su relación formal con ésta. La cuestión del deber jurídico se actualiza en el momento en que se infringe. Pero Hold Fernek y la doctrina dominante, dice Kelsen, operan con fórmulas causalistas y no normativas. El «tener que ser» (*Müssen*) es la fórmula de la conexión causal, de las leyes naturales. El «deber ser» (*Sollen*) es lo específico de la norma, y no tiene sentido identificar las leyes jurídicas con las leyes naturales ni convertir el deber jurídico en un resultado de éstas.

En la ciencia jurídica, por influjo del Derecho natural, domina según Kelsen la doctrina del Derecho subjetivo sobre la del deber jurídico, o mejor dicho, el Derecho subjetivo se construye fundamentalmente como facultad y no como deber. Pero aquí se trata de una ilusión, a la que no es ajena la técnica del capitalismo. En realidad, visto desde el punto de vista del sujeto, el orden jurídico objetivo es «mi» derecho por lo menos tanto cuando estatuye «deberes» como cuando concede «facultades».

Por eso la teoría pura del Derecho, llevando a sus últimas consecuencias ciertos pensamientos fundamentales que ya estaban delineados en la teoría positivista del siglo XIX, pero que no fueron desarrollados más allá de esbozos relativamente modestos, sólo ve en el deber jurídico la norma jurídica misma en su referencia a la conducta concreta por ella estatuida de un individuo determinado, o sea la norma jurídica individualizada. Un hombre está jurídicamente obligado a una conducta determinada, en tanto que la conducta contraria está puesta en la norma jurídica como condición para un acto coactivo calificado de consecuencia jurídica. Si el acto coactivo se dirige contra un hombre distinto de aquel cuya conducta constituye la condición de la consecuencia jurídica, y en este sentido el contenido del deber, puede hablarse de «responsabilidad», la cual constituye algo así como una especie particular del deber. El deber jurídico es, pues, la única

función esencial del Derecho objetivo y es una misma cosa con éste (55).

La teoría kelseniana del deber jurídico se enfrenta, pues, con la «concepción dominante» en su época, cuya característica consistía en la indistinción metódica de los planos del ser y el deber ser y la consiguiente inserción del Derecho en el ámbito del ser, o sea en el reino de las realidades psicológicas o sociológicas, al paso que el «deber ser» no tenía otra proyección que la éticoyusnaturalista; la consecuencia era o construir el deber jurídico al modo del deber moral o eliminarlo claramente del ámbito del Derecho, convirtiéndolo en un deber moral. Frente a esto la teoría pura del Derecho inserta lo jurídico en el orden del deber ser, pero entendido como una categoría puramente lógica y formal. El deber jurídico se identifica en esta concepción con la norma jurídica, en cuanto ésta tiene como función esencial sancionar determinadas conductas con una consecuencia jurídica desfavorable. Aplicar esta sanción, o sea aplicar la norma, es el contenido del deber jurídico del juez. Realizar la conducta contraria a la que es objeto de la sanción es el contenido del deber jurídico del súbdito. Pero este deber existe sólo porque y en tanto que la norma ha establecido aquella sanción para una conducta contraria.

d) Sobre la base de la doctrina de Kelsen ha insistido Luis Recaséns Siches en la necesidad de elaborar en el ámbito de la filosofía del Derecho un concepto del deber jurídico «estrictamente como jurídico, como algo exclusivamente fundado en la norma jurídica». «Las normas determinan la conducta que un sujeto «debe» poner en práctica; es decir, crean deberes. Esto es común a todas las normas, y, por consiguiente, también a las jurídicas. Ahora bien, a la esencia peculiar de cada uno de los tipos de normas (morales, del trato social, jurídicas) corresponderá una especial índole del deber a que dan lugar» (56). Por eso conviene distinguir el deber jurídico de los otros deberes de *contenido* semejante o análogo que derivan de otras normas. Por ejemplo, el deudor tiene el deber jurídico de satisfacer

(55) KELSEN: *Teoría general del Estado*, ed. de LEGAZ, Barcelona, Labor, 1934, págs. 78-81; *La teoría pura del Derecho*, ed. del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Buenos Aires, 1941, págs. 76-78; *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de García Maynez, Méjico, 1950, págs. 60 y sigs., 76 y siguientes. Para la crítica de las doctrinas jurídicas de KIRCHMANN, HEINZE, SCHLOSSMANN, BINDING, MAYER, HOLD FERNEK, etc., vid. *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cap. XI.

(56) *Vida humana, sociedad y Derecho*, Méjico, 1939, c. VIII, pág. 139.

su deuda al acreedor, por virtud de la norma de Derecho; pero además tiene el deber moral de pagar, y es posible que también los usos sociales le obliguen a ello.

Son, sin embargo, de valor desigual algunos de los argumentos aportados por Recaséns en apoyo de una idea del deber jurídico, independiente del deber moral de contenido análogo. A su juicio, y en esto dice verdad, el deber jurídico se tiene sólo y exclusivamente porque hay una norma de Derecho positivo vigente que así lo determina. Ya hay algo más discutible en la afirmación de que lo único que la norma exige es «el hecho objetivo y exterior del pago, sin preceptuarle ningún especial estado interno de ánimo respecto del acreedor», no porque la norma exija por necesidad ese especial estado interno de ánimo *respecto del acreedor*, pero podría exigir un cierto estado de ánimo interno en el propio deudor, por ejemplo, el «sentirse obligado en conciencia». En este sentido no es cierto que la norma jurídica imponga la mera exterioridad del acto, porque los conceptos de exterioridad e interioridad se refieren al «hombre», y sólo en éste se puede hablar de acciones externas para contraponerlas a las internas, con lo que se trata de una calificación moral, como dijimos al comentar la distinción kantiana entre legalidad y moralidad. Pero como después veremos, el deber jurídico no es tanto un deber del *hombre* como del *sujeto de Derecho*, en el cual no tiene sentido la distinción entre acciones externas e internas, aunque las suyas sean externas en relación con la unidad del hombre, porque son actos sociales que no transcurren en el plano de la vida personal.

También parece discutible la fundamentación que asigna Recaséns al deber moral. Siguiendo con el mismo ejemplo dice: «La norma moral impondrá también al deudor que pague, pero fundándose en otros valores, por ejemplo, en que no debe dejarse arrastrar por la avaricia y el egoísmo, en que no debe permitir que una pasión ilícita se enseñoree de su conciencia, en que debe profesar amor al prójimo, y por todo esto no sólo le exige el pago externo, sino una disposición de simpatía para su acreedor» (57). Esto no parece del todo acertado. Lo mismo que la norma jurídica, proyectada en el *hombre*, puede exigirle un estado interior de ánimo —el aceptar en conciencia el deber—, la norma moral puede exigir un comportamiento meramente externo, el hecho externo del pago, sin ningún determinado sentimiento respecto del acreedor. En efecto, el deber de pagar

(57) Ob. cit., pág. 140.

es un deber de «justicia», o sea un deber moral (porque la justicia es una virtud ética), que queda satisfecho con el hecho externo del pago, sin que se confunda con el deber jurídico positivo correspondiente (que incluso podría no existir en virtud de cualquier circunstancia positiva extrínseca, por ejemplo, por falta de escritura notarial u otro documento público fehaciente y solemne) y sin que precise llenarse con otros valores morales. Es cierto, pues, que el «deber moral de cumplir lo ordenado en las normas jurídicas tiene como contenido esas normas, pero no se funda en ellas, sino que se basa en valores morales», y que «por razones morales existe el deber moral de ajustar la conducta a lo preceptuado en el Derecho» (58), pero hasta cierto punto, porque toda norma jurídica es cuando menos la ocasión de un deber de conciencia y porque los valores morales que fundamentan los deberes morales, cuyo contenido son los deberes jurídicos positivos, no son valores esencialmente ajenos a lo jurídico, sino precisamente deberes de justicia, en cuanto prescinden de su confirmación por el Derecho positivo.

Para más afirmar la autonomía del deber jurídico recuerda Recaséns que es postulado esencial de todo Derecho que el desconocimiento de la norma no exime de su cumplimiento y que, por el contrario, no puede existir un deber moral singular y actual para un sujeto si éste no conoce la norma y está además convencido de su bondad, porque aunque los valores morales tengan objetividad no crean de presente una obligación de conciencia sino en la medida en que son conocidos y reconocidos como tales. Aunque esto es verdad ello no sirve precisamente para distinguir los deberes morales de los jurídicos, sino en general para diferenciar la moral y el Derecho, porque algunos deberes jurídicos necesariamente tienen que ser conocidos como tales, y aunque su ser como deber no depende de su reconocimiento (que sería una categoría moral), en su existencia pueden hallarse vinculados a una situación creada (y, por ende, necesariamente conocida) por el propio sujeto de Derecho (así, el deber de pagar la deuda contraída necesariamente presupone el acto por virtud del cual se contrae). Únicamente cabría aquí establecer la distinción entre el deber jurídico propiamente dicho y la obligación civil en sentido estricto, orientada especialmente al concepto de relación crediticia, y entonces sería posible aplicar a los deberes jurídicos, que aluden

(58) Ob. cit., pág. 141.

a otro tipo de situaciones, la nota de heteronomía propia del Derecho en general.

El deber jurídico parece aludir en Recaséns a la idea de la relación jurídica como relación entre el hombre y la norma. El precepto objetivo vigente para todos, dice, se convierte en deber jurídico subjetivo de una determinada persona, porque y en tanto que ordena que se imponga una sanción al sujeto que se comporta de aquel modo que está previsto en la norma como la condición de dichos actos coactivos; esto es, que se imponga una sanción al que se comporte de manera contraria a lo preceptuado en la norma. Dicho de otra manera: «que alguien tiene un deber jurídico de comportarse de una determinada forma quiere decir que se halla situado en relación con la norma de tal modo que si no se conduce en aquella forma podrá ser objeto de un acto de coacción impositiva de carácter inexorable. O bien, lo que es lo mismo: la existencia del deber jurídico se determina porque la infracción de la conducta en aquél señalada constituye el supuesto de una sanción jurídica» (59). Así, la idea de relación con la norma implica la de situación, por la cual se define el sujeto de Derecho. El deber jurídico no es deber del hombre, sino deber del sujeto de Derecho. Los deberes morales en relación con el Derecho son deberes del hombre. Pero ¿y el deber mismo de cumplir el Derecho positivo? Se trata todavía de un deber ético del hombre, pero en cuanto éste se proyecta hacia su dimensión social, esencialmente afectada por el Derecho. Es el deber de aquella situación fundamental de la existencia que está en el punto de intersección de lo personal y lo social, del hombre y el sujeto de Derecho. Por eso Recaséns ve aquí con agudeza que tal vez este deber tiene una estructura diversa de los otros deberes morales, pues no exigiría una íntima adhesión del sujeto al contenido de la norma, sino la mera relación de sometimiento al Derecho y un cumplimiento externo del mismo, de suerte que sólo se exigiría la íntima adhesión al valor moral que funda ese deber de sumisión al Derecho (60).

e) En la filosofía moderna del Derecho la concepción «egológica» representa una inversión del punto de vista kelseniano en la teoría del deber jurídico, de acuerdo con el significado general de esa doctrina. Para Kelsen el Derecho es norma; por eso el Derecho subjetivo es fundamentalmente deber jurídico, y sólo secundariamente facul-

(59) Ob. cit., pág. 142.

(60) Ob. cit., pág. 143.

tad. Para la egología el Derecho es conducta, y, por tanto, libertad; por eso es ante todo facultad, en su doble dimensión de «facultad de señorío» y «facultad de inordinación»; pero fundamentalmente facultad de señorío. El Derecho no crea la libertad, sino tan sólo sus límites contingentes. El Derecho positivo no extrae de sus propias entrañas a la facultad de señorío, pues sólo la configura en su extensión empírica. No la crea de la nada y a su arbitrio, pues sin ella aquél no existiría. No es que la facultad de señorío esté en una parte del Derecho, sino que una parte del Derecho está en la facultad de señorío. No es, en general, que la libertad esté acogida en el Derecho, sino al revés: es el Derecho el que está acogido en la libertad, porque el Derecho es conducta (61).

Por esto el principio de que «se halla jurídicamente permitido todo lo que jurídicamente no está prohibido» es un *prius* del Derecho, pues es la expresión normativa del hecho radical de que el Derecho es conducta y, como tal, libertad, que tiene que ser pensada y representada en todas sus posibilidades, por lo cual el «deber hacer» o el «deber no hacer» algo es una limitación sobre un previo «poder hacer». Pero todo eso es conducta, libertad, y de ahí que tanto el «derecho subjetivo» como el «deber jurídico» tengan de común el ser «facultad», que en un caso se llamará de «señorío», para indicar el «poder hacer» y en otro de «inordinación», que alude al «deber» de aceptar (y el consiguiente «poder cumplir»), un contenido del hacer que no es dado autónomamente, sino heteronómicamente. Pero son cosas que se implican. Todo «poder hacer» lo es dentro de «lo que se debe hacer», y todo «deber hacer» presupone un «poder hacerlo».

En la estructura de la norma el «deber» recibe el nombre de «prestación». La norma es un juicio disyuntivo que representa en toda su amplitud a la conducta humana, en tanto que se establece una conducta debida (prestación) en ciertas circunstancias de un sujeto obligado frente a alguien, y dada la no prestación (incumplimiento del deber) corresponde (deber de un órgano estatal) aplicar una sanción (62). Así, la «endonorma» expresa directamente el deber jurídico o prestación, recurriendo a los conceptos de supuesto de hecho, sujeto obligado y sujeto pretensor, pues la prestación es el acto o producto objetivo de la libertad de quien la hace. La facultad jurídica como libertad es el *haciendo* de su poder hacer, mientras que

(61) C. COSSIO: *La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1944, pág. 401.

(62) COSSIO, ob. cit., págs. 191, 325 y sigs.

La prestación correlativa es lo que este haciendo deja hecho y queda cumplido. Aun cuando la prestación verse sobre un acto (obligación de hacer o de no hacer), éste puede considerarse en sus dos caras: como lo haciendo actuante de la libertad humana y como lo producido por esta libertad, que se cosifica o inmoviliza en cuanto ya ha sido producido. Lo primero es facultad y lo segundo es prestación (63).

La facultad de inordinación, en cuanto conducta, es o comisión u omisión (64). La *obligación* propiamente es el *sentido* de la prestación y de la facultad de inordinación. La comisión y la ejecución, la omisión y la abstención, en cuanto realidades humanas, son realidades axiológicas o sea realidades de sentido, valoraciones jurídicas. La obligación es la versión conceptual de estas valoraciones. Pero esta versión conceptual pertenece al dato mismo de la conducta.

f) Hay una corriente europea en el pensamiento jurídico que está representada por los pensadores nórdicos. Este nordismo tiene no sólo una conceptualización geográfica, sino sociológico-científica. Es una tendencia realista y antiespeculativa (muy afín a las tendencias realistas norteamericanas), con ciertos rasgos nihilistas frente a las construcciones de que se envanece el pensamiento jurídico continental, tanto si positivo o positivista se queda en el plano lógicoconceptual de la dogmática como si con apetencia filosófica se eleva a la región metafísicoyusnaturalista. Sería muy interesante hacer una sociología de las formas del saber jurídico contemporáneo y buscar la condicionalidad social de este realismo que se produce en los países nórdicos, con su amplio progreso material, su elevado nivel intelectual y educativo, su tecnificación y racionalización crecientes, sus escasas tensiones sociales y su gran estabilidad política.

La tendencia que más típicamente caracteriza este grupo es la llamada escuela de Upsala, cuyo filósofo es Axel Hägerström y sus juristas, entre otros, A. W. von Lundstedt, Alf Ross y Karl Olivecrona, al paso que el sociólogo Theodor Geiger representa una aportación original parcialmente coincidente, pero en gran parte discrepante de la escuela.

Lundstedt niega la existencia de los derechos subjetivos, de los deberes jurídicos, de las obligaciones, del Derecho de propiedad, del Derecho objetivo, de los preceptos y reglas de Derecho. El autor sigue utilizando la terminología usual, pero sólo para acomodarse a

(63) Cossio, ob. cit., págs. 327-28.

(64) Ob. cit., pág. 336 y sigs.

las exigencias del lenguaje, aun cuando lo correcto, dice, sería hablar sencillamente de una maquinaria, mecanismo o industria jurídica, o mejor social (65). «Si se quiere construir una máquina hay que comenzar por procurarse los conocimientos necesarios para ponerla en marcha y llevarlos a la práctica. Si se quiere, a esos procedimientos se les puede llamar *reglas* para la construcción de la máquina. Del mismo modo, el juez que quiera obrar en beneficio del bien común tendrá que aprender las *reglas* necesarias para ello, y especialmente las que hacen referencia a las leyes, la práctica jurídica, las relaciones y aspiraciones económicas y sociales, etc., y habrá de poner en práctica esos conocimientos. Aun cuando a éstos se los llame *reglas* es evidente que no tienen nada que ver con lo que la jurisprudencia llama *reglas de Derecho*» (66).

Las supuestas e inexistentes «normas» no pueden producir, según Lundstedt, ninguna «obligatoriedad», ningún «deber». El deber pierde todo sentido sin un «sentimiento del deber». La ciencia jurídica ha inventado la figura de un «deber objetivo». Pero esto es un contrasentido. «Que algo es objetivo significa precisamente que existe con independencia de nuestros sentimientos. Hablar de un deber objetivo es lo mismo que decir que lo subjetivo es objetivo, o sea que algo es la antítesis contraria de sí mismo. El *deber objetivo* no pasa de ser un absurdo juego de palabras, por el que no es posible dejarse engañar aunque se conformen con él las modestas aspiraciones de la jurisprudencia a la claridad conceptual» (67). Aquí cabría objetar a Lundstedt que su renuncia a la idea del deber jurídico puede ser una *petitio principii* basada en la idea de que no es posible construir el deber jurídico más que sobre la idea del deber moral, el cual sería necesariamente subjetivo, dos supuestos que precisamente habría que demostrar. Lundstedt sigue diciendo que el juicio sobre la existencia de un deber, lo mismo que cualquier otro juicio moral de valor, no puede apoyarse en argumentos lógicamente fundados, sino en sentimientos individuales; por eso es lo contrario de lo objetivo. El deber objetivo es, pues, una expresión contradictoria, como «océano sin agua», «agua seca», etc. El deber es el sentimiento de un deber ser que nos hace realizar u omitir ciertas acciones. Con este sentimiento se enlaza la representación de que la acción debida es objetivamente

(65) *Die Unwissenchaftlichkeit der Rechtswissenschaft*, Berlín, 1932, página 240 y sigs., 252 y sigs.

(66) Ob. cit., págs. 261-62. Cfr. también págs. 174 y sigs.

(67) Ob. cit., págs. 172-73.

justa y que por eso todo el mundo debe interpretar esa conducta como un deber. Pero esto es una cosa enteramente distinta de que cada cual tenga efectivamente ese sentimiento del deber (68).

La posición de Geiger respecto de este grupo se caracteriza, de un lado, por un mayor realismo; de otro por una mayor moderación y constructividad. La escuela de Upsala, a juicio de Geiger, está inspirada por un radicalismo desenfocado, que la conduce a un realismo más nominal que efectivo. Asombra a veces, dice, la falta de sentido y comprensión sociológica que denotan estos escritores cuando hacen la disección conceptual del objeto jurídico. Creyendo ser radicalmente realistas incurren en una mitosofía de signo contrario a la que combaten. Frente a esto Geiger cree ser más genuinamente realista, construyendo una sociología jurídica como única ciencia posible del Derecho. Entonces se hace posible revalorizar muchos conceptos tradicionales de la ciencia jurídica que la escuela de Upsala ha querido arrumbar como inútiles, aunque es preciso descubrir y poner de relieve el contenido de realidad que corresponde a tales conceptos, despojándolos de todo elemento mágico y metafísico (así, concretamente, los de norma y obligatoriedad).

Geiger parte del principio de que la sociedad se basa en una interrelación vital entre los hombres y que éstos dependen en su existencia tanto física como espiritualmente de la convivencia con los demás. El orden social es una coordinación de comportamientos: desde el momento que los hombres viven en comunidad cada cual quiere prever cómo se comportarán los demás en las situaciones típicas, frecuentemente reversibles. Todo orden social presupone una vida social, y ésta necesita del orden para subsistir. El orden social es, pues, un aspecto de la realidad del grupo y es dado con éste. Su manifestación externa es la regularidad del comportamiento no en sentido estadístico, sino en el de conformidad con la regla, pues no hay orden social, sino sólo legalidad natural, donde no se da la posibilidad de comportamiento contrario (como hecho sociológico y no con interpretación liberoarbitrista) (69).

La norma consiste para Geiger en que en determinada circunstancia se produce habitualmente un cierto comportamiento. Este comportamiento es obligatorio para determinada categoría de personas,

(68) Ob. cit., pág. 181.

(69) GEIGER: *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Copenhague, 1947, páginas 9 y sigs.

a veces en beneficio de otras. Por eso en la norma hay: a), la sustancia normativa (regularidad del comportamiento); b), el estigma normativo: la obligatoriedad; c), el destinatario; d), eventualmente, los beneficiarios de las normas (70). Existen, pues, *en realidad* las normas. La realidad de la norma es la probabilidad de su efecto, el cual es disyuntivo: o cumplir la sustancia de la norma o apartarse del cumplimiento normal, lo que implica una sanción. En cambio, la obligatoriedad de la norma no es disyuntiva, sino que su contenido es la disyunción, la alternativa misma (71). Existe, pues, también con plena realidad la obligatoriedad de las normas, pero Geiger insiste en la necesidad de considerar esta cuestión desde un punto de vista realista y de eliminar todo punto de vista de «deber ser». Geiger profesa un nihilismo teórico y positivo, que aniquila la moral de los valores, pero en cambio en su sistema se salva la obligatoriedad en sentido sociológico de la moral «tradicional» y de la moral «dogmática». Que una norma es obligatoria significa sencillamente la posibilidad de que se obrará de acuerdo con ella o de que se reaccionará socialmente contra un comportamiento contrario (72). Por eso toda norma es *más o menos obligatoria* y válida; hay una «cuota» de obligatoriedad y una cuota de inefectividad en las normas. La obligatoriedad es calculable; con un criterio realista, no hay nada absurdo en decir que la intensidad de la obligatoriedad de una norma es, por ejemplo, 0,8, lo cual quiere decir sencillamente que de cinco casos hay cuatro en

(70) Ob. cit., págs. 22 y sigs.

(71) «Die Wirkung der Norm ist disjunktiv bestimmt. Sie besteht *entweder* in Realisierung der Normkern *oder* in abweichenden Gebaren mit sozialer Reaktion als Folge. V[erbindlichkeit] dagegen, der Begriff der Verbindlichkeit, ist nicht disjunktiv sondern einheitlich bestimmt. V ist nämlich nicht *entweder* das eine oder das andere, sondern Inhalt der V ist das *Entweder-Oder*, d. h. *die Alternative selbst*, welcher AA[ressaten] gegenüber stehen»; ob. cit., pág. 34.

(72) «Dass eine Norm verbindlich ist, bedeutet: es besteht eine Wahrscheinlichkeit dafür, dass *entweder* ihr gemäss gehandelt wird oder eine Reaktion auf Zuwiderhandlung folgt. Der Motor, der diesen Mechanismus in Gang hält, ist die soziale Interdependenz. Die zwischen den Mitgliedern eines (Gruppens) bestehende soziale Interdependenz wirkt beim Einzelnen unmittelbar als vitaler Impuls seines Handelns; er verhält sich *entweder* unreflektiert in Übereinstimmung mit der Norm, deren Gebarensmodell ihm zweite Natur ist, oder er befolgt motivisch bewusst die Norm als eine Forderung des Gemeinwesens. Oder die Reaktion der Umgebung auf sein Ausbrechen erinnert ihm fühlbar daran dass er nicht allein auf der Welt ist, sondern seiner Willkür Schranken setzen muss, wenn er die Vorteile der Gemeinschaft geniessen will» (ob. cit., págs. 165-66).

los que se produce o la conducta normal o la contraria, con la correspondiente sanción, mientras que en el quinto caso se produce algo «desordenado», o sea al margen de la disyunción de la norma (73).

V

LA OBLIGATORIEDAD DEL DERECHO

El deber jurídico es la manifestación de un hecho más radical, que se expresaría diciendo que «el Derecho obliga». Ahora bien, ¿por qué, de qué manera y a qué obliga el Derecho? Es decir, ¿cuál es la razón, el fundamento de esta obligatoriedad y cómo tiene lugar? En el Derecho hay una dimensión social y una dimensión ética, y podría pensarse que su obligatoriedad participa de la que es propia en general de todas las normas sociales, y al mismo tiempo debe poseer aquel carácter abierto que es propio de la obligación moral, según la caracterización de Bergson: «La obligación es una necesidad que se discute y que, por consiguiente, va acompañada de inteligencia y libertad» (74).

a) LA TEORÍA DEL RECONOCIMIENTO.—En el Decreto de Graciano encontramos una frase célebre, en la que se afirma que las leyes instituidas con la promulgación se confirman cuando son recibidas en las costumbres. *Leges institui cum promulgantur; firmari cum moribus suscipiuntur*. Esto parece dar a entender que mientras no recibe esta aceptación la ley posee una validez meramente teórica, carece de verdadera fuerza vinculatoria, la cual comienza cuando su recepción por la sociedad le confiere verdadero valor de ley. Así, desde luego, lo entendió Suárez, el cual se preguntó si la aceptación del pueblo es necesaria para la obligatoriedad de la ley (75). Además de Graciano otros autores habían expresado una opinión semejante; así, Alfonso de Castro (más en apariencia que en el fondo), Covarrubias y Navarro. Sus argumentos, a través de la exposición de Suárez, pueden reducirse a esto: primero, el legislador civil tiene del pueblo su potestad, luego pudo dársela reservándose la aceptación; lo confirma el uso y el que ninguna mejor señal de la conveniencia de la

(73) Ob. cit., pág. 161.

(74) BERGSON: *Las dos fuentes de la moral y la religión*, ed. Buenos Aires, 1946, pág. 149.

(75) *De Legibus*, I, XI, 5; III, XIX, 3, 6, 9.

ley con el bien común que la aceptación popular; segundo, defecto de voluntad: se supone que el príncipe no quiere obligar mientras no aceptan todos o la mayoría, porque no quiere obligar si la ley no es conveniente al bien común, y esto se sabe por la aceptación; tercero, la costumbre puede abrogar la ley que ya obliga, luego mejor puede prevenir que no obligue.

Otros juristas, como Gregorio López, Molina, etc., defendieron la opinión contraria. Fúndase esta doctrina en que la ley suficientemente promulgada y propuesta por el que tiene autoridad obliga a su observancia, luego también a su aceptación; por tanto, ésta no puede ser condición necesaria de la obligación de la ley. Sólo el magistrado inferior puede tener limitada su facultad bajo tal condición, e incluso puede darse ello en algunas provincias gobernadas por reyes, como el caso del reino de Aragón, que requiere el consentimiento del pueblo. Pero no se trata en esos casos de la aceptación, que es subsiguiente a la institución y promulgación de la ley, ni de una aceptación de los súbditos en cuanto tales, sino de un consentimiento del reino, que concurre con el consentimiento del rey a hacer la ley y que ha de ser promulgada y luego aceptada, y entonces el supremo legislador no es sólo el rey, sino éste con su reino. Si no ha existido este pacto y el rey vive en régimen de monarquía perfecta, recibió del pueblo la potestad legislativa absolutamente y sin condición, y lo mismo debe decirse de la república suprema, en la que el Senado recibió la misma potestad. Por tanto, donde no hay un régimen democrático puro el príncipe (persona física o colectividad) tiene potestad plena de obligar a la ley y que se acepte, y en rigor tampoco esta aceptación es necesaria en la democracia pura, pues ya se acepta la ley al hacerla el pueblo, pero no hay un acto *a posteriori* de aceptación. Supuesta la potestad la voluntad tampoco falta, pues la demuestra la experiencia. No sería obligación la que estuviese sometida a esa condición, y la potestad la tiene el príncipe por razón del bien común.

En consecuencia, según Suárez, pecan los súbditos que no observan la ley desde el principio sólo porque no la quieren observar. Pero cabe que frente a la inobservancia el príncipe ceda, y entonces cesa la ley no porque no fué observada, sino porque fué tácitamente revocada.

Este principio tiene tres excepciones: Primera, la ley injusta. En realidad no se trata de una excepción, porque la ley injusta no es ley, sobre todo si lo es por materia inicua; pero tampoco si es in-

justa sólo por parte de los súbditos, porque éstos no están obligados a ley que les injuria. Segunda, si la ley, aunque no sea injusta, es dura y grave y como tal es juzgada, y entonces parece que no pecan los que la rechazaron, pues se presume que no es dada la ley con intención absoluta de obligar, sino de experimentar la reacción del pueblo, el cual puede rechazarla o estar a la expectativa de los demás. Pero hay que proceder aquí con prudencia, pues si la dureza de la ley es grande puede ser injusta, pero si es justa debe ser guardada aunque se pida al rey que la derogue. Tercera, si de hecho la mayor parte del pueblo no cumple la ley, aun cuando pecasen los primeros que dejaron de observarla y sus inmediatos seguidores, no pecan los demás; de suerte que incluso en el caso de que la ley no esté explícitamente revocada se puede lícitamente dejar de cumplirla, ya que entonces los pocos que quisieran seguirla no podrían hacerlo cómodamente y tendrían una causa justa de excusa, pues la observancia privada de tal ley ya no pertenecería al bien común. Sin embargo, también aquí se impone una gran prudencia, porque en ese caso los justos nunca cumplirían las leyes, ya que los hombres no son generalmente justos ni honrados y no las cumplen en su mayoría. Por consiguiente, se requiere no sólo que se haya producido una inobservancia general, sino que la observancia engendre perturbación en la república, con peligro de sedición o escándalo, lo que demostrará que la ley no es necesaria al bien común y el príncipe estará obligado en ese caso a derogarla, al menos para evitar males mayores.

La posición criticada por Suárez es la raíz de una doctrina que en la ciencia jurídica moderna ha surgido con el nombre de «teoría del reconocimiento», que en sustancia se reduce a afirmar que el Derecho es válido y obligatorio porque y en tanto que es aceptado o reconocido por la comunidad. En la ciencia del Derecho esta doctrina ha alcanzado una posición dominante; apenas hay autor que no se haya servido de ella con uno u otro motivo para los fines de su construcción jurídica. Ninguno puso en duda su valor jurídico, si bien en lugar de «reconocimiento» se ha hablado por algunos de «respeto», «aprobación», «supeditación» al orden jurídico, etc. A juicio de Kelsen esta teoría —cualquiera que sea el nombre a que recurra para expresar una misma idea— constituye dentro de la ciencia jurídica uno de los más graves errores metódicos de esta disciplina, no ciertamente escasa en ellos (76). La ocasión para aplicar esta teoría ha

(76) *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, pág. 351.

sido la construcción del deber jurídico, si bien en la doctrina no aparece ceñida a este concepto, sino que más bien se la relaciona con problemas más generales, como el de la fuerza obligatoria de la ley o el fundamento de la validez del Derecho; pero precisamente esa circunstancia ha contribuido a ensanchar el error metódico que implica, a la par que desde el punto de vista de una obligatoriedad ética del Derecho suscita las mismas dificultades que las antiguas teorías sobre la aceptación del pueblo para la obligación de la ley, a pesar de que la ciencia jurídica moderna no plantee el problema en absoluto desde este punto de vista, y en cierto modo constituye una expresión más depurada de aquellas versiones más toscas de la misma idea.

El máximo representante de la teoría del reconocimiento es Bierling (77). A juicio de este autor, fórmulas como «El Derecho es voluntad del Estado», o es «voluntad divina», o «voluntad popular», etcétera, no contestan de modo suficiente la cuestión acerca del fundamento de la fuerza obligatoria de la ley. Tampoco el concepto de poder es suficiente para explicar el hecho del sentimiento del Derecho y del deber. Para llegar a esta explicación tiene que añadirse el «reconocimiento» del Derecho objetivo. Este acto tiene una vertiente intelectual y significa bajo ese aspecto un acto intelectual por el que se «aprueba» el juicio emanado de otro; pero tiene también una vertiente voluntarista que le constituye en un acto de voluntad; entonces la voluntad acepta el contenido del mandato que se le dirige, lo hace suyo y sólo entonces y por eso hay una subordinación válida de la voluntad al imperativo jurídico. En el Derecho no es menester, sin embargo, un reconocimiento de todas y cada una de sus normas; basta con reconocer la norma general de que las leyes del Estado deben vincular al individuo. Una vez reconocido el principio de que los preceptos de ciertas personas en el Estado deben vincular a los ciudadanos, quedan reconocidas *ipso facto* todas las leyes subsiguientes. Por lo mismo todo aquel que hace valer en su favor como Derecho uno de estos preceptos, tiene que reconocer el fundamento que daría al precepto su fuerza obligatoria.

Pero de este modo, si la doctrina de Bierling podría escapar a objeciones como las que Suárez dirigía a los que hacen depender la obligación de la ley de la aceptación popular, es sólo a cambio de entrar abiertamente en el camino de las ficciones. Tal es una de las

(77) En sus conocidas obras: *Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe*, 1877, tomo I, *Juristische Prinzipienlehre*, 1894.

objeciones que Kelsen dirige a la doctrina. Un reconocimiento general de las normas no es materialmente un reconocimiento de las mismas, sino un acto puramente formal de delegación que no cumple su función propia, que era la de construir el fundamento de la obligatoriedad del Derecho al modo autónomo de la moralidad kantiana. Por otra parte, una construcción semejante se opone al carácter específico del Derecho, que se basa en la idea de heteronomía, asignándole un fundamento «contractualista».

Bierling se hace cargo de estas dos objeciones (ficcionalismo y contractualismo) y las rechaza, alegando que la teoría del reconocimiento tiene como finalidad exclusiva contestar a la pregunta: ¿qué significa validez jurídica? Por eso el reconocimiento no constituye un acto de voluntad ni de algo que realmente se asemeje al contrato, el cual es un acuerdo momentáneo y constituye un conjunto de acciones de varias personas, cuya finalidad común es fundar, modificar o suprimir una relación jurídica entre las partes, mientras que el reconocimiento es un comportamiento permanente frente a normas o relaciones afirmadas como válidas, comportamiento que se expresa en determinadas acciones, pero ni se disuelve en éstas ni necesita de ellas. El reconocimiento no es un acto ni un conjunto de «actos de reconocimiento».

Existe una distinción entre reconocimiento directo e indirecto, y también es distinto el reconocimiento según el grado de las normas a que se dirige. Para las normas de grado superior exclusivamente se requiere un reconocimiento directo, el indirecto es suficiente para las demás. Y como el reconocimiento implica conocimiento del deber de observar las leyes (que está directamente contenido en el reconocimiento de las normas constitucionales decisivas para la legislación), se sigue un cierto deber de procurarse, con arreglo a las circunstancias, el necesario conocimiento de las leyes; pero para el reconocimiento de las normas constitucionales, e indirectamente para la validez de las leyes fundadas en aquéllas, basta el conocimiento del principio general de Derecho de que las leyes dictadas de acuerdo con la Constitución son obligatorias para todos los ciudadanos.

El negador del Derecho niega una norma «reconocida», pues por lo menos no la negará en las ventajas o derechos que le atribuya; de suerte que niega su validez para los demás, pero la admite en cuanto le favorece. Si a pesar de todo se da el caso de un negador total del Derecho, éste ya no constituye un «miembro jurídico» (*Rechtsgenosse*), sino un mero «sujeto de Derecho», responsable como

tal desde el punto de vista del Derecho reconocido por los otros (los verdaderos miembros de la comunidad). Efectivamente, el reconocimiento no puede emanar de todos los sujetos de Derecho, porque a unos les falta capacidad y a otros voluntad. Pero el orden jurídico existe como realmente válido en el reconocimiento de los miembros; a los demás sujetos de Derecho es meramente *aplicado*. Sólo esta última condición, dice Bierling, parece interesar a Kelsen; pero es mucho más noble la condición de miembro, y aun cuando éste no necesite pensar reflexivamente sobre la fuerza obligatoria de los preceptos jurídicos es cabalmente porque y en tanto que los reconoce mediante su cumplimiento normal y voluntario (78).

Es evidente que el reconocimiento alude, quiérase o no, a la dimensión moral del problema de la obligatoriedad jurídica; es más, constituye un trasplante al orden jurídico de lo que se estima esencial en el orden moral: que la norma debe ser primero conocida y luego aceptada, reconocida por el sujeto para que pueda reputarse obligatoria. La teoría autonomista da por supuesto en el orden moral que la normatividad emana del reconocimiento, pero no es tanto que exista una norma que es aceptada o rechazada, sino que hay un acto de reconocimiento de valores, y en ese acto se crea y constituye la norma moral. En cambio, en el Derecho la norma está presente, está dada al reconocimiento, exigiéndolo, y por eso la teoría del reconocimiento culmina en una banalidad: que un Derecho que no es cumplido deja de ser Derecho cumplido; que un Derecho se crea por actos que implican una presunción de reconocimiento, etc. (pues, por ejemplo, los legisladores son los representantes de la «voluntad» popular). Pero el problema fundamental queda en pie: el Derecho que no es reconocido, ¿sigue, no obstante, valiendo como Derecho, subsiste

(78) «Hineingeboren in den Staat und seine Rechtsordnung werden wir doch nur insofern, als wir darin vom Moment unserer Geburt ab als Rechtssubjekte behandelt werden. Zu wirklich wertvollen Gliedern der Staatsgemeinschaft dagegen und zu lebendigen Mitträgern der Rechtsordnung werden wir doch erst allmählich durch eine entsprechende geistige Entwicklung. Nur kann man immerhin sagen, dass wir auch in diese Entwicklung, in den ersten Besitz geistiger Anschauungen und so auch in die Anfänge der Rechtsanerkennung gewissermassen hineingewachsen, ohne es recht zu merken. Ausser einer angemessenen elterlichen Erziehung sorgt hierfür vor allem die Schule; bietet doch schon das vierte Gebot, zumal nach dem Vorgange Luthers, ausreichende Gelegenheit, auf die Pflicht zur Gehorsam gegen die Obrigkeit energisch hinzuweisen. Und eben darum ist es verkehrt, beiden Laien regelmässig einen vollständigen Mangel an solchen Pflichtbewusstsein vorauszusetzen» (BIERLING: *Juristischen Prinzipienlehre*, V Bd., 1917, pág. 205).

su obligatoriedad? Suárez, desde el plano moral, contesta afirmativamente, como contesta afirmativamente Kelsen desde el punto de vista lógicoconceptual de la ciencia jurídica moderna. Y en efecto, el sentido normativo del Derecho exige superordinación al hecho, precisamente porque existe como tal Derecho, como complejo normativo, previamente al hecho de su conocimiento o reconocimiento, que necesariamente adviene *a posteriori*. Pero ¿hasta qué punto tiene esa existencia independiente? ¿Hasta qué punto puede hablarse de una «fuerza normativa de lo fáctico»? Parece que en principio nada se opone a salvar la antinomia de reconocimiento y normatividad, diciendo que no es que el Derecho tenga que ser convalidado por el reconocimiento de sus normas, o sea que es válido en tanto que es reconocido, sino al revés, que sólo nace como Derecho lo que previamente ha sido reconocido debiendo ser tal, lo que se traduciría (como, por ejemplo, quería Joaquín Costa) no tanto en la exigencia de que el pueblo conozca las leyes, sino al contrario, que sólo fuesen leyes lo que el pueblo había previamente admitido en sus costumbres.

Pero la cuestión es que si el Derecho es considerado como nosotros lo consideramos, como una forma de la vida social, tiene ya *ab initio* una dimensión de efectividad que parece dar por resuelto el problema de su reconocimiento, pues el Derecho nacería como *ya reconocido*. Pero tampoco es este el caso, porque el Derecho puede nacer de forma distinta, y una de ellas, sociológicamente muy importante, es la legislación. Ahora bien, ¿qué es lo que nace en forma legislada, a diferencia de lo que nace en forma consuetudinaria o por la vía de decisiones judiciales? Lo que nace en esa forma es una «proposición normativa». En la ley esa proposición normativa está formulada autoritariamente por el legislador, al paso que en el Derecho consuetudinario ha sido *inferida* por la ciencia jurídica, o si se trata de darle vigencia jurídica inmediata, por una sentencia judicial. La proposición normativa no es el Derecho, sino su «apariencia», en el sentido de que en ella aparece, se presenta el Derecho. Con la proposición normativa sabemos lo que es «de Derecho» (*quid juris*), pero el Derecho no consiste en ser proposición normativa. La proposición normativa es unas veces la representación de una realidad social efectiva, y un juez declara por ella que lo que efectivamente se hace es lo que debe seguir haciéndose; otras veces la proposición normativa es por de pronto una «anticipación» de la realidad social, la cual termina transcurriendo de acuerdo con la exigencia contenida en aquélla, y sobre esa base también un juez declara que debe se-

guir procediéndose como se hace de hecho, porque así lo exige la proposición formulada por el legislador. La proposición normativa dice, pues, lo que es de Derecho, o sea cómo debe procederse *pro futuro*, porque representa y juzga anticipada o retrospectivamente el hacer efectivo. Pero la realidad del Derecho es la del hacer efectivo, tanto si éste es el único que puede representar la proposición normativa (en el caso del Derecho consuetudinario) como si es un hacer exigido, obligatorio por respecto a una proposición normativa formulada autoritariamente, pero que por lo mismo puede desviarse de la exigencia. Pues, en efecto, no todo lo que se hace por el hombre es *lícito*, pero *jurídico* y *lícito* no son términos coincidentes más que si usamos lo jurídico en sentido deontológico para expresar lo justo y recto; pero si además admitimos un sentido formal de lo jurídico que integre también lo antijurídico —como lo moral integra también lo inmoral, lo artístico lo feo y lo político lo antipolítico— se verá que un hacer contrario a la exigencia de una proposición normativa legislada puede ser jurídico en cuanto es antijurídico y que un desuso o una costumbre contraria al Derecho escrito, etc., no por antijurídicas dejan de constituir ontológicamente un Derecho con el mismo sentido que el conforme con las exigencias de la legislación.

Así se aclaran los términos del problema. El «reconocimiento» se refiere no al Derecho como tal, no a la norma, que es una estructura de la vida social, sino a la «proposición normativa», y no tampoco a la proposición normativa en general, que tiene una dimensión lógico-conceptual y es objeto de la teoría de la ciencia jurídica, sino a una especial casta de ellas: a las proposiciones normativas formuladas autoritariamente por el legislador, o sea a las que revisten forma de ley, y por analogía, también a las formuladas por otra autoridad, incluso la judicial en sus sentencias. Ciertamente, la mayor parte del Derecho se formula en proposiciones legisladas. Pero se trata de problemas distintos. El Derecho no tiene que ser reconocido, porque se trata de una forma de vida social. En cuanto es tiene normatividad y existe como válido, y esta validez es ciertamente independiente de la aceptación que *in concreto* puedan prestarle los individuos. Pero si de hecho los individuos no la aceptan e instauran, aun en contra de la exigencia legal y sin atenerse a los requisitos preestablecidos para el cambio, una nueva forma de vida social, ésta será Derecho por ser forma de vida social. Ahora bien, ¿hasta qué punto el súbdito debe *obedecer* a la *autoridad* que ha expresado su *voluntad* por medio de las *proposiciones normativas* de una *ley*? Esta cuestión afec-

ta tanto al individuo particular como al juez, en cuanto uno y otro se hallan ligados por el Derecho; pero el problema *personal* comienza para el juez en el momento en que tiene que declarar que un Derecho nuevo se impone, aun contra lo legislado, como forma del vivir social.

b) LA OBLIGATORIEDAD EN CONCIENCIA DE LAS LEYES.—Esto hace que la obligatoriedad jurídica se haya planteado generalmente como el problema de la obligatoriedad de la ley. La doctrina clásica considera la obligación como un *efecto* de la ley y aun como condición de su *eficacia*, entendiéndose por ley eficaz aquella que por su observancia logra el fin querido por el legislador.

Así, para Suárez la obligación constituye la principal eficacia de la ley, el efecto intrínseco de la misma, efecto adecuado, podría decirse, aunque no único, porque tiene otros, pero todos los obra por medio de la obligación (79). Ninguna ley propiamente dicha existe que no imponga obligación, o sea cierta necesidad de obrar o de no obrar. Suárez rechaza la objeción fundada en la presunta existencia de leyes permisivas, pues si éstas son auténticas leyes forzosamente tienen mezclados más o menos ocultos ciertos preceptos sin los cuales no podría entenderse la permisión como especialmente decretada por la ley. Igualmente rechaza la objeción que se basa en la existencia de leyes puramente penales —que obligarían sólo *ad poenam*—, precisamente porque a la pena nadie es obligado con obligación propia. Para Suárez existe esta obligación *ad poenam* como obligación auténtica, y además existe la obligación del juez de castigar el delito según la medida prescrita por la ley. Por último se rechaza la objeción fundada en la existencia de los privilegios, que se suponen renunciables. Ahora bien, los privilegios renunciables no son ley para el privilegiado, pero obligan a los demás a respetarlos, y los que se conceden en atención a un bien común no son renunciables y constituyen ley a todos los efectos.

La obligación de la ley civil, explica Suárez, es de conciencia. El legislador civil, en efecto, dicta leyes como ministro de Dios, por la potestad recibida de El; por eso tiene poder de obligar en conciencia a obedecer. El Derecho divino y el Derecho natural imponen la observancia de las leyes justas dadas por los príncipes, y el que no las observa peca contra la ley divina. Pero Suárez sostiene que de ahí no se sigue que la desobediencia a las leyes implique sólo una culpa

(79) *De legibus*, l. I, XIV.

contra la ley natural, pues la ley humana es causa próxima y segunda que se apoya en la ley eterna como causa primera, y como el efecto que procede próximamente de causa segunda se atribuye directa y propiamente a ésta y no a la primera, resulta que la obligación, incluso la de conciencia, procede directamente de la ley humana. Un gobierno sin potestad de obligar sería ineficaz y despreciado. Una coacción sin poder de obligar en conciencia sería o moralmente imposible, porque la coacción justa supone culpa, o radicalmente insuficiente para atender todas las exigencias del bien común (80).

Suárez rechaza la opinión de Gerson, Almaino y otros, para los que la ley humana no puede añadir obligación que no sea la de la ley natural, considerando que esta doctrina, aunque se basa en una opinión piadosa, resulta en cierto modo escandalosa y contraria a las buenas costumbres (81). Ciertamente, esta era la opinión corriente entre los teólogos, y Soto, por ejemplo, también consideraba que las leyes humanas obligan en conciencia no sólo por su unión con otras leyes divinas o naturales, sino por su condición intrínseca de leyes justas, emanadas de una autoridad legítima, por lo que aunque no sea herejía manifiesta negar esta potestad a las leyes civiles será al menos temerario y contra el sentir de los teólogos de más renombre (82). Aquí habría que recordar la distinción tomista en cuanto a la derivación de la ley civil de la ley natural, según sea por conclusión de los principios o *per modum determinationis*, pues si es verdad que algunas leyes civiles derivan del primer modo y son simplemente declarativas de la obligación de Derecho natural, otras derivan de éste del segundo modo, y son las propiamente humanas, que añaden algo nuevo y obligan inmediatamente en virtud de la potestad legislativa humana, que puede añadir aquella obligación en conciencia sobre la obligación de la ley natural o divina. En consecuencia, toda ley civil implica obligación de conciencia, puesto que ha de obligar absolutamente al acto o al menos bajo alguna pena, en cuyo caso obliga a sufrirla. En efecto, si el que quebrantó la ley no estuviese obligado en conciencia a sufrir la pena, el superior no tendría derecho a castigarlo o podría darse guerra justa entre ambas partes.

También en la doctrina moderna teológicomoral se admite como indiscutible este punto de vista. «Prima et communis legis efficientia

(80) *De legibus*, l. III, XXI, XXII.

(81) *De legibus*, l. III, XXI, 7.

(82) D. DE SOTO: *De Justitia et Jure*, l. I, q. 6, art. 4.

est ut obligationem gignat: obligationem exsequendi legem; in qua obligatione hae duae aliae virtualiter continentur: obligatio non ponendi sine proportionata causa, proxima obligationi legis impedita, et obligatio adhibendi media ordinaria observandae legis proxime necessaria, ac proin eam cognoscendi... Etenim sine istis corollariis praeceptum non foret efficax» (83). Pero el *modo* de esta obligación depende del legislador.

Ahora bien, el problema así planteado es íntegra y exclusivamente un problema moral. Se trata de hasta qué punto la conciencia humana debe sentirse vinculada por el precepto emanado del legislador. Por eso el problema de la obligatoriedad de la ley es estudiado como problema de su obligatoriedad «en conciencia». Aquí no se trata de un punto de vista que pueda considerarse condicionado por una determinada situación del pensamiento jurídico, por una deficiente delimitación del Derecho y la moral, etc. El problema es exactamente el mismo para Santo Tomás, para Suárez o para un teólogo-moralista de nuestros días. La ley aparece como un complejo de proposiciones normativas formuladas autoritariamente por un legislador que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad y de cada uno de sus miembros, y que, por tanto, quiere que éstos cumplan lo que esa autoridad estima justo y necesario al bien común y quiere que lo acepten en conciencia, porque si es justo lo mandado es justo que en conciencia se obedezca y comete pecado quien no lo acepta, y esto es así, pues el hombre tiene el deber de ser justo y de obedecer a la autoridad legítima y sus preceptos. «No cuadran a nuestros legisladores las sospechas que algunos moralistas hacen recaer sobre los legisladores modernos. Los nuestros estarían quizá más o menos inficionados del virus liberal, pero no eran ateos ni incrédulos, no separaban la moral del Derecho... No hay tampoco fundamento bastante para creer que no aspiraban seria y sinceramente al bien común ni intentaban conseguirlo por los medios más eficaces y seguros, entre los cuales es el primero la obligatoriedad en conciencia, ni que, por consiguiente, prescindieran de ella o que la excluyeran positivamente, de lo cual estaban mucho más lejos» (84). Este planteamiento pone bien de relieve que la cuestión de la obligatoriedad en concien-

(83) VERMEERSCH-CREUSEN: *Epitomae juris canonici*, ed. 6.^a, t. I, Parisiis-Bruxellis, 1937, pág. 95.

(84) Lorenzo R. SOTILLO: «La obligatoriedad en conciencia de las leyes civiles», en la *Revista Española de Derecho Canónico*, 1947, III, pág. 778.

cia de las leyes es de índole rigurosamente moral, o más exactamente, teológicomoral. Pero no es el problema de la ciencia jurídica.

Entiéndase bien que con esto no se emite ningún juicio negativo sobre el valor de esa posición. Sólo digo que como problema científico no es el problema propio de la ciencia del Derecho, sino de otra ciencia que *in suo ordine* es tan legítima como ésta, y que en la jerarquía de los saberes de salvación ocupa incluso un puesto más elevado: la teología moral. Por eso tampoco puede establecerse un radical separatismo entre ambas disciplinas. La teología moral no se encuentra respecto de la ciencia jurídica en la misma posición de extrañeza y distancia que, por ejemplo, la astronomía. Pues una y otra trabajan sobre un mismo objeto material, o mejor, tienen un plano común de parcial coincidencia en cuanto las dos coinciden sobre un mismo ente u objeto material, que enfocan a una luz diferente. Ese ente, ese objeto material es la «norma jurídica», que a la teología interesa en cuanto proposición normativa formulada autoritariamente, con pretensión de ser obedecida, centrándose el interés en esta obligación de obedecer, mientras que a la filosofía y la ciencia del Derecho interesa principalmente la ontología de lo normativo como realidad social, previamente a su formulación autoritaria e independientemente de esta circunstancia, y la entidad de la «proposición normativa», autoritaria o no, al paso que la dogmática jurídica se ocupa del *contenido* concreto expresado en las proposiciones normativas, autoritarias o no, en cuanto expresan una obligatoriedad específica. Pero no sólo no existe una total desconexión entre ciencia jurídica y teología moral, sino que hay un recíproco interés y una mutua vinculación. Pues la ciencia jurídica ofrece materia para que la teología moral trabaje desde su específico punto de vista. En efecto, la teología moral tendrá que recibir su objeto, la «ley», de la ciencia del Derecho. Es posible que aquella niegue el carácter de «verdadera ley» a lo que la jurisprudencia le brinda como tal; pero jamás ocurrirá a la inversa: que lo que no es ley para la jurisprudencia pueda serlo para la teología moral. Esta, pues, realizará una labor «selectiva», pero no auténticamente original, en relación con su objeto material.

Pero también a la inversa, el trabajo de la teología moral interesa a la ciencia del Derecho. Pues por lo menos en él se da expresión a una concepción sobre el valor del Derecho, lo cual puede ser todo menos indiferente, porque el Derecho tiene una finalidad práctica y la ciencia jurídica no puede desprenderse tampoco de esa dimen-

sión práctica, que a su vez es creadora, de contribuir a que la justicia impere en las relaciones entre los hombres.

Hechas estas salvedades queda en claro que el problema de la obligatoriedad en conciencia de las leyes es un problema no científico-jurídico, sino teológicomoral, y, por consecuencia, que hay un problema en torno a una posible obligatoriedad jurídica que no coincide con la cuestión de la obligatoriedad en conciencia de las leyes. En rigor cabría distinguir los siguientes aspectos:

1) El hombre que vive en una comunidad política, ¿está subordinado a la autoridad legítimamente establecida, y, por consiguiente, obligado a la observancia de los preceptos emanados de ésta, singularmente de las leyes?

2) El fundamento de esta obligatoriedad, ¿radica exclusivamente en una instancia superior a la ley —la voluntad divina, el Derecho natural, etc.— o pertenece por esencia a la propia ley?

3) La obligatoriedad de la ley, ¿versa directamente sobre el contenido de la misma o se refiere a la aceptación de la penalidad que lleva incluida?

4) ¿En qué sentido se puede distinguir una obligatoriedad jurídica de la obligatoriedad moral o en conciencia?

5) El deber jurídico, ¿es un deber moral referido al Derecho o representa una figura distinta y propia y en qué sentido?

De estas preguntas sólo las dos últimas son de interés directo para el *científico* del Derecho, al paso que las tres primeras plantean la cuestión teológicomoral. Ahora bien, al *filósofo* del Derecho y del Estado las cinco cuestiones interesan por igual.

1) El hombre forma parte de la comunidad política por una exigencia radicada en su propia naturaleza. Y la comunidad no puede existir ni subsistir sin una autoridad que la rija y establezca aquellos preceptos que son necesarios para el bien de la misma. Este hecho, la pertenencia de la comunidad a la existencia humana como un elemento ontológico de la misma, es el fundamento del Derecho como realidad enraizada en la vida social. El Derecho es forma de la vida social no por un azar o por un acto caprichoso de los hombres que lo aceptan, sino por una necesidad ineludible de la existencia. La vida social puede adoptar como suyas unas u otras normas, pero necesariamente ha de adoptar algunas, las cuales, supuesto que traducen un ideal de justicia y en cuanto han sido establecidas por quien legítimamente puede hacerlo, obligan a su cumplimiento, pues de otro modo se iría contra los fundamentos de la vida social. Decir que el

Derecho no es obligatorio, que no existe lo que llama Del Vecchio un deber general de obediencia al Derecho, equivale a destruirlo y negar su necesidad para existencia. Pues como decían los escolásticos, su dignidad consiste en poder establecer por él mismo materia justa y no limitarse a sancionar con penas la transgresión de otras reglas de conducta (cosa, por otra parte, que el Derecho no hace, pues no sanciona todo lo que es inmoral ni todo lo indecoroso, ni impone todo lo que es bueno, etc.) (85).

Según la doctrina tomista, el hombre no pertenece enteramente a la comunidad; su existencia entera no pertenece a la comunidad. Pero tiene que adoptar una posición *entera* ante ella. Esto quiere decir que si la comunidad capta al hombre en un ámbito más o menos extenso de su vida social, también en el plano de la vida personal tiene que adoptar un determinado comportamiento como base de su obrar social, el cual, recordémoslo, es también un obrar libre. En el plano de la vida personal se afincan las virtudes de la obediencia, el respeto y la lealtad hacia la autoridad y las instituciones; en ese plano se afincan también todas aquellas categorías morales por las que el hombre vive honestamente, da a cada cual lo suyo y no hace daño a nadie, y como efecto y condición de este comportamiento cumple y acata la ley. En una concepción cristiana la autoridad se considera como trasunto temporal de la autoridad divina, se reconoce que todo poder viene de Dios, y, por tanto, a condición de que lo que la autoridad establezca sea honesto y justo, se considera que hay un deber no ya sólo jurídico, sino moral, sancionado por la religión, de obedecer a la ley.

2) La obligatoriedad pertenece a la ley misma. Podría pensarse que la moral, por ejemplo, confería al Derecho una obligatoriedad de la que por sí mismo carecía. A poco que se piense se comprenderá que esto es un contrasentido. Si los preceptos del Derecho no son intrínsecamente obligatorios, ¿por qué ha de hacerlos obligatorios un precepto de la moral? Pues la moral no puede ordenar nada que intrínsecamente no sea obligatorio; por consiguiente, si convalida el precepto del Derecho ha de ser porque presupone que ya obliga en cuanto precepto jurídico, pues al precepto que no obliga (por ejemplo, por su notoria injusticia, por no emanar de autoridad legítima, etc.) no puede la moral conferirle la obligatoriedad propia de ella.

Pero la cuestión es si la obligatoriedad en conciencia pertenece

(85) LEGAZ: *Introducción a la ciencia del Derecho*, pág. 201.

por esencia al propio Derecho, o mejor a la ley, o si lo propio de ésta es una obligatoriedad *meramente jurídica* (como dice algún teólogo), ratificada por la moral en una obligatoriedad de conciencia. La obligatoriedad en conciencia supondría, ante todo, poder en el legislador para imponer ese gravamen. ¿Existe este poder? Lo más exacto me parece decir, por referencia a la autoridad temporal y dejando a un lado la autoridad espiritual, que la existencia de preceptos es la ocasión de que surja en los súbditos el deber de conciencia de obedecerlos. La autoridad temporal no opera sobre las conciencias, no puede imponer que se ame o se odie, que se crea esto o lo otro, que se tenga una voluntad buena, etc.; sólo puede imponer la práctica o abstención de los *actos sociales* correspondientes a esas disposiciones internas, y puede también imponer, en el sentido de *fomentar*, el amor a la ley, al orden, a la verdad, a la patria, etc., por medio de técnicas que tienden a procurar de modo general la disposición correspondiente en los individuos a la práctica de los respectivos actos sociales.

No se entienda esto al modo de una falsa separación del foro interno, propio de la moral, del foro externo, característico del Derecho. No hay tal separación entre la moral y el Derecho. Pero la obligatoriedad en conciencia de la ley le adviene a ésta *desde* la moral. Sin duda tal obligatoriedad es acaso la condición más perfecta de la eficacia de la ley, y si la autoridad quiere el imperio de la ley debe querer también los medios más adecuados para su cumplimiento y para el logro de su finalidad. Pero el querer significa aquí *deseo*, y es menester que ese deseo haya sido manifestado y una vez manifestado habrá que averiguar si es un deseo válido u objetivamente fundado. Ahora bien, de hecho ese deseo no se manifiesta siempre, y a lo sumo hay que presumirlo. Pero en cualquier caso no es un deseo vinculante, porque excede a la propia potestad de la autoridad legisladora, la cual, como antes indiqué, se ciñe al plano de los actos sociales. Sería posible que la moral obligue al hombre a que manifestado ese deseo lo acate. Pero tal obligación sería, de un lado, superflua, y de otro insuficiente. Superflua porque es suficiente con que se considere obligatoria en conciencia la ley, sin referirla al deseo de un legislador; insuficiente porque quedarían al margen de dicha obligatoriedad todas las leyes —la inmensa mayoría de ellas— que no fuesen expresión de tal deseo.

Por tanto, lo que pertenece por esencia a la ley como precepto de

la autoridad no es directamente su obligatoriedad en conciencia, sino el ser *ocasión* de una obligatoriedad en conciencia, supuesto que aquella ley sea justa y conveniente al bien común. Un mandato que no reúna estos requisitos no puede ser nunca la ocasión de una obligatoriedad en conciencia. En este sentido podría decirse que la obligatoriedad de la ley proviene de su conformidad con el Derecho natural e incluso que corresponde por entero a éste. No sería la «ley civil» la que sería obligatoria, sino el Derecho natural ínsito en ella. Si con esta teoría se entiende hacer superflua la obligatoriedad de las leyes humanas no se expresa la verdad. Las leyes han de conformarse con el Derecho natural, pero el Derecho natural requiere que haya leyes humanas, las cuales le son tan necesarias como a éstas les es precisa su adecuación a los dictados y exigencias de aquél. Y esas leyes tienen una obligatoriedad propia y son además la ocasión de que surja una obligación de conciencia, ocasión no contingente, sino necesaria, por cuanto hacen suya, concretándola, la exigencia abstracta del Derecho natural visto como expresión de la voluntad de Dios. De ese modo pertenece a la esencia y deontología de la ley el poseer una posibilidad de ser obligatorias en conciencia. La ley que no tiene esta posibilidad —la cual puede no actualizarse, por ejemplo, por la «parvedad» de la materia— no reúne los requisitos que «en conciencia» deben ser exigidos a una «verdadera ley».

3) Cabe preguntarse si la obligatoriedad de la ley versa directamente sobre su contenido como regla de conducta o sobre la penalidad que impone, supuesto su incumplimiento. Los teólogos admiten que el legislador puede establecer distintos tipos de leyes en cuanto al modo de su obligatoriedad; puede establecer una ley puramente *moral*, en el sentido de que carece de penalidad y, no obstante, la quiere obligatoria, o en el caso más frecuente, una ley penal, que contiene el precepto obligatorio y la sanción de una pena. Muchos admiten también la existencia de leyes *puramente penales*, o sea aquellas en las que la obligatoriedad se refiere únicamente a la aceptación de la pena, pero no a la condición de la aplicación de ésta. Admitida esta categoría de leyes habrá también un gran número —quizá el mayor número— de leyes *mixtas*, que serían aquellas que revisten la doble obligatoriedad del precepto y de la pena. Vermeersch las distingue así: «*Leges mere morales, quarum transgressio culpam theologiam inducit sed in foro externo non punitur; mere poenales, quae per se obligant tantum ad poenam vel ultro exsequendam vel saltem*

subeundam; *mixtae*, quae utraque peccati et poenae temporalis sanctione muniuntur» (86).

La teoría de las leyes puramente penales (*leges mere poenales*) implica de hecho una fuerte restricción a la teoría general de la obligatoriedad en conciencia de las leyes, al propio tiempo que puede significar una anticipación o una concesión a las concepciones modernas sobre el deber jurídico en cuanto distinto del deber moral. Por eso es un punto que en la teología moral ha sido muy discutido y que en la misma filosofía del Derecho ha sido acogido con ciertas cautelas y reservas, como doctrina peligrosa que abre una brecha en el principio de la obligatoriedad del Derecho (87).

Dentro de un plano de prudencia, la doctrina de Suárez dió cabida a la noción de leyes puramente penales. Admitía en primer lugar Suárez que hay leyes penales que obligan simultáneamente a culpa y a pena, pues la ley penal significa por de pronto ley que impone una pena para un acto. No excede de la potestad humana mandar alguna cosa obligando a la vez en conciencia e imponiendo pena, puesto que ello puede ser conveniente políticamente y no encierra injusticia alguna. Por otra parte, si cualquier precepto obliga en conciencia, aun cuando no se señale pena, es claro que la adición de ésta no puede debilitar esta fuerza de la ley, pues los legisladores no añaden la amenaza de la pena para destruir su propio precepto, sino al contrario, para defender y aumentar la obligación, al menos extensivamente. Sin embargo, puede haber leyes obligantes bajo amenaza de pena que no obliguen en conciencia al acto por cuya transgresión obligan a la pena. Bajo este aspecto las leyes humanas podrían dividirse en morales, meramente penales y mixtas. Es evidente que el príncipe lo mismo que puede obligar en conciencia al precepto puede limitar su voluntad a imponer la obligación de la pena, lo cual tampoco es injusto y puede resultar políticamente útil (88).

La existencia de leyes puramente penales depende, por tanto, de la intención del legislador, el cual es libre para mandar e imponer dos preceptos o solamente uno hipotético. La cuestión es cómo se conocerá y por dónde constará que la intención fué imponer sólo el precepto hipotético. Hay, dice Suárez, una regla general negativa: siempre que con las palabras de la ley penal no se declare suficientemen-

(86) *Epit. juris canonici*, pág. 96; cfr. *Theologiae Moralis Principia-Responsa-Consilia*, t. I, «Theol. fundamentalis», ed. 1926, núm. 176, págs. 158-59.

(87) Así, por ejemplo, por RENARD: *La théorie des leges mere poenales*, 1929.

(88) *De legibus*, l. V, III y sigs.

te un precepto propio que obligue al acto o a la comisión de él ha de presumirse que la ley es *mere poenalis*. Pero esta regla necesita cierta limitación. Pues si la pena de la ley supone intrínsecamente culpa la ley no ha de estimarse puramente penal, aunque se dé bajo aquella forma, porque la condición de la pena declara suficientemente la mente del legislador, como cuando se impone la excomunión bajo la forma «quien dijere esto sea excomulgado», lo que deja presumir que es culposo decir aquello. Por tanto, si las palabras no se estiman criterio suficiente o claro debe mirarse a la gravedad de la materia, y si ésta fuese moral, o sea pertinente de modo directo a las buenas costumbres de la república o para impedir vicios, y se juzga necesaria para aquellos fines, para la paz de ella o para evitarle grave perjuicio, parece claro que la ley se ha dado con la intención de que obligue en conciencia, aunque el modo de mandar no sea tan expreso y formal y la pena no demasiado grave. Si, por el contrario, nada de esto ocurre; si la materia es «política» o no de gran importancia y necesidad para las buenas costumbres y la forma de mandar es sólo condicionada y la pena no excesivamente grave, hay suficiente señal de que el precepto no obliga en conciencia. Sin embargo, aun en este caso habría obligación del juez de juzgar con arreglo a la ley y de castigar imponiendo la pena prevista, pues por la naturaleza de la cosa al juez se dirigen las palabras de la ley penal (89).

En la moderna teología moral Vermeersch ocupa una posición especialmente favorable a la ley puramente penal (90). Vamos a exponer sucintamente su doctrina. Por de pronto considera que la ley humana constituye causa directa de la obligación (91), y niega, en cambio, que la misma constituya una mera *condición* de la obliga-

(89) *De legibus*, l. V, IV, 7, 8, 9, 10.

(90) Vid. sobre el problema el interesante artículo de A. MOSTAZA (*Boletín de la Universidad de Santiago de Compostela*, 1950): «La ley puramente penal en Suárez y en los principales merepenalistas», en el que se hace un estudio histórico del tema y se expone el estado de la cuestión en la moderna teología moral.

(91) «Vis efficaciter imperandi seu obligandi in Principe inest ex Lege divina, sive positiva, cum agitur de Ecclesia, sive naturali, cum agitur de Societate civili. Communicatio potestatis per legem divinam positivam facta est verbis quibus Christus, postquam omnem potestatem sibi datam memoravit, apostolos suos misit sicut Pater Ipsum miserat, cum potestate ligandi et solvendi. Communicatio autem per legem naturale demonstratur in voluntate divina quae, humanam societatem volens, eandem mediis necessariis destitutam esse non sinit. Itaque, auctoritate per legem divinam communicata, lex humana est causa vere principalis obligationis moralis» (VERMEERSCH: *Theologiae Moralis Principia-Responsa-Consilia*, t. I, «Theol. fundamentalis», ed. 1926, núm. 167).

ción (92). Por obligación se entiende la fuerza de ligar a la voluntad. Ligada la voluntad, en la conciencia se imprime este dictamen: debe obrarse de acuerdo con la ley. Por eso se dice que la ley obliga en conciencia (93).

Toda ley obliga, pues, pero no obliga a lo mismo, porque algunas obligan sólo a la aceptación de la pena. En favor de las leyes puramente penales Vermeersch aduce dos argumentos fundamentales. Puesto que la ley, dice, no es condición, sino causa de la obligación moral, si el príncipe no quiere obligar bajo pecado, su voluntad tendrá que ser eficaz. Y además es voluntad razonable. El príncipe quiere el bien común y lo necesario a éste, y si la dirección de la ley es suficiente sin cargarla con obligación moral, ¿para qué exigirla? (94). Se objeta a esto que no puede aplicarse pena si no hay culpa. Si por culpa se entiende pecado esto no es cierto. Pero puede entenderse la culpa en sentido jurídico, como delito en el foro externo. Ya Santo Tomás (*S. Theol.*, 2.^a, 2.^a, q. 108, a. 4) había distinguido la pena «secundum rationem poenae et secundum hoc poena non debetur nisi peccato» y la pena como medicina no sólo como sanadora del pecado pretérito, sino preventiva del futuro o promotora de algún bien: «et secundum hoc aliquis interdum punitur sine culpa, non tamen sine causa». Y en este sentido dice Vermeersch: «Si autem culpa intelligas latiore usu, culpa quae *juridica* dicitur non desideratur: fertur enim

(92) «Fuere qui veram vim causandi obligationem ab hominibus abjudicarent, qui tunc mere ponerent condicionem, qua postea, obligatio ex lege divina oriretur, ita ut omne jus foret divinum, sive absolute, sive condionate. Sed condicio, quae interdum necessaria est ut causa operetur, effectum non sibi assimilat sicut leges positivae factae ab auctoritate humana assimilantur voluntati legislatoris humani, sive quod ad id quod jubetur, sive quod ad vim qua jubetur, sive quod ad tempus per quod jubetur» (ob. cit., pág. 154).

(93) Ob. cit., núm. 174, pág. 157.

(94) «Legislator efficaciter potest nolle sub peccato obligare ad id quod praecipit. Lex enim ab humano legislatore promulgata non est mere condicio, qua posita, lex divina, naturalis obligare ad servandam ordinationem quae promulgata est, sed vera est causa obligationis: vera potestas imperandi gubernatori humano a Deo concessa est. Itaque, si Princeps sub peccato subdito ligare non vult, voluntas ista erit necessario efficax: deficienté causa, deficient quoque effectus. Voluntas ista potest esse rationabilis. Quid per legem intendit Legislator? Ut suum dictamen practicum de re a subditis facienda vel ommitenda evadet dictamen practicum commune subditorum, quos sic ad commune bonum efficaciter dirigat. Si iam sine morali obligatione faciendi, directio ista praevidetur fore satis efficax, cur legislator humanus plus exigeret? Nonne ad suavem gubernationem pertinet, non ultraquam necesse sit vincula conscientiae multiplicare» (ob. cit., núm. 177, páginas 160-61).

pro transgressione ordinis constituti legitime, quamvis non essentialis nec sub peccato imperati. Delictum habetur in foro externo, non est necesse ut habetur in foro interno» (95).

Respecto de los criterios por los que se reconoce la ley penal, el más seguro y universal es el modo como se recibe comúnmente la ley. Será puramente penal una ley por su forma cuando no manda directamente hacer algo, sino que se limita a imponer una pena por determinada conducta, y por la materia, la ley que verse sobre cosas indiferentes en relación con las costumbres, como las disposiciones del tráfico (96).

Ciertamente, el bien común exige que algunas leyes sean obligatorias en conciencia; así, las leyes que definen los derechos de los particulares. En este punto llega Vermeersch a las siguientes conclusiones:

a) «Hodie, ex probabili opinione, eae solae leges civiles conscientiam immediate obligant quae, ob boni communis necessitatem, talem vim habere debent. Id frequentius contigit in legibus quae de juribus decernunt quam quae directe quidpiam praecipiant aut vetant sub poena.»

b) «Pro moralis et non mere poenali habenda tamen erit lex quae communi aestimatione vel iudicio complurium doctorum virorum conscientiam immediate vincere putatur...»

c) «Gravitas adiectae poenae, praesertim mulctae, interdum, sed non semper, indicium legis poenalis esse potest» (97).

Finalmente rechaza Vermeersch que la afirmación de leyes puramente penales signifique una invitación para su incumplimiento, a cambio de la sanción, y constituya un motivo de escándalo para los adversarios de los católicos, como si éstos tuviesen en aquella doctrina un crédito para obrar con arreglo a su arbitrio (98).

(95) Ob. cit., núm. 177, pág. 161.

(96) «... Nullum magis securum et universale est quam modus quo lex communiter recepta est. Ipsa dein forma legis, ut si nihil directe fieri jubeat, sed mere poenam minuetur ei qui hoc vel illud fecerit, legem mere poenalem esse suadere potest. Materia legis, quae sit de rebus indifferentibus sub respectu morum, ut varia Statuta de usu viarum publicarum, etiam indicio esse potest» (ob. cit., número 178, pág. 164).

(97) Ob. cit., núm. 178, pág. 166.

(98) «Si ergo probabiliter opinamur plures leges civiles non esse nisi poenales, ne inde catholicarum adversarii scandalizetur vel se scandalizatos fingant. Etenim etiam tunc manent nobis catholicis omnes rationes obtemperandi, quae solae honestos adversarios nostros ad oboediendum omni lege expresse suppetunt. Nobis

Al tratar de los deberes de justicia Vermeersch insiste en estos puntos de vista, y recuerda que el legislador *puede* ligar en conciencia a algunos de los preceptos que establece (99). En general las leyes eclesiásticas obligan en conciencia, tienen a su favor una presunción en tal sentido. Pero de las leyes civiles debe decirse precisamente lo contrario. Sólo una mínima parte de éstas debe considerarse que es directamente obligatoria en conciencia, por cuanto que el bien común no lo exige, y la indiferencia religiosa de muchos de los legisladores demuestra que semejante exigencia no ha estado en su ánimo; además suele ser más eficaz la mera exigencia coactiva en el foro externo, y es lógico que el legislador se contente con ella (100). Por eso establecen los autores esta regla, a la que asiente Vermeersch: «In materia justitiae, leges civiles conscientiam obligant, quantum satis est ut ordine publico et communi paci sit consultum» (101). Sólo la infracción de éstas implica culpa teológica, la cual es «ipsum peccatum quo Deus offenditur», mientras que la infracción de las demás sólo supone culpa jurídica, la cual consiste «in omissione debitae secundum leges diligentiae» (102). Especialmente deben reputarse meramente penales las leyes tributarias y las del servicio militar (103).

En la ciencia jurídica moderna la teoría de la ley puramente penal ha recibido una nueva versión en el pensamiento de Binding. Su construcción se basa en la distinción entre norma jurídica y ley pe-

igitur lex, etiam poenalis munita et stipata est praesidiis quibus solis omnis lex ab adversariis nostris protegatur. Immo etiam talis lex nobis urgetur suprema lege omnis actionis nostrae, quam praedicandam habemus post Apostolum dicentem: Omnis vestra in caritate fiant» (ob. cit., núm. 338, pág. 300).

(99) «Potest lex positiva, ad protegendas personas inferiores, easdem incapaces firmatae obligationis facere; certas pactiones, intuitu bono communis, nullas reddere; gravioribus actibus juridicis, ad praecavendas abusiones et dubietates, certas servandas solemnitates imponere; propter bonum commune, jura creare, extinguere; ad pactionum condiciones, novas addere. Variis istis decretis, legislator humanus conscientiam ligare potest» (ob. cit., t. II, 1928, núm. 348, pág. 311).

(100) «Hodie enim, de nostris legibus civilibus, pro minima conscientiae obligatione potius respondendum esse videtur: id suadet ipsum bonum commune, ut cives magis aequali loco sicut coram lege; et professio indifferentiae religiosae multorum legislatorum demonstrat, talem legislatoris mentem fuisse. Accedit quoque hodie magis vigilans et fortis actio fori exterioris, quae id efficit ut legislator exteriore coactione facilius contentus esse possit» (ob. cit., pág. 311).

(101) Ob. cit., núm. 348, pág. 312.

(102) Ob. cit., núm. 535, pág. 515.

(103) Ob. cit., núm. 567, págs. 543-545; no obstante, «graviter pietatem in patriam offendunt qui, in bello justo, militarem stationem deserunt quae ipsis commisa erat» (núm. 569-570).

nal. Esta figura de la ley penal no responde por cierto a una intención teológicomoral, como la construcción de la *lex mere poenalis*, pero plantea problemas análogos desde el momento que cabría interpretar que sólo existen deberes jurídicos como consecuencia de una ley penal. Pero Binding rechaza esta interpretación y sostiene que la obligatoriedad del Derecho tiene su raíz en la norma jurídica, con independencia de que una ley penal imponga al juez el deber de sancionar con una pena al que ha realizado una cierta conducta anti-jurídica (104).

(104) Aun sin nombrarla se ve que BINDING tiene presente la construcción de la *lex mere poenalis*, para rechazarla abiertamente. «Der Verbrecher, der die Strafe auf sich nähme, hätte seine Rechtspflicht erfüllt. Diese würde sich näher dahin gestalten Alles tu zu müssen um die Bestrafung herbeizuführen: sich also selbst anzuzeigen, gegen sich selbst auszusagen, sich freiwillig zum Verfahren und zum Strafvollzug zu stellen, andererseits Alles zu unterlassen um sich der verdienten Strafe zu entziehen: lauter Pflichten, von denen unser positives Recht nichts weiss» (*Die Normen und ihre Uebertretung*, I, págs. 37 y sigs.). En el mismo sentido se había expresado HEINZE (*Gerichtssaal*, XIII, pág. 420), para el cual la teoría de que el imperativo jurídico (la obligatoriedad del Derecho) se funda en la segunda parte de la ley penal (la que establece la pena) sería esta: que «die bereitwillige Erduldung der Strafe nähme die Eigenschaft einer Gegenleistung, durch welche der Verbrecher eine Art Recht auf Verübung des Verbrechens sich erkaufte, das verbrecherische Handeln mit der Absicht die Strafe über sich ergehen zu lassen, den Charakter eines Rechtsgeschäfts an ("wie viel kostet eine Ohrfeige?").» También KANT, en los términos de su ética rigorista, había dicho (*Rechtslehre*, Werke, IX, pág. 185): «Strafe erleidet Jemand nicht weil er sie, sondern weil er eine straffbare Handlung gewollt hat; denn es ist keine Strafe wenn einem geschieht, was er will. Denn wenn der Befugnis zu strafen ein Versprechen des Missetäters zu Grunde liegen müsste, sich strafen lassen zu wollen, so müsste es diesem auch überlassen werden, sich straffällig zu finden und der Verbrecher würde sein eigener Richter sein.» En cambio, FICHTE (*Naturrecht*, WW, III, pág. 261) sostenía que del «Abhüssungsvertrag» emana «ein Recht und zwar ein sehr nütliches Recht des Bürgers, abgestraft zu werden», conforme a la fórmula de su imperativo: «Ihr soll kein Verbrechen begehen, wenn Ihr nicht das Recht auf Strafe erlangen wollt.» En el Derecho natural también HOBBS (*De Cive*, cap. XIV, § 23) había mantenido una posición adversa a la ley meramente penal, al paso que PUFFENDORF (*De jure naturae et gentium*, l. VIII, cap. 3, § 4) dice que en algunas leyes la parte conminatoria de las mismas «esse velut conditionem prioris interdicti hoc modo: non facies, nisi hoc multae nomine exsolvere malis». A este género de leyes pertenecen las que imponen tributos y las referentes al lujo: «quorum finis saepe est alternativus, aut ad frugalitatem cives adducere, aut aerarium completare». Sería ilícito establecer una licencia para violar las leyes naturales adquirible por dinero; las leyes generalmente con la pena sólo pretenden «ut cives a peccatis absteneantur». La consecuencia es «non debere esse leges pure poenales; seu quae nihil aliud intendunt, quam ex mulcta lucrum facere».

Para Binding el imperativo jurídico existe con independencia de la penalidad. Hacerlo depender exclusivamente de ésta —cayendo en el error de convertir toda norma en *lex mere poenalis*— es inadmisibles; tampoco es lícito vincularlo a la existencia de una pena («sólo se debe cuando se establece una pena») (105), sino que los deberes y obligaciones jurídicas existen con plena independencia de ésta. También la *lex imperfecta* es obligatoria. Se objeta que si no existe una sanción no se puede reconocer la existencia de un deber jurídico, y ciertamente, dice Binding, la sanción es no el fundamento, sino un medio de prueba de que tal deber existe; pero no es el único medio de prueba. El súbdito sabe que tiene un deber jurídico si conoce que la acción contraria le acarrea una sanción; pero aunque no tenga este conocimiento sabrá igualmente de la existencia de un deber jurídico si conoce de quién procede la disposición o sabe por múltiples experiencias que hay una serie de acciones que están indiscutiblemente unidas con los intereses de la vida jurídica. A nadie se le ocurre negar la obligatoriedad de la orden dada por el superior, civil o militar, porque no conmine *ipso facto* con una pena. El súbdito tiene que reconocer y obedecer la autoridad del que da la orden. «Menos aún se puede hacer depender de tales supuestos la fuerza obligatoria del precepto legal, el más alto que conoce el orden jurídico. Tal hipótesis contradice tanto a la lógica como a la Historia (106). Por tanto, la medida obligatoria del obrar que infringe el delincuente es la prohibición o el mandamiento jurídico como tal, sin ninguna referencia a las consecuencias, vinculadas al hecho condicionante. El mandato legal es la norma, que precede lógicamente a la ley penal, la cual castiga precisamente la infracción de una norma (107).

Ya hemos indicado que esta doctrina favorable a la existencia de leyes puramente penales no sólo ofrece cierta peligrosidad desde el

(105) Pues la consecuencia sería entonces «dass ein Verbot, z. B. dass der Verletzung des Vermögens durch Betrug, nicht durch den autoritären Willen des Gesetzgebers, der die Schädigung fremden Vermögens untersagt, sondern allein wegen der aus dem Betrüge für den Betrüger möglicherweise erwachsenden Nachteile Rechtsverbindlichkeit erlangte. Wiederum würde die Sicherheit des Täters sich der Strafverfolgung des Staats zu entziehen jenen Grund der Verbindlichkeit des Verbots beseitigen und folgerichtig käme man zu dem Satz: ein solcher Mensch hätte obschon gegen das Verbot doch nicht widerrechtlich gehandelt» (*Die Normen*, I, pág. 42).

(106) *Die Normen*, I, pág. 44.

(107) *Die Normen*, I, pág. 45.

punto de vista moral, sino que por lo mismo sólo con grandes caute-
 las y reservas es aceptada por los teólogos; pero dentro de ciertos
 límites, aun los adversarios de la misma tienen que admitirlas, y
 vienen a decir que la obligación en conciencia no depende del legis-
 lador, pues si de un lado piensan que aunque no lo ha dicho lo ha
 querido decir —que obliguen—, de otro, aunque no lo haya querido
 decir obligan. Este es el punto de vista de Sotillo (108), adversario
 de la teoría, el cual, sin embargo, no niega que pueda haber «esas
 ordenaciones meramente directivas y coercitivas y a lo más optati-
 vas, ni que de hecho se den. Pero lo que no admito de ningún modo
 es que *todas* las leyes o en su mayor parte lo sean, ni que las que lo
 son sean leyes en el verdadero y tradicional sentido que hasta ahora
 han tenido las leyes. Porque así como se atraviesan situaciones en
 que es necesario obedecer en conciencia a las sentencias y leyes in-
 justas, por reclamarlo así el bien común y las leyes divinas, con
 mayor motivo hay leyes en sí justas cuya obediencia en conciencia
 pide el bien común y las leyes divinas, *aun prescindiendo de la vo-
 luntad del legislador*, cuanto más cuando como sucede de ordinario
 el legislador *no excluye* la obligación moral». Los extremos se tocan.
 Esta concepción quiere negar que existan leyes meramente penales;
 afirma, por el contrario, que toda «verdadera ley» obliga en con-
 ciencia; esta obligación es independiente de la voluntad del legisla-
 dor e incluso las leyes injustas obligan muchas veces en conciencia.
 Pero con esto pasamos al punto de vista opuesto, no en el sentido
 de que no sea obligatorio en conciencia obedecer a las leyes y sea
 suficiente con aceptar la sanción, sino en el sentido de que la obli-
 gación en conciencia es un añadido que le viene a la ley de fuera, de
 la ley divina o del bien común. Con lo cual, en definitiva, se aclaran
 los términos del problema.

4) Precisamente porque el problema de la obligatoriedad en
 conciencia de la ley es un problema moral, dentro del ámbito moral
 resulta «peligrosa» la doctrina favorable a la existencia —al menos
 con criterio cuantitativamente mayoritario— de leyes «puramente pe-
 nales», y el distinguir una «culpa teológica» y una culpa «meramen-
 te jurídica», según el criterio de lo «interno» y lo «externo». Pues
 como en otra ocasión hemos indicado se trata siempre de una divi-
 sión *dentro del ámbito moral*, aunque en la forma del deber ser y

(108) «La obligatoriedad de las leyes civiles en conciencia», en la *Revista Es-
 pañola de Derecho Canónico*, 1946, pág. 694.

del no deber ser, de lo valioso y lo disvalioso. La obligatoriedad en conciencia significaría respecto del sujeto lo moralmente valioso; el súbdito acataría la ley por deber; en la obligatoriedad puramente jurídica el súbdito se limitaría a acatarla externamente; su comportamiento sería, pues, moralmente disvalioso frente al cumplimiento por deber, aunque suficiente desde el punto de vista práctico. Pero no tiene sentido decir que el Derecho «exige» o «impone» un comportamiento puramente externo, porque no existe esa pura exterioridad del hacer y porque ese modo de hablar es figurado o equívoco; el Derecho, en cuanto conforme con los dictados éticos, es la ocasión de una obligatoriedad en conciencia, frente a la cual está como moralmente valioso no el obrar meramente externo ni el incumplimiento de la ley, en cuanto impone deberes, sino precisamente la *resistencia* a la ley, que también puede constituir un deber de conciencia o por lo menos una forma noble de obrar moral a cambio de la aceptación gallarda de la sanción cuando la conciencia ética, el sentimiento de justicia o el propósito reformador inducen al hombre a trazarse un camino más peligroso, pero más elevado que el que sigue «la gente» en su obrar cotidiano. La ley es, pues, la *ocasión* de que el hombre se encuentre ante estas decisiones. Pero la obligatoriedad específicamente jurídica que hay en ella, como en cualquier forma de Derecho, es cosa distinta, que no se define por la exterioridad o la interioridad de la acción, sino ante todo por el sujeto de la misma.

En efecto, no es lo mismo preguntarse «quién está obligado por la ley» y «quién está jurídicamente obligado». Por la ley está obligado —en conciencia— el *hombre*; jurídicamente está obligado el *sujeto de Derecho*. Sólo el hombre puede ser moralmente obligado (obligado en conciencia), siquiera esa obligación formalmente moral se defina unas veces como deontológicamente moral (obligación positiva de conciencia) y otras como disvaliosa (acatamiento puramente externo motivado por conveniencia, temor, rutina, etc.). En cambio, el sujeto de Derecho no es susceptible de otra obligación que la jurídica.

Claro que es posible preguntar: ¿qué diferencia existe entre el hombre y el sujeto de Derecho? ¿No es el hombre como tal sujeto de Derecho? Es verdad que no sólo todo hombre *debe* ser sujeto de Derecho, sino que es ontológicamente imposible que el hombre no actúe como sujeto de Derecho, al menos en un orden mínimo de relaciones. Pero el ser sujeto de Derecho es un *modo de ser* humano, caracterizado por una *alteración* respecto al sentido de lo auténtica-

mente humanopersonal. Esa alteración proviene de la dimensión social que es propia de todo hombre, y en la que tienen su sede ontológica las normas sociales y concretamente las jurídicas. Por eso, aunque sólo en ese sentido, decimos que una cosa es el hombre y otra el sujeto de Derecho. Pero la distinción no es inesencial y sirve para fundamentar la diferencia de obligaciones. La obligación del hombre es una categoría moral; la obligación del sujeto de Derecho (del hombre no *uti homo*, sino como sujeto de Derecho) es una situación jurídicosocial. Ya en Binding encontramos un atisbo de esta distinción. Todos los derechos subjetivos y todos los deberes, dice, emanan del Derecho objetivo; sus preceptos regulan el nacimiento, el desenvolvimiento y la extinción de los mismos. Todos estos deberes tienen de común el consistir en la sumisión al mandato de una voluntad; son, pues, deberes de obediencia, correlativos de un derecho del Estado a la obediencia, el cual se refiere a una prestación que consiste en la actuación de la capacidad de obrar. El deber de obediencia es, pues, un deber «personalísimo» (*höchstpersönlich*), pero existen también *deberes de los incapaces*, los cuales no son susceptibles del deber de obediencia, y, sin embargo, están ligados por los derechos de terceros (109).

Resumiendo esta materia nos encontramos con que hay un deber fundamental del hombre, que es el de la obediencia al Derecho. Por el hecho de existir leyes justas el hombre queda en principio obligado, atado en conciencia a su cumplimiento. Su voluntad permanece fácticamente libre, pero se halla determinada por un ligamen normativo al cumplimiento de su deber de obediencia. Este deber es, en cuanto ata al hombre, ético; pero tiene sentido jurídico, porque su fundamento inmediato radica en la potestad del legislador de estatuir «materia justa» y en la relación de justicia que se establece entre el legislador y el súbdito, por virtud de la cual puede aquél imponer y exigir en justicia todo lo que no atente directamente a ésta o no sea incompatible con la pública utilidad y el bien común.

Pero hay situaciones en las que puede inferirse que no existe tal

(109) «Die Normen das fremde Eigentum zu respektieren, obligatorische Verbindlichkeiten zu erfüllen, gehen nicht so weit als die Eigentumsrechte und die obligatorische Verbindlichkeiten selbst. Es ist also dringend notwendig die Pflicht als die Gebundenheit durch das staatliche Gehorsamsrecht von der Pflicht als der Gebundenheit durch anderweite subjektiven Rechte scharf zu scheiden» (BINDING: *Die Normen und ihre Uebertretung*, I, 3.^a ed., Leipzig, 1916, págs. 96 y siguientes, 100-101).

obligación de conciencia. Primero, si resulta claro que el legislador no ha querido establecer tal obligación. Segundo, cuando atendiendo a la materia y a la parvedad de la pena puede suponerse que la intención legisladora fué no imponerla.

Y entonces cabe preguntarse: ¿es que en esas situaciones no existe un deber jurídico para el súbdito? Tal parece haber sido la intención intrínseca de la teoría de las *leges mere poenales*, que acaso significó algo así como una válvula de escape frente al rigor de muchas exigencias, intrínsecamente poco justificadas, especialmente fiscales, de los príncipes, o una justificación para ciertas ideologías (por ejemplo, el pacifismo y la *objection de consciencie*), lo cual, como se ve, se halla en conexión con muy concretas circunstancias sociales o políticas. Sin embargo, también en esas circunstancias el hombre está obligado, atado, sujeto a una sanción contenida en el precepto hipotético, y por eso la teoría jurídicopositiva de las leyes penales (*Binding*, etc.) presupone un deber jurídico infringido y contenido en una norma previa a la ley penal.

Por otra parte, el hecho de que las palabras de la ley contengan directamente expresada la obligación de conciencia es contingente y depende de circunstancias que por lo general no integran la situación del hombre moderno. Además las palabras del legislador tendrían que ser confrontadas con la justicia de la materia regulada, pues el legislador podría querer obligar a una monstruosidad. Por consiguiente, el supremo criterio es la materia misma objeto de regulación legal. Si la obligación de conciencia ha de inferirse de la gravedad de la materia y no puede suponerse (salvo declaración en contra) cuando ésta carece de importancia intrínseca, parece que el deber de obediencia es moral en el súbdito, por provenir de materia moralmente grave, y caso de fundarse en el Derecho mismo debe suponerse también que existe un deber de obediencia incluso cuando por ser *mere poenalis* la ley, dicha obligación no es de conciencia. ¿Habrá, pues, un deber jurídico distinto del deber moral de obedecer en conciencia toda ley que es justa y justamente dada?

Dentro de la doctrina teológicomoral de la ley esta pregunta no tiene sentido, y las concesiones a una culpa «meramente jurídica» y «externa» resultan peligrosas. En efecto, la gravedad de la materia se define fundamentalmente por la justicia y no, por ejemplo, por la caridad, y los escolásticos sabían que la ley no puede imponer en justicia todo lo que moral e intrínsecamente es bueno u honesto, por ejemplo, el ayuno a pan y agua. Bajo este aspecto el deber de obe-

diencia al Derecho es jurídico y no moral. Ahora bien, esto quiere decir que es un deber de «justicia» y no de caridad o de cualquier otra virtud que no sea la justicia, pero no quiere decir que la justicia caiga fuera del ámbito moral, precisamente porque en la teología moral la justicia constituye una de las virtudes.

• Pero la ciencia del Derecho enfoca el problema desde otro ángulo y dejando a la moral y a la religión la tarea de responder cuándo está obligado en conciencia el hombre a cumplir la ley, quiere saber en qué consiste en general el estar jurídicamente obligado, qué es propiamente el deber jurídico, porque sospecha que está el hombre —no como tal hombre, sino *como sujeto de Derecho*— implicado en tal deber incluso cuando la ley no puede obligarle en conciencia a cumplirla y en general con independencia de esta circunstancia. Pues sobre el sujeto de Derecho no pueden pesar deberes de conciencia —los cuales sólo pueden recaer sobre el hombre que hay en él—, y, sin embargo, ser sujeto de Derecho ya significa, en una de sus dimensiones, estar jurídicamente obligado.

5) Podemos ahora llegar a las siguientes conclusiones.

En primer lugar parece evidente que, por su contenido, el deber jurídico no coincide con el deber moral. Hay preceptos jurídicos que no tienen un contenido directamente obligatorio como moral y sólo vinculan a la imposición de una pena para una conducta contraria a los mismos. Pero esto no debe llevar a decir (110) que en esos casos sólo existe el nombre de deber y no un deber auténtico, pues si sólo poseen autenticidad como deberes aquellos cuyo contenido ya está sancionado por la moral, todo deber jurídico auténtico será en realidad superfluo, pues ya existirá como deber moral, y fuera de éste no habrá otro deber que merezca ese nombre.

Una cosa es el fundamento del deber y otra su estructura específica. En lo que se refiere al fundamento hay uno que como causa primera está más allá del Derecho, en la esfera ética, y en último término en la persona infinita de Dios; pero el fundamento próximo e inmediato del deber jurídico está en el Derecho mismo, en la necesidad del Derecho para la existencia, la cual es coexistencia, convivencia, que necesita ser mantenida por medio del Derecho, y sería negar en su principio esta misma convivencia el suponer que el acatamiento a las normas que la hacen posible y la validez de las mismas dependen de un factor tan movedizo como el de su reconoci-

(110) F. DE CASTRO, ob. cit., pág. 523.

miento o aceptación por la conciencia individual, siguiendo dictámenes necesariamente influídos por ideologías religiosas, filosóficas, políticosociales, etc. El fundamento del deber jurídico es, pues, próximamente el Derecho mismo, en tanto que necesario para la vida social, a la que el hombre no puede renunciar. Por eso todo Derecho es necesariamente la ocasión de un deber de conciencia de acatarlo.

Pero sobre el Derecho cabe siempre una valoración, y por eso el hombre tiene que sentir proyectada sobre su conciencia la sombra de un imperativo que tal vez repugna, y entonces la obligatoriedad en conciencia de la norma se plantea como problema auténticamente moral. Por lo mismo es la moral (o la religión) la que en ese caso tiene que dar una solución, pero a través de la doctrina moral queda precisamente puesto de relieve, primero, que las consideraciones objetivas dominan —salvo casos extremos— sobre el subjetivismo (es la doctrina tomista del acatamiento a la ley injusta *propter vitandum scandalum vel turbationem*): segundo, que el deber jurídico subsiste aun cuando la moral emita un juicio negativo sobre su contenido, y tercero, que la infracción de un deber jurídico por razones morales comprueba precisamente la existencia del mismo, pues no es posible pena si no se ha infringido un deber (así, en la misma teoría de las *leges mere poenales* resulta obligatorio aceptar la pena cuando no se considera moralmente obligatoria la conducta jurídica debida, esto es, contraria a la que motiva la aplicación de la pena). En efecto, el sujeto de Derecho es siempre un hombre que como tal debe obrar moralmente. Pero el hombre que obra moralmente no puede desprenderse de su condición de sujeto de Derecho; por consiguiente, una calificación moral favorable de una acción suya no le priva de su carácter de infractor de un deber jurídico si su conducta supone efectivamente tal transgresión. Con esto pasamos del problema del fundamento al de la estructura. El deber jurídico es una categoría específica del Derecho, y el Derecho es una categoría de la vida humana, en cuanto ésta posee una dimensión social. El Derecho, en efecto, es una dimensión de la vida social. La vida social es la vida humana vista no en su espontaneidad libremente creadora, o sea aquella dimensión vital que posee un propio centro de intimidad del que emana la norma y la forma del obrar, sino vista en aquella otra dimensión genérica, impersonal, colectiva, en la que la norma y la forma del obrar están dadas desde fuera, son trascendentes en cuanto son inmanentes, objetivas en cuanto intersubjetivas, externas en cuanto no emanan de la intimidad. Es claro que todo acto de la vida social,

en cuanto es un acto humano, tiene raíces en la vida íntima y propiamente personal y está sometido a las valoraciones y categorías propias de ésta, que son la religión y la moral; pero en sí misma posee una estructura específica como realidad social. Esta estructura es *normativa*, porque se trata de una dimensión genérica, impersonal y colectiva de la vida. Una determinada dimensión vital, por su genericidad e impersonalidad, altera (la *alteridad* propia de lo social es por de pronto *alteración*) la realidad de la espontaneidad libremente creadora de la vida personal, sometiéndola a un cauce y dirección; por eso en su estructura misma es norma que se impone inexorablemente, pero que, no obstante, puede ser resistida por razones morales o religiosas, ya que el hombre en su unidad y totalidad se encuentra en cada caso ante un problema de decisión personal. Pues bien, el Derecho, como categoría de la vida social de estructura normativa, contiene deberes que son distintos de los morales, los cuales pueden incluso ser incumplidos por razones morales, porque todo cumplimiento o incumplimiento de un deber jurídico significa para el hombre un problema moral. Pero lo propio del Derecho no es sólo que sus deberes pueden ser, cuanto al contenido, distintos de los deberes morales, sino que son deberes *en sentido distinto* que éstos, es decir, el deber jurídico posee una estructura diferente, y, por consiguiente, expresa una realidad distinta, porque se refiere a un obligado diferente, el sujeto de Derecho y no el hombre como tal. De no ser así una de las dos categorías de deberes, como antes se indicó, resultaría superflua.

La estructura del deber jurídico es la misma que la del precepto jurídico o norma de Derecho. Kelsen tiene razón en este sentido para decir que el deber jurídico es el mismo precepto jurídico individualizado. Pues toda norma contiene —hipotéticamente— la regulación genérica de una conducta mediante la aplicación de una consecuencia que sanciona la conducta contraria. Existe un deber jurídico desde el momento que la abstención o comisión de un acto contrario acarrea una sanción penal o civil. No tiene sentido decir que se está obligado jurídicamente a pagar la deuda de juego si la ley no concede acción para reclamarla. Ni puede el juez castigar como delito una acción antisocial que no se halle expresamente dibujada en un tipo legal (III). Si en esos casos es posible hablar todavía de un deber de «justicia» se trata, no obstante, de un deber moral y no ju-

(III) LEGAZ: *Introducción a la ciencia del Derecho*, págs. 549-50.

rídico en sentido estricto, pues la justicia se considera entonces como una virtud ética y el Derecho como objeto de esa virtud, o sea es la proyección de esa justicia en una forma de vida social que se expresa en un sistema de proposiciones normativas con valor de legalidad. Pero naturalmente no puede ser jurídico lo que el Derecho ha eliminado *expressis verbis* de su ámbito formal, aunque intrínsecamente conserve un sentido de justicia.

La realidad del Derecho como forma de la vida social es la de una trama de relaciones jurídicas. Relaciones jurídicas existen no sólo entre el facultado y el obligado en sentido técnicojurídico, sino también entre las personas integradas en una organización, como son las partes del proceso con el Tribunal, los miembros de una Corporación, los individuos de una familia, en cuanto todo eso representa situaciones que implican un deber (112). Las relaciones jurídicas existen en virtud de la inordinación en una comunidad efectiva o en distintos círculos comunitarios que nos imponen como deber un obrar positivo que, sin duda, es el contenido de una relación jurídica. Es evidente que en tanto se puede hablar en esos casos de «relación», en cuanto que la situación de uno como miembro de una comunidad concreta que le impone deberes se corresponde con la situación de otra persona que, como órgano de la comunidad, puede recabar dicho cumplimiento, el cual será susceptible de serle impuesto por un juez que aplica la norma organizadora de dicha comunidad. Esto sirve también para fundamentar una diferencia entre el concepto de «deber jurídico» y el de «obligación» civil (que constituye una forma de aquél entendido en sentido amplio). En efecto, el sujeto humano vive en dos formas fundamentales de vida social: la que tiene como módulo la integración y la que posee como estructura la coordinación. Dentro de estas formas fundamentales jurídicosociales se configuran *in concreto* las distintas relaciones y situaciones jurídicas. La idea del deber propiamente dicho presupone de modo típico y general las relaciones de integración; en cambio, sobre la base de las realidades interindividuales de coordinación se modela la figura de la obligación civil. Por eso el correlato de la idea de deber jurídico es el «Derecho estatutario», mientras que el Derecho subjetivo en sentido técnico es el correlato de la idea de obligación.

Por eso el deber jurídico —ya se entienda incluyendo, en sentido

(112) J. ESSER: *Einführung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates*, Viena, Springer, 1949, págs. 145 y sigs.

amplio, también la «obligación» civil o en sentido más estricto como técnicamente distintos de ésta— constituye (y es su primera nota) el contenido y la función esencial del ordenamiento jurídico (113). Además, y es su segundo momento, el deber jurídico tiene la nota de objetividad, que deriva de la objetividad de creación y de permanencia del orden jurídico positivo, carácter objetivo que resplandece no sólo en el conjunto de sus normas y en cada una de éstas, sino también en la subjetivación de las mismas, lo cual es origen de que el sujeto aparezca respecto de ellas en una situación jurídica objetiva, ya se trate del aspecto pasivo o de constricción o del aspecto activo o de facultad (114).

Con esto la idea del deber jurídico aparece referida al *status* de un sujeto, lo que en general lleva a definirlo como situación jurídica. No se trata, por cierto, de sustituir el concepto de deber jurídico por el de situación, sino de definirlo como situación, lo cual implica, de una parte, no perder de vista el carácter existencial del Derecho, no confundirlo con la realidad puramente idealconceptual de las proposiciones normativas legislativamente formuladas o construídas por el pensamiento jurídico; de otra tener en cuenta el carácter socialnormativo del Derecho, y, por tanto, la dimensión de impersonalidad que impone la vida, por lo cual el deber jurídico pertenece al sujeto de Derecho y no al hombre como titular de una vida íntima y personal. No es la persona humana la que queda afectada por el deber jurídico, sino la persona en sentido jurídico, o sea la realidad humana del hombre queda alterada bajo el signo socialjurídico cuando inciden en él situaciones de deber jurídico. Deber jurídico es, según eso, aquella situación en que está el sujeto de Derecho, en la cual y por virtud de la cual la aplicación de consecuencias desfavorables para una cierta conducta propia está a disposición de un órgano del Estado o de otra persona con la cual se está en relación jurídica. Esta es la estructura típica del deber jurídico, y sólo cuando esta estructura se da puede afirmarse la existencia de un deber jurídico. Hay deberes jurídicos cuando hay sujetos de Derecho que se encuentran en la situación descrita.

Pero estos sujetos de Derecho son «hombres», para los cuales el cumplimiento de ese deber puede significar un hondo problema mo-

(113) Cfr. PEDRÓ PASTOR y RODRÍGUEZ ARIAS: *Teoría del deber jurídico y del Derecho subjetivo*, Madrid, 1948, pág. 19.

(114) PEDRÓ PASTOR y RODRÍGUEZ ARIAS, ob. cit., pág. 20.

ral. Esta dimensión dramática de la obligatoriedad jurídica es ineliminable de la existencia humana, porque ésta transcurre necesariamente en los dos planos de la vida personal y de la vida social, y el hombre obligado por el Derecho, para no renunciar a ser plenamente hombre y no disolverse en la socialización, necesita plantearse en todo momento las razones morales de esa obligatoriedad incluso para desligarse de ella, a sabiendas de que con ello cae más inexorablemente bajo su férreo imperio.

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA

