

R. 47839

TU
3(v.1)

DEBERES Y OBLIGACIONES EN LA CONSTITUCION

=====

Director: D. Gregorio Peces-Barba Martínez

Autor: D. Rafael de Asís Roig
Area de Filosofía del Derecho, Moral y Política
Universidad Carlos III de Madrid



Deberes y obligaciones en la Constitución

INTRODUCCION

"Todas las partes de la filosofía son, hijo mio Marco, de abundante materia y de gran fruto, sin que haya en ella alguna que sea inútil o estéril; pero no tiene otro campo más dilatado ni fecundo que el de las obligaciones, de donde se sacan los preceptos de vivir honrada y felizmente" ¹.

¹CICERON, Los oficios o los deberes, trad. de M. Valbuena, prol. de J. A. Peñalosa, Porrúa, México 1982, libro III, cap. II, p. 69.

Introducción

Hegel en su *Introducción a la Historia de la Filosofía*, señaló la necesidad, para la comprensión de lo particular, de partir de un concepto general: "Luego tenemos perfecta razón para querer conocer con certeza una finalidad, un concepto, antes de entregarnos a lo particular. Primeramente queremos tener la visión total de un bosque para después conocer detenidamente los árboles singulares. Quien considera los árboles primero y solamente está pendiente de ellos, no se da cuenta de todo el bosque, se extravía y se desconcierta en él" ².

El presente trabajo pretende ser una Teoría General de las obligaciones jurídicas contenidas en la Constitución. En este sentido, no se busca realizar un estudio detallado de todas y cada una de las figuras que pueden encuadrarse dentro de esta categoría. Lo que se pretende es plantear una configuración general de las mismas, señalando su posible justificación; un concepto del que partir a la hora de examinarlas caso por caso; y, algunos criterios que nos permitan entenderlas como derivación de un tronco común. La visión del Derecho como sistema resulta, de esta manera, esencial para comprender las tesis que se sustentan.

Los distintos análisis que se han hecho de nuestra Constitución, han tomado, normalmente, por referencia las figuras que subrayan la defensa de unas pretensiones o de unas necesidades convertidas en derechos. Así, son innumerables las obras que

²HEGEL, *Introducción a la historia de la Filosofía*, trad. y prol. de E. Terrón, Aguilar, Buenos Aires 1984, p. 43.

Deberes y obligaciones en la Constitución

se refieren a los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o a los mecanismos que ésta señala como destinados a su protección.

La perspectiva obligacional no ha sido objeto de un tratamiento general, salvo en algunos estudios con claro matiz religioso o con esquemas demasiado estrictos al tratarse de diccionarios jurídicos. Siguiendo el concepto tradicional de Constitución como instrumento cuya función principal consiste en la limitación de la actuación del Poder, sólo se han ocupado de ella algunos trabajos dirigidos a criticar su incorporación al texto constitucional, negando su eficacia o señalando su carácter superficial. Las obligaciones se han convertido así en unas figuras "malditas", restrictivas de la libertad del individuo, cuyo contenido y función deben ser limitados al extremo, sobre todo en lo relativo a su incidencia en el ciudadano. Se señala continuamente que la presencia de obligaciones en las Constituciones obedece a ideas que se identifican con direcciones fascistas o socialistas totalitarias. Se afirma que en un Ordenamiento en el que se quiera dar peso al principio de autoridad se debe atribuir prioridad a las obligaciones, de modo que los derechos ocupen la esfera dejada libre por estas, mientras que en un Ordenamiento en el que se quiera dar mayor relieve al principio de libertad se debe dar precedencia a los

Introducción

derechos ³.

Por otro lado, en el estudio jurídico de las llamadas situaciones jurídicas pasivas, se suelen hacer distinciones entre varias situaciones que se expresan con los términos de deber, obligación, sujeción, etc... Algunos de éstos términos tienen un componente extraño al Derecho y son utilizados con fines de suscitar sentimientos o emociones, condicionando ya de por sí la situación a la que van referidos.

Una de las razones que provocan esta visión de las obligaciones es la determinada por la confusión entre el plano moral y el jurídico, que en un tema como es el relativo a estas figuras, es importante clarificar. Como señaló Bentham: "Los juristas en general no han sabido qué fundamento dar a la obligación. Pregúntales, ¿cual es el principio de ella? y verás como las nubes y las tinieblas se condensan a tu vista: te hablarán de la voluntad divina, de la ley de la naturaleza, del fuero interno, del cuasi-contrato..." ⁴.

Dentro de esta trabajo se pretende cambiar esta visión tradicional, planteando posibles vías justificatorias de las obligaciones, conforme al sentido del Estado Social y Democrático y al valor que adquiere el individuo dentro de él. La misma configuración del Estado exige la existencia de ciertas obliga-

³Vid. por ejemplo en este sentido a Carmelo CARBONE, I doveri pubblici individuali nella Costituzione, Giuffrè, Milano 1968, p. 37.

⁴Jeremias BENTHAM, Tratados de Legislación civil y penal, edic. prep. por M. Rodriguez Gil, Editora Nacional, Madrid 1981, p. 476.

ciones que no sólo tienen como destinatarios a los poderes públicos, sino también a los ciudadanos y los grupos en los que estos se insertan. Por otro lado, para la realización plena del sentido de los derechos se hace necesaria la incorporación de obligaciones que acompañen a éstos ⁵. Para ello hemos entendido necesario que, junto a la descripción jurídica del tratamiento constitucional, es necesario realizar una reflexión moral, que señale posibles razones de esta presencia, así como un estudio del significado de esta figura y de su valor dentro del Derecho.

Por otro lado se pretende también distinguir de forma clara el estudio jurídico de la reflexión moral, con lo que intentaremos elaborar un concepto definidor de la obligación que pueda ser delimitado al campo jurídico sin que suscite las reacciones que otros términos tradicionalmente utilizados provocan.

Si, como ha escrito Bobbio, para desarrollar temas relativos a los derechos fundamentales pueden asumirse varias perspectivas, tales como la filosófica, la histórica, la ética, la jurídica o la política ⁶, me parece que lo mismo cabe predicar en el estudio de los deberes y obligaciones básicas. El trabajo

⁵Vid. Eusebio FERNANDEZ, Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de J. Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, ed. prep. por G. Peces-Barba, Debate, Madrid 1989, p. 115.

⁶Norberto BOBBIO, Derechos del hombre y Filosofía de la historia, trad. de G. Peces-Barba, A. LLamas y R. de Asís, en Anuario de Derechos Humanos, núm. 5, Universidad Complutense, Madrid 1988-89, p. 28.

Introducción

se enmarca pues dentro de la Filosofía moral, política y jurídica.

Se intenta así acometer una posible fundamentación de las obligaciones jurídicas básicas, con lo que nos adentraremos en el terreno de la filosofía moral y política, si bien subrayando que no es éste el objetivo del trabajo. Se busca también descubrir el significado del término obligación jurídica, lo que nos introduce en la filosofía del Derecho. Y desde ésta última, finalmente, estudiaremos la presencia de estas figuras dentro de la Constitución, esto es, dentro del Derecho positivo. La estructura de la obra pues, responde a estos campos de estudio.

El punto de partida presupone un concepto previo de lo que se entiende por obligaciones constitucionales o por "deberes" fundamentales. Sobre éste concepto se planteará un tipo de fundamentación que, a su vez, permita luego la revisión y clarificación del mismo, y de las distintas situaciones que éste recoge. El carácter primario de las cuestiones conceptuales sobre las relativas a problemas de justificación, o el de éstas últimas sobre las primeras, no es un tema pacífico. Desde una perspectiva lógica parece que el concepto tiene prioridad sobre la justificación: si no se sabe que es lo que se quiere fundamentar no es posible hacerlo ⁷. Pero creo que la justificación puede también modificar o, al menos, perfilar, el concepto que constituye su objeto. De ahí que, como ya he adelantado, en este

⁷Vid. Francisco LAPORTA, Sobre el concepto de derechos humanos, en Doxa, num. 4, Alicante 1988, pp. 23 y 24.

Deberes y obligaciones en la Constitución

trabajo se parta de un concepto mínimo y relativo, incluso podría decirse hasta intuitivo, de las obligaciones básicas, que permita su justificación, para luego a través y en conformidad a ella, poder llegar a un concepto válido de forma general para las situaciones que buscamos analizar o reflejar.

La fundamentación de una serie de obligaciones puede hacerse bien atendiendo al significado peculiar de cada una o bien señalando su derivación de unos valores. Desde el primer punto de vista se corre el peligro de apartarse de una visión sistemática y general de ese grupo de situaciones, llegando a unas conclusiones que luego no nos permitan compatibilizarlas con la normativa jurídica. Desde el segundo punto de vista, puede mantenerse una justificación mínimamente, al menos, unitaria, y abarcable también para la figura de los derechos.

La propuesta fundamentadora que se realiza en este trabajo se mueve en este último sentido, señalando la posibilidad de proponer una fundamentación general común de los derechos y de las obligaciones básicas de los hombres. Con ésta visión, se vuelve a plantear la relación derecho-obligación no en términos de primacía de uno o de otro, sino como figuras pertenecientes a distintos planos derivados de un mismo valor.

El partir de unos valores que nos pueden servir de justificación a la imposición de ciertas obligaciones, nos traslada el problema a la fundamentación de estos valores. A ella puede llegarse, de forma principal por medio de dos caminos. El

Introducción

primero consistiría en la elaboración de una teoría moral que permitiese justificar racionalmente, atendiendo a determinados parámetros, el por qué de esos valores. Este camino no partiría de la consideración de ningún valor, sino que estos se descubrirían conforme avanzase el esquema argumentativo. El segundo consistiría en la consideración de ciertos valores como aquellos que nos van a permitir elaborar o señalar una determinada vía fundamentadora. No se trataría de descubrir ciertos valores sino de presentar un posible camino por el que justificar unos valores de los que ya se ha partido. Estos adquirirían la consideración de "bueno".

Este camino presenta, a su vez, el problema de la elección de esos valores considerados como algo bueno. En este sentido, conforme al objetivo del trabajo, parece coherente que se escojan aquellos valores que constituyen el vértice del sistema jurídico en el que vamos a centrarnos, y que por otro lado son expresión de una base moral común perteneciente al área socio-cultural en el que el mismo se encuentra. De esta forma, los valores de los que se parten son los de libertad e igualdad. El partir de ellos limita y condiciona el significado de la argumentación que debe entenderse así como perteneciente a un determinado momento histórico y a una determinada área cultural.

La justificación de estos valores se va a hacer por medio del diálogo intersubjetivo, esto es, a través de la ética comunicativa. Este tipo de argumentaciones ha recibido fuertes críticas, sobre todo referidas a señalar el carácter ideal e

Deberes y obligaciones en la Constitución

irreal de las mismas. Pero aún admitiendo ese posible carácter, el diálogo me parece que es el mejor camino para convencer y para convencerse. Por medio de él, y de una de sus notas características como es el consenso, puede salirse del decisionismo moral individual, si bien siempre teniendo cuidado de no caer en un decisionismo moral colectivo de impronta impositiva. Por otro lado, el consenso sobre determinados valores puede ser comprobado en algunas áreas culturales, y este encuentra una buena explicación a través de la ética comunicativa.

Pero esto no significa que la elaboración que se ha hecho del mismo por parte de autores como Apel y Habermas, o como Adela Cortina en España, vaya a ser seguida en todos sus puntos a lo largo de la obra. Las éticas comunicativas de este tipo presentan ciertos problemas que las hacen difíciles de compaginar con la consideración del hombre individual como ser valioso en sí mismo y como ser no sujeto siempre a parámetros racionales. Así, la justificación por el diálogo intersubjetivo que aquí desarrollaremos intentará compatibilizar la importancia de la comunidad y del hombre dentro de ella, con estos caracteres.

Escribió Nietzsche, que los peores lectores eran los que procedían como los soldados que se entregaban al pillaje: "se apoderan aquí y allá de lo que puede serles útil, manchan y confunden el resto y cubren todo de ultrajes". Afirmando: "Cada palabra, cada pensamiento, quiere vivir en su sociedad; esta es

Introducción

la moral del estilo selecto" ⁸. En sentido parecido se expresó recientemente Macintyre señalando: "Demasiado a menudo todos nosotros consideramos a los filósofos morales del pasado como si hubieran contribuido a un debate único cuyo asunto fuera relativamente invariable; tratamos a Platón, Hume y Mill como si fuesen contemporáneos nuestros y entre ellos. Esto nos lleva a abstraer a estos autores del medio cultural y social de cada uno, en el que vivieron y pensaron; al hacerlo así, la historia de su pensamiento adquiere una falsa independencia del resto de la cultura" ⁹. Este trabajo, sobre todo en su primera parte, se apartará en cierta medida de esta consideración. Dentro de la reflexión moral vamos a utilizar planteamientos de diversos autores que presentan tesis no conciliables entre sí o pertenecientes a distintos momentos históricos, pero que pueden servir para la construcción de una determinada argumentación. No presentaremos diferentes concepciones que se han dado como posibles justificaciones a estos valores o a otros, sino que tomaremos aquello que nos parezca interesante de cada una conforme a los postulados y objetivos de los que partimos. La correcta enmarcación histórica del pensamiento de un autor es necesaria cuando el objetivo de su tratamiento está constituido por la crítica o el estudio del mismo, pero no me parece neces-

⁸NIETZSCHE, El viajero y su sombra, segunda parte de Humano, demasiado humano, trad. de C. Vergara, EDAF, Madrid 1985, pp. 63 y 197.

⁹Alasdair MACINTYRE, Tras la virtud, trad. de A. Valcárcel, Crítica, Barcelona 1987, p. 25.

Deberes y obligaciones en la Constitución

rio cuando lo que se pretende es emplear partes de sus tesis en la resolución de determinados problemas.

La fundamentación por el diálogo intersubjetivo de los valores, y con ésta, de las obligaciones, que será desarrollada aquí se apoyará en tres pilares básicos: la razón, el consenso y la historia. La razón se presentará como instrumento básico en las relaciones entre los hombres, pero se conjugará con otros posibles instrumentos de conocimiento. El consenso será entendido como consenso dinámico y con carácter no impositivo. La historia nos permitirá subrayar el carácter relativo y siempre en evolución del diálogo. Bajo estos tres elementos se pretende plantear una posible explicación del por qué de estos valores.

En un tema como el de las obligaciones jurídicas, no es suficiente el realizar una justificación moral. Si así fuera bastaría con la existencia de obligaciones morales para la consecución de los fines que se pretenden, o para el logro de los valores. Si simplemente con señalar la posible existencia de una obligación moral de los miembros de la comunidad de actuar en determinado sentido, éstos lo hiciesen en la mayoría de las ocasiones, no sería entonces necesario hablar de obligaciones jurídicas. Los acuerdos morales no son susceptibles de ser exigidos, salvo casos muy puntuales, bajo un instrumento organizado y coactivo. De ahí que la reflexión deba continuar planteándose qué es lo que puede dar seguridad a los acuerdos entre los hombres o al disfrute de esos valores, y cual puede

Introducción

ser la forma mejor para hacerlo.

Esto hace que en este proyecto sigamos el modelo diseñado por Gregorio Peces-Barba en su justificación de los derechos fundamentales. Dentro de ésta señala dos momentos principales, el de la reflexión moral y el de la reflexión jurídica, unidos a través del Poder, que se constituye en el fundamento de validez del Derecho ¹⁰.

En este sentido nos adentraremos en el estudio del significado del Poder. Quizás sea este un tema clásico sobre el que se ha escrito innumerables obras, pero su importancia en relaciones con las obligaciones jurídicas básicas exige que sea tomado en cuenta. El poder es, como he dicho antes, el fundamento de validez del Derecho, y además, va a ser también causa de la señalización de ciertas obligaciones y justificación de la imposición de otras. No es posible hacer referencia a las obligaciones jurídicas que no tengan su último apoyo en el Poder y, el tipo de Poder va a condicionar el sentido de las obligaciones jurídicas. De esta forma el estudio se hará primero, prescindiendo de los contenidos materiales que se desprenden de los valores justificados, atendiendo sólo a su significado de seguridad en las relaciones y de creador del Derecho. Pero más adelante intentamos dar un paso más, buscando que tipo de poder es el que va a identificarse en mayor medida con los valores

¹⁰Gregorio PECES-BARBA, Los derechos fundamentales, 4a ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho-Universidad Complutense, Madrid 1986, pp. 28 y ss.

resaltados y con el procedimiento comunicativo empleado. Con este paso, y con la identificación del Poder democrático y social como aquel que encaja con ese objetivo, habremos señalado un posible camino de justificación de la imposición de obligaciones en el estado y en el ciudadano partiendo de la exaltación de los valores de la libertad y de la igualdad ¹¹. Justificación que luego sirva de modelo para comprobar si los mandatos contenidos en nuestra Constitución, pueden situarse en ella.

Una vez realizada la fundamentación estaremos en condiciones de replantearnos el problema de su concepto. Para ello se seguirá teniendo presente la distinción entre los campos de la Moral y del Derecho, que vuelve a cobrar importancia fundamental. Esta diferenciación es esencial para la comprensión del Derecho, sobre todo en lo que toca a las obligaciones jurídicas, ya que es respecto a ellas donde la posible confusión entre éstos ámbitos puede ser mayor. Las obligaciones suponen una parte importantísima dentro del Derecho y esta no es menor en el mundo Moral. No en vano Suarez señaló que no podía hablarse de verdadera ley si ésta no imponía cierta obligación, es decir, "cierta necesidad de obrar o de no obrar" ¹².

La parte segunda del trabajo tendrá como objetivo encontrar un concepto de obligación jurídica al que puedan ser recon-

¹¹Vid. Eusebio FERNANDEZ, La obediencia al Derecho, Civitas, Madrid 1987.

¹²Francisco SUAREZ, Las Leyes, trad. de J. R. Equillor, introd. de L. Vela Sánchez, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1967, lib. I, cap. XIV, p. 68.

Introducción

ducidas ciertas figuras contenidas en la Constitución. Para ello partiremos del sentido del término obligación contraponiéndolo al término deber.

El método que se seguirá en esta parte se diferencia del seguido en la primera. En aquella, no nos apoyábamos abiertamente en ningún autor o corriente específica, sino que seleccionábamos aquellos puntos que nos parecían convenientes para el desarrollo de nuestro esquema argumentativo. En esta parte si que vamos a partir de pensamientos de diversos autores bien para utilizarlos como punto de partida, bien como elementos importantes en la solución de ciertos problemas o bien para separarnos de ellos.

Se partirá del análisis del concepto de deber, que es determinante dentro de las teorías morales. El mundo moral, como ha señalado Bobbio, nace con la formulación, la imposición, la aplicación de mandatos o de prohibiciones, y por consiguiente, de obligaciones y de deberes ¹³. En este sentido, nos encontraremos con distintos planteamientos que harán difícil su caracterización. Se trata de una figura oscura, de complicada abarcabilidad y en la que se encuentran caracteres de distinto significado y origen. La elección del punto de partida, de un concepto que nos sirva para comenzar la investigación y que luego, llegado el caso, pueda ser modificado, es una elección individual que puede o no ser compartida y que condiciona los

¹³Norberto BOBBIO, Derechos del hombre y Filosofía de la historia, obra cit., p. 32.

Deberes y obligaciones en la Constitución

resultados de todo el trabajo en lo relativo a la parte conceptual. Esta elección, en el tema específico del deber, podría haberse guiado tomando algún planteamiento del mundo clásico, como el que desenvuelve el estoicismo, o más tarde el humanismo. Pero entiendo que ninguno de estos realiza una visión general y relativamente completa del sentido del deber, por la que se pueda determinar su aplicación a un ámbito específico del actuar humano.

Partiremos del concepto de deber kantiano por dos razones. La primera es que toda la teoría moral de este autor gira alrededor de este concepto e incluso se ha hablado de Kant como origen de la ética de los deberes. La segunda es su influencia en los estudios modernos y en los autores posteriores que se han ocupado de esta perspectiva. La elección de Kant, como punto de partida del análisis del concepto de deber, no va a condicionar de forma total las conclusiones del mismo. La construcción kantiana nos servirá como muestra de las líneas básicas sobre las cuales nos tendremos que mover en el estudio de esta figura, pero las conclusiones no van a tener que acomodarse irremediablemente a la concepción kantiana. Más bien, se intentará acomodar la concepción del deber a la fundamentación plasmada en la primera parte, de ahí que se pretenda enfocar el tratamiento del deber kantiano desde esa perspectiva.

Así se intentarán subrayar posibles diferencias entre el significado del deber y de la obligación, que luego puedan tener

Introducción

consecuencias interesantes en lo referente a las obligaciones jurídicas contenidas en la Constitución. Esto a su vez nos permitirá reconstruir un concepto del deber moral y de la obligación moral que sean apropiados para nuestra argumentación así como indagar o presentar una líneas mínimas que nos permitan identificar la obligación jurídica.

Con estas minúsculas notas sobre la obligación jurídica nos adentraremos ya en el estudio específico de la misma. Para ello partiremos también desde el significado que esta figura tiene dentro del Derecho continental europeo, aunque haremos referencia, en la medida en que sean útiles para nuestro estudio, a concepciones propias de otros sistemas o maneras de entender el Derecho.

Según Gavazzi, el problema de la comprensión de la obligación jurídica se concentra fundamentalmente en cuatro puntos: posibilidad y conveniencia de construir una noción suficientemente amplia que abarque todas sus diversas especies (moral, religiosa, jurídica); en su caso, caracteres diferenciadores de las distintas especies; que tipo de noción se debe adoptar de la obligación jurídica; y, por último, los tipos de obligación jurídica según los elementos que concurren en ella ¹⁴. Nosotros hemos partido de la conveniencia de distinguir esta situación de otras similares pertenecientes a ámbitos diferentes, señalando los puntos en los que podemos en basarnos. Así, nuestro trabajo

¹⁴vid. Giacomo GAVAZZI, L'Onere. Tra la libertà e l'obbligo, Giapichelli Editore, Torino 1970, p. 71, n. 1.

continuará señalando una noción de la que partir. Para ello, como ya hicimos en el análisis del concepto de deber, nos apoyaremos en la concepción que sobre las mismas tiene un autor determinado. En esta materia partiremos de Kelsen y de su concepto de obligación jurídica, que nos servirá para señalar algunas características fundamentales de esta figura, y nos permitirá plantearnos ciertos problemas que acompañan a la misma.

Partir de Kelsen para la consideración jurídica de la obligación supone tomar partido dentro de las diferentes formas de concebir el Derecho. Este autor elabora un concepto de obligación vinculado exclusivamente a la norma jurídica y centro del sistema. De ahí que esto signifique que el análisis de la obligación se va a hacer dentro del normativismo, lo que a su vez condicionará los resultados del mismo. Desde esta premisa, a la hora de enfrentarnos con el significado de la obligación jurídica, procederemos a estudiar las diferentes situaciones que pueden contemplarse en ella. Este estudio parece esencial en la determinación de su concepto, de ahí que, en la aproximación conceptual, le dediquemos una parte importante. Hasta el momento han sido varias las obras que han señalado la existencia de diferentes figuras dentro de un concepto genérico de 'deber' o de obligación jurídica. Pueden incluso señalarse dos líneas doctrinales, que, en líneas generales, corresponderían a los estudios anglosajones y a los estudios del Derecho europeo

Introducción

continental (y dentro de estos especialmente los alemanes y los italianos), que analizan estos términos desde postulados distintos, pero que pueden reconducirse e integrarse en determinadas conclusiones. En este trabajo intentaremos, una vez abandonado el término deber como definidor de situaciones jurídicas, reelaborar esos estudios, proponiendo el uso del término obligación jurídica, en la definición general de las situaciones jurídicas de sometimiento o de sujeción.

Con estos análisis estaremos ya en condiciones de señalar un concepto de la obligación desde la perspectiva jurídica, que nos permita examinar su presencia y significado dentro de la Constitución española, así como la adecuación de estos a los postulados indicados en la fundamentación.

La parte tercera del trabajo, tendrá este objetivo. En ella seguiremos el método empleado en la primera parte. No se partirá de un autor específico, o de una concepción determinada, salvo en temas puntuales, sino que se utilizarán opiniones diversas e incluso enfrentadas con el fin de construir una teoría general conforme a los objetivos originarios. La apoyatura en la jurisprudencia habrá de entenderse también dentro de esta línea.

Por otro lado, no se busca, dentro de esta parte, realizar un estudio detallado de todas y cada una de las figuras constitucionales que pueden encuadrarse dentro de nuestro concepto de obligación jurídica, sino señalar un determinado criterio general identificador que permita abarcar un sentido general de las mismas, y que pueda servir en adelante de punto de partida

Deberes y obligaciones en la Constitución

en el estudio particular de cada una de ellas.

Partiendo de distintos análisis que sobre el tema se han hecho, nos centraremos principalmente en tres obligaciones que constituyen las bases de las restantes y que son las que, en mayor grado, presentan una perspectiva importante relacionada con el ámbito de estudio en el que éste trabajo se enmarca. Estas obligaciones son las de organización del poder y defensa de las libertades, la promocional y la de obediencia ¹⁵. En el análisis de éstas, se intentará, dentro de cada una, proponer una justificación específica, acorde con la argumentación general ya desarrollada, y que, en cierta medida, sirva también de justificación a otras obligaciones. No obstante, se podrá observar que la existencia de estas obligaciones depende en muchos casos de la existencia de las otras. Así, la justificación se intentará presentar con un sentido global, con lo que no es extraño que frente a determinados análisis que se planteen sobre problemas específicos, esta justificación decaiga. En este sentido, los puntos que intentaremos desarrollar en relación con estas obligaciones serán: justificación ética, problemas e su consideración jurídica, y, significado y alcance de su plasmación en la Constitución. A cada una de ellas se intentará dar un sentido de unidad y de coherencia respecto a la primera parte. por otro lado, se intentará también acomodar el estudio a las

¹⁵Vid. al respecto Gregorio PECES-BARBA, Los deberes fundamentales, en *Doxa*, núm. 5, Alicante 1988, pp. 338 y 339.

Introducción

exigencias propias de la perspectiva jurídica. Dentro de este punto podremos observar como la atención a la justificación del poder no ha resultado ser ociosa sino que parece determinante en la clarificación del sentido y en la justificación de estas obligaciones.

Una vez realizado el estudio de estas tres obligaciones, pasaremos a analizar, de forma más superficial, el significado de las restantes obligaciones, desde las que tienen mayor relevancia en la configuración del Estado, hasta las que son derivación de otras pero que encuentran plasmación en nuestro texto constitucional. En este análisis, no se atenderá de forma específica a la fundamentación, que debe entenderse en relación con la desarrollada respecto a las primeras obligaciones o con alguno de los puntos pertenecientes a la propuesta fundamentadora.

Se observará que no hacemos tratamiento detallado de problemas claramente conectados con el ámbito de estudio al que este trabajo pertenece, tales como los relativos a la objeción de conciencia, o a la llamada objeción fiscal. Esta falta puede que incluso se predique de toda la obra. Pero como ya señalé al principio, el objetivo que se ha tenido es la presentación de una posible teoría general, aún siendo consciente de dejar abiertos problemas que se refieren a puntos específicos, de los que sólo se apuntarán unas breves líneas directrices en concordancia con el planteamiento general del trabajo. Por otro lado, un estudio detallado de todos y cada uno, o incluso de algunos,

Deberes y obligaciones en la Constitución

de los problemas que acompañan a las obligaciones jurídicas contenidas en la Constitución, harían este trabajo interminable y nos obligaría a entrar en parcelas de conocimiento sobre el Derecho ajenas a las de la filosofía jurídica.

Introducción

PARTE PRIMERA

PROPUESTA FUNDAMENTADORA

CAPITULO PRIMERO. LA COMUNICACION Y EL DIALOGO INTERSUBJETIVO

INTRODUCCION

El fundamento de las obligaciones jurídicas ha sido planteado desde posiciones diversas. No es extraño así que Bentham escribiese al respecto: "Los juristas en general no han sabido qué fundamento dar a la obligación. Pregúntales ¿cual es el principio de ella? y verás como las nubes y las tinieblas se condensan a tu vista: te hablarán de la voluntad divina, de la ley de la naturaleza, del fuero interno, del cuasicontrato..."¹.

¿Por qué se habla de deberes y obligaciones jurídicas fundamentales?. ¿De donde provienen?. ¿Son fruto del capricho del monarca o del legislador?. ¿Tienen una fuente distinta y previa al Derecho?.

El hablar de deberes y obligaciones invita a realizar estas preguntas y más, si añadimos los adjetivos de "fundamentales", "superiores" o "básicas". Preguntar por qué, significa buscar una justificación o una excusa y esta búsqueda nos introduce en el terreno de la ética. Por otro lado, justificar una acción "quiere decir que ésta no constituye inmoralidad alguna, mientras que excusarla, por el contrario, significa reconocer en

¹Jeremías BENTHAM, Tratado de legislación civil y penal, edic. prep. por M. Rodríguez Gil, Editora Nacional, Madrid 1981, p. 476.

ella su incorrección, aunque por las particulares circunstancias que rodean al caso se exima al agente de cualquier reprimenda moral o jurídica" ². El sentido en el que voy a plantear ésta fundamentación se mueve entre éstos dos conceptos, y si bien utilizaré el término justificación esto no debe ser entendido como una decantación hacia éste. Así, el propósito de éste apartado consiste principalmente en hacer una reflexión que pueda justificar o fundamentar lo que comunmente se denominan deberes jurídicos fundamentales o deberes constitucionales, y que desde ésta posición, como ya he dicho en la introducción, se prefiere calificar como obligaciones jurídicas básicas.

La fundamentación o justificación nos lleva a tomar como guía determinadas concepciones y teorías, por lo que los resultados de éste proceso van a ser siempre relativos ³. Por otro lado, partiré de la constatación de unas normas, y de ella, a través de un determinado tipo de argumentación, propondré una

²J. F. MALEM SEÑA, Concepto y justificación de la desobediencia civil, Ariel, Barcelona 1988, p. 127.

³Vid. E. PATTARO, Reflexiones sobre el pluralismo ético, trad. de G. Peces-Barba, A. Llamas y R. de Asís, en Anuario de Derechos Humanos num. 5, Universidad Complutense, Madrid 1988, p 401. Como escribe Ernst TUGENDHAT, "el filosofar consiste en trazar líneas, en delimitaciones. La línea puede trazarse así o asá. Una vez la trazamos de una determinada forma, ponemos expresamente juntas algunas cosas y las separamos expresamente de otras con respecto a como estaban antes". Problemas de la Etica, trad. de J. Vigil, Crítica, Barcelona 1988, p. 75.

Deberes y obligaciones en la Constitución

justificación ⁴. No se trata de presentar argumentaciones o concepciones con las que podamos llegar a una serie de valores y deberes, sino que a partir de la constatación de la existencia de esos valores y deberes, o de esas obligaciones dentro del Ordenamiento jurídico, se va a pretender elaborar una argumentación moral que los justifique ⁵. No se busca llegar a aquello que es bueno sino más bien el justificar la presencia de unas determinadas normas en el Ordenamiento jurídico, que van a funcionar en la argumentación como lo "bueno".

De aquí, se deriva otro condicionante que, al igual que el anterior, relativiza los resultados de toda la argumentación, y que no es otro que la situación en la que este trabajo se encuadra. En lo referente a las obligaciones jurídicas básicas, y sobre todo en cuanto a su fundamentación, soy consciente de la limitación que el profesor Peces-Barba señala en su Introducción a la Filosofía del Derecho, cuando se plantea un concepto del Derecho: "El concepto del Derecho que podremos deducir está pues

⁴De ahí que esta justificación no encuadre de forma perfecta en ninguno de los tres sentidos que Riccardo GUASTINI señala al término justificar. Esto es, el sentido fuerte y valorativo, en el que se aducen buenas razones y argumentos fundados. El sentido fuerte pero descriptivo, en el que se aducen razones persuasivas para una determinada comunidad. Y el sentido débil y descriptivo, en el que se aducen razones y argumentos sin tener en cuenta si han sucedido o si son consistentes. Vid. *Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico*, en *Etica e Diritto*, a cura di L. Gianformaggio e E. Lecaldano, Laterza, Roma-Bari 1986, pp. 173 y 174.

⁵Entiendo con APEL que "la voluntad de argumentar... es condición trascendental de posibilidad de toda discusión sobre condiciones empíricas aceptadas hipotéticamente". *La Transformación de la Filosofía*, Tomo II, trad. de A. Cortina, J. Chamorro y J. Conill, Taurus, Madrid 1985.



relativamente vinculado a esa cultura moderna, democrática, europea y atlántica, sin que se pueda aplicar plenamente a otras situaciones sociales y culturales como las del mundo islámico, o las de los países africanos y asiáticos que obedecen a otras pautas culturales" ⁶. En este sentido, la justificación va a proponer un determinado modo de explicar el por qué de la presencia de obligaciones, pero sobre todo, nos va a permitir presentar un esquema ideal de las mismas que pueda servir de modelo de crítica.

La fundamentación de las obligaciones jurídicas básicas se va a realizar a partir de la fundamentación de determinados valores. Y esto porque los valores van a suponer la concepción de ciertas pretensiones, necesidades y obligaciones como algo bueno, bien para el hombre individual o bien para el hombre en sus relaciones con los otros. En este sentido, no se va a dar preminencia en general a las pretensiones y necesidades sobre las obligaciones. La mayor importancia podrá observarse en cada caso concreto.

La justificación de los valores, de ciertos estados como algo bueno, permitirá justificar su defensa y su derivación en pretensiones, necesidades y obligaciones justificadas.

Así, esta primera parte del trabajo va a referirse de forma

⁶Gregorio PECES-BARBA, Introducción al Filosofía del Derecho, Debate, Madrid 1983, p. 87. En sentido parecido se expresa Miguel REALE cuando escribe: "As filosofias, ou, por melhor dizer, as correntes filosóficas, nao surgem por acaso, nem constituem produto de elocubraco'es mentais solitárias, divorciadas da sociedade...". Pluralismo e liberdade, Edicao Saraiva, Sao Paulo 1963, p. 15.

Deberes y obligaciones en la Constitución

general a los valores sobre los cuales puede fundamentarse el reconocimiento jurídico de las pretensiones, necesidades y de las obligaciones. La fundamentación de las obligaciones en cada uno de sus significados será dejada para más adelante, señalándose, en todo caso, que la misma tendrá que ir siempre referida, al menos en un primer momento, a los valores.

En este sentido los valores superiores reconocidos en la Constitución van a ser entendidos como presupuestos de la argumentación, no sólo como los términos bueno o malo funcionan en las argumentaciones éticas ⁷, sino también como lo bueno tanto en sentido técnico (bueno para algo), como pragmático (bueno para alguien), como ético (bueno para cada cual) ⁸. El tomar como referencia los valores superiores supone concebir a éstos como posible fundamento de todas aquellas situaciones que dentro del Ordenamiento son concebidas como fundamentales por su directa relación con la dignidad humana, tanto en su dimensión

⁷Y ésto lo hago no sólo por la idea de imposibilidad de proceder de otra forma sin caer en trascendentalismo sino porque como expresa PECES-BARBA: "Los valores superiores se basan en el acuerdo mayoritario, que a través de la Constitución se produce entre los ciudadanos españoles" (Los valores superiores, Tecnos, Madrid 1984, p. 107). Y además, "son expresión de la moralidad mayoritariamente aceptada en el ámbito cultural y en el momento histórico, en el que se sitúa nuestra Constitución, y son también expresión máxima de la decisión política de España como Estado social y democrático de Derecho" (Los valores superiores, obra cit., p. 42). Con ello dejamos a un lado las consideraciones de F. LAPORTA, quien entiende que no pueden hacerse compatibles los juicios morales deónticos y los juicios morales axiológicos. Vid. Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, Debate, Madrid 1989, pp. 206 y ss.

⁸Vid. en éste sentido Otfried HÖFFE, Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia, trad. Jorge M. Seña, Alfa, Barcelona 1988, p. 120.

estrictamente individual como comunitaria ⁹. Como ha señalado Luciano Parejo, "los valores superiores proclamados en el artículo 1.1, junto con las notas características del Estado asimismo establecidas en dicho precepto, expresan emblemáticamente los contenidos últimos más esenciales del ordenamiento constitucional, a los que -por tanto- todas las demás, en orden de corrección progresiva, pueden y deben referirse" ¹⁰.

La justificación de los valores superiores servirá de primera justificación al sistema jurídico, y por tanto, también a las obligaciones jurídicas básicas que éste señala ¹¹. El sistema jurídico como conjunto de normas que regulan la convivencia entre los hombres, impone una serie de obligaciones sin las que no sería posible la misma. Incluso muchas de estas obligaciones vienen expresadas en forma de derechos. Justificar el sistema, supone señalar un camino que permita a su vez

⁹Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid 1981, p. 97. Para A. FERNANDEZ GALIANO, "lo específico de los derechos humanos, su fundamento...", está en que lo protegido por ellos es un valor, a diferencia de los demás derechos, que protegen intereses...". Carta al profesor Javier Muguerza, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, Debate, Madrid 1989, p. 165.

¹⁰Luciano PAREJO ALFONSO, Los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Libro Homenaje al prof. J. L. Villar Palasí, Civitas, Madrid 1989, pp. 959 y 960.

¹¹También servirá de justificación de los derechos fundamentales. La relación entre derechos fundamentales y obligaciones básicas es importantísima. Vid. en este sentido Hector GROS ESPIEL, Estudios sobre derechos humanos, Civitas, Madrid 1988, p. 321. Por su parte Luciano PAREJO ha puesto de relieve la relación entre valores y notas definitorias del Estado. Así, escribe: "Esa correspondencia no es otra que la del principio 'democrático' con el valor 'pluralismo político', la del principio 'Estado de Derecho' con el valor 'libertad' y la del principio 'Estado Social' con el valor 'igualdad'...". Estado Social y Administración Pública, Civitas, Madrid 1983, p. 65.

justificar determinadas situaciones y dejar a un lado otras.

En este sentido, la justificación se va a centrar en tres obligaciones que son los pilares básicos de nuestro sistema y a las que vamos a denominar "obligaciones superiores materiales". Estas obligaciones son la de obediencia, la de organización del poder y defensa de las libertades y la promocional. A su vez, estas serán fundamento de otras obligaciones recogidas en el texto constitucional español. El proceso de argumentación comenzará así proclamando una serie de presupuestos que los hombres entienden como necesarios y que se apoyan en la consideración de la dignidad del hombre. Más adelante se confrontarán estos presupuestos con la necesidad de regular la convivencia social por medio del Derecho, para terminar contemplando las obligaciones que parecen necesarias para la realización de los presupuestos.

Para todo ello voy a tener presente que, como expresa Habermas, la filosofía "ya no está en posesión de verdades metafísicas. Se encuentra casi tan sometida como las ciencias a la falibilidad de un proceso de investigación que se da sobre el inseguro suelo de una argumentación que no está nunca libre de revisiones" ¹². Pero aún así, siempre que se intenta justificar o fundamentar algo, nos apoyamos en unos valores últimos difícilmente explicables de forma racional, por lo que la pregunta

¹²J. HABERMAS, Ensayos políticos, trad. de R. García Cotarelo, Península, Barcelona 1980, p. 31.

definitiva del por qué puede quedar abierta ¹³.

Parto de la existencia, aun conociendo todas las dificultades y todas las posibles contradicciones, de una **base moral común** que, como expresa Adela Cortina, se mueve en el reconocimiento de la dignidad del hombre y de sus pretensiones y deberes ¹⁴, y de la que los valores superiores son expresión. La dignidad humana es entendida aquí como "la realidad valiosa del hombre como persona, que exige el respeto de esa autonomía y libertad, que pueden sin embargo ser condicionadas en razón de la socialidad del hombre" ¹⁵. Se trata quizás de un presupuesto metodológico, pero no creo que deba ser considerado como un a priori, porque como veremos, la base moral puede llegar a ser comprobada de forma relativa, incluso empíricamente ¹⁶.

¹³Vid. NOWELL-SMITH, Ética, trad. de G. Gutierrez López, Estella 1977, p. 336.

¹⁴A. CORTINA, Ética Mínima, prol. de J. L. Aranguren, Tecnos, Madrid 1986, p. 31. En ésta misma idea se puede citar a Elías DIAZ cuando escribe: "Quiere esto decir que existe una normatividad ética (quizás mínima, pero fundamental) que no es simple internalización de las normas sociales ya impuestas...". Sociología y Filosofía del Derecho, Taurus, Madrid 1984, p. 36. Vid. en éste sentido: Jacques MARITAIN, El Hombre y el Estado, trad. de J. M. Palacios, Fundación Humanismo y Democracia y Ediciones Encuentro, Madrid 1983, p. 93; Gregorio PECES-BARBA, El desarrollo político como desarrollo humano, en Libertad, Poder y Socialismo, Civitas, Madrid 1978, p. 98; NOWELL-SMITH, Ética, obra cit., p. 32.

¹⁵Nicolas M. LOPEZ CALERA, Introducción al estudio del Derecho, Granada 1987, p. 311.

¹⁶En opinión de Max SCHELER, "designamos como a priori todas aquellas unidades significativas ideales y las proposiciones que, prescindiendo de toda clase de posición de los sujetos que las piensan y de su real configuración natural, y prescindiendo de toda índole de posición de un objeto sobre que sean aplicables, llegan a ser dadas por sí mismas en el contenido de una intuición inmediata". Ética, Tomo I, trad. H. Rodríguez Sanz, Revista de Occidente, Buenos Aires 1948, p. 83. Así, creo que la base moral común de la

Deberes y obligaciones en la Constitución

Esta base moral común corresponde a un determinado momento histórico y se sitúa en un contexto espacial también determinado, con lo que no hacemos más que recalcar el carácter relativo de la fundamentación, que ya anunciamos en un principio. Si nos acercásemos a aquellos textos que se publican sobre esta materia, no ya en el ámbito del pensamiento sino también en el Derecho positivo, dentro del contexto en el que nos encontramos, se podría llegar a esta constatación empírica. Al fin y al cabo, **la base moral común va a implicar consenso histórico evolutivo**, que es un criterio no absoluto y susceptible de comprobación empírica ¹⁷. En definitiva pues, es posible hablar de una creencia cuasi unánime por la que los hombres luchan, y que supone "la consideración de todos los hombres como hombres libres, dignos y respetables", y aún más, la "consideración de la situación y de las condiciones en que esa libertad tiene que desarrollarse" ¹⁸.

que hablo, no constituye un a priori en éste sentido, ya que en un determinado contexto espacial y temporal en el que nos situamos ésta base puede ser comprobada. Pero de todas formas tampoco puede hablarse de un a priori independiente de la posición de los sujetos. Y esto no está en contradicción con la posible aceptación de propuestas intuitivas en la comunicación intersubjetiva, como veremos más adelante.

¹⁷"Con el argumento del consenso se sustituye la prueba de la objetividad -considerada imposible o extremadamente incierta- por la de la intersubjetividad. Ciertamente, se trata de un fundamento histórico y, como tal, no absoluto: pero el histórico del consenso es el único fundamento que puede ser probado factualmente". N. BOBBIO, Presente y porvenir de los derechos humanos, trad. de A. Ruiz Miguel, Anuario de Derechos Humanos, num. 1, Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 11.

¹⁸Gregorio PECES-BARBA, El desarrollo político como desarrollo humano, obra cit., p. 92.

La comunicación y el diálogo intersubjetivo

La justificación y constatación de esa base moral común nos va a permitir entender que existen unas obligaciones, que tienen como titular al Estado, de organizar y defender las libertades de los hombres y de promover, remover y facilitar su disfrute efectivo y real por todos. Así mismo, va a apoyar la tesis que frente a un sistema que recoge esas obligaciones puede ser justificada la imposición de una obligación de obediencia de los ciudadanos y de los poderes públicos, y, con ella, de una serie de obligaciones sin las cuales no sería pensable esa actuación del Estado ni su misma configuración.

Dos aclaraciones son necesarias en este punto. En primer lugar, la comprobación empírica de la base moral, no tiene por qué significar que nos hallamos en una dirección "moralmente adecuada", aunque puede, eso sí, adaptarse a un determinado criterio. En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, se deben evitar, en ésta argumentación, conclusiones conformistas y estáticas de la moral. Como expresa Alessandro Baratta, la constatación sociológica de los valores puede ser válida como indicio y como criterio integrativo pero nunca exclusivo, ya que con éste se caería "en una visión conformista y estática de la moral, según la cual las valoraciones éticas consolidadas en un grupo son a priori más justificadas que aquellas, asimismo contrastadas eventualmente, adoptadas por el hombre individual

Deberes y obligaciones en la Constitución

o por una parte minoritaria del grupo" ¹⁹.

Por otro lado, la presentación de esta base moral común y el intento de justificarla en el pasado y en el futuro va a partir también de dos tipos de consideraciones. La primera, que ya es presentada por Platón en boca del extranjero de Elea y que luego será recogida y destacada con más fuerza por Aristóteles, es la consideración del hombre como ser eminentemente social ²⁰, que va a determinar irremediablemente la existencia de obligaciones entre los hombres. La segunda es la consideración del hombre como ser egoísta (o al menos medianamente egoísta) ²¹.

Y estas consideraciones van a unirse a determinados hechos que se producen en la historia y en el presente y que van a caracterizar también los resultados del diálogo, como son la

¹⁹Alessandro BARATTA, Su alcuni significati di 'Dover essere' nell'analisi dell'esperienza normativa, en Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza, Milano 1968, p. 44, nota 13.

²⁰Vid. PLATON, El político, trad. de A. González Laso, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1955, p. 30; ARISTOTELES, Política, ed. bilingüe y trad. de J. Marías y M. Arango, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1951, pp. 3 y 78. Vid. también BURLAMAQUI, Principes du Droit Naturel, Chez Barrillot & Fils, Geneve 1748, reimpresión en Georg Olms Verlag, Hildesheim. Zurich. New York 1984, Seconde Partie, cap. IV, p. 62.

²¹Esta idea se halla ya en S. PABLO, vid. Sagrada Biblia, trad. de J. M. Boner y F. Cantera Burgos, B.A.C., Madrid 1957, pp. 1463 y ss. Según Alasdair MACINTYRE: "Cada uno de nosotros está acostumbrado a verse a sí mismo como un agente moral autónomo; pero cada uno de nosotros se somete a modos prácticos, estéticos o burocráticos, que nos envuelven en relaciones manipuladoras con los demás. Intentando proteger la autonomía, cuyo precio tenemos bien presente, aspiramos a no ser manipulados por los demás; buscando encarnar nuestros principios y posturas en el mundo práctico, no hallamos manera de hacerlo excepto dirigiendo a los demás con los modos de relación fuertemente manipuladores a que cada uno de nosotros aspira a resistirse en el propio caso". Tras la virtud, trad. de A. Valcárcel, Editorial Crítica, Barcelona 1987, p. 94.

escasez de recursos o la pertenencia de los individuos a áreas geográficas determinadas, a las que ya hemos hecho alusión. Junto a estas dos notas, pueden citarse también los datos que señala Hart como pertenecientes al carácter del hombre y de los que deriva la exigencia de un contenido mínimo de Derecho natural en el Derecho positivo: vulnerabilidad humana, igualdad aproximada, altruismo limitado, recursos limitados y comprensión y fuerza de voluntad limitadas ²².

Este consenso mínimo moral nos va a permitir, como ya hemos dicho, justificar el sistema y con él, de forma principal, las obligaciones que aquí se llamarán superiores, como son las del Estado en relación a la libertad y la igualdad, y la de obediencia de ciudadanos y poderes públicos. Los rasgos de la justificación, no permitirán el realizar una justificación absoluta de las mismas, por lo que frente a ella se podrán plantear argumentaciones que la debiliten. Y estas crecerán respecto a las restantes obligaciones jurídicas, derivadas, en cuanto a su justificación y en la mayoría de los casos, de estas obligaciones superiores. La argumentación, por ejemplo, puede justificar relativamente la obediencia al Derecho, e incluso la obligación de defensa a la Patria, pero difícilmente podrá dar razones morales que justifiquen, por ejemplo, una posible obligación de cumplimiento del servicio militar.

En éste punto surgen otras preguntas: ¿cómo se puede justi-

²²vid. H. L. A. HART, El concepto de Derecho, trad. de Genaro R. Carrió, Editora Nacional, México 1980, pp. 241 y ss.

ficar esa base moral?. ¿Cómo se llega a ella?. La propuesta que aquí se propugna consiste en fundamentar ésta base moral a través del diálogo, de la comunicación ²³. Diálogo intersubjetivo, es decir, diálogo entre todos los hombres, que va a resaltar un conjunto de valores y en el que van a confluír, principalmente, la razón, el consenso y la historia ²⁴. Esta comunicación constituye seguramente un elemento ideal del que no es posible deducir unos valores -ya veremos como esta dificultad se disminuye al tener la comunicación, como una de sus notas distintivas, carácter histórico-, pero si me parece útil para justificar a éstos cuando ya están formulados, y para proponer un procedimiento que permita su revisión, evitando su estancamiento ²⁵.

²³ Como escribe Antonio E. PEREZ LUÑO: "...la utopía filosófica de una sociedad plenamente libre y democrática, que halla su plasmación concreta en la entera satisfacción de sus necesidades radicales, no creo que pueda concebirse al margen de una comunicación intersubjetiva libre y racional, es decir, basada en una búsqueda libre y racional de la verdad". Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid 1984, p. 172. Sobre la búsqueda de deberes intersubjetivos por medio del diálogo intersubjetivo vid. Nicolás M. LOPEZ CALERA, La democratización moral del Derecho, en Derecho y Moral, Anales de la Cátedra F. Suarez, num. 28, Granada 1988, p. 230.

²⁴ Entre los clásicos es ya importante el valor de la conversación. Así SOCRATES, hablando al extranjero de Elea, le propone "reanudar el conocimiento por medio de la conversación". Vid. PLATON, El Político, obra cit., p. 3.

²⁵ En este sentido salvaríamos la crítica que realizan Robert E. DOWSE y John A. HUGHES al consenso de valores: "La noción de consenso sobre valores y normas es decisiva en esta teoría para explicar el orden y la cohesión sociales, pero resulta difícil intentar explicar como apareció en una sociedad concreta un sistema particular de valores y normas". Sociología política, trad. de J. M. Rolland Quintanilla, Alianza Editorial, Madrid 1975, p. 66. Este impedimento puede ser superado de forma relativa por el estudio histórico.

La comunicación y el diálogo intersubjetivo

Esta ética comunicativa es una ética de mínimos por la que podemos llegar a la justificación de valores o sistemas normativos generales, sin que nos sirva para justificar determinados problemas puntuales que se presentan en la convivencia humana. Por otro lado, los autores que se han apoyado en este tipo de argumentación lo han hecho con el objetivo de alcanzar, sin ningún tipo de prejuicio, aquello que pueda ser considerado como bueno o malo. Nosotros, utilizaremos la argumentación comunicativa, al revés, esto es, para justificar a posteriori principios ya existentes.

La comunicación constituye uno de los rasgos propios de la humanidad junto con el de la capacidad de proponerse algún fin ²⁶. Su importancia está reflejada ya en los orígenes del cristianismo, en la confusión de lenguas que se produce a raíz de la construcción de la Torre de Babel, y que provoca la paralización de las mismas ²⁷.

El diálogo está presidido por el respeto entre los hombres, en él se contemplan éstos como fines y nunca como medios

²⁶Para Kant, la humanidad como fomento de la benevolencia es un deber condicionado, que "puede situarse en la facultad y voluntad de comunicarse entre sí los sentimientos, o simplemente en la receptividad para el sentimiento común de alegría o de dolor, que da la naturaleza misma". Sólo será obligatoria en el primer sentido. Vid. KANT, Metafísica de las costumbres, est. prel. de A. Cortina Orts, trad. y notas de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Tecnos, Madrid 1989, pp. 328 y 245. Hay traducción parcial de F. González Vicen, Introducción al Derecho, Colección Civitas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1954, que corresponde a la Introducción a la Metafísica de las Costumbres (pp. 13 a 54 de la traducción que aquí se emplea).

²⁷Vid. Génesis 11, 1-10.

Deberes y obligaciones en la Constitución

²⁸. Como escribe Macintyre: "Tratar a cualquiera como fin en sí mismo es ofrecerle lo que yo estimo buenas razones para actuar de una forma más que de otra, pero dejándole evaluar esas razones. Es no querer influir en otro excepto por razones que el otro juzge buenas. Es apelar a criterios impersonales de validez que cada agente racional debe someter a su propio juicio. Por contra, tratar a alguien como medio es intentar hacer de él o de ella un instrumento para mis propósitos aduciendo cualquier influencia o consideración que resulte de hecho eficaz en esta o aquella ocasión" ²⁹.

En resumen, esta comunicación, esta justificación por el diálogo intersubjetivo, va a permitir presentar una posible vía fundamentadora de los valores y obligaciones positivadas ³⁰ y proponer unos medios que hagan más autónoma su evolución ³¹. Si

²⁸Según KANT constituye un deber del hombre "proponerse como fin al hombre en general". La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 250. En este sentido, J. MUGUERZA parece exigir como condición de la consideración de sujeto moral el ser tratado como fin en sí mismo. Vid. La alternativa del disenso, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., p. 49.

²⁹Alasdair MACINTYRE, Tras la virtud, obra cit., p. 41.

³⁰El propio RAWLS, parece participar de la idea de la importancia de la comunicación cuando escribe: "From the standpoint of moral philosophy, the best account of a person's sense of justice is not the one which fits his judgments prior to his examining any conception of justice, but rather the one which matches his judgments in reflective equilibrium". A theory of justice, Oxford University Press, 1971, p. 48. Hay trad. al castellano de M. D. Gonzalez Soler, Fondo de Cultura Económica, México 1978. A mi entender el "equilibrio reflexivo" es una situación que no puede darse sin el diálogo.

³¹Entendida la autonomía no como ejercida por individuos aislados, sino como realizable a través de diálogos intersubjetivos. A. CORTINA, Ética Mínima, obra cit., p. 35. No entiendo, pues, autonomía en el sentido de

bien la justificación no impide su incumplimiento ni la justificación del mismo, si es adecuada para, como expresa Sergio Cotta, dar unas razones sólidas, que deberán ser refutadas, y que permitan valorar la transgresión, "incluso por quien la comete, como un acto no indiferente ni, por supuesto, lícito, sino ilícito, si bien materialmente posible" ³².

En la justificación intentaremos cumplir los requisitos que señala Cotta para estar fundada y ser susceptible de aceptación:

1. Demostrar que "el comportamiento prescrito es realmente posible".
2. "Traspasar el nivel de la simple verificación de la eficacia de la norma". Si bien esto, en contra de lo que piensa Cotta, es matizable ya que una norma que impone una obligación que es siempre incumplida, pierde la consideración de norma.
3. Emplear premisas que puedan ser justificadas. Yo añadiría, justificadas en sentido amplio y no sólo racionalmente.
4. "Valer para todos los miembros del mismo universo lógico".
5. Probar que "el comportamiento prescrito, positiva o negati-

SCHELER (vid. Ética, tomo II, obra cit., pp. 297 y ss.). Si bien creo que es posible reconducir la autonomía en sentido kantiano con la autonomía de la que habla Scheler, y ello precisamente mediante la comunicación intersubjetiva, huyendo, claro ésta, del objetivismo moral al que llegan algunos autores inmersos en éstas teorías.

³²Sergio COTTA, Justificación y obligatoriedad de las normas, trad. A. Fernández Galiano, C.E.U.R.A., Madrid 1987, p. 25.

vamente, es aprobable" ³³.

Las páginas siguientes tratarán de acomodarse a estos requisitos.

LA COMUNICACION Y EL DIALOGO

El hecho de buscar una justificación exige plantearse la comunidad de diálogo, ya que toda justificación tiene pretensiones de universalidad ³⁴ y ésta no se puede dar sin diálogo. Como escribe Perroux: "Se designa sumaria y exteriormente al diálogo como un intercambio de palabras libres y una acción libre. Se intercambian palabras portadoras de imágenes, ideas, conceptos, juicios. Ambos sujetos toman una y otra vez la iniciativa; cada uno de ellos tiene la capacidad o la facultad de decir y contradecir" ³⁵.

La exposición de criterios de fundamentación necesita expresarse ³⁶, para cumplir sus verdaderos fines, a través del lenguaje, que no es más que una convención humana que se mueve en

³³Sergio COTTA, Justificación y obligatoriedad de las normas, obra cit., pp. 64 y 65.

³⁴Vid. Benito de CASTRO CID, La fundamentación de los derechos humanos, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., p. 123.

³⁵François PERROUX, Prefacio del tomo I de las Obras completas de Karl Marx, Bibliothèque de la Pléiade, 1963, p. XXIV.

³⁶Vid. en este sentido KANT, Comienzo presunto de la Historia humana, en Filosofía de la Historia, pról. y trad. de E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, México 1981, p. 70.

La comunicación y el diálogo intersubjetivo

el ámbito de la comunidad de comunicación ³⁷. Desde el momento que nos planteamos una fundamentación debemos ser conscientes que estamos situados ya en una comunidad de comunicación ³⁸. Por esto una de las formas de justificar y fundamentar unos valores y unos deberes es por medio del diálogo. Podemos decir con Perroux que "el diálogo implica que la comunicación es posible", así, el "dinamismo del diálogo es doble: procede de la espontaneidad del espíritu que dice y contradice; se alimenta con la inagotable riqueza de los valores. Jamás el diálogo se confunde con una praxis que llegase a hacer de una verdad una contraverdad, de una injusticia una justicia" ³⁹.

Esta comunidad de comunicación no responde al tipo de co-

³⁷Vid. Luigi BAGOLINI, Mito, potere e dialogo, Il Mulino, Bologna 1967, p. 56.

³⁸Karl Otto APEL, La Transformación de la Filosofía, trad. de A. Cortina, J. Chamorro y J. Conill, Taurus, Madrid 1986, T. II, pp. 211 y 212. Entiendo que esta comunidad de comunicación tiene muchos puntos en común, señalando que nos hallamos en el ámbito moral, con la comunidad de vida de la que habla SCHELER en los siguientes términos: "Aquella unidad social que se constituye en un con-vivir y re-vivir (consentir co-apetecer, co-pensar, co-juzgar), de tal índole, que tiene lugar, si, un comprender en los miembros de la unidad social (lo que constituye la divisoria con la masa), pero no un comprender que preceda como acto separado al convivir, más un comprender tan sólo que se realiza en el convivir mismo; no es un comprender particular, en cuyos actos de realización, se con-viviere el yo individual de cada uno como punto de partida de esos actos, ni mucho menos se objetivare de algún modo al ser ajeno (lo que la separa de la sociedad)". Ética, obra cit., tomo II, pp. 332 y 333. Pero a mi entender, la proposición individual si que tiene cabida como principio de la argumentación, no como final. Por otro lado, a la objetivación (de la que se huye en ésta argumentación dentro del plano moral), podemos acercarnos con todas las salvedades que en ésta propuesta se especifican partiendo de un determinado aporte individual, por la vía del consenso. No obstante, quizás tenga razón Scheler si no extrapolase ésta consideración del plano moral y si no desembocase en el reconocimiento de valores objetivos.

³⁹François PERROUX, Prefacio del Tomo I de las Obras completas de Karl Marx, obra cit., p. XXIV.

Deberes y obligaciones en la Constitución

munidad en sentido real y estricto; en este sentido se refiere más al aspecto de la comunicación igual, aunque su fin se acerca a la representación de la ciudad ideal de Platón, donde sí entraría el concepto comunidad en el sentido real y estricto ⁴⁰.

En el diálogo van a destacar tres elementos: razón, consenso e historia, que se van a relacionar y matizar entre ellos.

A. EL PAPEL DE LA RAZON EN EL DIALOGO INTERSUBJETIVO

A.1. Razón comunicativa

La razón es entendida como instrumento de conocimiento. Como dice Nino, "en la filosofía moral contemporánea hay acuerdo en que la razón tiene un papel relevante en el discurso moral" ⁴¹. Pero la razón no tiene que sobrevalorarse como hacen determinadas corrientes.

Al destacar el papel de la razón, no hablamos sólo de razón individual; los resultados de la argumentación siempre tendrán pretensión de expresarse, con lo que entrarían en escena la

⁴⁰Vid. PLATON, Las Leyes, versión española de F. Cervera San Felipe, vol. I, Editorial Iberia, Barcelona 1962, p. 159. Vid. también esta idea en el pensamiento de SOCRATES, en PLATON, La República, ed. bilingüe por J. M. Pabón y M. Fernández Galiano, vol. III, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1949, p. 49.

⁴¹Carlos Santiago NINO, Introducción al análisis del Derecho, Ariel, Barcelona 1983, p. 379.

comunidad y el lenguaje ⁴², entendidos no ya como medio de comunicación, sino impregnados de unas condiciones de voluntad de comprensión. Así pues, la razón de la que hablamos es, sobre todo, razón comunicativa que va a poder llegar a ser "razón legitimada". Se trata de una razón que se comunica y que por el diálogo se interinfluye con otros con lo que se puede llegar a una especie de racionalidad común ⁴³, de ahí que hablemos de **racionalidad legitimada**. Pero es preciso entender ésta razón no como razón verdadera y natural, sino como aquella que puede aproximarse casi definitivamente a una racionalidad universal, en el sentido de ser expresión de lo que podríamos llamar razón mayoritaria, con lo que no se quiere decir que sea la mejor, ni que se deba imponer.

Para conseguir aproximarse a éste tipo de razón es necesario presuponer también la comunidad de diálogo, en donde "cada individuo acepta de antemano la argumentación pública como explicitación de todos los criterios posibles de validez y, por tanto, también la formación de la voluntad" ⁴⁴. Esta razón, a

⁴²"Hoy en día mostraríamos sin dificultad al pensamiento solitario, que se crea obligado a mantener el solipsismo metódico, que ya presupone un juego lingüístico público incluso con los argumentos que para él mismo deben tener validez". Karl Otto APEL, La Transformación de la Filosofía, obra cit., p. 301.

⁴³"...la posibilidad de un auténtico diálogo entre distintos sistemas racionales supone el abandono del dogmatismo por parte de cada uno de ellos, y la inserción en un sistema más amplio que permite reconocer la propia capacidad racional de justificación de datos y comparar con los de los restantes sistemas". A. CORTINA, Ética Mínima, obra cit., p. 233.

⁴⁴Karl Otto APEL, La Transformación de la Filosofía, obra cit., pp. 404 y 405. Vid. también Luigi BAGOLINI, Mito, potere e dialogo, obra cit., p. 76.

Deberes y obligaciones en la Constitución

parte de situarse en un momento histórico como luego veremos, ha de relacionarse y confrontarse críticamente con la lógica (aunque sea la lógica informal) y con las ciencias naturales y sociales. Con la primera confrontación se podrá observar el grado de coherencia o incoherencia de las argumentaciones; con la segunda se podrán observar sus "concordancias y discordancias con la realidad empírica" ⁴⁵.

La importancia de la ciencia en la reflexión moral es evidente, las "innovaciones tecnológicas de cualquier magnitud hacen a menudo difícil, si no imposible, la continuación de los modos acostumbrados de conducta; y pueden producir formas de vida incongruentes con los ideales morales tradicionales" ⁴⁶. Así, toda argumentación sobre valores, pretensiones y deberes, debe tener en cuenta la situación de la ciencia y además, en muchos momentos, va a utilizar elementos propios del análisis científico ⁴⁷. Pero estas consideraciones hay que circunscribirlas a sus justos términos, ya que nunca la utilización exclusiva de la reflexión científica nos va a poder resolver los problemas

⁴⁵Elias DIAZ, Sociología y Filosofía del Derecho, obra cit., p. 394.

⁴⁶Ernest NAGEL, Razón Soberana, trad. J. L. A. G., Tecnos, Madrid 1966, p. 326. Y más adelante escribe: "...un sistema de compromisos morales puede quedar roto por los adelantos de la ciencia; lo mismo individual que colectivamente los hombres se sienten a veces confusos ante la incompatibilidad que hay entre las normas morales tradicionales y los nuevos avances del conocimiento".

⁴⁷Vid. E. NAGEL, Razón Soberana, obra cit., p. 38.

que se plantean en nuestra vida práctica ⁴⁸.

Y en éste punto conviene llamar la atención sobre el hecho de que los participantes en la comunidad de diálogo no están inmersos en la "posición original" y caracterizados por el "velo de la ignorancia" ⁴⁹. Toda su argumentación se va a guiar por la realización de sus intereses, de sus pretensiones, de sus necesidades y, por qué no, de sus deberes para con los demás ⁵⁰. Es decir, su participación no va a consistir, principalmente, en definir lo que ellos entienden por bueno o malo. Más bien en éste diálogo se van a plantear las necesidades y las pretensiones. Como dice Max Scheler, toda "experiencia sobre lo bueno y lo malo, en éste sentido, presupone el conocimiento esencial de que sea bueno y malo" ⁵¹, de ahí que la participación sea en el

⁴⁸Como expresa HABERMAS: "...las decisiones importantes para la vida práctica, sea que consistan en la suposición de valores, en la elección de un proyecto de historia de una vida, o en la elección de un enemigo, no podrán jamás ser reemplazadas, o siquiera racionalizadas, por la reflexión científica". Teoría y praxis, obra cit., pp. 142 y 143.

⁴⁹Vid. J. RAWLS, A theory of justice, obra cit., pp. 12 y 13. En contra de esta consideración vid., entre otros, a Geoffrey BRENNAN y James BUCHANAN, La razón de las normas, trad. de J. A. Aguirre Rodriguez, Unión Editorial, Madrid 1987, pp. 65 y 66.

⁵⁰Como escribe David HUME, "nada es tan cierto como que los hombres se guían en gran medida por el interés". Tratado sobre la naturaleza humana, trad. V. Viqueira, est. prel. de F. Larroyo, Porrúa, México 1977, p. 344. Según Adela CORTINA: "Términos como valor absoluto tal vez parezcan en nuestros civilizados países, conscientes de la finitud y contingencia humanas, excesivamente metafísicos y ambiciosos; de ahí que las éticas del diálogo hablan también de necesidades e intereses a satisfacer, recuperando el valor del sujeto por otro camino: como interlocutor competente de una argumentación". Ética Mínima, obra cit., p. 49. Vid. también Luigi BAGOLINI, Mito, potere e dialogo, obra cit., p. 76.

⁵¹Max SCHELER, Ética, I, obra cit., p. 79.

sentido que he anunciado antes y que el acercamiento a lo bueno y lo malo (a los valores superiores en nuestro caso), sólo podrá hacerse por medio de la comunicación intersubjetiva.

A.2. Razón y otros instrumentos de conocimiento

Por todo esto, con la razón se va a relacionar no sólo la experiencia sino también las impresiones y las sensaciones, y, como no, el conocimiento intuitivo ⁵². Porque entiendo que la intuición no debe ser separada por definición de la razón ⁵³. Su expresión puede o no ser racional pero sus fines van a ser en la mayoría de los casos racionales. Todos los fines, salvo excepciones muy acusadas, son racionales o tienen un componente racional. Por otro lado, el hombre como ser pensante, utiliza tanto la razón como la intuición, no creo pues que deban separarse ambas de forma tajante.

Podemos encontrar afirmaciones como las que realiza Hume en el sentido de apartar a la razón de la consideración de

⁵² Como escribe TOULMIN: "Nuestros sentimientos, especialmente los sentimientos de aprobación y obligación, están íntimamente ligados con nuestros juicios morales". El puesto de la razón en la Etica, trad. de I. F. Ariza, Revista de Occidente, Madrid 1964, p. 80. Sobre la relación de la voluntad con los instintos, inclinaciones y pasiones vid. BURLAMAQUI, Principes de Droit Naturel, obra cit., Premiere Partie, cap. I, pp. 19 y ss., y, Seconde partie, cap. VII, p. 127.

⁵³ Sobre la relación entre las posturas intuicionistas y la razón vid. Felix E. OPPENHEIM, Etica y Filosofía política, trad. de A. Ramirez Araiza y J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México 1976, p. 200.

instrumento de conocimiento ⁵⁴. Para este autor "todas nuestras ideas son copias de nuestras impresiones" ⁵⁵.

Entiendo que ni la supremacía absoluta de la razón ni el abandono de la misma deben ser llevados al extremo. Parece más bien que tanto la razón, como la intuición, las impresiones, etc..., se relacionan y son las que dan lugar a nuestras ideas. El mismo Hume va a señalar la presencia de elementos racionales dentro del conocimiento intuitivo ⁵⁶. La razón va a necesitar pues en muchos casos de la intuición (sobre todo en lo referente a explicaciones últimas) y lo mismo puede decirse de ésta última respecto a la primera (sobre todo en el desarrollo de su conocimiento).

Dentro de la participación intersubjetiva tienen cabida todo tipo de propuestas, y así van a coexistir tanto creencias de tipo religioso trascendental como pretensiones prácticas de signo utilitarista, siendo las primeras, en muchos casos, no explicables, por lo menos en un primer momento, por vía racional ⁵⁷. No debe olvidarse que un gran número de personas se mueven

⁵⁴Por ejemplo cuando escribe: "Las reglas de la moralidad, por consiguiente, no son conclusiones de nuestra razón". O también: "es imposible que la distinción entre bien y mal moral pueda ser hecha por la razón". David HUME, Tratado de la naturaleza humana, obra cit., pp. 296 y 299 respectivamente.

⁵⁵David HUME, Tratado de la naturaleza humana, obra cit., p. 57.

⁵⁶En este sentido puede verse su Tratado de la naturaleza humana, obra cit., pp. 60 y ss.

⁵⁷Con esto no pretendo apoyar a la ética emocional de la que habla SCHELER (Vid. Ética, Tomo I, obra cit., p. 103). La intuición puede plantearse en la comunicación pero no como un conocimiento de la verdad universal o de

Deberes y obligaciones en la Constitución

partiendo de sus creencias religiosas cualesquiera que éstas sean. Al hablar de una base moral común como conjunto de normas positivizadas en el tiempo, no podemos dejar de contemplar esos ideales como signos verdaderamente influyentes en su elaboración.

No puede tampoco dejar de contemplarse que en ocasiones las valoraciones morales de los sujetos son interpretaciones que se producen en relación con determinados estados fisiológicos ⁵⁸, que tienen que tener acogida en el diálogo. Asimismo, en ocasiones, el instinto moral, entendido como "aquella inclinación natural que nos lleva a aprobar ciertas cosas, como buenas y loables; y a condenar otras como malas y censurables, independientemente de toda reflexión ⁵⁹, también va a estar reflejado.

Si aludimos a hombres que sólo se mueven por causas racionales y prudentes lo que estamos haciendo alusión es más bien a una comunidad de ángeles ⁶⁰. Además, si hablamos de un consenso

lo bueno por naturaleza; sino más bien como un conocimiento relativo individual (aunque en algunos casos pueda proyectarse en más individuos).

Las proposiciones de signo religioso no son acogidas, por ejemplo, en argumentaciones como la de RAWLS, vid. A theory of justice, obra cit., pp. 326 y ss.

⁵⁸vid. en este sentido NIETZSCHE, La voluntad de poderío, prol. de D. Castrillo Mirat, trad. de A. Froufe, Edaf, Madrid 1981, p. 164.

⁵⁹BURLAMAQUI, Principes du Droit Naturel, obra cit., Seconde partie, cap. III, p. 33.

⁶⁰En éste sentido tiene razón Agnes HELLER cuando, refiriéndose a la comunidad de comunicación, dice: "Los hombres en quienes se sostiene éste ideal no son hombres enteros... La relación entre ellos estriba únicamente en la discusión del valor. No es preciso que sean hombres; de la misma forma podría tratarse de ángeles... El hombre es indudablemente un ser racional,

en la idea de la dignidad humana, hay que entender que ésta puede estar fundada desde los más diversos planteamientos ⁶¹ muchos de los cuales no son explicables, al menos en un primer momento, por medios racionales. De ahí que sea importante el reconocer la dignidad de la razón pero también la dignidad de otros medios individuales o subjetivos de conocer la realidad ⁶². Esta necesidad se acrecienta en el diálogo, donde los hombres expresan opiniones sobre comportamientos morales y donde los hombres se mueven unas veces guiados por su razón, pero otras por sus prejuicios o supersticiones, por sus sentimientos, etc ⁶³. El propio carácter de los derechos y las obligaciones fundamentales, exige que por ellas puedan ser planteado un

pero no es sólo eso". Por una filosofía radical, trad. de J. F. Ivars, El Viejo Topo, Barcelona 1980, p. 171.

⁶¹Vid. PECES-BARBA, Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española (1908-1987), en Escritos sobre derechos fundamentales, Eudema, Madrid 1988, pp. 105 y 106. O también F. PUY: "los derechos humanos tienen, y deben tener, muchas fundamentaciones teóricas y justificaciones prácticas capaces de motivar su existencia efectiva y real con la máxima amplitud e intensidad". ¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., p. 290.

⁶²"Las razones del respeto al pluralismo y a las opiniones ajenas a las doctrinas, y a las escuelas filosóficas están en la creencia en la dignidad de la razón y por lo tanto en la posibilidad de todos los hombres de descubrir la realidad por sus propios medios, o por los medios que cada cual elija libremente, sin imposiciones ni coacciones". Gregorio PECES-BARBA, Derechos fundamentales, 4ª ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid 1986, p. 48.

⁶³Como escribe John Stuart MILL, "las opiniones de los hombres sobre lo que es digno de alabanza o merecedor de condena están afectadas por todas las diversas causas que influyen sobre sus deseos respecto a la conducta de los demás, causas tan numerosas como las que determinan sus deseos sobre cualquier otro asunto. Algunas veces su razón, en otros tiempos sus prejuicios o sus supersticiones...". Sobre la libertad, prol. de I. Berlin, trad. de P. de Azcárate, Alianza Editorial, Madrid 1970, p. 61.

arsenal de justificaciones ⁶⁴.

Pero no sólo van a considerarse propuestas derivadas del conocimiento intuitivo a las de signo religioso sino también otras distintas, aunque todas serán matizadas ya al vincularse a unos fines y al incorporarse al diálogo. Por otro lado, las propuestas intuitivas en la comunicación pueden dar lugar a un diálogo racional que llegue a conclusiones satisfactorias sobre las pretensiones, necesidades y deberes de los hombres ⁶⁵. En este sentido tiene razón Rawls cuando escribe: "Cuando a una persona se le presenta una explicación intuitivamente interesante de su sentido de justicia (una, digo que incorpore varias presunciones razonables y naturales), puede bien revisar sus juicios conforme a sus principios incluso cuando la teoría no corresponde exactamente con sus juicios existentes" ⁶⁶.

La sobrevaloración de la racionalidad conlleva a cierto objetivismo de difícil comprensión en lo referente a conceptos últimos. En este sentido se puede afirmar que "nadie debe creer que sabe más que los demás y que la razón sólo habita en su

⁶⁴Vid. F. PUY, ¿Qué significa fundamentar los derechos humanos?, obra cit., p. 300.

⁶⁵Platón pone en palabras de Sócrates la posibilidad del logro del conocimiento por medio de la conversación. PLATÓN, El Político, obra cit., p. 3.

⁶⁶J. RAWLS, A theory of justice, obra cit., p. 48.

cabeza" ⁶⁷. Se podría incluso decir con Oppenheim que no existen "criterios objetivos de racionalidad respecto de las preferencias últimas; éstas son a-rationales en vez de racionales o irracionales" ⁶⁸. El problema que subyace en las argumentaciones meramente racionales, es la posibilidad de sustentar la idea de que existe solamente una razón ⁶⁹, lo que puede conducir, a su vez, al desprecio de aquellas opiniones o aquellos ideales que no concuerdan con las "lineas maestras" definidas por el grupo social predominante, estancando así la comunicación y evitando

⁶⁷ Pasaje puesto en boca de un mandarín en el relato de una disputa de controversia en China por VOLTAIRE, en Opúsculos satíricos y filosóficos, prol. de C. Pujol, trad. y notas R. de Dampierre, Ediciones Alfaguara S.A., Madrid 1978, p. 79. Un racionalista como E. FERNANDEZ ha señalado también refiriéndose a los derechos fundamentales que estos son triunfos de la razón pero también de la revolución. Vid. Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a las hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., p. 162.

⁶⁸ Felix E. OPPENHEIM, Conceptos políticos. Una reconstrucción, trad. María D. Gonzalez Soler, Tecnos, Madrid 1987, p. 99. Vid. también A. MACINTYRE, Tras la virtud, obra cit., p. 23 y Henri BERGSON, Les deux sources de la morale et de la religion, Quadrige PUF, 218 ed., París 1984, p. 68.

⁶⁹ A esta creencia en la supremacía de la razón de la que participan muchos autores contemporáneos, corresponden afirmaciones como las siguientes: "...el hombre más poderoso y más libre del Estado de Naturaleza es aquel que se deja guiar por la razón"; "...la forma mejor de vivir que cualquiera puede adoptar, con el fin de conservarse lo mejor posible, consiste en seguir los dictados de la razón". Baruch SPINOZA, Tratado Teológico Político. Tratado Político, trad. E. Tierno Galván, Colección Res Pública, Tecnos, Madrid 1966, pp. 159 y 171 respectivamente. Vid. también su Ética, ed. prep. por V. Peña, Editora Nacional, Madrid 1980, donde sitúa también a la razón como punto principal. La derivación de los deberes de la razón puede verse en ROUSSEAU, Emilio, prólogo de M^a Carmen Iglesias, trad. de L. Aguirre Prado, Edaf, Madrid 1985, p. 441.

el progreso de la humanidad ⁷⁰.

En definitiva quizás la intuición sea "circunloquio eufemista de una falta de argumentación y método", pero no creo que la razón esté unida a la justicia, que la razón lleve a lo justo y que lo justo sea lo racional ⁷¹. Puede incluso llegar a afirmarse con Hume que "la razón por sí sola jamás puede ser motivo de una acción de la voluntad" ⁷². En los motivos de nuestras acciones pueden incidir elementos racionales (que suelen ser los más en casos normales), pero también elementos emocionales y de otros tipos, por lo que en el diálogo entran también en consideración opiniones producto del sentimiento. Volviendo a Hume, podemos decir que "a pesar de que la razón basta para instruirnos sobre la tendencia útil o perniciosa de las cualidades y acciones, cuando se halla completamente asistida y cultivada, no es suficiente por sí sola, para producir censura o aprobación moral... Aquí se necesita que se muestre un sentimiento... Este sentimiento no puede ser otro que cierta sensibilidad ante la

⁷⁰Vid. Herbert MARCUSE, El hombre unidimensional, trad. A. Elorza, Planeta-Agostini, Barcelona 1985. Vid. también A. MACINTYRE, Tras la virtud, obra cit., p. 38; Roberto J. VERNENGO, Los derechos humanos y sus fundamentos éticos, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., p. 342.

⁷¹La afirmación sobre la intuición es de Otfried HÖFFE, Estudio sobre Teoría del derecho y la Justicia, obra cit., p. 179. Este autor también identifica lo justo con lo racional. Así escribe en ésta obra cit., p. 7: "Pues los principios de la justicia política indican de acuerdo con qué condiciones y criterios un orden jurídico y constitucional obligatorio para todos, un orden político fundamental, es racional y, en éste sentido, justo".

⁷²David HUME, Tratado de la naturaleza humana, obra cit., p. 264.

felicidad de la humanidad y el repudio de su miseria" ⁷³.

La primacía de la razón es evidente ⁷⁴. El hombre prefiere actuar por medio de la razón y entiende mejor los actos de los demás si estos le parecen racionales, pero no siempre actuamos de esta forma y, en muchas ocasiones, nos apoyamos en criterios últimos de difícil explicación racional. Así, no se debe olvidar a la intuición, al sentimiento, al instinto ni a cualquier otra motivación posible del actuar de los hombres. Y más en lo referente a la discusión en el diálogo centrado sobre las necesidades y las pretensiones de los hombres, porque como expresa H. Heller: "El contenido de valores emotivos de una idea política es en toda regla su parte integrante de mayor rigor creador" ⁷⁵.

A.3. Razón comunicativa e individuo en el diálogo

No puede tampoco olvidarse la importancia del individuo singularmente considerado, y menos en una temática relativa a las obligaciones y a los deberes que, en la mayoría de los

⁷³David HUME, De la Moral y otros escritos, trad. de D. Negro Pavón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1982, p. 157.

⁷⁴De ahí que ya me parezca exagerado HUME cuando escribe: "Parece evidente que los fines últimos de las acciones humanas jamás pueden explicarse, en ningún caso, por medio de la razón; sino que se encomiendan enteramente por sí mismos a los sentimientos y afectos del hombre, sin ninguna dependencia de las facultades intelectuales". De la Moral y otros escritos, obra cit., p. 165.

⁷⁵Hermann HELLER, Las ideas políticas contemporáneas, trad. de M. Pedroso, Editorial Labor, Barcelona 1930, p. 13.

Deberes y obligaciones en la Constitución

casos, no son comprensibles fuera de una relación interindividual. Así, en la comunicación se va a valorar al hombre individual en dos sentidos: como participante activo y pasivo, emisor y receptor de propuestas, y como posible ser asumido en la comunidad de diálogo o como ser que se aparta de ella o que no es participe de sus resultados. **El hombre tiene, pues, una importancia fundamental en la comunicación** ⁷⁶. Más adelante veremos que además, su conciencia o su individualidad es razón de la existencia de un determinado tipo de consideración de deber. La importancia igual de los hombres en este diálogo hace que deban contemplarse como fines y nunca como medios ⁷⁷, y en definitiva, como partícipes igualitarios de la dignidad humana ⁷⁸.

Dentro del mundo moral, no debemos prestar sólo atención a aquellos que se acojan a ese diálogo sino también a aquellos que no lo consideran acertado. No hay que olvidar que el mismo

⁷⁶Vid. Agustín BASAVE FERNANDEZ DEL VALLE, *Hacia una filosofía integral del hombre*, en El Hombre y lo Humano en la Cultura Contemporanea, Madrid 1961, p. 106.

⁷⁷Vid. KANT, *Comienzo presunto de la Historia humana*, obra cit., p. 76.

⁷⁸Como escribe Eugen HUBER: "El hecho de que cada uno junte a su conciencia individual la que tiene de su existencia dentro de la humana comunidad, engendra una exigencia de igualdad entre todos los miembros de la comunidad, de tal manera, que cada uno llega a afirmarse frente a todos en su dignidad de ser racional y libre, como igualmente partícipe en los bienes y ventajas de la vida colectiva, de donde se sigue la primordial consecuencia de que nadie haya de servirse de otro como simple medio o instrumento de los propios fines, teniéndole como un miembro igual de la comunidad de los seres racionales y libres". El Derecho y su realización, vol. I, trad. de H. Grimm, Biblioteca del Instituto Iberoamericano de Derecho Comparado, Madrid 1927, p. 110.

diálogo parte de consideraciones subjetivas de carácter individual y que a partir de éstas, de su comunicación, van a poder ser construidas las propuestas intersubjetivas. Es posible hablar tanto de pretensiones, necesidades, exigencias y deberes subjetivos como intersubjetivos; es más, para la existencia de éstos últimos se hace necesaria la de los primeros.

La importancia del sujeto individual tiene que ser entendida también dentro de su realidad social, su participación en la comunidad posee un valor más alto que el de un simple número para la suma ⁷⁹. El libre intercambio de opiniones que se produce en el desarrollo del diálogo va a favorecer la autodeterminación del individuo ⁸⁰. La dignidad del hombre como ser individual es importante dentro de nuestra justificación, siendo incluso origen de exigencias suficientemente justificadas, pero junto a ella hay que contemplar también la dignidad del hombre en la comunidad ⁸¹. No hay que olvidar tampoco que el individuo, incluso en sus decisiones más íntimas, se haya condicionado por los valores sociales que imperan en la sociedad en la que nace

⁷⁹ Este es el sentido en el que parece NIETZSCHE concebir la sociedad. Vid. La voluntad de poderio, obra cit., p. 57. En contra de esto vid. Jose Luis ARANGUREN, Ética de la felicidad y otros lenguajes, Tecnos, Madrid 1989, p. 90.

⁸⁰ Vid. F. Javier Ansuátegui Roig, Notas sobre la evolución de la teoría liberal de la libertad de expresión, en Anuario de Derechos Humanos, núm. 6, en prensa.

⁸¹ Quedarnos en el primer punto conduciría a concepciones de tipo nietzscheniano, en las que se produce una sobrevaloración del hombre compartida por unos pocos. Vid. La voluntad de poderio, obra cit., p. 525, y también Mas allá del bien y del mal, prol. y cronología de D. Castrillo Mirat, trad. de C. Vergara, Edaf, Madrid 1985, p. 174.

Deberes y obligaciones en la Constitución

y vive ⁸², y que, como expresa Frondizi, "todas las circunstancias constitutivas de nuestra personalidad están presentes en cualquiera de nuestras valoraciones" ⁸³.

En definitiva, para la consideración de una comunidad intersubjetiva libre y sin ataduras lo que va a primar es el sujeto individual. Esto puede afirmarse teniendo en cuenta las palabras de Ihering: "no hay vida humana que exista únicamente para sí misma; toda vida existe al mismo tiempo para el mundo; todo hombre, por íntima que sea la posición que ocupe, colabora al fin de la civilización de la humanidad" ⁸⁴. Tiene que ser el hombre singular quien decida si se quiere o no acoger a ella, así como apartarse de ella cuando lo desee. Esto se acentúa en la consideración de los valores y deberes que, aunque sean definidos en ocasiones de manera intersubjetiva, van a depender de la consideración individual.

Lo bueno, así, aunque sea considerado intersubjetiva-

⁸²Vid. en este sentido J. H. BARNESLEY, The Social Reality of Ethics, Routledge and Kegan Paul, London 1970, pp. 7 y ss. Como escribe Gabriel BELLO REGUERA: "todo sujeto hermeneútico está condicionado por su propio contexto cultural; este opera desde un horizonte hermeneútico, constituido por sus propias creencias y valores, a las que no se puede dar de lado a riesgo de perder la comprensión misma". La ética de la alteridad en la escena contemporánea, en Derecho y Moral, Anales de la Cátedra F. Suarez, num. 28, Granada 1988, p. 469. Vid. también en este número, Alberto MONTORO BALLESTEROS, Sobre las relaciones entre moral y derecho, obra cit., p. 70. También Jose Luis ARANGUREN, Ética de la felicidad y otros lenguajes, obra cit., pp. 106 y 107.

⁸³Risieri FRONDISI, ¿Qué son los valores?, Fondo de Cultura Económica, México 1958, p. 132.

⁸⁴Rudolf Von IHERING, El fin en el Derecho, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires 1978, p. 42.

La comunicación y el diálogo intersubjetivo

mente, no va a ser más que lo bueno según criterios de los individuos sólo. El diálogo no es más que un paso adelante en el desarrollo pacífico de la sociedad, por lo que es también un paso adelante dentro de la temática de las obligaciones superiores que son la cúspide de aquellas obligaciones que se establecen entre los individuos en su relación social.

B. EL PAPEL DEL CONSENSO EN EL DIALOGO INTERSUBJETIVO

B.1. La dinamicidad del consenso

El consenso no debe ser entendido como un consenso fáctico, que se da en un determinado momento y no evoluciona. Quiero recordar que nos estamos moviendo en el ámbito moral, ya que en el ámbito jurídico si que estaremos ante un consenso fáctico ⁸⁵. La institucionalización concreta en un momento histórico determinado del consenso dentro del mundo moral puede que se de, pero siempre sabiendo que va a evolucionar de un día para otro e incluso de hora a hora. Como escribe Stammler, "las doctrinas de la ética con sus dictados generales difieren y se hallan sujetas a cambio constante en cuanto a su contenido según los

⁸⁵La idea del consenso o por lo menos, vestigios de ésta, puede encontrarse en la definición de ley de PLATON (Vid. Las Leyes, vol I, obra cit., p. 29), como creencia pública acerca de la bondad o la perversidad. La crítica al consenso como fundamentación de la moral puede verse en E. TUGENDHAT, Problemas de la Etica, obra cit., pp. 127 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

países y con arreglo a otras circunstancias" ⁸⁶.

Todo tipo de acuerdo moral o de comunicación con pretensiones de universalidad no puede ser entendido como acuerdo fáctico, que se da en un momento determinado, sino como aquel abierto en el tiempo ⁸⁷, ya que el mismo concepto de comunidad va unido a evolución como proceso continuo ⁸⁸. Así, podemos decir con E. Huber que "la comunidad humana nunca se nos ofrece como un estado perfecto y acabado, como un mecanismo concluido de todas piezas, inerte, frío, muerto, sino que es y se muestra a nuestra conciencia humana, como un proceso continuo de vida y actividad, que se hace de nuevo y cambia cada día" ⁸⁹.

Con esta consideración nos alejamos de las teorías que emplean el contrato como instrumento por el que los hombres llegan a un acuerdo definitivo sobre actitudes y comportamien-

⁸⁶Rudolf STAMMLER, Economía y Derecho según la concepción materialista de la Historia, trad. de W. Roces, Reus, Madrid 1929, p. 22.

⁸⁷Vid. en éste sentido Elias DIAZ, De la Maldad Estatal y la Soberanía Popular, Debate, Madrid 1984, p. 102.

⁸⁸El carácter variable de los acuerdos morales ha sido destacado por Esperanza GUIBAN en, Persuasión y razón en ética y política, en Anuario de Filosofía del Derecho, T. VI, Madrid 1989, p. 459. Vid. también Eusebio FERNANDEZ, El punto de vista moral y la obediencia al Derecho, ponencia presentada a las XII Jornadas de profesores de Filosofía jurídica y social, sobre Derecho y Obligatoriedad, Oviedo, marzo 1990.

⁸⁹Eugen HUBER, El Derecho y su realización, obra cit., p. 87. Aristóteles recordaba en su Ética, lo difícil que es mantener inmutable una prescripción relativa a las acciones e intereses de los hombres debido a la continua variación de las situaciones. Vid. ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco, ed. bilingüe, trad. de M. Arango y J. Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1981, p. 88.

tos morales ⁹⁰. El mundo moral, antes de, e incluso en, la comunicación, puede ser caracterizado en los términos en los que Spinoza escribe sobre la vida de los hombres bajo el imperio de la naturaleza ⁹¹. Lo que ocurre es que esta situación está matizada por el contexto histórico, con lo que se van a poder imponer unos criterios que, para nosotros, situados en ese momento histórico, van a ser buenos relativamente. Pero ello no debe cerrarnos a admitir posturas enfrentadas a las prevalentes en la comunicación. Estas afirmaciones son compatibles con la existencia de la base moral común, que consiste en un núcleo de valores que parecen consolidarse en el tiempo y que no sufren modificaciones importantes. Junto a esta base (general, en todo caso), existen otros valores que si evolucionan de forma rápida. Lo que pretendo es recalcar este fenómeno sin apostar por una transformación de la base moral común pero, al mismo tiempo, sin apostar tampoco por el mantenimiento indefinido de ésta.

En el diálogo, los hombres se comunican con la finalidad de poder llegar a unos acuerdos mínimos. Puede decirse que, "la voluntad general de consultar y de tener en cuenta las creencias

⁹⁰En este sentido se puede citar el contrato rawlsiano (vid. J. RAWLS, A Theory of justice, obra cit., p. 12). Si bien en otro momento de la obra parece acercarse más a nuestra consideración (vid. A Theory of justice, obra cit., p. 18).

⁹¹"Así, cualquiera que se considere bajo el imperio de la naturaleza, tiene máximo derecho para desear cuanto le parezca útil, sea por la razón, sea por el ímpetu de las pasiones, y le es permitido arrebatarlo de cualquier manera, sea con la fuerza, con los engaños, con ruegos o por todos los medios que juzgue fáciles, y, por consiguiente, tener como enemigo a aquel que quiera impedir que satisfaga sus deseos". Baruch SPINOZA, Tratado Teológico Político. Tratado Político, obra cit., p. 57.

Deberes y obligaciones en la Constitución

e intereses de todos, establece las bases para una amistad cívica y perfila el ethos de la cultura política" ⁹². Así, el diálogo, a medida que va evolucionando se caracterizará por estar presidido por la amistad y por el deseo de "vivir juntos" ⁹³, aún a sabiendas que todos los fines que se persiguen y la realización de la comunicación es una tarea difícil y de sufrimiento ⁹⁴. Pero como dice Renan, "...el sufrimiento común une más que el gozo" ⁹⁵. Así, comunidad y amistad pueden considerarse como términos inseparables, y el mantenimiento de ella debe ser uno de los fines del diálogo tanto como meta como en lo relativo a su posibilidad de realización ⁹⁶. La amistad de la que hablamos, puede ser entendida a la manera kantiana, es decir, como la "confianza total entre dos personas que se comunican recíprocamente sus juicios y sentimientos íntimos, en la medida en que puede coexistir con el respeto recíproco" ⁹⁷.

⁹²J. RAWLS, A theory of justice, obra cit., pp. 234.

⁹³En palabras de J. MARITAIN: "Vivir juntos significa participar como hombres, no como ganado, es decir, en virtud de una libre aceptación fundamental, en ciertos procedimientos comunes y en una cierta tarea común". El hombre y el Estado, obra cit., p. 227.

⁹⁴En ella es imprescindible el paso del 'no yo' al 'yo'. Vid. SCHOPENHAUER, El amor, las mujeres y la muerte, prol. de D. Castrillo Mirat, Edaf, Madrid 1984, p. 163.

⁹⁵E. RENAN, ¿Qué es una nación?, trad. y estudio preliminar de R. Fernández-Carvajal, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1957, p. 107.

⁹⁶Como escribió ARISTOTELES: "la comunidad implica la amistad: los enemigos no quieren compartir ni siquiera un camino". Política, obra cit., p. 187.

⁹⁷KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 347.

Este sentimiento de amistad y de amor produce y conlleva la experiencia de igualdad y respeto entre todos los hombres ⁹⁸. Como escribe Peces-Barba comentando la obra de Maritain: "El dinamismo creador de la comunidad social se logra con el libre consentimiento de las voluntades que la amistad cívica crea. Sin amistad no hay auténtica convivencia ni auténtica paz. La vitalidad surge de la amistad, sin ella las sociedades están muertas y a merced de la fuerza del poder político" ⁹⁹.

B.2. La tolerancia en el consenso

Por otro lado, los hombres, que se saben independientes, conocen que es necesaria la ayuda de todos en la satisfacción de sus necesidades y en el alcance de los valores ¹⁰⁰. Y esta importancia se acrecienta en el diálogo sobre los deberes de los hombres ¹⁰¹. De ahí que subrayemos, como uno de los principales valores que presiden el diálogo y que es derivado de la ver-

⁹⁸Vid. Johannes MESSNER, Ética Social, política y económica a la luz del derecho natural, trad. J. L. Barrios, J. M. Rodríguez Paniagua y J. E. Díez, RIALP, Madrid 1967, p. 524.

⁹⁹Gregorio PECES-BARBA, Persona, Sociedad, Estado. Pensamiento social y político de Maritain, Edicusa, Madrid 1972, p. 169.

¹⁰⁰Vid. Arthur Fridolin UTZ, Ética social, T. I, trad. C. Latorre Marín, Herder, Barcelona 1961, p. 129.

¹⁰¹Como escribe RAWLS: "The public knowledge that we are living in a society in which we can depend upon others to come to our assistance in difficult circumstances is itself of great value". A theory of justice, obra cit., p. 339.

dadera creencia en la libertad, a la tolerancia ¹⁰².

En la comunicación, los hombres no sólo son capaces de escuchar y de ceder ante las argumentaciones de los demás, sino también de aprender y de elaborar su conocimiento o sus reflexiones éticas con la escucha de las argumentaciones tanto racionales como de otro signo, porque la opinión no es sólo producto de la razón ¹⁰³. Como escribe Bagolini: "para dialogar con otros, es necesario no absolutizar y presuponer como irremovible el propio punto de vista y el propio interés, es necesario tratar de persuadir pero también dejar abierta la posibilidad de ser persuadido. Por eso el problema de la comunicación en la experiencia política tiene sentido evidentemente solo para aquellos que están dispuestos a la tolerancia..." ¹⁰⁴. Los hombres en la comunicación, no buscan un camino para llegar a la verdad sino alcanzar un compromiso ¹⁰⁵.

Para el conocimiento de lo que puede ser mejor para la sociedad, parece necesaria la puesta en común de la cuestión y

¹⁰²vid. S. TOULMIN, El puesto de la razón en la Etica, obra cit., p. 80.

¹⁰³vid. en este sentido Hans V. ECKARDT, Fundamentos de la Política, trad. R. Luengo, Labor, Barcelona 1932, p. 137.

¹⁰⁴Luigi BAGOLINI, Mito, potere e dialogo, obra cit., p. 52.

¹⁰⁵vid. el sentido que da Alf ROSS a la discusión en ¿Por qué democracia?, trad. de Roberto J. Vernengo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, p. 121.

la discusión sobre ella ¹⁰⁶. Sólo mediante esta apertura a los demás puede el hombre realmente tener confianza en su pensamiento: "el hábito constante de corregir y completar su propia opinión comparándola con la de los demás, lejos de causar duda y vacilación al aplicarla práctica, es el único fundamento sólido de una justa confianza en ella" ¹⁰⁷. Y esto no hace más que confirmar la idea de que quien "es tolerante ya no busca una vida que apunte a la autoafirmación a través de la conversión violenta o de la superación del adversario; se preocupa por una coexistencia sobre la base de la igualdad y del entendimiento recíproco" ¹⁰⁸. De ahí que el diálogo se hace necesario como medio por el que todos se comprometen en la libertad y por la igualdad, como comportamiento activo (sin apartar a quienes se comportan pasivamente) por la consecución de la libertad y la igualdad en el entendimiento recíproco ¹⁰⁹.

Otra nota a destacar es que se trata de un consenso cuyos

¹⁰⁶"La libertad completa de contradecir y desaprobado una opinión es la condición misma que nos justifica cuando la suponemos verdadera a los fines de la acción; y por ningún otro procedimiento puede el hombre llegar a tener la seguridad racional de estar en lo cierto". J. Stuart MILL, Sobre la libertad, obra cit., p. 80.

¹⁰⁷J. Stuart MILL, Sobre la libertad, obra cit., p. 81.

¹⁰⁸vid. Otfried HOFFE, Estudio sobre Teoría del Derecho y la Justicia, obra cit., p. 148.

¹⁰⁹Este diálogo y el compromiso de los hombres es necesario en todas las sociedades, porque como ya nos decía Etienne de LA BOETIE: "Son pues los mismos pueblos los que se dejan o, más bien, se hacen someter, pues cesando de servir serían, por esto mismo, libres". Discursos sobre la servidumbre voluntaria, est. prel. y trad de J. M. Hernández-Rubio, Tecnos, Madrid 1986, p. 11.

Deberes y obligaciones en la Constitución

resultados van a ser todos argumentables, en el sentido de que todos pueden introducir y cuestionar las propuestas sobre las necesidades, pretensiones, obligaciones, etc... ¹¹⁰. Uno de los presupuestos principales del diálogo consiste en que todos los participantes aceptan la posibilidad de que sus ideas y sus proposiciones cambien al establecer contacto con las de los demás ¹¹¹. La participación en la comunicación es libre e igual, ("la ausencia de dominación es lo que presuponen quienes entran en una argumentación" ¹¹²), y tiene pretensiones de universalidad ¹¹³, no sólo en el sentido de los posibles participantes en un momento determinado sino también **abriendo las vías de participación de las nuevas generaciones en éste, y dejando también abiertas las vías argumentativas de aquellos cuyas pretensiones son opuestas, incluso radicalmente opuestas a la base moral**

¹¹⁰Vid. A. CORTINA, *Pragmática formal y derechos humanos*, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., p. 130.

¹¹¹François PERROUX, Economía y Sociedad, trad. X. Cornudella, Ariel, Barcelona 1962, p. 153.

¹¹²HABERMAS, Ensayos Políticos, obra cit., p. 218. Esta participación libre e igual es requisito indispensable, desde mi punto de vista, de toda teoría contractualista actual. Vid. en este sentido también a RAWLS: "It seems reasonable to suppose that the parties in the original position are equal. That is, all have the same rights in the procedure for choosing principles; each can make proposals, submit reasons for their acceptance, and so on". A theory of justice, obra cit., p. 19.

¹¹³Como expresa APEL al hablar de las personas como participantes en la comunicación: "Todos los seres capaces de comunicación lingüística deben ser reconocidos como personas puesto que en todas sus acciones y expresiones son interlocutores virtuales, y la justificación ilimitada del pensamiento no puede renunciar a ningún interlocutor y a ninguna de sus aportaciones virtuales a la discusión". La Transformación de la Filosofía, obra cit., p. 380.

común presupuesta en ésta justificación ¹¹⁴; produciéndose así la transferencia del disenso de fuera a dentro del sistema ¹¹⁵. En palabras de Mill: "Si toda la humanidad, menos una persona, fuera de una misma opinión, y esta persona fuera de opinión contraria, la humanidad sería tan injusta impidiendo que hablase como ella misma lo sería si teniendo poder bastante impidiera que hablara la humanidad" ¹¹⁶. Incluso, insisto, las propuestas no argumentadas (obtenidas por ejemplo por vía intuitiva) van a tener cabida, en un primer momento, en ésta comunicación. Lo que si parece lógico es que éstas no se mantendrán sin explicación racional durante mucho tiempo. Los hombres buscan una explicación de las propuestas y será difícil que mantengan alguna que no pueda justificarse racionalmente.

No creo que pueda negarse como resultado del diálogo la propuesta de unos valores no justificados racionalmente (antes hemos demostrado, de todas formas, lo difícil que es separar razón e intuición sobre todo cuando se comunican y se descubren hacia algún fin), si éstos se diesen en un ámbito mayoritario de la comunidad (obsérvese que hablamos prácticamente de un impo-

¹¹⁴E. NAGEL dirá: "...la libertad de concebir teorías contrarias acerca de la naturaleza y del hombre, aunque algunas puedan ser groseramente impropias al objeto que les ocupa, constituye una parte esencial de la tradición liberal y democrática". Razón Soberana, obra cit., p. 57.

¹¹⁵Vid. N. BOBBIO, Hay disenso y disenso, en Las ideologías y el poder en crisis, trad. de J. Bignozzi, Ariel, Barcelona 1988, p. 47.

¹¹⁶J. Stuart MILL, Sobre la libertad, obra cit., p. 77.

Deberes y obligaciones en la Constitución

sible) ¹¹⁷. No obstante, coherentemente con nuestro planteamiento, podría ponerse como condición la imposición de conductas morales a otros hombres excepto las que éstos hayan aceptado. Quizás sea este uno de los postulados fundamentales de esta fundamentación, si bien su establecimiento efectivo es difícil ya que como escribe F. Perroux, una de las características del diálogo social es que se admite que sus resultados son imprevisibles ¹¹⁸, y por otro lado, estaríamos imponiendo ya un determinado sentido de lo moral.

Aún con todo, parece evidente que los valores no justificados racionalmente no encontrarían normalmente relevancia en la base moral común. La adopción consensual de decisiones va a llevar un incentivo fuerte para que cada participante intente convencer a los otros, y esto difícilmente, aunque no es imposible, se conseguirá con el empleo de tesis no argumentables racionalmente. La argumentación racional, va a ser casi siempre, si no siempre, exigida por los participantes. Incluso puede propugnarse como presupuesto metodológico de la fundamentación que aquí se realiza ¹¹⁹, siempre compaginando éste presupuesto

¹¹⁷Y quiero volver a insistir, para que no se me malinterprete, que estamos situados en el mundo moral, ya que en jurídico la intervención del Poder y su apoyo en la población haría seguramente inviable esta situación.

¹¹⁸François PERROUX, Economía y sociedad, obra cit., p. 153.

¹¹⁹Puede afirmarse que el "a priori de la argumentación contiene la exigencia de justificar, no sólo todas las afirmaciones científicas, sino también todas las exigencias humanas (también las exigencias implícitas de unos hombres a otros, contenidas en acciones e instituciones)". Karl Otto APPEL, La Transformación de la Filosofía, obra cit., p. 403. Lo que ocurre es

con los matices expuestos sobre éste extremo. Además, parece que la intuición va a dar un resultado poco satisfactorio para nuestro propósito. Como dice Rawls, refiriéndose al conocimiento de lo justo: "Una concepción intuicionista es, podríamos decir, una concepción a medias" ¹²⁰. No obstante todo esto, no rechazamos la participación de la intuición en la comunicación, al menos en cuanto a los puntos de partida de ésta ¹²¹.

Como ya he dicho, la participación en el consenso es libre e igual para todos, siendo ésta una condición de la validez de sus resultados ¹²². Y creo necesario recalcar esa participación de todos, ya que, como expresa Habermas: "Únicamente un proceso de entendimiento intersubjetivo puede conducir a un acuerdo que sea de carácter reflexivo: solo entonces, pueden saber los

que incluso la intuición va a tener importancia, en un primer momento, como posible vía para nuevas construcciones o argumentaciones racionales.

¹²⁰A Theory of justice, obra cit., p. 4.

¹²¹Entiendo con RAWLS, que "no hay razón para suponer que podemos eliminar toda apelación a la intuición, de cualquier clase, o que debemos tratar de hacerlo". A theory of justice, obra cit., p. 44.

¹²²"El diálogo y el consenso, como procedimientos legitimadores de normas en la vida ciudadana, requieren como transfondo una vida dialogal y consensual, que intente pertrechar a todos los posibles interlocutores de los medios materiales, culturales e informativos necesarios para dialogar en pie de igualdad y con ciertas garantías de competencia". A. CORTINA, Ética Mínima, obra cit., p. 233. Vid. en este sentido Luigi BAGOLINI, Mito, potere e dialogo, obra cit., p. 83. Es importante esta libertad de participación y de proposición en la comunicación, ya que el impedir que los hombres digan lo que piensan no es solo que sea prácticamente imposible (vid. Baruch SPINOZA, Tratado Teológico Político. Tratado Político, obra cit., p. 132), sino que puede llevar a la destrucción de la organización social.

participantes que se han convencido conjuntamente de algo" ¹²³. Así en la comunicación se van a expresar las necesidades y pretensiones humanas, no ya, como dice Apel ¹²⁴, las compatibles con las demás sino también las incompatibles, con lo que se podrá quizás contribuir a la evolución y perfeccionamiento en la realización ideal de las mismas. En definitiva entiendo que por "la misma razón que es imposible el que una sola persona o grupo aislado pueda tener una visión completa de los problemas de toda la comunidad y de las soluciones más adecuadas al bien general, es posible que la falta de una sola solución individual o de grupo puede hacer incompleta una visión de estos problemas..." ¹²⁵.

En este punto nos encontramos con el **problema de aquellos que no quieren participar**. Creo que ante esto caben dos posiciones. La primera es la consideración de la no participación como una expresión de la postura en el diálogo, que va a permitir concienciar e influir en los participantes. La segunda es

¹²³J. HABERMAS, Conciencia moral y acción comunicativa, trad. de R. Garcia Cotarelo, Península, Barcelona 1985, pp. 87 y 88.

¹²⁴Según APEL, "todas las necesidades de los hombres, que puedan armonizarse con las necesidades de los demás por vía argumentativa, en tanto que exigencias virtuales, tienen que ser de la incumbencia de la comunidad de comunicación". La Transformación de la Filosofía, obra cit., p. 404.

¹²⁵Jose M^a DESANTES, Hacia el realismo político, Dopesa, Barcelona 1969, pp. 27. Para este autor existe un deber de participación en todos los hombres que forman una comunidad. Creo que esto no puede ser llevado al extremo. Me parece que puede existir, hablando desde el punto de vista intersubjetivo porque desde el individual no podríamos definirlo, pero no de una forma absoluta sino siempre tomando como requisito previo la aceptación de las condiciones de argumentación y de diálogo.

La comunicación y el diálogo intersubjetivo

la consideración estrictamente individual del sujeto que no participa. Y aquí caben a su vez dos situaciones: la moral y la jurídica. En el campo de la moral entiendo que los resultados del diálogo no son impositivos por lo que, la postura de no participación ha de ser respetada en la medida de lo posible. En el campo jurídico depende de lo que cada Ordenamiento imponga, pero entiendo que la no participación en el sistema difícilmente va a poder significar no aplicación del mismo, salvo que se trate de una no participación generalizada que llevaría a situaciones de ineficacia general del Ordenamiento con incidencia en su propia validez. Sin la participación es más fácil llegar a la tiranía; los hombres deben mantener en su pensamiento el hecho de que "si una comunidad de hombres es dominada por uno solo o por unos cuantos, es visiblemente porque no han tenido ni el valor ni la habilidad de gobernarse por si mismos" ¹²⁶.

C. EL PAPEL DE LA HISTORIA EN EL DIALOGO INTERSUBJETIVO

C.1. Razón y dinamicidad en la historia

El consenso evoluciona en la historia ¹²⁷ y ha de ser entendido como aquel en el que los hombres se comunican contem-

¹²⁶VOLTAIRE, Opúsculos satíricos y filosóficos, obra cit., p. 274.

¹²⁷La relación consenso-historia es puesta de manifiesto por G. PECES-BARBA y L. PRIETO. Vid. La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política, Fernando Torres, Valencia 1984, p. 17.

Deberes y obligaciones en la Constitución

plándose como fines en sí mismos. Con ésto conectamos razón e historia ¹²⁸; como expresa Peces-Barba, la razón "es siempre la razón del hombre, y el hombre es un ser situado en un momento concreto de la historia", y además, "la razón es siempre un punto de vista situado en el tiempo y en el espacio, aunque con vocación de explicación general y trascendente" ¹²⁹. Así el hombre construye sus propuestas, y éstas están condicionadas por las situaciones en las que se desarrolla su vida ¹³⁰. La observación de la historia permite también ver como no sólo el tiempo sino también el espacio influyen en las propuestas de los hombres ¹³¹.

La importancia de la historia no supone un estancamiento, al contrario, la historia va a ir matizando todos los resultados del consenso y va a ser un elemento importantísimo en la forma-

¹²⁸Esta conexión se encuentra ya en G. VICO, Ciencia Nueva, trad. de J. Carnet, Edic. Colegio de México, 1941, T. I, p. 93.

¹²⁹Gregorio PECES-BARBA, Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales, en Anuario de Derechos Humanos núm. 4, Universidad Complutense, Madrid 1986-87, pp. 256 y 257. Vid. también Risieri FRONDIZI, ¿Qué son los valores?, obra cit., p. 131. Sobre la importancia de la historia en la clarificación de los conceptos jurídicos vid. A. E. PEREZ LUÑO, Conceptos y concepción de los derechos humanos, en Doxa, num. 4, Alicante 1987.

¹³⁰Como expresa GETTELL: "Ordinariamente, las teorías políticas son una consecuencia directa de las condiciones del medio en que se desarrollan". Historia de las ideas políticas, trad. de Teodoro González García, Labor, Barcelona 1930, p. 33. Vid. también A. MACINTYRE, Tras la virtud, obra cit., p. 25.

¹³¹Vid. sobre esta influencia MONTESQUIEU, El Espíritu de las Leyes, trad. M. Estevez, El Ateneo, Buenos Aires 1951, pp. 277 y ss. También, Miguel REALE, Pluralismo e liberdade, obra cit., pp. 81 y ss.

ción y expresión de la razón. Esta compatibilidad va a hacer posible que los resultados del diálogo no sólo sean válidos para los participantes en ese momento, sino que estén abiertos para futuros participantes, con lo que evitamos el decisionismo sobre éstos y salvamos el problema de la validez de sus resultados respecto a las generaciones futuras ¹³². Estas en la medida en que van a poder participar siempre en el diálogo (que ya hemos caracterizado de universal) y teniendo en cuenta el carácter eminentemente evolutivo del mismo y la revisabilidad de sus resultados, van a poder considerar éstos valores y deberes como conceptos autónomos y no heterónomos. En definitiva, como escribe Stuart Mill, por "poco dispuesta que se halla una persona a admitir la falsedad de opiniones fuertemente arraigadas en su espíritu debe pensar que por muy verdaderas que sean, serán tenidas por dogmas muertos y no por verdades vivas, mientras no puedan ser total, frecuente y libremente discutidas" ¹³³.

No me parecen en éste punto acertadas aquellas teorías que

¹³²Según RAWLS, el problema de las generaciones futuras, provoca a cualquier teoría ética un severo, si no imposible examen. Vid. A theory of justice, obra cit., p. 284. El problema de las nuevas generaciones, puede ser planteado desde una perspectiva kantiana, relacionándolo con las obligaciones de los padres hacia los hijos. Así escribe: "es una idea totalmente correcta e incluso necesaria, desde la perspectiva práctica, considerar el acto de la procreación como aquel por el que hemos puesto a una persona en el mundo, sin su consentimiento, y la hemos traído a él arbitrariamente; hecho por el cual pesa también sobre los padres, en la medida de sus fuerzas, la obligación de conseguir que esté satisfecha con su situación". KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 102.

¹³³J. Stuart MILL, Sobre la libertad, obra cit., p. 98.

solucionan éste problema proponiendo una actuación de los participantes previsoramente de los deseos de las próximas generaciones o concedora de las proposiciones mejores para el desenvolvimiento de éstas ¹³⁴. Estas teorías no tienen en cuenta la evolución histórica, cultural etc..., y propugnan un decisionismo en el ámbito moral contrario a la libertad y a la tolerancia que desde ésta posición se proponen. Si bien, como escribe Höffe, "a causa de su inteligencia, el hombre no vive sólo en el momento presente" ¹³⁵, no creo que esté legitimado a cerrar la participación y el diálogo sobre los valores.

De todas formas, las nuevas generaciones siempre van a ir transformándose con el tiempo y como dejamos vía abierta para que puedan transmitir sus propuestas, el posible problema respecto a ellas queda resuelto. Es más, incluso parece lógico que acepten muchas de las pretensiones, necesidades y deberes reconocidos por las generaciones pasadas ¹³⁶. En esta línea,

¹³⁴En éste sentido se expresa RAWLS cuando escribe: "We must choose for others as we have reason to believe they would choose selves if they were at the age reason and deciding rationally". A theory of justice, obra cit., p. 209. Tampoco creo que puede reducirse éste problema a los términos en los que los reduce éste autor, es decir, a datos y predicciones económicas. Vid. A theory of justice, obra cit., pp. 284 y ss.

¹³⁵Otfried HÖFFE, Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia, obra cit., p. 49.

¹³⁶Como expresa H. HELLER: "Pero como las generaciones se entreverán en el tiempo y, en su gradual transformación, los recién llegados constituyen siempre una minoría, es posible explicar, sin necesidad de apelar al espíritu del pueblo o al alma de la comunidad, simplemente por la mediación social, que, no obstante el cambio constante de personas, se produzca una relativa continuidad, tal como las del lenguaje, las costumbres y el Derecho". Teoría del Estado, trad. Luis Tobio, Fondo de Cultura Económica, México 1985, p. 107.

cabría afirmar con Macintyre que "no todas las cosas del presente son susceptibles por igual de ser superadas en el futuro, y algunos elementos de la teoría o la creencia actual pueden ser de tal calidad que resulte difícil prever su abandono, a no ser que se descarte completamente la tradición" ¹³⁷.

La historia dentro de esta argumentación, debe ser entendida como un elemento importantísimo en el enmarcamiento de la comunicación, como evolución y como camino donde los hombres van a ir desarrollando sus ideas ¹³⁸. Los valores que nosotros ahora justificamos pueden ser derivados de la comunicación de los hombres centrada sobre las pretensiones y necesidades, pero no hay que olvidar que éste diálogo va a estar situado históricamente y que por otro lado, los hombres, a lo largo de la historia, van a poder matizar sus propuestas. Y esto se hace aún más patente si bajamos un peldaño en nuestra justificación y atendemos a deberes y obligaciones.

Los valores no aparecen en un momento determinado, sino que son el resultado de una evolución que se proyecta en el tiempo, y que está conectada con la tradición y con el contexto espacial ¹³⁹. No es posible tampoco desentender la argumentación y las

¹³⁷A. MACINTYRE, Tras la virtud, obra cit., p. 186.

¹³⁸Vid. en éste sentido PECES-BARBA, Los valores superiores, Tecnos, Madrid 1984, pp. 96 y 97.

¹³⁹La tradición podría ser entendida a la manera de MACINTYRE: "es central que el pasado no sea nunca algo simplemente rechazable, sino más bien que el presente sea inteligible como comentario y respuesta al pasado, en la cual el pasado, si es necesario y posible, se corrija y trascienda, pero de tal modo que se deje abierto el presente para que sea a su vez corregido y

opiniones de la situación ambiental donde éstas se desarrollan¹⁴⁰. La evolución constante y la autocrítica evitarán lo que para Etienne de La Boetiè era la causa primera de la servidumbre voluntaria: la costumbre entendida como acomodamiento y desinterés¹⁴¹.

C.2. La reflexión sobre valores y deberes en la historia

La reflexión histórica nos va a permitir conseguir elementos fiables y esclarecedores de la aparición y evolución comprensiva de los valores, pretensiones, deberes y necesidades humanas y de su incorporación a textos positivos¹⁴².

Puede subrayarse que aunque la reflexión sobre valores y deberes humanos se encuentra ya en el pensamiento clásico¹⁴³, ésta no adquiere una dimensión jurídica hasta el **tránsito a la modernidad**. Como escribe Perez Luño, "en el mundo antiguo es muy

trascendido por algún punto de vista más adecuado". Tras la virtud, obra cit., p. 185.

¹⁴⁰Vid. Hans V. ECKARDT, Fundamentos de la Política, obra cit., p. 178. Mucho antes, esta influencia del espacio fue puesta en relieve por Platón en su diálogo con Megilo y Clinias. Vid. PLATON, Las leyes, vol. I, obra cit., pp. 171 y 172.

¹⁴¹Vid. Etienne de LA BOETIE, Discurso sobre la servidumbre voluntaria, obra cit., p. 28.

¹⁴²Vid. Gregorio PECES-BARBA, Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española (1908-1987), obra cit., p. 86.

¹⁴³Vid. en éste sentido Otfried HÖFFE, Estudios sobre Teoría del derecho y la Justicia, obra cit., pp. 94 y ss.

discutible la existencia de una auténtica subjetividad jurídica, tal como hoy la entendemos, y menos aún puede hablarse de auténticas formulaciones positivas de los derechos humanos" ¹⁴⁴. Así, hasta el tránsito a la modernidad, la reflexión es exclusivamente moral y religiosa, no está centrada sobre algunos valores que hoy consideramos esenciales, y los que se reconocen se hacen sólo para determinadas personas. La historia (en su relación con la razón y el pensamiento humano) ha ido definiendo esos valores y ampliando sus destinatarios ¹⁴⁵.

Pero aunque destaquemos ese momento que llamamos tránsito a la modernidad, es importante señalar que en él no acaba la evolución. La evolución y definición de los valores fruto del diálogo intersubjetivo es constante ¹⁴⁶.

Para comprender pues, en sentido moderno, el valor de la libertad y la igualdad en la comunicación (y por consiguiente, poder dar solidez a la idea de los deberes humanos y con ellos a las obligaciones jurídicas básicas), tenemos que remitirnos

¹⁴⁴Antonio E. PEREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, obra cit., p. 109. Sobre la presencia de esta reflexión en la Edad Media vid. Jesús LIMA TORRADO, Los textos jurídicos medievales como precedente de las modernas declaraciones de derechos humanos, en Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en Memoria y Homenaje de L. Legaz Lacambra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983, T. I, pp. 713 y ss.

¹⁴⁵Vid. Gregorio PECES-BARBA, Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales, obra cit., p. 221.

¹⁴⁶Como escribe Manuel ATIENZA: "...si bien los derechos humanos surgieron en una determinada época histórica, ello no quiere decir que se agoten, como supuso cierta interpretación del marxismo, en ese marco histórico". Introducción al Derecho, Barcanova, Barcelona 1985, p. 177.

propiamente al final de la Edad Media, y más concretamente al cambio de mentalidad que se va produciendo de forma paulatina. En este cambio hay dos "movimientos" que tienen un papel protagonista: el Humanismo y la Reforma. El primero significará la revalorización del hombre y de su dignidad y el segundo la misma revalorización respecto al papel de éste en la sociedad y en la historia ¹⁴⁷. En el Tránsito a la Modernidad, el hombre se abre a nuevas empresas y se consolida el ideal del 'uomo singolare'; mientras que el Estado se presenta como un Poder centralizado y absoluto ¹⁴⁸. Según Guido Fassó, este momento supone la afirmación del hombre como sujeto autónomo y no disuelto en gremios, refutándose además, toda jurisdicción y objetivación de la moral ¹⁴⁹.

El hombre, en un primer momento se acomoda a las estructuras de un Estado absoluto donde la clase burguesa podía resolver sus intereses económicos. Pero esto no se mantuvo mucho tiempo. Como señala Von Wiese: "Hay dos motivos decisivos...: Primero, el dominio práctico y técnico sobre el mundo terrenal, que se supeditará cada vez más a la voluntad del hombre; y segundo: La consciencia de que este señorío humano sobre el

¹⁴⁷Vid. Gregorio PECES-BARBA, Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales, Mezquita, Madrid 1982, pp. 59 y 94.

¹⁴⁸Johannes HIRSCHBERGER, Historia de la Filosofía, T. I, trad. de L. Martínez Gómez, Herder, Barcelona 1959, pp. 367 y ss.

¹⁴⁹Gido FASSO, Historia de la Filosofía del Derecho, vol. 2, trad. J. F. Lorca Navarrete, Pirámide, Madrid 1979, p. 27.

mundo se halla vinculado a la racionalización" ¹⁵⁰. Esto hace que el hombre reivindique su libertad tanto política (frente al Estado absoluto), como religiosa (frente a las iglesias dominantes). Así, "la libertad que el individualismo propugna respecto de Dios y del hombre mismo, se trasladará finalmente a ser reclamada respecto del Estado, del poder" ¹⁵¹. La idea de la tolerancia comenzará a tener un papel importantísimo entre los fines del hombre; la consecución del ideal del hombre singularmente considerado y válido como uno, no podía lograrse sin ella ¹⁵². La libertad y la tolerancia comienzan ya a ser postuladas por el hombre, como aquellos caracteres sin los cuales es imposible el desarrollo tanto en el aspecto individual como en el social.

La tolerancia y los límites del poder servirán como soporte a la idea de la atribución de ciertas obligaciones a los gobernantes en relación con el respeto a la dignidad humana, y por consiguiente, a la posibilidad de plantearse la existencia de la obligación de obediencia.

El proceso puede resumirse de la siguiente forma. Con la decadencia de las ideas medievales y la aparición del espíritu humanista, el hombre singular adquiere una importancia central.

¹⁵⁰Benno VON WIESE, La cultura de la Ilustración, trad. E. Tierno Galván, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1954, p. 27.

¹⁵¹Gregorio PECES-BARBA, Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales, obra cit., p. 156.

¹⁵²Vid. Henry KAMEN, Nacimiento y desarrollo de la tolerancia en la Europa moderna, trad. M. J. del Rio, Alianza Editorial, Madrid 1987.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Esto es acompañado por la potenciación de una clase, la burguesía, que llevará consigo un nuevo planteamiento de la vida. El racionalismo invade la labor humana, la economía cambia y las estructuras del medievo son insuficientes para esta evolución. Se necesita un Poder absoluto que asuma las pretensiones de los hombres, al menos de los que componen la clase dominante. En un primer momento, la burguesía se apoya en él, pero pronto surgen las primeras afirmaciones tendentes a limitar ese poder. Esta labor se identificará con un espíritu reformista en cuanto a la religión. Así, se busca también limitar el poder de las iglesias sobre el individuo. Con ello se dará el paso del Estado absoluto al liberal, en el que prima, como idea fundamental, el hombre individual libre y en el que aparecen las primeras afirmaciones jurídicas positivas protectoras de la libertad humana en sentido moderno. Pero en la búsqueda de la libertad y de la igualdad (como nuevo postulado), el Estado liberal resulta insuficiente ¹⁵³. Al hombre no le va a importar limitar en cierta forma su libertad si así puede favorecer el desarrollo de condiciones igualitarias. A su vez, el predominio de una clase que se va enriqueciendo, había acrecentado las diferencias sociales, por lo que la búsqueda de la igualdad no va ser camino de unos pocos. Lo que se pretende es recalcar la idea de la dignidad del hombre en la libertad y la igualdad. La labor del

¹⁵³Vid. H. J. LASKI, El liberalismo europeo, trad. de V. Migueles, Fondo de Cultura Económica, México 1969.

pensamiento socialista es una de las claves de éste hecho ¹⁵⁴. Los textos jurídicos positivos ya no van a recoger solo exigencias de una libertad total donde el papel del Estado se reduzca a proteger a la misma, sino que van a exigir a éste la actuación con vistas a promover condiciones igualitarias.

Solo así puede entenderse propiamente la existencia en este momento en que nos encontramos, de la base moral común que tiene como fin el logro de la libertad moral.

Como puede observarse, **la historia constituye un elemento fundamental no sólo comprensivo sino también formador del conocimiento humano**. Su importancia se acrecienta, como vemos, en el campo de los derechos y obligaciones humanas, por lo que no parece lógico el rechazo de la misma en sus fundamentaciones. Su empleo no constituye de ninguna forma un paso del ser al deber ser, ni puede ser entendida como un conjunto de situaciones incapaces de crear obligaciones ¹⁵⁵. La mudanza de la misma puede suponer dificultad pero no imposibilidad. Lo que sucede es que la crítica a la razón histórica es entendible si va dirigida a una postura restringida de esa consideración, y no a las que relacionan esta razón con el consenso, la razón práctica, etc... En estos casos, si que es posible hablar de obligaciones, y esto se acrecienta con el trasvase de éstas consideraciones al mundo

¹⁵⁴ Vid. Gregorio PECES-BARBA, Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales, en Escritos sobre derechos fundamentales, Eudema, Madrid 1988, pp. 195 y ss.

¹⁵⁵ Vid. Sergio COTTA, Justificación y obligatoriedad de las normas, obra cit., pp. 95 y 96.

jurídico. Así, el fundamento de ciertas obligaciones jurídicas puede encontrarse en razones históricas consensuadas en un momento determinado, o en otro tipo de argumentos.

Por otro lado, puede decirse que un estudio de instituciones jurídicas que no tenga en cuenta a la historia parece ser incompleto. Como escribe Carmen Lamarca, "tal vez el análisis histórico constituya una de las mejores aproximaciones para comprender el significado y alcance de los institutos jurídicos, que pueden así aparecer desprovistos de los ropajes formales que hacen de ellos categorías abstractas y despegadas de la realidad" ¹⁵⁶.

D. LOS RESULTADOS DEL DIALOGO

En la medida en que es posible hablar de resultados del diálogo (siempre dinámicos aunque en algunos aspectos se mantienen con relativa estabilidad), **estos nunca pueden ser entendidos ni como victoria de una parte y menos aún, pueden ser elevados a dogmas absolutos.** Y ello por dos razones: la primera porque se huye de todo carácter impositivo o coercitivo; la segunda, se refiere a uno de los caracteres de la comunicación en el sentido de que los participantes en ella, buscan convenirse dialogando o, al menos, llegar a unos acuerdos mínimos

¹⁵⁶Carmen LAMARCA, Legalidad penal, en Revista jurídica de Castilla-La Mancha, num. 2, 1987, pp. 69 y 70.

(pero acuerdos en todo caso). Con ello sería difícil, en una verdadera realización de este diálogo, hablar de vencedores y de derrotados. Más bien, habría que hablar de toda la comunidad como vencedores. Como acertadamente escribe Perroux, "el diálogo excluye la destrucción de los valores intelectuales y morales de las personas que participan en él; aquel que consigue hacer triunfar su criterio no obtiene una victoria, y esto suponiendo que no haya previamente renunciado a ella: la clase o nación que en el diálogo social 'conquista el espíritu de los hombres', sería vencida si no consiguiera comunicarles los frutos y las virtudes de su victoria" ¹⁵⁷.

Tres características habría que señalar llegado éste momento y que nos sirven tanto para definir el procedimiento como para caracterizar su evolución: **la reversibilidad, la universalidad y la reciprocidad** ¹⁵⁸. Reversibilidad entendida como existencia de argumentaciones y contraargumentaciones, como dinamismo y como evolución ¹⁵⁹. Universalidad en el sentido de inclusión de todos y de asunción de los resultados por todos. Y por último reciprocidad en el sentido de igual reconocimiento de todas las propuestas. Estas tres características y todo el

¹⁵⁷ François PERROUX, Economía y sociedad, obra cit., p. 153.

¹⁵⁸ J. HABERMAS, Conciencia moral y acción comunicativa, obra cit., p. 144.

¹⁵⁹ Las decisiones mayoritarias irreversibles no deben ser tomadas, y no ya por ser irracionales como expresa HABERMAS (vid. Ensayos Políticos, obra cit., p. 89), sino porque en ellas no se toma en cuenta ni la proyección histórica ni las generaciones futuras.

Deberes y obligaciones en la Constitución

diálogo consensual, han de ir impregnados y ser partícipes de la tolerancia y de la pluralidad, porque "hay base suficiente para pensar que la supresión ideológica del pluralismo supone y comporta la negación de la libertad humana, la negación de la voluntad libre y la negación de la razón crítica del hombre" ¹⁶⁰.

Según Kelsen, "el problema de los valores es, en primer lugar un problema de conflicto de valores, y éste problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta a éstas preguntas es un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo" ¹⁶¹. El juicio de valor puede estar determinado por factores emocionales, como señala Kelsen, pero también por factores racionales. La validez de ambos está matizada ciertamente al ser subjetivos, pero **esta subjetividad se puede abrir por medio del diálogo y pasar a ser intersubjetividad**. Con ello no quiero decir que los juicios de valor expresión de ésta intersubjetividad puedan o deban ser considerados como absolutos, abandonando así su relatividad; sino que éstos juicios van a ser válidos para la gran mayoría de los sujetos.

¹⁶⁰Elías DIAZ, Sociología y Filosofía del Derecho, obra cit., p. 393. En éste sentido el prof. PECES-BARBA afirma: "No hay tolerancia sin pluralismo, ni pluralismo sin tolerancia". Nota sobre la justicia, en Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid 1984, p. 262.

¹⁶¹KELSEN, ¿Qué es justicia?, obra cit., p. 39.

Los valores, pretensiones y deberes van a ser así producto del hombre y configurados a partir del discurso eminentemente racional intersubjetivo basado en las necesidades humanas ¹⁶². Con ésto, se nos puede acusar de caer en la falacia naturalista. No creo que puedan separarse definitivamente el mundo de los hechos del de los valores ¹⁶³. De la constatación de las necesidades y pretensiones se va a poder llegar a la determinación de los valores a través, precisamente, de éste diálogo caracterizado, principalmente y no exclusivamente, por la razón, el consenso y la historia. Además, como expresa Nowell-Smith, "la psicología no es tan irrelevante para la ética como algunos filósofos modernos insisten en afirmar; porque, aunque los juicios morales no se siguen de los enunciados psicológicos, no podemos entender lo que significan los términos usados en los juicios morales si no los examinamos en el contexto de su uso; y son usados, bien directamente para expresar una actitud en pro o en contra, o para realizar alguna otra tarea que no podrían realizar y ni siquiera entender unos seres que no tuviesen actitudes en pro o en contra" ¹⁶⁴.

La consideración relativa como conjunto de valores, debe-

¹⁶² Como dice Antonio E. PEREZ LUÑO: "Por ser abstracciones mentales los valores son un producto del hombre, que se configuran a partir del discurso racional intersubjetivo basado en las necesidades humanas". Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, obra cit., p. 182.

¹⁶³ Así por ejemplo, John R. SEARLE habla de la falacia de la falacia naturalista. Vid. Como derivar 'debe' de 'es', en Philippa Foot, Teorías sobre la Ética, trad. de M. Arbolí, Fondo de Cultura Económica, México 1974, p. 158.

¹⁶⁴ NOWELL-SMITH, Ética, obra cit., p. 203.

res, etc..., está sujeta a la aceptación general y libre de todos, por decirlo con Rousseau, a su derivación de la voluntad general ¹⁶⁵, si bien esta voluntad roussoniana se verá matizada con su juridificación, y con la incorporación del sufragio y del parlamento. No escondo que ésto signifique también escoger otro principio que puede relativizar en extremo ésta fundamentación, pero entiendo que éste principio va unido a la idea de consenso y es necesario para la correcta interpretación de ésta argumentación.

Por otro lado, ya hemos insistido que los resultados de la comunicación no son resultados cerrados a aquellos que participan fácticamente en su formación ¹⁶⁶. No se trata de imponer unos criterios morales. La imposición de pautas morales no aceptadas va en contra de los postulados de ésta fundamentación; pero huiríamos de la realidad si no contemplásemos la posible incidencia de estos resultados en quienes no los compar-

¹⁶⁵"Para que una voluntad sea general, no siempre es necesario que sea unánime; pero es preciso que todas las voces sean tenidas en cuenta: una exclusión formal rompe la generalidad". ROUSSEAU, Contrato Social, prol. de M. Tuñón de Lara, trad. de F. de los Ríos, Espasa Calpe, Madrid 1981, p. 52. Con la elección de éste criterio estamos alerta para evitar lo que Alessandro BARATTA llamaba la visión estática y conformista de la moral. Vid. Su alcuni significati di 'dover essere' nell'analisi dell'esperienza normativa, en Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza, Milano 1968, p. 44.

¹⁶⁶Como dice APEL: "La norma básica bosquejada no adquiere su carácter obligatorio a partir de la aceptación fáctica por parte de quienes llegan a un convenio ("modelo contractual"), sino que obliga a cuantos han adquirido "competencia comunicativa" a través del proceso de socialización, a procurar un convenio con objeto de lograr una formación solidaria de la voluntad en cada asunto que afecte a los intereses de otros (a sus exigencias virtuales)". La transformación de la Filosofía, obra cit., p. 404.

ten.

En éste momento podríamos hacernos la siguiente pregunta: "¿Es aceptable que una minoría disidente tenga la obligación moral de respetar las decisiones de la mayoría?" ¹⁶⁷. Creo que ésto, aunque será más extensamente tratado, puede por ahora ser contestado subrayando que, lo que se busca es que el compromiso resultante no se ciña exclusivamente a los intereses planteados en la comunicación sino que esté abierto a otros intereses. Por otro lado, como ya se señaló, con ésta fundamentación no se trata de llegar, a través de la ética dialógica, a la imposición de unos valores, sino a través de la constatación de la existencia de esos valores en un momento histórico determinado, de intentar una fundamentación o, en definitiva, una justificación de los mismos, que sirva a su vez como vía legitimadora de los deberes y obligaciones que producen ¹⁶⁸.

La primacía que se da a los juicios de valor personales en esta argumentación, no puede chocar con la argumentación dialógica. Cualquier actitud que pueda parecer no propia de unos fines comunes a los participantes ha de ser de alguna manera justificada, y además el resultado del diálogo no debe ser im-

¹⁶⁷J. F. MALEM, Concepto y justificación de la desobediencia civil, obra cit., p. 34.

¹⁶⁸No es un resultado definitivo. Como ya escribió Hugo GROCCIO, las cosas conocidas por mutuo consentimiento varían "ya por cambiarse muchas veces, ya por ser diferentes en diferentes partes". Del Derecho de la Guerra y de la Paz, Prolegómenos, trad. de J. Tombiano Ripoll, Reus, Madrid 1925, T. I, obra cit., p. 24.

positivo (pero si generalizable) ¹⁶⁹. Otra cosa distinta sucede con el paso de esa base moral al Ordenamiento jurídico. El sistema jurídico si será el encargado de restringir cierto tipo de conductas, aunque estas estuviesen justificadas por razón de cierto subjetivismo moral.

Hay que distinguir radicalmente el momento jurídico del moral. En el ámbito moral la libertad que nosotros postulamos desde ésta posición es total, no se puede imponer ningún criterio, o mejor dicho, no se deben imponer ¹⁷⁰. La base moral común es una base constatable pero no impositiva, sino que es autoasumida y constituida por todos y está abierta a todo tipo de nuevas propuestas. En este punto en el que hablamos de los resultados del diálogo, hay que subrayar que no son resultados definitivos, sino que la crítica y la discusión continúan prolongándose en el tiempo, ya que: "ausente la discusión, no sólo se olvidan los fundamentos de la opinión, sino que con harta frecuencia es olvidado también su mismo sentido" ¹⁷¹.

¹⁶⁹"Como entender la felicidad es cuestión de proyectos estéticos, religiosos y culturales, y nadie tiene derecho a imponer su proyecto a los demás. Precisamente por eso las reglas mínimas para que cada cual lleve a cabo sus metas tienen que estar fijadas por acuerdo: para dejar que todos puedan desarrollar en libertad material sus diferencias". A. CORTINA, La calidad moral del principio ético de universalización, en Sistema num. 77, marzo 1987, p. 118.

¹⁷⁰Como dice GETTELL, "el pensamiento político es esencialmente relativo por naturaleza y ...no llega a descansar en la verdad absoluta". Historia de la ideas Políticas, obra cit., p. 35. Lo que si podemos es acercarnos a lo que la comunidad entiende por verdad, y ésto puede hacerse a través de la comunicación.

¹⁷¹J. Stuart MILL, Sobre la libertad, obra cit., p. 103.

La comunicación y el diálogo intersubjetivo

Toda la presente argumentación moral se apoya en la idea de que es por medio de la libertad por donde los pueblos pueden ser llevados a una voluntad común de vivir juntos ¹⁷². Y esta idea es trasladable también al ámbito jurídico. Pero dentro de éste, se van a imponer una serie de criterios que ya sí que van a ser impositivos, y que podrán ser reformables por vías establecidas y, en todo caso, más lentas que en el mundo moral.

El diálogo intersubjetivo nos va a permitir acercarnos a lo que denominamos base moral común. En nuestro caso, ésta base moral común está ya definida y ha sido el primer presupuesto del que hemos partido. Para llegar a ella, en el diálogo va a actuar como último paso el **consenso mayoritario**. Esto no debe hacernos dudar de la comunicación. Como dice Elías Díaz: "La decisión por las mayorías... no supone ni tiene por qué suponer negación de las minorías (cuantitativas o cualitativas), ni negación de la libertad del individuo concreto: al contrario, el criterio de las mayorías exige completamente ambas explícitas afirmaciones" ¹⁷³. Además, como también se ha dicho, nuestra comunicación y sus resultados no tienen en ningún momento un carácter impositivo y en ella y ellos priman la libertad y la tolerancia.

La base moral resultado del diálogo no debe ser entendida radicalmente ni como moralidad concurrente ni como moralidad

¹⁷²J. MARITAIN, El hombre y el Estado, obra cit., p. 227.

¹⁷³Elías DIAZ, De la Maldad Estatal y la Soberanía Popular, obra cit., p. 59.

Deberes y obligaciones en la Constitución

convencional, siguiendo la distinción de Dworkin. Este autor habla de moralidad concurrente de una sociedad "cuando sus miembros coinciden en afirmar la misma regla normativa o muy semejante, pero no consideran el hecho de esa coincidencia como parte esencial de la razón por la cual afirman esa regla". La moralidad convencional sería aquella que se fundamenta en esa coincidencia ¹⁷⁴. La base moral, se compone de los juicios personales puestos en común por lo que tiene claramente un primer momento individual. Por otro lado, no se fundamenta en la coincidencia sino en el desarrollo social tomado como fin. Los cimientos no están en ese consenso, sino que entran en juego otros factores de igual, sino más, importancia.

Las consideraciones que se hacen distinguiendo valor intersubjetivo e individual, así como deber intersubjetivo y deber individual, que veremos más adelante, tratan de **superar la distinción clásica entre moral social y moral individual**. Como escribe el profesor Montoro Ballesteros, la moral social "consiste en las ideas predominantes en la sociedad sobre la cualidad moral del comportamiento social humano, así como en el conjunto de exigencias morales de comportamiento, de costumbres, que la sociedad dirige a sus miembros en cada momento con referencia al bien social" ¹⁷⁵. Esta moral social, que indudable-

¹⁷⁴Ronald DWORKIN, Los derechos en serio, trad. de M. Guastavino, Ariel, Madrid 1984, p. 111.

¹⁷⁵Alberto MONTORO BALLESTEROS, Sobre las relaciones entre moral y derecho, obra cit., p. 68.

mente se relaciona con lo que nosotros denominamos 'moral intersubjetiva', posee dos caracteres que la hacen chocar con ésta. El primero sería la existencia dentro de la comunidad de varias morales distintas, pudiendo ser que esta 'moral social' se concibiese como la 'moral dominante o predominante'. El segundo es la evolución característica de todo el dinamismo moral y que en la concepción de 'moral social' no se suele tener en cuenta ¹⁷⁶. La moral intersubjetiva, que ha sido definida como no impositiva (salvo casos límites), en la que la tolerancia es su nota característica, y en la que la evolución constante es elemento esencial de su configuración, se distanciaría del concepto clásico de moral social. Por otro lado, la moral intersubjetiva parte del reconocimiento del individuo con lo que no es mas que expresión de la moralidad de éste. No puede hablarse de verdadera moral intersubjetiva en lo referente a un individuo, si él no la autoasume. Esta podrá actuar sobre él, pero no verá cumplida de forma efectiva su función y su vocación si el individuo no la asume.

¹⁷⁶Vid. Marcelino RODRIGUEZ MOLINERO, La Moral en el Derecho vigente, en Derecho y Moral, Anales de la Cátedra F. Suarez, num. 28, Granada 1988, pp. 126 y 127.

CAPITULO SEGUNDO: EL PODER

INTRODUCCION

Hemos señalado en el anterior punto, una determinada manera por la que podemos llegar a destacar un conjunto de valores de los que derivan pretensiones, necesidades, deberes, etc..., suficientemente justificados. Partimos de la positivación de unos valores en nuestro Ordenamiento: la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, y su desarrollo en forma de derechos y obligaciones. Por supuesto que, y ésto tiene que estar lo suficientemente claro, éstos valores pueden o no coincidir con aquellos que inspiran otros ordenamientos, si bien parece que en los países culturalmente parejos al nuestro puede hablarse de una coincidencia casi literal.

Con ésto no quiero decir que hayamos llegado al conocimiento de unos valores absolutos, eternos y eminentemente justos. Por un lado, como expresa Kelsen: "No es posible encontrar la tolerancia, los derechos de las minorías, la libertad de pensamiento y de expresión, que tanto caracterizan a la democracia, dentro de un sistema político que se base en la creencia en valores absolutos"¹. Por otro lado, por decirlo con Rawls,

¹H. KELSEN, *¿Qué es justicia?*, trad. de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona 1982, pp. 278 y ss. En este sentido se expresa Dino PASINI: "...si è allora in presenza di ideologie che, con l'assurda e rozza pretesa di avere acquisito il monopolio della verità, il possesso dei valori politici 'obbiettivi', 'scientifici' e, per tanto, definitivi, perfetti, prospettano i problemi

El Poder

"...cualquier procedimiento practicable puede producir un resultado injusto. De hecho, no existe un esquema de reglas políticas de procedimiento que garanticen que una legislación, injusta no se promulgará" ². De ahí se sigue que lo que si podemos casi asegurar es que para ésta situación espacial y temporal, parece que éstos valores, pretensiones, deberes, etc..., se acercan a aquellos por los cuales los hombres, en éste momento, pueden desarrollarse tanto material como espiritualmente. Puede hoy equipararse la base moral con lo que en la Constitución se denomina "contenido esencial" de los derechos y libertades en el art. 53 ³.

Pero aquí nos vuelven a surgir varias interrogantes. ¿Es suficiente ésta reflexión moral?. ¿Con éste consenso moral basta para proteger esos valores?. ¿Se hace necesaria la intervención de un Poder, entendido como hecho fundante básico?. Y si ésto es así, ¿qué tipo de Poder?.

Hay que subrayar que aquí también vamos a proceder como en el punto anterior. Si nos situamos en el momento presente, podemos encontrar una respuesta clara al transfondo de éstas pre-

politici in termini assoluti, per trovare della resoluzioni altrettanto definitive ai problemi della società". Il problema del fondamento dell'obbligo politico, en Tradizione e novità della Filosofia delle Politica, Quaderni degli Annali 1, Università degli Studi di Bari, 1970, p. 141.

²J. RAWLS, A theory of justice, obra cit., p. 198.

³Puede relacionarse también con lo que RAWLS llama "ámbito principal de aplicación de las libertades fundamentales". Vid. Las libertades fundamentales y su prioridad, en J. Rawls, C. H. Fried, A. Sen y T. C. Schelling, Libertad, igualdad y derecho, trad. de G. Valverde y Gefaell, S. MacMurrin (ed), Ariel, Barcelona 1988, p. 16.

guntas. Parece que el consenso moral no es absolutamente suficiente, por lo que se hace necesaria la existencia de un Poder creador del Derecho que recoja éstas exigencias éticas y, además, el Poder que más posibilidades tiene de coincidir con éstas aspiraciones y con una justificación dialógica es uno de tipo democrático. Lo que se pretende ahora es el justificar de alguna forma estas afirmaciones o, si se quiere, de justificar éstas constataciones. Para ello nos vamos a centrar en dos puntos principales: necesidad de un Poder y qué tipo de Poder, es el adecuado aunque como estamos en los presupuestos de la tesis, no pretendo agotar este tema que puede dar lugar a una tesis completa si se analiza exhaustivamente.

Por otro lado, el haber planteado la existencia de ciertas exigencias de forma previa a la de la necesidad del Poder y del Derecho, no supone enmarcarse en tesis iusnaturalistas. Es distinto afirmar el carácter "prejurídico o, por decirlo de otro modo, previo al consenso democrático y al Derecho" de los derechos y obligaciones fundamentales ⁴, que afirmar, también, la posible existencia de exigencias, pretensiones, necesidades y deberes de signo ético fuera del consenso y del Derecho. Lo primero entiendo que supone un empleo erróneo del lenguaje.

⁴Vid. en este sentido por ejemplo a Jesús BALLESTEROS y Javier de LUCAS, Sobre los límites del principio de disidencia, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., p. 89.

NECESIDAD DEL PODER

A. FORMACION HISTORICA DEL PODER

A.1. Tópica, sistema, soberanía y Poder

Los acuerdos morales originados en el consenso crean una serie de pretensiones moralmente reconocidas y una serie de deberes, que los hombres, en la mayoría de los casos consideran como inherentes a su propia persona. Pero con ello no basta. Nuestro objeto se centra en aquellos valores superiores producto de la comunicación intersubjetiva y dentro ellos en los deberes básicos. ¿Es suficiente el reconocimiento moral de éstos?. La contestación a esta pregunta significa dar un paso adelante en la fundamentación de las obligaciones básicas, porque como escribió Bentham: "El verdadero vínculo político está en el inmenso interés de los hombres de mantenerse un gobierno; porque sin gobierno no hay familia, no hay seguridad, no hay propiedad, no hay industria. Aquí es donde debe buscarse la base y la razón de todos los gobiernos, cualesquiera que sean su origen y su forma; y comparándolos con su objeto, es como puede razonarse sólidamente sobre sus derechos y sus obligaciones..."⁵.

Este problema puede ser abordado inicialmente desde una

⁵J. BENTHAM, Tratados sobre legislación civil y penal, obra cit., p. 86.

Deberes y obligaciones en la Constitución

visión histórica ⁶, donde la constatación de la necesidad del Poder y del Derecho nos hace tener en cuenta dos concepciones de este último: la tópica y la sistemática. La elección de una de ellas matiza las respuestas a estas preguntas y ayuda a una mejor comprensión del problema.

La visión tópica aparece en la cultura romana, cuando el *ius civile* se hace insuficiente y surge el *ius honorarium* y el *ius gentium*. Con esta transformación la figura del jurista adquiere relevancia y tendrá en principio dos facultades: el *ius edicendi* y el *ius respondendi*. Así, la ciencia del Derecho en la Roma clásica es una cultura en la que se utiliza el razonamiento tópico. Los juristas se enfrentan con un problema en cada caso concreto, combinando su conocimiento teórico con la intuición.

La visión sistemática puede decirse que tiene su origen primitivo cuando Euclides escribe "Elementos matemáticos". Pero comienza verdaderamente a ser importante en el Tránsito a la Modernidad, frente al intento de los glosadores de hacer el análisis del Derecho como problema. Así la aproximación al Derecho se hace con la geometría y de las matemáticas. En este sentido destaca la obra de Vico, *Ciencia nueva*, donde se expresa la existencia de unos "principios de la Humanidad de las nacio-

⁶Entiendo con Felix E. OPPENHEIM que "la dimensión histórica ha sido siempre indispensable para la comprensión de las estrechas interrelaciones que hay entre las teorías políticas y los sistemas políticos, entre las ideologías políticas y las opiniones políticas y entre el pensamiento y la acción política". Ética y Filosofía política, obra cit., p. 9.

nes", de donde manan todas las ciencias, disciplinas y artes ⁷.

En la cultura jurídica del sistema prima la ley, y así la misión de los juristas será la de aplicar el Derecho sin añadir nada. En el ámbito de ésta cultura es donde se asume la relación entre Derecho y Poder.

Estas dos posiciones en el siglo XIX se empezarán a acercar ⁸. La primacia de la visión sistemática supone que solo desde ella se puede realizar un verdadero estudio de la relación Derecho-Poder, por lo que solo desde ella va a ser posible la incorporación al Derecho de los valores intersubjetivos.

A la concepción sistemática como fenómeno indispensable para el estudio de la relación entre el Derecho y el Poder, hay que unir la configuración teórica de la soberanía. La primera función del Poder va a consistir en crear Derecho. Este concepto moderno de soberanía que potencia la visión sistemática, es el introducido por Bodino: "poder absoluto y perpetuo de una República" ⁹. Con este nuevo punto de mira, se podrá realizar una caracterización sistemática que también fué expresada por Bodino: "Pero del mismo modo que el navío sólo es madera, sin

⁷Vid. Giambattista VICO, Ciencia nueva, obra cit., pp. 6 y 7.

⁸Quizás pueda verse una primera aproximación de estas dos posturas ya en el siglo XVIII, en el acercamiento entre las posturas racionalistas y las voluntaristas dentro de la creación y la interpretación del Derecho. Vid. Luis PRIETO SANCHIS, Ideología e interpretación jurídica, Tecnos, Madrid 1987, pp. 23 y ss.

⁹J. BODINO, Los seis libros de la República, selecc., trad. e introd. de P. Bravo Gala, Orbis S.A., Biblioteca de Política, Economía y Sociología, Madrid 1985, p. 79.

forma de barco, cuando se le quitan la quilla que sostiene los dos lados, la proa y el puente, así la república sin el poder soberano que une todos los miembros y partes de ésta y todas las familias y colegios en un sólo cuerpo, deja de ser república"¹⁰. Incluso, este mismo autor, señalará como una de las características principales de ese poder soberano la creación del Derecho: "El primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular"¹¹.

A.2. El Estado en la historia

La idea de Estado, en sentido moderno, se forma en el periodo comprendido entre los siglos XIII y XVIII. Anteriormente las formas de gobierno no podrían, salvo ciertas excepciones, encuadrarse dentro de una conceptualización moderna de Estado¹². Como escribe González Casanova: "El Estado no nace o aparece de una vez como un producto acabado y listo para consumir. El Estado es un proceso de construcción de sociedad política que enlaza directamente con la anterior forma de organización, propia del Medievo europeo, y que de ella -y de los modelos clásicos de Grecia y Roma- toma sus principales elementos y

¹⁰J. BODINO, Los seis libros de la República, obra cit., p. 64.

¹¹J. BODINO, Los seis libros de la República, obra cit., pp. 90 y 91.

¹²Una evolución de las formas políticas puede verse en Manuel GARCIA-PELAYO, Del mito y de la razón en el pensamiento político, Revista de Occidente, Madrid 1968.

nociones. Sin embargo, corresponde al dinamismo transformador del cambio social que se produce en Europa entre los siglos XII y XIX la aportación singular de grupos sociales nuevos, de poderes inéditos, de ideas o cosmovisiones originales, que son las que construyen la nueva estructura política" ¹³.

En el siglo XIII se producirán una serie de fenómenos que provocan un cambio sustancial en la organización jurídico-política. Se produce un cambio de mentalidad, en el individuo en el sentido de evolución de lo moral a lo eficaz. Aunque se mantiene la idea que propugna que la actividad humana se asemeje al concepto de virtud, el hombre se hace más práctico.

Otro rasgo importante es la **secularización**, no en el sentido de ausencia de un sentimiento o de una creencia religiosa sino como presencia de varias: ya no se practica una sola verdad. A esto se une un cambio en la atribución de poderes a la Iglesia, considerando que no tiene facultades para regular la vida terrenal, lo que en última instancia, como veremos, llevará a un Poder del Estado que no reconoce superior.

Por otro lado, el hombre de este período aspira a la excelencia universal y suprema ¹⁴. Con esta idea se produce el paso del status al contractum: el paso del hombre considerado como miembro de una comunidad o de una corporación al hombre con-

¹³J. A. GONZALEZ CASANOVA, Teoría del Estado y Derecho Constitucional, Vicens Vivens, Barcelona 1981, p. 75.

¹⁴Quentin SKINNER, Los fundamentos del pensamiento político moderno, I, El Renacimiento, trad. J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México 1985, pp. 114 y 115.

siderado como individuo singular y aislado ¹⁵.

Las ideas económicas también cambian. La economía medieval era una economía eminentemente agrícola que podía denominarse como de autoconsumo. Se trataba de un sistema económico localista y estable, que con la apertura hacia nuevos horizontes se quedará pequeño. En estos años, "el comercio marítimo entre Oriente y Occidente..., cambió la mentalidad y la organización de la civilización europea, que de agraria, feudal y comercial de simple intercambio de productos, va a irse convirtiendo en marítima, urbana y capitalista" ¹⁶, o mejor dicho precapitalista ¹⁷. La burguesía propugnará un nuevo sistema económico, el mercantilismo, "basado en la idea de que la riqueza de las naciones se produce por la acumulación de metales preciosos y de dinero" ¹⁸.

En la Edad Media, se había ido constituyendo una "magnífica

¹⁵Vid. Gregorio PECES-BARBA, Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales, obra cit., pp. 151 y ss. Vid. también G. DUBY, Europa en la Edad Media, trad. L. Monreal y Tejada, Paidós, Barcelona 1986.

¹⁶Vicente RODRIGUEZ CASADO, Orígenes del capitalismo y del socialismo contemporáneo, ADEU, Lima 1979, p. 117.

¹⁷Cuando hablamos de capitalismo en esta época, "...no entendemos con ello el modo de producción capitalista en su fase ampliada, capitalismo industrial y bancario. Nos referimos a un estadio relativamente primitivo del capitalismo marítimo y comercial". R. ROBIN, La naturaleza del Estado a finales del Antiguo Régimen. Formación social, Estado y Transición, en AAVV, Estudios sobre la Revolución francesa. El final del Antiguo Régimen, trad. de M. J. Calatrava y P. Escobar, Akal, Madrid 1980, p. 71.

¹⁸Vid. Gregorio PECES-BARBA, Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales, obra cit., p. 16. Vid. también J. TOUCHARD, Historia de las ideas políticas, trad. de J. Pradera, Tecnos, Madrid 1979, p. 251.

jerarquía de clases sociales en la cual, cada grado debía directa obediencia al inmediatamente superior, y sólo en grado secundario, a los más altos" ¹⁹. Pero con estos nuevos caracteres toda esta situación cambia produciéndose una **valoración máxima del Estado**. La burguesía, clase ascendente que representa los cambios, buscará un buen aliado para poder conseguir sus fines, y este no será otro que el monarca. Como escribe Hobsbawm, el "príncipe necesitaba de una clase media y de sus ideas para modernizar su régimen; una clase media débil necesitaba un príncipe para abatir la resistencia al progreso de unos intereses aristocráticos y clericales sólidamente atrincherados" ²⁰.

La consideración del hombre como ser capaz de alcanzar la virtud será centrada en la figura del príncipe ²¹. Asimismo, la secularización y las divisiones de las iglesias potenciarán el surgimiento de un Estado con un Poder centralizado fuerte ²², y en ocasiones hasta despótico. Las mismas teorías reformistas que en un primer momento criticaban la intolerancia de la Iglesia

¹⁹R. H. S. GROSSMAN, Biografía del Estado moderno, trad. de J. A. Fernández Castro, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1986, p. 24.

²⁰E. J. HOBSBAWM, Las revoluciones burguesas, trad. de F. Ximénez de Sandoval, Guadarrama, Barcelona 1982, p. 50.

²¹Quentin SKINNER, Los fundamentos del pensamiento político moderno, I, obra cit., p. 143.

²²Quentin SKINNER, Los fundamentos del pensamiento político moderno, I, obra cit., p. 221.

mayoritaria, apoyan la formación de un Poder absoluto ²³.

Las nuevas ideas económicas también favorecerán la formación del Estado en sentido moderno ²⁴. Los pensadores de la época comenzaron a investigar la manera de ayudar al enriquecimiento del Estado. Los grandes descubrimientos geográficos hacían llegar a Europa grandes cantidades de metales preciosos.

²³ Así por ejemplo, como escribe SKINNER, "la principal influencia de la Teoría política luterana sobre los principios de la Europa moderna consistió en fomentar y legitimar el surgimiento de las monarquías unificadoras y absolutistas". Los fundamentos del pensamiento político moderno, II, La Reforma, trad. de J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1986, p. 119.

²⁴ La evolución de la economía es pareja a la evolución del Estado. Así por ejemplo R. ROBIN, habla de cinco períodos en la historia desde el Renacimiento, en los que los cambios económicos y los políticos se acompañan:

1. Un período que comienza con la salida de la crisis de los siglos XIV y XV, período de reajustes de las relaciones sociales... que corresponde a la primera estructuración de una economía mundial, a una primera penetración del capitalismo comercial, a un embrión de mercado interregional, y en el plano superestructural, al desarrollo a gran escala de un aparato de Estado relativamente autónomo en relación a la clase feudal...
2. Un estadio de acumulación primitiva, en un período de graves dificultades económicas coyunturales, que permite un freno a la evolución de las fuerzas productivas y la absorción casi general de la burguesía en el orden 'feudal-absolutista'.
3. Un estadio de acumulación primitiva alrededor de 1720, en un período coyunturalmente favorable que no permite ya la absorción de los burgueses en el orden feudal absolutista y que corresponde a un impulso de éstos como clase y a la constitución de una ideología burguesa...
4. Un estadio de crisis de la formación social que desemboca en una ruptura revolucionaria.. Después de la Revolución, el modo de producción capitalista no es aún dominante; de ahí, la especificidad del papel del Estado, la primacía de lo político y de sus formas propias de intervención.
5. Un estadio de preparación para la inversión de la dominación, en el que los elementos heredados del modo de producción feudal son reincorporados en el modo de producción capitalista, sin tener dinámica propia, período que corresponde a graves crisis políticas, a una inestabilidad política fundamental, hasta que, habiendo logrado el dominio..., la burguesía se haya encontrado al fin, al incorporarse progresivamente la vieja nobleza, las formas superestructurales adaptadas a esta inversión de la dominación". R. ROBIN, *La naturaleza del Estado a finales del Antiguo Régimen: Formación social, Estado y Transición*, obra cit., pp. 82 y 83.

Asímismo, diversas "sectas protestantes elaboraron una interpretación de la Biblia que exaltaba el esfuerzo individual y creía ver en el esfuerzo financiero una señal de bendición divina, con lo que se legitimó el deseo de lucro limitado ²⁵. Los mercantilistas partían de una idea: "la política económica de un país debe estar al servicio del Príncipe, en su condición de gestor del bien común nacional" ²⁶. Por su parte, los soberanos y los grandes pensadores veían en la acumulación de metales preciosos la causa del enriquecimiento de los Estados. Además, el mantenimiento de un ejercito fuerte y las continuas guerras iban a necesitar del oro ²⁷. En este sentido puede decirse que el mercantilismo "iba, pues, a constituirse en la doctrina nueva, pragmática sobre todo, orientada hacia la conquista de la riqueza, poco preocupada con la ciencia ni con la moral; rigurosamente nacionalista en sus aspiraciones, realista en sus métodos, ascética y codiciosa a la vez, declarando la persecución de ganancias y envaneciéndose de ella, al mismo tiempo que recomendaba el ahorro, la sencillez, las restricciones en el consumo" ²⁸. Así, "el Estado busca en una política económica

²⁵Emile JAMES, Historia del pensamiento económico, trad. de R. Defarges Ibañez, Aguilar, Madrid 1969, p. 34.

²⁶Vicente RODRIGUEZ CASADO, Orígenes del capitalismo y del socialismo contemporáneo, obra cit., p. 53.

²⁷Vid. en este sentido Rene GONNARD, Historia de las doctrinas económicas, trad. de J. Campo Moreno, rev. y ampliada por I. Rodríguez-Mellado, Aguilar, Madrid 1966, p. 53.

²⁸Rene GONNARD, Historia de las doctrinas económicas, obra cit., p. 63.

rigurosamente racional (mercantilismo), asegurar un máximo de bienestar económico para poder desarrollarse con esplendor, y fuerza tanto hacia el interior como hacia el exterior" ²⁹.

Pero estos cambios en la economía y esta influencia de una nueva clase social no podían hacerse de forma pacífica. **La burguesía tratará que sus ideas se incluyan en las decisiones del Poder** y esto no será bien visto por la nobleza, lo que desembocará en continuas luchas ³⁰. Pronto los teóricos argumentarán que "el principal asunto del gobierno consistía en mantener al pueblo no tanto en estado de libertad como de seguridad y de paz" ³¹.

En esta situación surgirá el **Estado moderno** que, en definitiva, va a suponer el intento, de la burguesía principalmente, de suprimir a otros poderes y monopolizar así, el uso de la fuerza legítima. Se irá adquiriendo una forma típica de or-

²⁹Benno VON WIESE, La cultura de la Ilustración, obra cit., p. 31.

³⁰Por ejemplo en Italia: "El rápido ritmo del comercio dió preminencia a nuevas clases de hombres, 'gente nuova', que pronto se enriquecieron como mercaderes en las ciudades y en las circundantes contada. Sin embargo, pese a su creciente riqueza, estos popolani no tenían voz en los consejos de gobierno de sus ciudades, que continuaban firmemente bajo el mando de las antiguas familias de magnates. Al ampliarse estas decisiones, empezaron a generar un alarmante aumento de la violencia civil, en que los popolani luchaban por obtener reconocimiento mientras los magnates se esforzaban por mantener sus privilegios oligárquicos". Quentin SKINNER, Los fundamentos del pensamiento político moderno, I, obra cit., p. 43.

³¹Quentin SKINNER, Los fundamentos del pensamiento político moderno, I, obra cit., p. 143 y t. II, obra cit., p. 266. También en el campo de la economía se produce éste pequeño cambio ya que "se admitió que el enriquecimiento del príncipe, que seguía siendo el objetivo final, exigía como condición previa la prosperidad nacional...". Emile JAMES, Historia del pensamiento económico, obra cit., p. 42.

ganización social y política, primero con el Estado estamental y mas adelante con el Estado absoluto. Este último poseerá elementos configuradores de lo que puede ser considerado Estado en sentido moderno: población, territorio, aduanas, ciudad-capital. De las características de este Estado absoluto destacan dos: a) la racionalización del poder; y b), la utilización del Poder, a través del Derecho, como elemento unificador del Estado ³². Como escribe González Casanova: "la exaltación del Príncipe fundador de un stato, la cerrada coherencia del principio de soberanía (absoluta en sí misma y con límites más teóricos que prácticos) y, en fín, el mito del Leviatán omnipotente e irresistible, colaborarán ideológicamente al fortalecimiento de las monarquías nacionales..." ³³.

Pero pronto, todos estos caracteres se vuelven contra el Estado absoluto. La monarquía absoluta, "difícilmente podía desear, y de hecho jamás la realizaría, la total transformación social exigida por el progreso de la economía y los grupos sociales ascendentes" ³⁴. **El individualismo, el racionalismo, la secularización, no podrán compaginarse con un Estado de éste tipo.** Como dice Laski, el "saber nuevo es tan inmenso y tan

³²Vid. A. CAVANNA, Storia del Diritto moderno in Europa, Le fonti e il pensiero giuridico, Giuffrè, Milano 1979.

³³J. A. GONZALEZ CASANOVA, Teoría del Estado y Derecho Constitucional, obra cit., pp. 96 y 97.

³⁴E. J. HOBSBAWM, Las revoluciones burquesas, obra cit., pp. 50 y 51.

vital que da a las personas una convicción de superioridad" ³⁵. En este sentido, "el auge del capitalismo, la lucha de clases y las guerras ayudarán a minar el absolutismo aunque durante un breve período lo reforzarán. Sin embargo, el mayor peligro para el absolutismo es de otro orden, ajeno aparentemente a la política: el progreso del pensamiento científico y del racionalismo" ³⁶. Comienzan así a exponerse las **primeras doctrinas contra este Estado** ³⁷. La evolución es observable en los planteamientos de los autores que se inscriben en el iusnaturalismo racionalista. Desde posturas primeras como la de Grocio. Pufendorf, etc..., que niegan cualquier resistencia frente al Estado, se irá evolucionando hasta posturas como la de Locke y Rousseau que hablan incluso de un derecho natural de resistencia frente al poder ³⁸. Así, "se justificará el poder supremo político si

³⁵H. J. LASKI, El liberalismo europeo, obra cit., p. 119.

³⁶Jean TOUCHARD, Historia de las ideas políticas, obra cit., p. 253. Vid. también Cl. MAZAURIC, Sur la Revolution Française, Sociales, 1970, p. 93.

³⁷Vid. por ejemplo, A. TRUYOL Y SERRA, Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado, T. II, Alianza Editorial, Madrid 1982; Ernst VON HIPPEL, Historia de la Filosofía política, T. II, trad. de F. Puy Muñoz, rev. por A. de Asís Garrote, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1962.

³⁸Vid. Eusebio FERNANDEZ, Teoría de la Justicia y derechos humanos, obra cit., pp. 147 y ss. Incluso en autores como PUFENDORF, en su Le Droit de la Nature et des Gens, trad. del latín de J. Barbeyrac, Amsterdam 1734, se hablará de la formación del estado como unión de voluntades y de fuerzas (tomo II, lib. VII, cap. II, p. 284), fundará la soberanía en el consentimiento libre de los hombres y en la aprobación de Dios (tomo II, lib. VII, cap. III, p. 308), se destacará la necesidad de limitar el poder (lib. VII, cap. VI, p. 366). Y en este sentido define el Estado como: "une Personne Morale composée, dont la volonté formée par l'assemblage des volontez de plusieurs, réunies en vertu de leurs Conventions, est réputée la volonté de tous généralement, y autorisée par cette raison à se servir des forces y des facultez de chaque

se halla al servicio de la libertad. Se organizará dicho poder de forma que se halle limitado y no pueda violar los derechos y libertades particulares". En definitiva, "el fin del Estado será proteger el natural desarrollo de la sociedad y de los ciudadanos" ³⁹.

El desencanto frente al Estado absoluto culminará con la Revolución francesa ⁴⁰ y de ella según Beneyto, arrancan las primeras ideas de lo que luego será el Estado de Derecho, si bien las consecuencias inmediatas de la Revolución no fueron en esta línea ⁴¹. El paso importante hacia un Estado garante y creador de derechos y obligaciones especialmente protegidos y exigidos, basados en la dignidad del hombre, se dará con la Revolución de 1848. Lo que interesa recalcar de esta primera reflexión es que el concepto moderno del Estado como poder centralizado, creador del Derecho, y con una fuerte administración, empieza a vislumbrarse en el Estado absoluto, pero

Particular, pour procurer la paix y sureté commune". Le Droit de la Nature et des Gens, obra cit., T. II, lib. VII, cap. II, p. 295. Si bien señala como características del Poder el ser soberano, no tener que rendir cuentas y estar por encima de las leyes humanas (lib. VII, cap. VI, pp. 356 a 358).

³⁹J. A. GONZALEZ CASANOVA, Teoría del Estado y Derecho Constitucional, obra cit., p. 105.

⁴⁰GROSSMAN resume así las principales quejas del pueblo:

1. La existencia de clases privilegiadas inmunes a los impuestos, en particular la Iglesia y la nobleza.
2. La existencia de una enorme maquinaria oficial inútil en lo absoluto para el comerciante o el campesino...
3. La censura existente sobre toda iniciativa individual...". Biografía del Estado moderno, obra cit., pp. 121 y 122.

⁴¹Juan BENEYTO, Historia de las doctrinas políticas, Aguilar, Madrid 1958, pp. 365 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

tiene su arraigo a partir de la Revolución francesa.

A.3. Algunas justificaciones del Poder en la historia

Teniendo en cuenta toda esta evolución histórica, puede afirmarse que los hombres, que han decidido vivir en comunidad, necesitan de un Poder ⁴² que garantice el desarrollo de ésta y que les permita establecer un equilibrio básico entre sus pretensiones y deberes ⁴³. La participación de todos en ésta empresa común va a exigir la institución del Poder ⁴⁴. No es que los hombres decidan en un momento de la historia el tener un Poder común que les gobierne ⁴⁵, sino que ese Poder aparece como necesario en la historia y a través de ésta se configura según las necesidades y pretensiones de los hombres. Como escribe Peces-Barba: "La experiencia suministra buenas razones para

⁴²vid. MARTINEZ MARINA, Principios de la Moral, de la Política y de la Legislación, Imprenta Hijos de J. Guentenebro, Madrid 1933, pp. 351 y ss.

⁴³vid. PUFENDORF, Le Droit de la Nature et Des Gens, obra cit., T. II, lib VII, cap. I, p. 270. En este sentido puede afirmarse que, "ante esa profunda conflictividad social humana se engendra una genérica necesidad de racionalizarla, o pseudoracionalizarla según la perspectiva que se adopte respecto a las soluciones o contenidos concretos de esa racionalización". LOPEZ CALERA, Introducción al estudio del Derecho, obra cit., p. 195.

⁴⁴"Lo que ya no puede ser garantizado indirectamente por el deslinde, exige ahora una garantía positiva: la participación en los rendimientos sociales y la participación en las instituciones de la vida pública política". J. HABERMAS, Teoría y Praxis, trad. de D.J. Volgamann, Sur, Buenos Aires 1966, p. 99.

⁴⁵Sobre la imposibilidad del contrato como medio de creación real del Poder estatal vid. H. KLIEMT, Filosofía del Estado y criterios de legitimidad, versión castellana de E. Garzón Valdés, Alfa, Buenos Aires 1979, pp. 76 y ss.

creer que la realización de la condición humana no puede ser consecuencia de un esfuerzo individual de cada uno, exclusivamente, sino que necesita unas condiciones en la vida social que hagan posible ese esfuerzo social" ⁴⁶. El mismo carácter social del hombre del que partíamos al inicio de esta argumentación, va a implicar la necesidad de un poder ⁴⁷.

Así, las obligaciones que contribuyen a la conservación de la sociedad y a la unión de los hombres son importantísimas ⁴⁸, pero necesitan del apoyo del Poder. Esta idea la encontramos ya en Suarez; quien como expresa Asís Garrote refiriéndose a su concepción política, establece como punto de partida la naturaleza del hombre, una naturaleza sociable, por lo que la autoridad política es "no solamente necesaria, sino natural a la sociedad" ⁴⁹. Pero incluso antes que Suarez, en Aristóteles, esta necesidad es patente. En su Política escribe: en todo aquello que consta de varios elementos y llega a ser una unidad común, ya de elementos continuos o separados, aparecen siempre el

⁴⁶PECES-BARBA, Los valores superiores, obra cit., p. 111.

⁴⁷vid. en este sentido Joaquín RUIZ GIMENEZ, Raíz y sentido de la relación política, en AA.VV., Comentarios a la Pacem in Terris, BAC, Madrid 1963, p. 261.

⁴⁸En éste sentido vid. CICERON, Los oficios o los deberes, obra cit., p. 43. Vid. también SUAREZ cuando escribe: "es cosa cierta que una ley de la comunidad obliga en adelante a todas las personas de esa comunidad... La razón es que la comunidad está por encima de cualesquiera de sus personas". SUAREZ, Las Leyes, lib. III, cap. XXXV, Trad. de J. R. Eguillor, introd. de L. Vela Sánchez, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1967, p. 351.

⁴⁹ASIS GARROTE, A., Manual de Derecho natural, Granada 1963, p. 246.

rector y el regido" ⁵⁰.

Desde el primer momento en que pueda hablarse de sociedad ésta se verá necesitada de "un poder a cuyo cargo esté el gobierno de la comunidad" ⁵¹. Como vemos, este poder incluso va a ser considerado como elemento necesario del propio concepto de sociedad.

Los autores contractualistas también destacarán esta necesidad del Poder. Así por ejemplo Rousseau escribe: "El contrato social es, por tanto, la base de toda sociedad civil, siendo en la naturaleza de ese acto en donde es necesario buscar el de la sociedad que forma" ⁵². Más adelante veremos la construcción que realiza Hobbes. Pero en este sentido pueden valer como ejemplos las consideraciones de Burlamaqui, Kant y Paine.

Burlamaqui se refiere en primer lugar a un estado primitivo, caracterizado por la dependencia absoluta de Dios y del que los hombres tienen la necesidad de salir al relacionarse con otros. Así se llega al estado de sociedad, que opone al estado de soledad. El estado de sociedad conlleva a la formación de la sociedad civil o de gobierno, caracterizada por la subordinación

⁵⁰ARISTOTELES, Política, obra cit., pp. 7 y 8.

⁵¹SUAREZ, Las Leyes, obra cit., lib. III, cap. I, p. 198. Vid. también VICO, Ciencia Nueva, obra cit., p. 5, donde se expresa el deseo común de los hombres en relación con la existencia de leyes.

⁵²ROUSSEAU, Emilio, obra cit., p. 532.

El Poder

a una autoridad soberana ⁵³.

También en **Kant** encontramos la idea de la necesidad del Poder. Para este autor, "el hombre tiene una inclinación a entrar en sociedad; porque en tal estado se siente más como hombre... Pero también tiene una gran tendencia a aislarse; porque tropieza en sí mismo con la cualidad insocial que le lleva a querer disponer de todo según le place..." ⁵⁴. Así, para justificar la necesidad del Poder emplea el pacto social por el que se produce el paso del Estado de Naturaleza a la Sociedad Civil ⁵⁵: "es menester salir del estado de naturaleza, en el que cada uno obra a su antojo, y unirse con todos los demás (con quienes no puede evitar entrar en interacción) para someterse a una coacción externa legalmente pública...; es decir, que debe entrar ante todo en un estado civil". Así, "el acto por el que el pueblo mismo se constituye como estado -...- es el contrato originario, según el cual todos (omnes et singuli) en

⁵³BURLAMAQUI, Principes du Droit Naturel, obra cit., Première Partie, cap. IV, pp. 54 y ss. La sociedad civil es "la société elle-même, modifiée de telle sorte, qu'il y a un Souverain qui y comande, e de la volonté duquel tout ce qui peut intéresser le bonheur de la société dépend en dernier ressort; afin que sous sa protection e par ses soins, les hommes puissent se procurer d'une manière plus sûre le bonheur auquel ils aspirent naturellement". Principes de Droit Naturel, obra cit., Seconde partie, cap. VI, p. 110.

⁵⁴KANT, Idea de una historia universal en sentido cosmopolita, en Filosofía de la Historia, obra cit., p. 46. Vid. también, KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 140 y ss.

⁵⁵Este contrato no es entendido por KANT como un hecho, sino como una idea de la razón en la que fundar las reglas de la sociedad civil. Vid. Teoría y Práctica, trad. de J. M. Palacios, M. F. Pérez López y R. Rodríguez Aramayo, est. prel. de R. Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid 1986, p. 37. Vid. esta idea también en La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 177 y 178.

Deberes y obligaciones en la Constitución

el pueblo renuncian a su libertad exterior, para recobrarla en seguida como miembros de una comunidad, es decir, como miembros del pueblo considerado como Estado (universi)..."⁵⁶. Este paso es pues necesario para que el hombre pueda cumplir los fines que le son propios, y para que adquiera una libertad generalizable, constituyendo, en definitiva, un deber primordial e incondicionado⁵⁷. Sólo en esta Sociedad Civil se podrá llevar a cabo el verdadero concepto de Derecho, esto es, "la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según una ley universal"⁵⁸.

Por su parte **Paine**, considerará al gobierno como un mal necesario: "Si los impulsos de la conciencia fueran claros, uniformes e irresistiblemente obedecidos, el hombre no necesitaría legislador. Pero, no siendo éste el caso, encuentra necesario delegar una parte de su propiedad a fin de conseguir los medios para proteger el resto..."⁵⁹. Los hombres necesitan vivir

⁵⁶KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 141 y 145 y 146.

⁵⁷Vid. en este sentido KANT, Teoría y Práctica, obra cit., pp. 26 a 27. Vid. también KANT, Idea de una historia universal cosmopolita, obra cit., pp. 48 y 49. En este sentido, señala como obligaciones fundamentales en el hombre la de ser honesto ("no te conviertas en medio para los demás, sino sé para ellos, a la vez, fin") y la de no causar lesión a nadie. Si estas obligaciones no pueden ser cumplidas, establece KANT el deber de entrar en sociedad. Vid. La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 47 y 80.

⁵⁸KANT, Teoría y Práctica, obra cit., p. 26.

⁵⁹Thomas PAINE, El sentido común y otros escritos, est. prel. y trad. de R. Soriano y E. Bocado, Tecnos, Madrid 1990, pp. 5 y 6.

El Poder

en sociedad ⁶⁰, y esto sería suficiente si estos permanecieran plenamente justos, pero esto no ocurre así según Paine, por lo que se hace necesario el establecimiento de alguna forma de gobierno, apoyada en el consentimiento de los gobernados, a fin de remediar el defecto de la virtud moral ⁶¹.

La Iglesia católica también expresa la necesidad de un Poder, debido a la naturaleza sociable del hombre y como medio indispensable para alcanzar el bien común. Así por "ejemplo, Juan XXIII en la encíclica "Pacem in Terris" escribirá: "En efecto, como Dios ha creado a los hombres sociales por naturaleza y ninguna sociedad puede conservarse sin un jefe supremo que mueva a todos y a cada uno con un mismo impulso eficaz, encaminado al bien común, resulta necesaria en toda sociedad humana una autoridad que, como la misma sociedad, surge y deriva de la naturaleza, y, por tanto, del mismo Dios, que es su autor" ⁶².

El Derecho pues, es necesario en toda sociedad como el medio mejor por el que los hombres van a poder conseguir los

⁶⁰"Cuatro o cinco hombres unidos serían capaces de levantar una morada confortable en mitad de la selva, pero un sólo hombre podría trabajar el resto de su vida sin conseguir nada; si llega a derribar el armazón de la vivienda, no podría alzarlo, ni construirlo después de ser alzado". Thomas PAINE, El sentido común y otros escritos, obra cit., p. 6.

⁶¹Vid. Thomas PAINE, El sentido común y otros escritos, obra cit., pp. 6 y 7.

⁶²Ocho Grandes Mensajes, ed. prep. por J. Iribarren y J. L. Gutierrez García, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1973, p. 223.

Deberes y obligaciones en la Constitución

fines que se propone ⁶³. Como escribe Lopez Calera, "no es posible teóricamente hablando, una sólo razón para todo derecho, la razón del Derecho ha de ser el resultado de un diálogo (aspecto teórico) y de un acuerdo (aspecto práctico) de las numerosas razones que sobre el sentido, finalidad y contenidos de un Derecho pueden darse en una sociedad determinada" ⁶⁴.

La participación de todos en la comunidad puede desarrollarse utópicamente de forma exclusiva con el diálogo. Los hombres guiados por unos valores autoasumidos de forma comunicativa ajustarían su desenvolvimiento limitando sus pretensiones y ajustándose a sus deberes. En este estado de cosas, los hombres sacrificarían ciertas libertades en favor de las de otro y éste también lo haría respecto de sus semejantes. Pero incluso en ésta situación aparecería tarde o temprano la necesidad de un orden estatal y jurídico ⁶⁵. En este sentido, podemos decir con

⁶³SPENCER señala tres móviles que mueven a los hombres para agruparse bajo un poder común: "deseo de salir del aislamiento"; "necesidad de una acción común entre enemigos"; y la facilitación del sustento para la existencia mutua y para la satisfacción de las necesidades morales, intelectuales y físicas. La Justicia, trad. de P. Forcadell, Editorial Heliasta, Buenos Aires 1978, p. 155. Sobre la justificación del Poder vid. LEGAZ Y LACAMBRA, La obligación política, en Humanismo, Estado y Derecho, Bosch, Barcelona 1960, pp. 300 y ss.

⁶⁴Nicolás M. LOPEZ CALERRA, Introducción al estudio del Derecho, obra cit., p. 233.

⁶⁵Así también se explica por ejemplo en S. AGUSTIN la existencia de un poder y del Derecho. Para éste, los hombres viven en principio felices y hermanados hasta el pecado que les hace cambiar y provoca la necesidad del Estado con poder coactivo, (Vid. La ciudad de Dios, en Obras de S. Agustín, Tomos XVI-XVII, lib. XIV, Biblioteca de Autores Cristianos, pp. 920 y ss.),

Kliemt que "a menos que estemos dispuestos a aceptar una imagen utópica del hombre, un cierto grado de heteronomía resulta inevitable" ⁶⁶.

Al partir de la consideración del hombre como ser, al menos medianamente egoista, se hace necesaria, para que los acuerdos morales sean de cierto modo satisfechos, la institución del Poder, no sólo en su labor de garante sino también en su labor promotora. Esto puede verse de forma clara en el siguiente argumento que presenta Kliemt.

Supongamos una colectividad [C-(n)], dentro de la cual destacamos un individuo cualquiera A (la colectividad sin A será así [C-(n-1)]), donde no existiese la institucionalización de la sanción y de la coacción. En esta colectividad podrían darse cuatro situaciones respecto unas reglas que la dirigiese:

- 1.- C-(n-1) y A siguen las reglas.
- 2.- C-(n-1) viola las reglas mientras que A las cumple.
- 3.- C-(n-1) sigue las reglas pero no A.
- 4.- C-(n-1) y A violan las reglas.

Si tomamos a A como punto de referencia y empleamos como criterio el de egoístamente mejor que (representado por P), la situación podría resumirse, según Kliemt, así:

pero basado en la justicia (Vid. Tratado de la Santísima Trinidad, en Obras de S. Agustín, tomo V, lib. XIII, Biblioteca de Autores Cristianos, pp. 735 y ss.). El problema surge al delimitar el campo de actuación de este poder. Vid. en este sentido Robert NOZICK, Anarquía, Estado y Utopía, trad. de R. Tamayo, Fondo de Cultura Económica, México 1988, pp. 153 y ss.

⁶⁶H. KLIEMT, Filosofía del Estado y criterios de legitimidad, obra cit., p. 19.

3P1P4P2

Esto, como apunta este autor, lleva a las siguientes conclusiones: "1. Si los demás se atienen a las reglas, A no se atenderá a las reglas. 2. Si los demás no se atienen a las reglas, tampoco A se atenderá a ellas" ⁶⁷. Con lo que parece que la necesidad de un Poder que regule la convivencia entre los hombres es palpable.

Por otro lado, si aplicasemos a estas consideraciones el ejemplo clásico del polizón (que se parecería a la situación anterior tercera), puede decirse que solamente no sería necesario un orden estatal en aquellas situaciones en las que la actitud de aquel que no cumple con la limitación de las libertades y asunción de sus deberes, no mereciese la pena ⁶⁸.

Con la constatación del carácter social del hombre y la necesidad de un Poder que regule las relaciones entre los individuos, aparecerán ya una serie de deberes tanto en el sentido de reconocer el valor individual de cada persona ⁶⁹, como en el de expresar el valor de la comunidad como lugar donde puede

⁶⁷H. KLIEMT, Filosofía del Estado y criterios de legitimidad, obra cit., pp. 84 y ss.

⁶⁸Vid en este sentido Otfried HÖFFE, Estudios de Teoría del derecho y la Justicia, obra cit., p. 79.

⁶⁹En este sentido F. MERCADANTE escribe: "Il gran dovere di rinoscere il simile come simile deriva della conoscenza che il soggetto intelligente ha, e la bestia non ha, dell'identico, dell'identità dell'essere". Voz. Dovere Giuridico, Nozione Filosofica, en Enciclopedia Giuridica Italiana, XIV, Milano 1964, p. 69.

realizarse espiritual y materialmente el desarrollo humano ⁷⁰, los cuales tendrán que ser reflejados en el Ordenamiento Jurídico ⁷¹.

B. EL PODER Y LA LIBERTAD

Como escribe Passerin D'Entreves, "la normalización de la fuerza es por sí misma un bien, un valor" ⁷². En éste momento procede destacar tres notas que identifican al Poder, señalando que me refiero a cualquier clase de Poder:

- **Mantenimiento de la seguridad.**
- **Creación y fundamentación de la validez del derecho.**
- **Permanencia de los pueblos.**

Como dice Maritain, "la razón primordial por la que los hombres, unidos en una sociedad política, tienen necesidad del Estado es el orden y la justicia" ⁷³. El Poder, por lo menos, va

⁷⁰Así, G. MAZZINI llegará a afirmar: "I nostri primi doveri, primi non per tempo ma per importanza e perché senza intendere quelli non potete compiere se non imperfettamente gli atti, sono verso l'Umanità". Doveri dell'Uomo, Società Editrice Sonzogno, Milano 1860, p. 33.

⁷¹Vid. en este sentido Andrea PIOLA, Premesse per una Carta dei Doveri Civici, en Annali della Facoltà di Giurisprudenza, Giuffrè, Milano 1964, pp. 492 y ss.

⁷²Alessandro PASSERIN D'ENTREVES, La noción del Estado, trad. A. Fernández Galiano, CEU, Madrid 1970, p. 164.

⁷³J. MARITAIN, El hombre y el Estado, obra cit., p. 33. Y en éste sentido escribe Alessandro PASSERIN D'ENTREVES: "La primera justificación del poder, la más sencilla y más difundida, es la que invoca la necesidad del 'orden', considerando a éste como el valor fundamental realizado a través de la institución del Estado". La noción del Estado, obra cit., p. 173.

a proporcionar seguridad y certeza ⁷⁴, y al ser el mantenimiento de éstas una de las condiciones necesarias para que los hombres puedan lograr sus fines ⁷⁵, ellos mismos van a buscar la institucionalización del Poder. Este, caracterizado por la autoridad y la fuerza va a hacer cumplir el contenido de los pactos entre los hombres y, en algunos casos, el de los deseos de uno sólo, pero proporciona seguridad ⁷⁶. La institución del Estado aparece justificada por el hecho de ser una organización de seguridad jurídica ⁷⁷. Como veremos más adelante, creo que es

⁷⁴Vid. KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 69 y 70. Este es uno de los puntos en los que el Derecho y la Moral se distinguen. Como escribe Jeremy WALDRON, "in the realm of moral standards, the situation is complicated by the fact that the people even in the save society may deploy different principles and disagree among themselves without the sense which we find in legal disoutes that there is one final set of standards to which everyone can, and in the last analysis must, appeal". Theories of Rights, Oxford University Press, 1984, p. 5.

⁷⁵Vid. J. RAWLS, A theory of justice, obra cit., p. 213. Como escribe David HUME: "...un poder, por muy grande que sea, concedido por las leyes a un magistrado eminente, no es tan peligroso para la libertad, como una autoridad, por muy pequeña que sea, adquirida por la usurpación y la violencia". Ensayos Políticos, 2ª ed., trad. de E. Tierno Galván, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1982, p. 201.

⁷⁶Sobre todo ésto puede observarse en la labor de creador del Derecho y la característica principal de éste. Como dice ATIENZA: "En cuanto sistema de control social, lo que distingue al Derecho de las otras formas de ordenación de la conducta es que aquel -en particular el Derecho moderno- alcanza un especial grado de previsibilidad que llamaremos certeza jurídica". Introducción al Derecho, obra cit., p. 117.

⁷⁷H. HELLER, Teoría del Estado, obra cit., p. 241. Vid. incluso VOLNEY, Las ruinas de Palmira, trad. de A. Ruiz Gómez, Edaf, Madrid 1983, p. 69, cuando escribe: "Hasta el despotismo ha traído utilidades, porque más absolutos los gobiernos, han sido menos desasosegados y borrascosos; los solios que han convertido en fincas por concepto de heredad, han dado motivo a menos disensiones, y han vivido más serenos los pueblos; envidiosos y disimulados los déspotas, han vedado las investigaciones acerca de su administración, y removido a los hombres inteligentes del manejo de los negocios

El Poder

posible dar un paso más con el Poder democrático ⁷⁸. Baste ahora con recalcar que en la convivencia entre los hombres se hace necesaria la existencia de un conjunto de normas, pero normas que sean exigidas de forma coactiva por medio de un aparato institucionalizado; es decir de normas jurídicas. El mundo en el que vivimos, como escribe Kliemt, "es ante todo, un mundo de sociedades masivas, que viven bajo condiciones de escasez de recursos; es un mundo que requiere en alto grado la organización y la cooperación. En este mundo, sólo a través de una creciente organización es posible lograr una 'cierta medida' de autonomía para los individuos" ⁷⁹. Esta organización es necesaria no sólo para evitar la intromisión de los hombres en los ámbitos priva-

públicos: pero no teniendo sus pasiones entrada en la carrera política, se han aplicado a cultivar las artes y las ciencias naturales, y se ha agrandado la esfera de todo género de ideas. Entregándose el hombre a estudios abstractos, ha conocido más bien su sitio en la naturaleza, y sus relaciones en la sociedad...".

⁷⁸Sobre todo si entendemos que el fin de la unión de los hombres es "el de mejorar las condiciones de la vida humana misma o el de procurar el bien común de la multitud, de tal manera que cada persona concreta, no solamente en una clase privilegiada, sino en la masa entera de la población, pueda verdaderamente alcanzar esa medida de independencia que es propia de la vida civilizada y que es proporcionada al mismo tiempo por las garantías económicas del trabajo y de la propiedad, por los derechos políticos, las virtudes civiles y el cultivo del espíritu". J. MARITAIN, El hombre y el Estado, obra cit., pp. 69 y 70. En este sentido tiene razón DIEZ ALEGRIA cuando escribe: "como último resolutorio del 'poder del Derecho' no puede quedar más que, o bien la fuerza física (ya en forma material, ya como presión social-psicológica puramente empírica), o bien un valor moral, una fuerza espiritual de tipo estrictamente ético". Ética, Derecho e Historia, Editorial Razón y Fe, Madrid 1963, p. 17. Vid. también Miguel REALE, Pluralismo e liberdade, obra cit., pp. 207 y ss.

⁷⁹H. KLIEMT, Filosofía del Estado y criterios de legitimidad, obra cit., p. 18.

dos de las personas ⁸⁰, sino también para favorecer el desarrollo igualitario de las mismas.

Así, puede decirse que todo Poder político es Poder jurídico. Entre el Estado y el Derecho hay una circularidad. Como dice H. Heller: "Hay que concebir al Derecho como la condición necesaria del Estado actual, asimismo, al Estado como la necesaria condición del Derecho del presente. Sin el carácter de creador de Poder que el Derecho entraña no existe ni validez jurídica normativa ni poder estatal; pero sin el carácter de creador de Derecho que tiene el Poder del Estado no existe positividad jurídica ni Estado" ⁸¹.

La relación entre Poder y Derecho, se plantea de forma clara en las construcciones pactistas. Por ejemplo, si atendemos a la formación del Estado en Kant, podremos ver ésta relación. Con el paso del Estado de Naturaleza a la Sociedad civil se da lugar al Estado, que será concebido como "la unión de un conjunto de hombres bajo leyes jurídicas" ⁸². El Estado propio de la Sociedad civil va a ser denominado como Estado jurídico frente al Estado no-jurídico que es el natural ⁸³.

⁸⁰ Este parece ser el sentido del Poder para Geoffrey BRENNAN Y James BUCHANAN, La razón de las normas, obra cit., p. 42.

⁸¹ H. HELLER, Teoría del Estado, obra cit., p. 209.

⁸² KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 142.

⁸³ "El estado jurídico es aquella relación de los hombres entre sí, que contiene las condiciones bajo las cuales tan sólo cada uno puede participar de su derecho...". KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 135 y 136.

El último criterio de la norma jurídica hay que buscarlo en el Poder, éste como hecho fundante básico es el que dota de validez al Ordenamiento jurídico ⁸⁴. Pero tampoco hay que olvidar que éste Poder va a necesitar del Derecho para su perfecto desenvolvimiento. Así, "puede afirmarse que el Estado crea el Derecho y el Derecho es un instrumento de ordenación social que utiliza el Estado" ⁸⁵.

De todas formas, cuando hablemos del Poder como creador del Derecho ⁸⁶ queremos decir que en definitiva el Poder -entendido en sentido amplio, en cuya estructura pueden también incluirse los jueces y otros operadores jurídicos-, es el encargado de sentar las normas que componen el Ordenamiento ⁸⁷. Este concepto

⁸⁴"En el marco histórico del mundo moderno el Ordenamiento jurídico está apoyado en el Poder. El fundamento último de validez de un sistema jurídico está en el Poder". PECES-BARBA, Reflexiones sobre el Derecho y Poder, en Libertad, Poder y Socialismo, Civitas, Madrid 1978, p. 231. Vid. también Max WEBER, Economía y sociedad, ed. prep. por J. Winckelmann, Fondo de Cultura Económica, México 1962, T. II, p. 663.

⁸⁵N. M. LOPEZ CALERA, Introducción al estudio del Derecho, obra cit., p. 139.

⁸⁶Vid en este sentido Gregorio PECES-BARBA, Introducción a la Filosofía del Derecho, obra cit. Y también Norberto BOBBIO, Teoría General del Derecho, trad. de E. Roza Acuña, Temis, Bogotá 1987. La idea del poder como creador del Derecho puede verse en autores clásicos como LOCKE. Vid. Ensayo sobre el gobierno civil, trad. de A. Lázaro Ros, Aguilar, Madrid 1980, p. 4.

⁸⁷En el caso español en este momento, esta concepción del Poder es expresada por PECES-BARBA como sigue: "Así el poder no son sólo las instituciones del Estado, los tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial, los restantes poderes públicos locales o autonómicos, sino también los que detentan la fuerza la servicio de estos poderes, los operadores jurídicos y funcionarios en general y los ciudadanos en cuanto participan en la formación de los poderes y en el normal funcionamiento de la maquinaria jurídica en sus diversos niveles". Conferencia de apertura de las Jornadas sobre Derechos Humanos organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, en Poder Judicial, núm. especial, Madrid 1986, pp. 13 y 14. Vid. también en este

Deberes y obligaciones en la Constitución

amplio del Poder, será importante tenerlo en cuenta sobre todo cuando tratemos la juridificación de las obligaciones y sus destinatarios ⁸⁸.

Así, el Derecho es importante en la regulación de la sociedad, de la convivencia humana social. Pero también es necesario respecto al carácter libre de los hombres. Y esto por la constante amenaza de esta libertad, que es finita en un primer sentido. Los hombres al poseer esa libertad se fijan fines y a éstos les acompañan medios para su consecución, medios que pueden atacar a los de los otros seres y perjudicar sus fines. El Derecho representa así "la forma de la garantía de las condiciones de vida de la sociedad, asegurada por el poder coactivo del Estado" ⁸⁹.

El Poder es necesario desde el momento en el que los hombres deciden formar unas sociedades ⁹⁰ por las cuales puedan

sentido PECES-BARBA, HIERRO, IÑIGUEZ DE ONZOÑO y LLAMAS, Derecho Positivo de los Derechos Humanos, Debate, Madrid 1987, p. 267. A esta concepción del Poder parece también referirse Luigi BAGOLINI, en Mito, potere e dialogo, obra cit., p. 21.

⁸⁸El Tribunal Constitucional también ha recogido este sentido de Poder. Así, en su Sentencia 35/83 de 11 de mayo, BJC. num. 26, fund. juríd. 3, p. 653, puede leerse: "La noción de 'poderes públicos' que utiliza nuestra Constitución (arts. 9, 27, 39 a 41, 44 a 51, 53 y otros) sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo".

⁸⁹R. Von IHERING, El fin en el Derecho, Editorial Heliasta SRL, Buenos Aires 1978, p. 213.

⁹⁰En palabras de H. HELLER: "La función del Estado nos es necesariamente dada por una situación cultural y natural... Hácese ésta una necesidad que domina nuestro obrar en el momento en que se produce una determinada situación

El Poder

lograr la satisfacción de sus necesidades y el cumplimiento de sus obligaciones. Y ésta exigencia de Poder no sólo se limita a un primer momento sino que es condición necesaria en el mantenimiento de la paz ⁹¹, y de un regimen apoyado en la convivencia y la cooperación ⁹².

Por último hay que señalar que la relación aquí manifestada entre Derecho y Poder desemboca en el **Estado de Derecho** ⁹³.

Pero me parece necesario insistir en que teóricamente no debe identificarse siempre Estado de Derecho con democracia ⁹⁴. Para

cultural, a saber, cuando los pueblos se hacen sedentarios". Teoría del Estado, obra cit., p. 219.

⁹¹Vid. PECES-BARBA, Reflexiones sobre la paz, en Escritos sobre derechos fundamentales, obra cit., p. 277.

⁹²Y ésto también es destacado por H. HELLER, quien después de señalar al Poder como creador del Derecho escribe: "Toda la convivencia social es convivencia ordenada. Tanto las regularidades que lo son meramente de hecho como aquellas otras que aparecen como exigidas, son expresión de ordenaciones sociales gracias a las cuales la convivencia humana adquiere carácter de permanencia y la posibilidad de una cooperación colectiva unitaria". Teoría del Estado, p. 103.

⁹³Nuestro Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de abril de 1977 (Ref. Aranzadi 4637), señaló que el Estado de Derecho es una estructura ética de poder social y contenido normativo.

⁹⁴Para Karl DOEHRING, Estado de Derecho no es una concepción vinculada a valores. Vid. Estado Social, Estado de Derecho y orden democrático, en AA.VV., El Estado Social, trad. de J. Puente Egido, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1982, p. 130. En contra de ésta distinción parecen estar, entre otros, por ejemplo: Alfonso de COSSIO CORRAL, Instituciones de Derecho civil I, Alianza Editorial, Madrid 1975, p. 14. O con otro sentido J. RAZ, La autoridad del Derecho, trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Autónoma de México, 1985, pp. 264 y 274. Este autor va a poner una sola limitación a un posible Estado de Derecho con un Poder arbitrario: "La única área, en que el Estado de derecho, excluye todas las formas de poder arbitrario es en la función aplicadora del derecho por parte de la judicatura, donde se requiere que los tribunales estén sometidos únicamente al Derecho y que se conformen a procedimientos bastante estrictos" (La autoridad del Derecho, obra cit., p. 274). Pero entiendo que aún en ésta suposición la independencia del

Deberes y obligaciones en la Constitución

la existencia de la segunda es necesario el primero, pero esto no ocurre al revés ⁹⁵. Lo que ocurre es que el Estado de Derecho va a ser siempre un paso necesario para el respeto de la dignidad del hombre, y esto hay que entenderlo en sus justos términos: "El Derecho puede violar la dignidad de las personas de muchas formas. Observar el Estado de Derecho no garantiza de ninguna manera, que tales violaciones no ocurran. Sin embargo, es claro que el deliberado desprecio del Estado de Derecho viola la

Poder judicial ha de ser entendida siempre dentro del sistema, es decir, sus decisiones nunca pueden apartarse de los criterios formales y materiales del Ordenamiento jurídico. Vid. ANDRES IBAÑEZ, P. y MOVILLA ALVAREZ, C., El Poder judicial, Tecnos, Madrid 1986. También C. LAMARCA, Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española, en Revista Española de Derecho Constitucional, num. 20, mayo-agosto 1987, p. 100. Sobre la controversia sobre el término Estado de Derecho, vid. Manuel GARCIA PELAYO, Las transformaciones del Estado Contemporáneo, 2ed., Alianza Editorial, Madrid 1987, pp. 53 y ss.

⁹⁵Vid. MONTESQUIEU, El Espíritu de las Leyes, obra cit., p. 233. En contra de ésta opinión está Elías DIAZ, para quien "no todo Estado es Estado de Derecho". Para este autor, "la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de Estado de Derecho". Un Estado de este tipo es el caracterizado según este autor por las siguientes notas:

"a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general. b) División de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. c) Legalidad de la Administración: actuación según ley y suficiente control judicial. d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico formal y efectiva realización material". Vid. Elías DIAZ, Estado de Derecho y sociedad democrática, 7ª ed., Cuadernos para el diálogo, EDICUSA, Madrid 1979, pp. 13 y 29. Pero entiendo con GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, que "en la medida en que todo poder pretende ser 'legítimo' (ningún poder se presenta como usurpador e ilegítimo, todos pretenden 'tener derecho' al mando), todo poder es un poder jurídico, en términos más categóricos, toda forma histórica de Estado es un Estado de Derecho". Curso de Derecho Administrativo, I, Civitas, Madrid 1981, p. 361. Sobre la relación entre Estado de Derecho y Estado justo vid. Luigi BAGOLINI, Mito, potere e dialogo, obra cit., pp. 40 y ss; Paolo BARILE, Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, Società Editrice il Mulino, Bologna 1984, p. 13.

dignidad humana" ⁹⁶. El Estado de Derecho supone limitar la actuación del Poder a lo que el Derecho dicta ⁹⁷, aunque con esto nos enfrentemos con un problema lógico al ser el mismo Poder el que dicta el Derecho. Denominar todo Estado de Derecho como justo supone el plantearse desde un punto de vista iusnaturalista la existencia y el funcionamiento del Derecho ⁹⁸. En todo caso si se quiere hacer alusión a un sistema más o menos justo sería más clarificador referirse a él como "Estado de justicia" ⁹⁹, con todos los problemas que ese término tiene. En definitiva puede decirse con Raz que "el Estado de Derecho es una virtud inherente al Derecho, pero no una virtud moral en tanto tal" ¹⁰⁰.

No obstante esto, parece que si atendiésemos a la formulación primitiva de Estado de Derecho, si que se podría caracterizar a este por unos mínimos contenidos materiales. El

⁹⁶J. RAZ, La autoridad del Derecho, obra cit., pp. 276 y 277.

⁹⁷Vid. Luis SANCHEZ AGESTA, Sistema político de la Constitución española de 1978, Editora Nacional, Madrid 1980, p. 70.

⁹⁸Vid. una concepción parecida en Domingo DE SOTO, De la Justicia y del Derecho, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1967, lib. IV, cuestión I, p. 279.

⁹⁹"Se ha hablado y se habla con frecuencia de 'Estado de Derecho' (o 'Rechtsstaat'). Pero a este respecto conviene aclarar que, si se entiende por derecho cualquier sistema de normas impuestas por el Estado, todo Estado es necesariamente Estado de Derecho... Pero de ordinario se da a esta fórmula un significado más restringido y más alto, entendiendo por Estado de Derecho, o Estado legítimo, aquel Estado que se funda sobre el reconocimiento de los derechos esenciales de la persona humana... Sin embargo, para evitar todo equívoco acerca de la palabra derecho, sería más propio hablar aquí de Estado de justicia...". Giorgio DEL VECCHIO, Sobre las funciones y fines del Estado, trad. de J. Marcos de la Fuente, en Aspectos y problemas del Derecho, Epesa, Madrid 1967, p. 244.

¹⁰⁰J. RAZ, La autoridad del Derecho, obra cit., p. 282.

término Estado de Derecho parece que fue acuñado por Robert von Mohl ¹⁰¹, presentándole con unos caracteres propios del Estado liberal: individuo libre y autónomo, no intervención del Estado en la libertad y propiedad de las personas, independencia judicial, responsabilidad del Gobierno, imperio de la ley, etc..., recondicibles a la idea de la limitación del poder, por lo que tampoco puede identificarse con Estado jurídico. Esta primera formulación del Estado de Derecho ha ido modificándose a lo largo de la historia a la par que se han incorporado a la definición del Derecho ciertos contenidos materiales ¹⁰². Hoy en día, el Derecho no se comprende sin contener una serie de especificaciones que hacen que sea definible no sólo por su estructura formal sino también por un mínimo contenido material. Este mínimo, por ejemplo dentro del Derecho español, es el establecido por los artículos 9.1 y 9.3 (y concomitantes). La presencia repetida en casi todos los Derechos de estos contenidos, hacen que sean considerados ya como formales y propios de todo concepto de Estado. De ahí que actualmente, se hable de Estado de Derecho, haciendo referencia a un modelo político jurídico que postula la realización de la dignidad humana ¹⁰³.

¹⁰¹Robert Von MOHL, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, Bd I, Ed. JCB Mohr, Tübingen 1829.

¹⁰²Vid. Jose Ramón COSSIO DIAZ, Estado Social y derechos de prestación, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, pp. 28 y 29.

¹⁰³Vid. Jose Ramón COSSIO DIAZ, Estado Social y derechos de prestación, obra cit., pp. 30 y 31.

El Poder

En definitiva la concepción o no de todo Estado como Estado de Derecho va a depender del concepto que se quiera dar al término Derecho. Si nosotros entendemos por Derecho un conjunto sistemático de reglas organizadas, con unos principios entre los que destacan el de legalidad, en su vertiente formal, y el de responsabilidad de los poderes públicos, parece que casi todos, los Estados son Estados de Derecho, quedando fuera aquellos que actúan exclusivamente por medio de la fuerza sin apoyo en ningún texto legal. Si además queremos añadir a la concepción del Derecho la existencia de una serie de garantías penales y procesales y el reconocimiento de ciertas necesidades y pretensiones básicas de los hombres, no parece abarcable ese término a toda forma de organización estatal. En nuestro area cultural, parece que sólo podría hablarse de Estado de Derecho desde esta segunda visión. Cuando nos refiramos a las obligaciones jurídicas básicas veremos esta caracterización y su repercusión en el Ordenamiento Jurídico español. Así, este término tal y como se entiende actualmente por la mayoría de los autores implica el respeto de unas determinadas libertades por el Poder y el Derecho y el sometimiento del segundo al primero. Pero creo que ésta consideración es más una consideración del tipo "debe" que del tipo "es". Y sobre todo cuando se pasa del plano que podría considerarse como derivado del principio de legalidad o de la moral interna del Derecho, a otro en el que se incluyen contenidos materiales dentro de la definición de Estado de Derecho, o en el que se matizan esos principios insertándolos una vertiente

material.

EL PODER DEMOCRATICO

A. INTRODUCCION

La necesidad de la existencia del Poder puede convertirse en una necesidad para el desarrollo moral del hombre, si nos apoyamos en la distinción entre libertad psicológica, social y moral ¹⁰⁴. Incluso para aquellas tesis que defienden la concepción del Estado mínimo, se hace necesaria la formación de algún tipo de poder ¹⁰⁵. Si ésto es así, nuestro siguiente paso consistirá en preguntarnos si cualquier tipo de Poder puede garantizar éste desarrollo. Se trata de encontrar criterios, o mejor valores y principios definidores de un tipo de Poder, teniendo presente la advertencia de Kliemt: "Si alguien desea construir una torre maciza de un Km. de altura, un metro de diámetro y una oscilación máxima de sólo diez centímetros; tendrá que preguntarse, ante todo, si realmente es posible llevar a cabo una construcción de éstas características. Quien propicia un determinado comportamiento estatal tiene que preguntarse acerca de su realizabilidad, dentro del marco de disposiciones organizativas"

¹⁰⁴vid. esta distinción en G. PECES-BARBA, Derechos fundamentales, obra cit., pp. 50 y ss.

¹⁰⁵vid. Robert NOZICK, Anarquía, Estado y Utopía, obra cit., pp. 17 y ss.



No puede desconocerse que la coincidencia entre los valores producto del diálogo y las normas jurídicas de un sistema de este tipo es difícil que se de en todos los casos. La detentación del poder real es fácil que lleve, en determinados casos, a desconocer o no aplicar los resultados del diálogo.

Nos queda **encontrar el poder que mejor concuerde con nuestra reflexión anterior**. En definitiva nuestro propósito será transformar cualitativamente la dominación ¹⁰⁷. Para ello, trataremos de encontrar un Poder que conteste, satisfactoriamente, a las dos preguntas que plantea Nino cuando se refiere a la justificación de un orden jurídico: ¿qué forma de gobierno minimiza la probabilidad de desvíos morales en el dictado y aplicación de normas jurídicas?; ¿hay alguna forma de gobierno que garantice cierta obligatoriedad moral para sus normas jurídicas aún cuando el contenido de éstas involucre errores morales? ¹⁰⁸.

La contestación a éstas preguntas intenta demostrar como el poder de signo democrático es, por ahora, el que mejor concuerda con una reflexión moral del tipo utilizado en éste trabajo, es decir, amparada en la comunicación humana intersubjetiva. **Sólo**

¹⁰⁶H. KLIEMT, Filosofía del Estado y criterios de legitimidad, obra cit., p. 9.

¹⁰⁷vid. Otfried HÖFFE, Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia, obra cit., pp. 7 y ss. Vid. también en este sentido H. KLIEMT, Filosofía del Estado y criterios de legitimidad, obra cit.

¹⁰⁸C. S. NINO, Ética y derechos humanos, Ariel, Barcelona 1989, p. 370.

mediante la democracia va a ser posible el recoger el diálogo moral y plantear las estructuras que posibiliten su realización, así como la garantía de protección de sus resultados. Únicamente desde ella será posible compaginar los caracteres propios del diálogo con la posible existencia de deberes y obligaciones básicas, y dentro de ellas las de los poderes públicos y los ciudadanos. Por que como escribe Passerin D'Entreves, "el concepto mismo de poder implica la necesidad de establecer en base a que normas la fuerza puede ser hecha legal, y respectivamente en base a que criterio aquellas normas pueden ser consideradas jurídicas" ¹⁰⁹.

Creo que en el contexto espacial y temporal en el que nos encontramos es imposible hablar de legitimidad del poder o de justicia del derecho sin comprender a ambos dentro del sistema democrático ¹¹⁰. Puede decirse con Luis Prieto que, "la democracia política y las libertades que son su condición, representan un prius sin el que resulta inviable plantearse siquiera la virtualidad de los derechos. No es que sean anteriores en el sentido iusnaturalista, sino que se hallan en la estructura de todo posible consenso" ¹¹¹. La necesidad del Poder democrático,

¹⁰⁹ Alessandro PASSERIN D'ENTREVES, Obbedienza e resistenza in una società democratica, Edizioni di Comunità, Milano 1970, p.45.

¹¹⁰ Vid. Elías DIAZ, La justificación de la democracia, en Sistema num. 66, mayo 1985, p. 10.

¹¹¹ Luis PRIETO SANCHIS, Un punto de vista sobre la filosofía del Derecho, en Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo IV, Madrid 1987, p. 616. Vid. en este sentido H. HELLER, Las ideas políticas contemporáneas, obra cit., p. 90.

El Poder

conectada con la comunicación, exige un Poder que considere a todos los individuos a él sometidos como personas provistas de necesidades, pretensiones, etc..., suficientemente justificadas y en relación con los demás hombres ¹¹².

Pero las consideraciones que van a realizarse, no constituyen tampoco un razonamiento absoluto. Como expresa H. Heller, "no se ha podido llegar en nuestra época a un concepto del Derecho que, por lo menos en cierta medida, sea universalmente aceptado, ni tampoco se ha llegado a un concepto del Estado que reúna esa misma condición" ¹¹³.

B. LA HISTORIA HACIA EL PODER DEMOCRATICO

La historia también puede servirnos aquí de punto de partida. La necesidad del Estado en sentido moderno, con un Poder soberano creador del Derecho, se hizo ya patente en el Tránsito a la Modernidad. En un primer momento, fue un Estado absoluto, pero luego el hombre se rebeló contra él. El paso definitivo fue la Revolución francesa que originó la caída del Antiguo Régimen, caracterizado desde el punto de vista económico por una escasa importancia de la industria y poco desarrollo del mercado nacional; y desde el punto de vista político, por la presencia de un

¹¹²Como escribe SPINOZA: "Nadie se despoja de su potestad, ni, por consiguiente, transfiere a otro su derecho de tal modo que deje de ser hombre". Tratado Teológico Político. Tratado Político, obra cit., p. 71.

¹¹³H. HELLER, Teoría del Estado, obra cit., p. 199.

poder centralizado, sobre todo, en la figura del monarca. Los sistemas políticos eran incapaces "de resolver con eficacia los grandes problemas que planteaban prolongadas implicaciones en guerras en el exterior, deudas crecientes, decisiones religiosas, aspiraciones separatistas y dislocaciones sociales derivadas de cambios estructurales en la economía" ¹¹⁴.

Así, la Revolución francesa se desencadena con la finalidad de borrar ese tipo de Poder, apoyándose en teorías económicas como el mercantilismo y el fisiocratismo, que significará una especie de economía preliberal ¹¹⁵, que buscaba la eficaz explotación de la tierra, la libertad de empresa y de comercio, una buena administración del territorio nacional, la abolición de las restricciones y desigualdades que entorpecían el desenvolvimiento de los recursos nacionales, etc... ¹¹⁶.

¹¹⁴Robert FOSTER y Jack P. GREENE, Introducción, en AA.VV, Revoluciones y rebeliones de la Europa moderna, vers. española de B. Paredes, Larrucea, Alianza Editorial, Madrid 1972, p. 24.

¹¹⁵Vid. Robert NISBERT, Historia de la idea de progreso, trad. de E. Hegewicz, Gedisa, Barcelona 1981, pp. 254 y ss. El fisiocratismo defiende el derecho de propiedad como "indispensable para la conservación de la vida", ya que "sin 'distribución de las propiedades, la tierra no produciría, porque faltaría ilusión para trabajarla". También rechaza la acumulación de dinero. Vid. en este sentido Vicente RODRIGUEZ CASADO, Orígenes del capitalismo y del socialismo contemporáneo, obra cit., pp. 217 y 218. Sobre la importancia de la Revolución francesa en la economía vid., AAVV, Estudios sobre la Revolución francesa. El final del Antiguo Régimen, obra cit.

¹¹⁶Vid. en este sentido E. J. HOBSBAWM, Las revoluciones burguesas, obra cit., p. 108. La escuela fisiocrática puede decirse que aparece en el siglo XVIII. Hasta ese momento, "la economía política conservó, un carácter esencialmente pragmático y normalista, y permaneciendo orientada por completo hacia la acción...". Rene GONNARD, Historia de las doctrinas económicas, obra cit., p. 169. Esta escuela, "se basaba en un conocimiento profundo de las relaciones entre el hombre y la naturaleza, esta última había de manifestar

Esta revolución ideológica es acompañada de la Revolución industrial inglesa ¹¹⁷. Ambas serán expresión de la advertencia de la burguesía hacia los príncipes y magistrados en el sentido de que no debían olvidar que su gobierno tenía que estar orientado hacia el bien común, o mejor, hacia el bien de esa clase ¹¹⁸.

Pero los primeros resultados de la Revolución no significarán la construcción de un Estado que protegiese la libertad sino lo que ha sido llamado por algunos el "despotismo de la libertad". A la Revolución de 1789, le sigue la restauración y a ésta las revoluciones de 1830 y, la más importante, la de 1848. Estas revoluciones, "se produjeron porque los sistemas políticos vueltos a imponer en Europa eran profundamente inadecuados -en un período de rápidos y crecientes cambios sociales- a las circunstancias políticas del continente, y porque el descontento era tan agudo que hacía inevitables los trastornos" ¹¹⁹.

En la Revolución de 1848 estará presente el ideal democrá-

su poder". Emile JAMES, Historia del pensamiento económico, obra cit., p. 65. Su éxito fue importante pero corto. Entre sus partidarios destacan Quesnay, Baudeau, Dupont de Nemours, Letrosne, Mercier de la Rivière, Mirabeau y Turgot. Vid. en este sentido Enrique GOMEZ ARBOLEYA, Historia de la estructura y del pensamiento social, Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1957, pp. 414 y ss.

¹¹⁷"Si la economía del mundo del siglo XIX se formó principalmente bajo la influencia de la revolución industrial inglesa, su política e ideología se formaron principalmente bajo la influencia de la Revolución francesa". E. J. HOBSBAWM, Las revoluciones burguesas, obra cit., p. 103.

¹¹⁸Quentin SKINNER, Los fundamentos del pensamiento político moderno, I, obra cit., p. 249.

¹¹⁹E. J. HOBSBAWM, Las revoluciones burguesas, obra cit., p. 207.

Deberes y obligaciones en la Constitución

tico, ampliando los derechos que eran monopolio de la burguesía a todos los ciudadanos así como concediendo amplias libertades de prensa, reunión, etc ¹²⁰. Pero la tarea hacia un tipo de Estado y de Poder como el preconizado aquí no acaba en este momento. Como ha escrito Hobsbawm, "la gran revolución de 1789-1848 fue el triunfo no de la 'industria' como tal, sino de la industria 'capitalista'; no de la libertad y la igualdad en general, sino de la 'clase media' o sociedad 'bourgeoise' y liberal; no de la economía moderna, sino de las economías y Estados en una región geográfica particular del mundo..." ¹²¹.

Se duda en la eficacia del liberalismo clásico como sistema capaz de resolver los difíciles y complejos problemas que planteados tanto en la expansión y desarrollo económico como en la acción ejecutiva y administrativa de los órganos de gobierno. Serán dos puntos concretos los que se someterán a mayor crítica y revisión: el individualismo y el abstencionismo estatal ¹²².

A partir de este momento, se propugna un tipo de Estado que contempla una serie de libertades y que el ciudadano participa en el mismo y en sus decisiones. Los principios liberales tendrán que ser completados por otros entre los que destacan la

¹²⁰Sobre la importancia de 1848 en la historia de los derechos fundamentales vid. Jesús GONZALEZ AMUCHASTEGUI, Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid 1989, p. 311.

¹²¹E. J. HOBSBAWM, Las revoluciones burguesas, obra cit., p. 16.

¹²²Elías DIAZ, Estado de Derecho y sociedad democrática, obra cit., p. 97.

igualdad, la soberanía popular y la actuación positiva del Estado. Para que se llegue a esta situación tendrá que producirse el movimiento obrero con la aparición de las ideas socialistas y anarquistas. Las primeras desembocarán en último término en la búsqueda de un Estado que no sólo puede ser caracterizado como legalista y protector de derechos sino también como promotor de condiciones de igualdad. El anarquismo, que buscaba la supresión de todo tipo de poder sobre el hombre -lo que en definitiva coincide con el liberalismo-, nunca llegó a una práctica duradera ¹²³, ya que significaba la vuelta a una especie de estado de naturaleza, del que, parece necesario salir para la convivencia pacífica ¹²⁴. Pero el anarquismo si sirvió para aumentar y dar nuevos rasgos al diálogo sobre el Poder.

La evolución histórica tiende pues hacia una mayor protección de las libertades del hombre haciéndolas compatibles con una cierta igualdad, con un tipo de Poder democrático encuadrado en un Estado social. Este Estado social, que ha sido el paso siguiente en la evolución del Estado, constituye una concepción del Estado que se apoya en la necesidad de promover ciertas situaciones con el fin de lograr el desarrollo igual de las

¹²³Vid. en este sentido J. TOUCHARD, Historia de las ideas políticas, obra cit., pp. 547 y ss. Vid. también J. A. GONZALEZ CASANOVA, Teoría del Estado y Derecho Constitucional, obra cit., pp. 135 y ss.

¹²⁴Como escribe Kliemt, "la alternativa a una forma de organización estatal parece ser sólo otra forma de organización estatal", y así, "puede obtenerse indicios suficientes para apoyar la suposición de que la 'lucha de todos contra todos' es el resultado más probable, aunque transitorio, del 'experimento' de la total destrucción del poder del Estado". H. KLIEMT, Filosofía del Estado y criterios de legitimidad, obra cit., pp. 32 y 33.

personas.

La verdadera aparición del Estado social y democrático se produce a finales de la segunda guerra mundial, cuando tiene que actuar de manera decidida y firme para lograr la satisfacción de ciertas necesidades y pretensiones de los hombres: "no se trata sólo de distribuir potestades o derechos formales, o premios y castigos, ni tampoco de crear el marco general de la distribución de los medios de producción, sino que se trata también de un Estado de prestaciones que asume la responsabilidad de la distribución de bienes y servicios económicos" ¹²⁵. A esta visión del Estado social, se la une la necesidad de promover la participación de todos los ciudadanos en la vida cultural, económica, social y política. Así, con la incorporación de esta nota al Estado Social, se configura el Estado Social y Democrático de Derecho, en el que los hombres adquieren una importancia fundamental como participantes en el Poder, y en el que el Poder tiene la obligación de promover la libertad, la igualdad y la participación ¹²⁶.

Al comienzo de este punto advertimos ya las dificultades que se plantean en el intento de identificar un sistema jurídico-político con el diálogo intersubjetivo tal y como lo hemos

¹²⁵Manuel GARCIA PELAYO, Las transformaciones del Estado Contemporáneo, obra cit., p. 35.

¹²⁶Elías DIAZ distingue entre Estado social de Derecho y Estado democrático de Derecho. Vid. Estado de Derecho y sociedad democrática, obra cit., pp. 127 y ss.

caracterizado. En este sentido, la configuración que hemos hecho del Estado social y democrático de Derecho, apoyándonos en Elías Díaz, parece ser más algo utópico que real, con lo que estaríamos faltando a uno de los requisitos señalados por Kliemt. De todas formas, esta presentación del concepto ideal de Estado (ideal en su relación con la comunicación). no es inalcanzable y nos permite, por otro lado, enjuiciar diferentes sistemas jurídico-políticos tomándolo como referencia, a la manera de Ross.

Alf Ross, cuando se plantea la definición de la democracia señala que uno de los métodos para llegar a ella es el acudir a un ideal: "Se postula un concepto cuya denotación es la democracia más extrema y pura que quepa imaginar, y se establece la línea a lo largo de la cual las formas gubernamentales pueden alejarse más y más del parangón, para llegar a su opuesto diametral en un cierto respecto" ¹²⁷. El concepto fundamental lo denomina tipo ideal ¹²⁸, que es una construcción intelectual surgida de la combinación intensa de ciertas características. Según se acerque un determinado sistema político a ese tipo ideal será más democrático, y cuanto más alejado éste, será

¹²⁷ Alf ROSS, ¿Por qué democracia?, obra cit., p. 94.

¹²⁸ Para la definición de su tipo ideal toma ROSS como referencia la intensidad ("dimensión del grupo de personas que tienen derecho a participar en las votaciones y elecciones"); la efectividad ("grado en que el pueblo puede afirmar su opinión"); y, la latitud ("medida en que la influencia y control populares son extendidos, en forma de abarcar más o menos parte de las variadas ramificaciones del gobierno"). ¿Por qué democracia?, obra cit., pp. 95 y 96.

menos democrático.

Nuestra caracterización del Estado puede hacer también referencia a un tipo ideal, compuesto por la combinación de una serie de características que he venido reflejado en el diálogo y que vamos a seguir comentando.

Este tipo de Estado, nos va a proporcionar todas las características ya señaladas: seguridad, creación del Derecho y estabilidad. Pero además nos acerca a la legitimidad ¹²⁹, con lo que estas tres características se proyectan en otras vertientes. Así por ejemplo, el mantenimiento del orden y la seguridad se verán dirigidos al logro de los fines de los ciudadanos ¹³⁰, pasando a plantearse también un concepto de seguridad material ¹³¹. También se va a dar un nuevo significado al principio de legalidad, en virtud del cual las normas y decisiones que componen el sistema sean válidas en función de unos requisitos impuestos por el Ordenamiento pero no exclusivamente formales

¹²⁹Como expresa J. HABERMAS: "...el Estado democrático de Derecho está construido por dos ideas en igual medida: tanto la garantía estatal de paz interior y la seguridad jurídica de todos los ciudadanos, como la aspiración de que el orden estatal sea reconocido como legítimo por los ciudadanos, esto es, reconocido libremente y por convicción". Ensayos políticos, obra cit., p. 83.

¹³⁰Como escribe P. VINOGRADOFF, el Estado debe "luchar porque las voluntades de los miembros de la comunidad no choquen entre sí en sus esfuerzos por lograr la obtención de sus fines". Introducción al Derecho, trad. V. Herrero, Fondo de Cultura Económica, México 1913, p. 35.

¹³¹Vid. Manuel GARCIA PELAYO, Las transformaciones del Estado Contemporáneo, obra cit., p. 26.

¹³². El Derecho sería así un conjunto de normas que pueden encuadrarse en la definición de ley dada por Rousseau: "Más cuando todo el pueblo estatuye sobre sí mismo, sólo se considera así, y si se establece entonces una relación, es del objeto en su totalidad, aunque desde un aspecto: al objeto entero, considerado desde otro, pero sin ninguna decisión del todo, y la materia sobre la cual se estatuye es general, de igual suerte que lo es la voluntad que estatuye. A este acto es al que yo llamo ley"¹³³. Por otro lado la seguridad y la estabilidad se potenciarán con un poder que realizaría una política capaz de desarrollar las relaciones de los hombres con un sentido ético libremente convenido ¹³⁴. El Estado de Derecho dentro de un sistema democrático va a suponer la adecuación del Derecho a un regimen de libertad y de esta forma lleva al principio de legalidad a un punto de fusión con la protección de la dignidad humana ¹³⁵.

¹³²En este sentido se expresa el último KELSEN. Vid. Escritos sobre la democracia y el socialismo, selecc. y presentac. de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid 1988, pp. 211 y 243. Vid. en este sentido Alessandro PASSERIN D'ENTREVES, Obbedienza e resistenza in una società democratica, obra cit., p. 64. También Neil MACCORMICK, Constitucionalismo y democracia, trad. de M. Carreras, en Anuario de Derechos Humanos, num. 5, obra cit., pp. 369 y ss.

¹³³J. J. ROUSSEAU, Contrato social, obra cit., p. 63. Al Derecho se le incorporan así contenidos materiales. Vid. en este sentido Max WEBER, Economía y sociedad, obra cit., T. I, p. 603. Este Derecho estaría, en la terminología clásica, orientado hacia el bien común. Domingo DE SOTO, De la Justicia y del Derecho, obra cit., lib. I, cuestión I, p. 11.

¹³⁴vid. R. POLIN, Etica e Politica, Giuffrè, Milano 1985, p. 147.

¹³⁵vid. Carmen LAMARCA, Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española, obra cit., pp. 74 y 75.

C. PODER DEMOCRATICO Y DINAMISMO DE LA LIBERTAD

La consideración del Poder que venimos realizando hasta aquí, se caracteriza por entender a éste como conjunto de grupos sociales, culturales, económicos, políticos, etc..., como dice Peces-Barba: "conjunto de instituciones, poderes, operadores jurídicos y ciudadanos que creen en los valores que sustentan ese Ordenamiento, que participan en su formación, que apoyan y aceptan su norma de identificación de normas y que usan las normas que contiene" ¹³⁶. Este Poder, tanto en su actividad política como en la jurídica o en otras de cualquier signo, va a llevar incorporado un conjunto de valores morales que variarán según la clase de sistema y según la ideología de aquellos que lo componen ¹³⁷. Y éste poder, creador del Derecho y origen del Estado, puede convertirse en legitimador de ambos ¹³⁸, caracteri-

¹³⁶Gregorio PECES-BARBA, Los deberes fundamentales, en Doxa num. 4, Alicante 1988, p. 335. Y como dice en otro lugar:: "Se utiliza aquí Poder en un sentido más amplio y más complejo, por supuesto, para referirse al poder del Estado, del soberano, del conjunto de las instituciones públicas que pretenden el monopolio de la fuerza legítima, pero también al poder de la sociedad, del conjunto de los ciudadanos y fuerzas sociales, que participan de alguna manera en la formación del Derecho y que luego contribuyen a su implantación a través de una aceptación generalizada". Nota sobre la justicia, obra cit., pp. 259 y 260. Vid en este sentido, J. MESSNER, Etica, obra cit., p. 817.

¹³⁷Como dice Elías DIAZ: "Todo sistema de legalidad, por de pronto, incorpora y realiza a través de sus normas un determinado sistema de legitimidad, un determinado sistema de valores e intereses, los que sean, buenos o malos, justos e injustos, según el punto de vista de cada cual". De la Maldad estatal y la Soberanía popular, obra cit., p. 27.

¹³⁸Vid. Elías DIAZ, De la Maldad estatal y la Soberanía popular, obra cit., p. 23, nota 2.

zando al Derecho no ya sólo por contenidos formales sino también por materiales.

Dentro de una justificación como la que vengo realizando, entiendo que es el Poder democrático y social el que se ajusta a una mejor plasmación de los valores inspiradores y resultantes del diálogo ¹³⁹. La sociedad comunicativa ideal se convierte así en la realización de la idea de democracia ¹⁴⁰. Esto hace que la democracia de la que hablemos se caracterice por la consecución, o por lo menos el intento de consecución de una libertad igualitaria ¹⁴¹. El poder es entendido pues como el monopolio del uso de la fuerza legítima.

No hay duda que un sistema democrático ha de propugnar una serie de libertades que derivan del consenso moral, sin los cuales éste no sería comprensible y su desarrollo sería inviable ¹⁴². Ha señalado Eusebio Fernández que "no puede existir una

¹³⁹ Como señala Alberto MONTORO BALLESTEROS, el "núcleo ético de la democracia está constituido por las ideas de igualdad y libertad". Razones y límites de la legitimación democrática del Derecho, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1979, p. 50.

¹⁴⁰ Agnes HELLER, Por una filosofía radical, obra cit., p. 126.

¹⁴¹ "La democracia real sólo se lograría con la consecución de una igualdad social y económica efectiva y con una participación directa de los individuos y de los grupos en la dirección de todos los asuntos públicos". ATIENZA, Introducción al Derecho, obra cit., p. 176. Por emplear una terminología platónica, hacia ella deben ir proyectadas todas las "causas", tanto las cooperadoras como las primarias y como no, también las concausas. Vid. PLATON, El Político, obra cit., p. 42.

¹⁴² "Una democracia auténtica implica un acuerdo profundo de las mentes y de las voluntades sobre las bases de la vida común; es consciente de sí mismo y de sus principios y debe ser capaz de defender y promover su propia concepción de la vida social y política: debe portar en sí misma un común credo humano: el credo de la libertad". J. MARITAIN, El hombre y el Estado,

Deberes y obligaciones en la Constitución

sociedad estable, ni minimamente justa, sin un sistema de legitimación que cuente con (o sea producto de) el consenso, asentimiento o consentimiento de los individuos que forman parte de ella" ¹⁴³. Un tipo así de Estado debe perseguir aquel fin que coincida en líneas generales con el que desean los hombres que lo componen. Un fin que se identifique con los valores propios del diálogo intersubjetivo y que pueda resumirse, dentro de nuestro contexto espacial y temporal, en la justicia entendida como la máxima libertad compatible con el mayor grado de igualdad ¹⁴⁴.

C.1. La libertad psicológica

Para comprender esta relación entre la libertad y la igualdad, es útil partir de la distinción entre libertad psicológica, libertad social y libertad moral ¹⁴⁵, o lo que es lo mismo,

obra cit., p. 129.

¹⁴³Eusebio FERNANDEZ, Teoría de la Justicia y derechos humanos, obra cit., p. 195.

¹⁴⁴SPINOZA destaca unos fines del Estado que pueden trasladarse de forma relativa a nuestros días. Así escribe que el fin del Estado es hacer que el espíritu y el cuerpo de los hombres "se desenvuelvan en todas sus funciones y hagan libre uso de la razón sin rivalizar por el odio, la cólera o el engaño, ni se hagan la guerra con ánimo injusto. El fin del Estado es, pues, verdaderamente la libertad". Tratado Teológico Político. Tratado Político, obra cit., p. 125.

¹⁴⁵Vid. PECES-BARBA, Derechos fundamentales, obra cit., pp. 50 y ss., y también en Introducción a la Filosofía del Derecho, obra cit., pp. 57 y ss. También en Persona, Sociedad y Estado, obra cit., pp. 150 y ss. cuando hace referencia a esta distinción en el pensamiento de Maritain. Esta distinción

entre libertad natural, libertad política y libertad metafísica ¹⁴⁶. Así, resulta evidente que no podemos conjuntar la primera, la libertad psicológica, con la igualdad ¹⁴⁷.

La libertad psicológica constituye un dato comprobable empíricamente y puede concebirse como un hecho. Como escribe el profesor Peces-Barba, es aquella libertad "que nos permite escoger entre diversas posibilidades y que, junto con otros rasgos, como el lenguaje o la capacidad de abstraer y contruir conceptos generales, nos distingue de los demás animales" ¹⁴⁸. En ella es donde se expresa la voluntad natural ¹⁴⁹, y a ella se refiere Stammler cuando habla del hombre recién nacido, del que,

puede relacionarse con la realizada ya por S. AGUSTIN, vid. Del Libre Albedrío, en Obras de S. Agustín, Tomo III, obra cit.. O también con la división de ROUSSEAU entre libertad natural, libertad civil y libertad moral. Vid. Contrato Social, obra cit., p. 47. Por su parte, COSTA distingue entre libertad psicológica, libertad moral y libertad jurídica, si bien con un significado distinto. Vid. Della libertà di diritto, en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Roma 1941, pp. 344 y ss.

¹⁴⁶E. HUBER, El Derecho y su realización, obra cit., p. 133.

¹⁴⁷"... la defensa de la idea de igualdad como objetivo y valor moral no ignora el hecho comprobable de la existencia de seres desiguales en características biológicas, intelectuales y morales". Eusebio FERNANDEZ, Teoría de la justicia y derechos humanos, obra cit., p. 123. Y como dice también C. ALARCON CABRERA: "La defensa de la igualdad no implica ningún deseo de modificación física, sino una consolidada intención de que todo individuo reciba un trato que le posibilite unas mismas expectativas de realización". Reflexiones sobre la igualdad material, en Anuario de Filosofía del Derecho, año 1987, obra cit., p. 33.

¹⁴⁸Gregorio PECES-BARBA, Sobre el fundamento de los derechos humanos. Un problema de Moral y Derecho, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., p. 271.

¹⁴⁹HEGEL, Filosofía del Derecho, introd. de C. Marx, trad. de A. Mendoza de Montero, Claridad, Buenos Aires 1937, p. 51.

Deberes y obligaciones en la Constitución

según él, no cabe hablar de fines ¹⁵⁰. Esta libertad psicológica "supone que a pesar de los condicionamientos de todo tipo, que pueden ser barreras a la actuación del hombre, existe un elemento puesto de relieve progresivamente con el auge inmenso de las ciencias humanas, como la psicología o la antropología, que es la libertad de elección" ¹⁵¹.

La libertad psicológica no es equiparable a lo que Shopenhauer llamaba libertad física, y que definía como "la ausencia de los obstáculos materiales de todo tipo" ¹⁵². La libertad psicológica es la libertad de elección propia de la condición humana, y que encuentra limitaciones sobre todo en lo que se refiere al medio cultural histórico en el que se desarrolla.

C.2. Libertad social e igualdad

Referirse a la igualdad psicológica supone emplear una ficción en el sentido de Bentham ¹⁵³. Así algún autor habla de la

¹⁵⁰"El hombre recién nacido no es más que un ser natural, respecto del que no cabe hablar de fines ni de una ley última por que se rijan; sólo poco a poco va desenvolviéndose en el hombre la posibilidad de proponerse fines con arreglo a una ley suprema". R. STAMMLER, Economía y Derecho, obra cit., p. 342.

¹⁵¹Gregorio PECES-BARBA, Los valores superiores, obra cit., p. 130.

¹⁵²SCHOPENHAUER, Los dos problemas fundamentales de la Etica, I, obra cit., p. 81.

¹⁵³J. BENTHAM, Tratados de legislación civil y penal, obra cit., p. 83. Para algunos autores, la igualdad existe también en la naturaleza del hombre. Así, por ejemplo, MONTESQUIEU entiende que los hombres nacen iguales si bien pierden esta igualdad. Y sólo es posible volver a alcanzarla por las leyes.

igualdad como concepto normativo ¹⁵⁴, y en este sentido su realización necesita de la **libertad social**. La relación social de los hombres con la exigencia de un determinado sistema de normas hace que la renuncia a esta libertad psicológica sea indeclinable ¹⁵⁵. Esta idea es expresada por Kelsen: "El símbolo de la libertad debe sufrir un cambio fundamental de significado para llegar a ser una categoría social. Debe dejar de significar la negación de todo ordenamiento social, un estado de naturaleza caracterizado por la ausencia de toda clase de gobierno, y debe asumir el significado de un método específico para establecer el ordenamiento social, y un tipo específico de gobierno. Si la

Vid. El Espíritu de las Leyes, obra cit., p. 157. Para otros autores, de la idea de la dignidad humana se deriva ya la obligación de tratar a todos como iguales. Así por ejemplo PUFENDORF, en Le Droit de la Nature et des Gens, obra cit., escribe: "En effet, le seul mot d'homme impose une idée de dignité; & la raison le plus forte, aussi bien que ladernière ressource qu'on a toujours en main, pour rabattre l'insolence d'une personne qui nous insulte, c'est de lui dire: Après tout, je ne suis pas un Chien; je suis Homme aussi bien que toi. Comme donc la Nature Humaine se trouve la même dans le tous les Hommes; & que d'ailleurs il ne sauroit y avoir de société entr'eux, s'ils ne se regardent du moins comme diant mee nature commune: il s'ensuit que, par le Droit Naturel, chacun doit estimer et traiter les autres come lui e'tant naturellement e'gaux, c'est-a-dire, comme étant aussi bien Hommes que lui". (Pp. 357 y 358, T. I, lib. III, cap. II). Transmitiendo también ésta máxima al Derecho. (vid. T. I, lib. III, cap. II, p. 363).

¹⁵⁴Vid. Albert CALSAMIGLIA cuando escribe: "Cuando decimos que todos los hombres son iguales no estamos describiendo lo que ocurre en el mundo, que todos los hombres tienen más o menos las mismas capacidades o el mismo talento, sin distinciones de razas ni de sexos. En realidad somos muy conscientes de que existen diferencias entre los hombres y difícilmente podemos encontrar dos que tengan cualidades idénticas. El principio de igualdad no es un principio descriptivo de la realidad social, sino que es una exigencia, nos indica cómo deben ser los hombres en una sociedad justa". Sobre el principio de igualdad, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., p. 98.

¹⁵⁵E. HUBER, El Derecho y su realización, obra cit., p. 135.

Deberes y obligaciones en la Constitución

sociedad en general y el Estado en particular deben ser posibles, debe ser válido un ordenamiento normativo que regule el comportamiento mutuo de los hombres y, en consecuencia, debe aceptarse el dominio del hombre sobre el hombre por medio de tal ordenamiento" ¹⁵⁶.

Se trata de una libertad que "sólo puede tener la trascendencia conceptual de un medio concreto" y que se cumple a través del Derecho que está siempre al servicio de los fines humanos ¹⁵⁷. Una libertad que podría identificarse respecto al ciudadano como aquella que "no puede consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no debe quererse" ¹⁵⁸.

En ésta libertad social es donde se van a poder **compaginar la libertad y la igualdad mediante la intervención del Poder** ¹⁵⁹, pero de un Poder garante de la autonomía humana e introductor de elementos igualitarios, que bien puede ser entendido como democrático. Como escribe Kelsen, "ser libres social o políticamente significa, ciertamente, estar sujetos a un Ordenamiento nor-

¹⁵⁶H. KELSEN, Escritos sobre la democracia y el socialismo, obra cit., pp. 230 y 231.

¹⁵⁷Vid. R. STAMMLER, Economía y Derecho, obra cit., pp. 571, 539 y 535, respectivamente. J. Stuart MILL se refiere a ella en su lado negativo, es decir, como límites del poder de la sociedad sobre los individuos. Vid. Sobre la libertad, obra cit., p. 55.

¹⁵⁸Vid. MONTESQUIEU, El Espíritu de las Leyes, obra cit., p. 200.

¹⁵⁹En contra de esto vid. Robert NOZICK, Anarquía, Estado y Utopía, obra cit., pp. 63 y ss.

mativo, significa libertad subordinada a la ley social. Pero significa estar sujetos no a una voluntad ajena, sino a la propia, a un ordenamiento normativo y a una ley en cuyo establecimiento el sujeto participa" ¹⁶⁰.

De esta libertad social no es posible hablar sin relacionarla con el consentimiento ¹⁶¹. Una de las características propias de la libertad social es la actuación del Poder y este, dentro de una concepción como la aquí expuesta no puede ser entendido sin que sea expresión de aquellos grupos que lo forman y a los que va dirigida su actuación. De esta forma, "la igualdad aparece como una exigencia o demanda frente a normas, como una construcción genérica respecto a sus elementos integrantes o a sus consecuencias posibles" ¹⁶². Esta idea de igualdad se presenta en sus dimensiones de generalidad, equiparación, diferenciación e identidad de procedimiento ¹⁶³.

La búsqueda de la libertad debe consistir así en un compor-

¹⁶⁰H. KELSEN, Escritos sobre la democracia y el socialismo, obra cit., p. 231. Vid. también Gregorio PECES-BARBA, Los valores superiores, obra cit., pp. 134 y 135.

¹⁶¹Vid. J. LOCKE, Ensayo sobre el gobierno civil, obra cit., p. 73.

¹⁶²Francisco J. LAPORTA, El principio de igualdad: introducción a su análisis, en Sistema, num. 67, Julio 1985, p. 4. En éste sentido vid. Antonio E. PEREZ LUÑO, El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales, en Anuario de Derechos Humanos, num 1, Madrid 1981, p. 262.

¹⁶³"La idea de diferenciación supone, por tanto, un complemento y un apoyo de las de generalidad y equiparación y permite una operatividad racional del principio de la igualdad ante la ley". PEREZ LUÑO, El concepto de igualdad como fundamento de los derechos económicos, sociales y culturales, obra cit., p. 268.

tamiento activo tendente a conseguir una posición equilibrada de los miembros de la sociedad, con la participación de todos en iguales condiciones ¹⁶⁴. Cuando nos planteemos el problema de la obediencia al Derecho volveremos sobre el consentimiento.

Dentro de un sistema democrático producto del diálogo intersubjetivo, la libertad social englobará tanto a la persona considerada individualmente como a la persona encuadrada en las relaciones sociales. Es decir tanto a la persona atomísticamente considerada como portadora de una serie de valoraciones, de tendencias distintas respecto a las de los restantes, como a la que está integrada en formaciones intermedias portadoras de valores propios ¹⁶⁵.

De esta forma, una de las tareas del Poder va a ser el compaginar la libertad y la igualdad por medio de la libertad social, comprendiendo tanto la igualdad en la ley como la igualdad ante la ley ¹⁶⁶. De lo que se trata, principalmente aunque no

¹⁶⁴J. MESSNER, Ética, obra cit., pp. 514 y 515.

¹⁶⁵Vid. G. LOMBARDI, Contributo allo studio dei Doveri Costituzionale, Giuffrè, Milano 1967, pp. 61, 62 y 64.

¹⁶⁶"La igualdad ante la la ley... implica que las normas deben aplicarse de manera igual a casos iguales...". "La igualdad en la ley implica todavía algo más, a saber, la exigencia de que la ley nos haga, o contribuya a hacernos, efectivamente iguales". ATIENZA, Introducción al Derecho, obra cit., p. 108. Algunos autores dan una importancia mayor a la igualdad formal que a la material. En este sentido, por ejemplo DWORKIN refiriéndose a la igualdad formal escribe: "It has become fashionable to say that this kind of equality is unimportant because it offers little protection against tyranny. This denigration assumes, however, that formal equality is only a matter of enforcing the rules, whatever they are, that have been laid down in legislation, in the spirit of conventionalism. The equal protection cases show important formal equality becomes when it is understood to require integrity

exclusivamente, es de combatir lo que Rousseau llama la desigualdad moral o política; es decir, la que "consiste en los diferentes privilegios de los que gozan unos en detrimento de los otros" ¹⁶⁷. Pero también el Poder tendrá que combatir la desigualdad natural, y en este sentido, señaló ya Martínez Marina que la actuación del Poder debe realizarse en forma desigual teniendo en cuenta las personas a las que van a afectar sus decisiones ¹⁶⁸.

La libertad social, con la actuación del Poder, introduce contenidos igualitarios tanto como punto de partida como de resultados ¹⁶⁹. Como expresa el prof. Peces-Barba: "la libertad social..., que el Estado social y democrático del Derecho propugna, para ser realizada por el Derecho, es una libertad

as well as bare logical consistency, when it demands fidelity not just to rules but to the theories of fairness and justice that these rules presuppose by way of justification". Law's Empire, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1986, p. 185. Toda concepción que alude a un Derecho basado en unos principios morales ya establecidos o a un código formal objetivo, tiene que tomar en consideración a la igualdad material ya que en su concepto de igualdad formal ya está ésta incluida.

¹⁶⁷Vid. J.J. ROUSSEAU, Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres y otros escritos, est. prel. y trad. de A. Pintor Ramos, Tecnos, Madrid 1987, pp. 117 y 118.

¹⁶⁸Francisco MARTINEZ MARINA, Discurso sobre el origen de la monarquía y sobre la naturaleza del gobierno español, edición y estudio preliminar de J. A. Maravall, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1957, p. 119.

¹⁶⁹Carlos ALARCON CABRERA, Reflexiones sobre la igualdad material, obra cit., pp. 34 y ss. Se trata de que estas ideas puedan convertirse en creencias, según la célebre distinción de ORTEGA, vid. Ideas y creencias, en Obras completas de Ortega y Gasset, T. I, Alianza Editorial, Madrid 1983, pp. 379 y ss. Sobre esta distinción vid. Abel GOZALEZ ROJAS, Ideas, creencias e ideologías, en Revista de Ciencias Sociales, num. 17, Universidad de Valparaíso, 1980, pp. 25 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

medial instrumental, que facilita el recorrido de la moralidad conectando la libertad psicológica con la libertad moral, y supone un conjunto de normas jurídicas que permiten el ejercicio de ambas, considerándolas no como incompatibles, sino como complementarias" ¹⁷⁰.

Esta libertad social va a chocar en ocasiones con alguna de las libertades propias del momento anterior ¹⁷¹. Es decir, la libertad social, en cierto sentido restringe la libertad total, entendida como facultad de realizar o no ciertas acciones, sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente, por el poder estatal; o bien, como poder de no obedecer otras normas que las que me he impuesto a mi mismo ¹⁷².

Ya señalaba Locke, que las "leyes de la sociedad restringen al hombre en muchos casos la libertad que le ha sido otorgada por la Ley de la Naturaleza" ¹⁷³. Su función en la línea de incorporar contenidos de igualdad hace que en ocasiones se limite la libertad de algunos (el propio concepto de igualdad material no se entiende de otra forma). La libertad social, al

¹⁷⁰PECES-BARBA, Los valores superiores, obra cit., p. 134. En éste sentido vid. también las pp. 63 y ss.

¹⁷¹Vid. en este sentido Romano CANOSA, La libertà in Italia, Einaudi, Torino 1981, p. 125.

¹⁷²Vid. Norberto BOBBIO, Estudios de Historia de la Filosofía, De Hobbes a Gramsci, trad. de J. C. Bayón, est. prel. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid 1985, p. 197.

¹⁷³LOCKE, Ensayo sobre el gobierno civil, obra cit., p. 96.

escoger unos determinados contenidos de libertad y ser un instrumento en la dinámica hacia la libertad moral, supone ya una elección, que reduce el supuesto campo abierto que existía en la libertad psicológica. Pero esta reducción, se hace en la medida de lograr el proyecto vital del hombre. Y en este punto es donde se destaca una importante característica de este paso: la realización de la libertad social supone la elevación de unos aspectos de la libertad a categoría máxima para la consecución de la libertad moral. Esta elevación se hace siguiendo unos criterios que, partiendo del individuo singular, se generalizan para todos. De esta forma, la libertad social significa en sí una libertad no exclusivamente individual sino interindividual.

El Estado social y democrático, respecto a esta libertad, realiza una función promocional destinada a crear unas condiciones de libertad e igualdad imposibles de alcanzar por la labor singular de los individuos ¹⁷⁴. Su función no puede consistir sólo en actitudes pasivas protectoras de las pretensiones de los hombres ni en arbitrajes como indican autores liberales ¹⁷⁵, sino que una de sus tareas más importantes va a ser la promoción

¹⁷⁴Vid. PECES-BARBA, Los valores superiores, obra cit., p. 59.

¹⁷⁵Para LOCKE, "la sociedad civil equivale a un estado de paz entre los miembros que la forman, y excluye el estado de guerra mediante el arbitraje del poder legislativo que, pone fin a todas las diferencias que pueden surgir entre uno y otro miembro". Si bien, parece también abrir la vía a la función promocional cuando escribe: "Allí donde deja de administrarse justicia para la salvaguardia de los derechos de los individuos, y no queda dentro de la comunidad un poder que maneje la fuerza y provea a las necesidades públicas, no ha quedado realmente ningún gobierno". Ensayo sobre el gobierno civil, obra cit., pp. 162 y 166, respectivamente.

de la satisfacción de ciertas necesidades que acerquen la lucha por la igualdad a su fin ¹⁷⁶.

Pero éste Poder no debe olvidar que los medios por los que se busca el fin igualdad, han de estar regidos por el principio de proporcionalidad, esto es, ha de existir coherencia entre los fines y los medios para alcanzar la igualdad ¹⁷⁷. El poder no debe desconocer que los hombres que reciben daño se hacen más injustos ¹⁷⁸, por lo que su actuación debe ser meditada.

El poder tiene que realizar una labor potenciadora de la libertad social como paso a mejor del hombre. Si no, su función habrá fracasado ¹⁷⁹: si su restricción de la libertad natural humana no es capaz de convertirla en un tipo de libertad social que el individuo vea como mejor, este poder no podrá ya continuar en su trabajo hacia la consecución de la comunidad humana.

¹⁷⁶Vid. Giorgio DEL VECCHIO, Sobre las funciones y fines del Estado, obra cit., p. 248. Como escribe M. ARAGON: "...no cabe concebir a un pueblo libre si la libertad no es disfrutada por todos los ciudadanos, es decir, si los ciudadanos no son iguales en su libertad". El control como elemento inseparable del concepto de Constitución, en Revista Española de Derecho Constitucional, num. 19, Madrid 1987, pp. 49 y 50.

¹⁷⁷Juan Antonio GARCIA AMADO, Principio constitucional de igualdad, en Anuario de Filosofía del Derecho, T. IV, Madrid 1987, p. 124. Como escribe HUME: "Una desigualdad demasiado grande entre los ciudadanos, debilita todos los Estados". Ensayos Políticos, obra cit., pp. 23 y 24. Aunque en otro momento parece contradecirse o matizar esta idea en el sentido de que se debe buscar una igualdad pero con ciertos límites. Vid. en este sentido, De la Moral y otros escritos, obra cit., p. 35.

¹⁷⁸PLATON, La República, obra cit., p. 17.

¹⁷⁹En este sentido puede afirmarse que la labor principal de un Poder democrático consiste en potenciar la libertad social y jurídica. Si esto no es realizado, no tiene sentido hablar del mismo.

Esto se acrecienta porque el sentimiento innato de la libertad rechaza, en principio, cualquier tipo de restricción que no esté fundada en motivos muy poderosos ¹⁸⁰. No debemos olvidar que una "toma de decisión comunicativa se basa en un proceso expreso de deliberación que, en vista de los conflictos prácticos (fines) y teóricos (medios), busca un consenso" ¹⁸¹. La labor del Poder ha de perseguir así la bella idea de Tocqueville en el sentido de hacer a los hombres libres por ser iguales e iguales por ser libres ¹⁸².

La búsqueda de los medios oportunos para la consecución de los fines que en el diálogo se destacan, tiene su lugar fundamental en el contenido de la libertad social, y es el aspecto más importante dentro de la labor del Estado y del Derecho. Incluso hay quien ha afirmado que "lo importante no es la determinación de los fines "ultimos -la libertad, la igualdad, etc.-, sino el análisis de los posibles conflictos y equívocos que se presentan en su realización". Y ello porque "es relativamente fácil ponerse de acuerdo sobre las últimas valoraciones que marcan nuestro discurso moral y político; lo que ya es más difícil es lograr un consenso sobre los problemas prácticos interpretativos que se derivan de la puesta en práctica de

¹⁸⁰E. HUBER, El Derecho y su realización, obra cit., p. 124.

¹⁸¹Otfried HÖFFE, Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia, obra cit., p. 60.

¹⁸²Alexis de TOCQUEVILLE, La democracia en América, trad. de D. Sánchez de Aleu, Alianza Editorial, Madrid 1980, tomo II, pp. 85 y 86.

aquellos fines" ¹⁸³. De aquí que la comunicación no acabe con la señalización de los fines por el Ordenamiento jurídico, sino que continua en la realización práctica de éste, exigiendo así un sistema en el que sea posible la participación de todos.

La advertencia sobre los medios, trae también a consideración la importancia de la economía en la realización de la libertad social: "si se quiere avanzar en la realización plena de los derechos humanos hay que afectar a los sistemas económicos para que produzcan mayores y mejores niveles de igualdad económica" ¹⁸⁴. La economía que promociona la libertad social tiene que estar apoyada en organizaciones democráticas, "con planificación compatible con formas mixtas (privadas, públicas, cooperativas, etc.) de producción, de propiedad y de gestión empresarial" ¹⁸⁵.

La libertad social, que tiende a la consecución de la igualdad, va a permitir que el ciudadano participe de forma efectiva en el logro de lo que Montesquieu señaló como virtud en el Estado político y que lleva al amor hacia la forma de gobier-

¹⁸³Juan R. de PARAMO, Bienestar, derechos y autonomía, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., p. 256.

¹⁸⁴Nicolás M. LOPEZ CALERA, Teoría crítica y derechos humanos, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., p. 211.

¹⁸⁵Vid. Elías DIAZ, Notas ("concretas") sobre legitimidad y justicia, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., p. 152.

no ¹⁸⁶.

Sobre las libertades que caracterizan a éste Poder debe imperar un valor que caracterizaba también a toda la comunicación intersubjetiva: la tolerancia ¹⁸⁷. Porque en la medida de lo posible, "la legislación civil debería adaptarse a la variedad de convicciones morales de las diversas familias espirituales cuyo papel en la nación interesa esencialmente al bien común del cuerpo social, no asumiendo ni aprobando el comportamiento correspondiente, sino tolerándolo" ¹⁸⁸.

La libertad social, por otro lado, puede ser entendida tanto en su aspecto privado como público: el primero es el que corresponde a la libertad civil, y el segundo a la libertad política en estricto sentido ¹⁸⁹. Mediante la libertad social entendida como libertad real ¹⁹⁰, se podrá llegar a una libertad

¹⁸⁶Vid. MONTESQUIEU, El Espíritu de las Leyes, obra cit., pp. 83 y ss. Este amor hacia la forma de gobierno lleva implícita lo que MACINTYRE ha denominado como virtud del patriotismo. Vid. C. S. NINO, Ética y derechos humanos, obra cit., p. 135.

¹⁸⁷Como escribe VOLTAIRE: "El derecho de la intolerancia es, por lo tanto, absurdo y bárbaro; es el derecho de los tigres, y es mucho más horrible, porque los tigres sólo matan para comer, y nosotros nos hemos exterminado por unos párrafos". Opúsculos satíricos y filosóficos, obra cit., p. 27. Sobre la importancia de la tolerancia vid. también Alessandro PASSERIN D'ENTREVES, Obbedienza e resistenza in una società democratica, obra cit., pp. 227 y 228.

¹⁸⁸J. MARITAIN, El hombre y el Estado, obra cit., p. 188.

¹⁸⁹E. HUBER, El Derecho y su realización, obra cit., p. 151.

¹⁹⁰En el sentido en el que habla ATIENZA, es decir aquella que "implica la exigencia de que tanto las libertades negativas como las positivas no tengan un carácter puramente abstracto, sino que se plasman en posibilidades reales". Introducción al Derecho, obra cit., pp. 112 y 113. Aquella libertad que implica "posibilidad de determinar la propia suerte, capacidad de par-

moral.

En la libertad social es donde van a poder encuadrarse las obligaciones básicas ¹⁹¹. Como veremos en el tema de las obligaciones, estas suponen siempre una restricción a la libertad y el propio concepto de libertad social supone restringir ciertos aspectos de la libertad psicológica ¹⁹². La libertad social supone la entrada de la sociedad en la consideración del hombre y ésta implica la imposición de obligaciones cuyo fin sea el mantenimiento de la paz en la convivencia y el desarrollo del hombre en su búsqueda de la felicidad tanto interna como externa ¹⁹³.

Por otro lado, la libertad social implica, dentro de una consideración democrática, el no sometimiento de los ciudadanos a otro poder que no sea el que ellos han consentido. La libertad social fuera de éste significado es un mero artificio sin ningún

participar en el mando, libertad de darse leyes y de no obedecer más que a éstas". Alessandro PASSERIN D'ENTREVES, La noción del Estado, obra cit., p. 234.

¹⁹¹Como escribe E. HUBER: "El carácter de la libertad política se compone de una voluntad de obedecer y de una activa participación en la vida del Estado". El Derecho y su realización, obra cit., p. 153. Vid. A. I. MELDEN, Los derechos y las personas, trad. de C. Haydie Paschero, Fondo de Cultura Económica, Mexico 1980, p. 458.

¹⁹²Vid. LOCKE, Ensayo sobre el gobierno civil, obra cit., pp. 95 y 96.

¹⁹³Vid. Henri BERGSON, Les deux sources de la morale et de la religion, obra cit., p. 3. Para BURLAMAQUI, existen una serie de deberes que derivan de la sociabilidad humana. Vid. Principes du Droit Naturel, obra cit., Seconde partie, cap. IV, pp. 70 y ss.

valor ¹⁹⁴. Esta libertad, constituida en fin básico del Ordenamiento jurídico, supone la representación fáctica del consenso moral, que habíamos caracterizado como consenso en permanente evolución.

Hasta el momento hemos relacionado la libertad social con el Ordenamiento jurídico. Pero esta libertad se abre en otra vertiente que aún estando conectada con el Ordenamiento jurídico, se diferencia de éste. Se trata de lo que podríamos denominar **libertad ético-social**. La libertad jurídico-social podría ser definida de la forma en que el profesor Ruiz Miguel define la libertad jurídica: "Existe libertad jurídica para realizar una acción cuando un individuo carece de impedimentos o constreñimientos provenientes de normas, interiorizadas o no, cuyo incumplimiento es sancionable por otros individuos de forma grave e institucionalizada". La libertad ético-social coincidiría con lo que este autor entiende por libertad social: "Existe libertad social para realizar una acción cuando un individuo carece de impedimentos o constreñimientos provenientes de normas, interiorizadas o no, cuyo incumplimiento es sancionable por otros individuos de forma grave, pero no institucionalizada" ¹⁹⁵.

La libertad ético-social, como parte de la libertad social,

¹⁹⁴Vid. en esta idea, J. LOCKE, Ensayo sobre el gobierno civil, obra cit., p. 19.

¹⁹⁵Alfonso RUIZ MIGUEL, Sobre los conceptos de la libertad, en Anuario de Derechos Humanos num. 2, Universidad Complutense, Madrid 1983, pp. 538 y 539.

Deberes y obligaciones en la Constitución

es un paso más en el camino del hombre hacia la libertad moral, y supone la expresión de un conjunto de pautas provenientes de la comunidad moral que, de forma distinta al Derecho, dirigen la actividad humana.

En este sentido, su comprensión no puede dejar de lado la distinción entre el Derecho y la Moral, que más adelante trataremos. En una argumentación como la nuestra, la comunidad moral a la que se hace referencia es aquella que se mueve por pautas provenientes del diálogo intersubjetivo, por lo que la no coerción es una de sus máximas a intentar.

Por otro lado, en esta libertad es donde encuentra cabida la moralidad crítica, auténtico motor renovador del Derecho. Si la libertad jurídico-social suponía la implantación de los resultados del consenso moral mutable en un determinado momento, la libertad ético-social va a permitir que esa proclamación evolucione adaptándose al carácter no invariable del diálogo intersubjetivo.

En definitiva la libertad ético-social supone bien la asunción bien la imposición de ciertas reglas, de origen moral, al individuo. Este origen expresa la moral individual o del medio en el que se desarrolla ésta. De ahí que dentro de la libertad ético-social entran también aquellos principios morales que el hombre se propone. La concepción del profesor Ruiz Miguel sobre la libertad moral, tendría aquí también cabida, ya que para este autor existe libertad moral para realizar una acción cuando "un

individuo carace de impedimentos o constreñimientos provenientes de normas interiorizadas cuyo incumplimiento es sancionable por fuertes sentimientos de culpabilidad" ¹⁹⁶. Al igual que las obligaciones jurídicas y los derechos permiten hablar de una libertad jurídico-social, las obligaciones morales y las exigencias, pretensiones y necesidades básicas de los hombres, van a permitir que pueda hablarse de libertad ético-social.

Esta libertad, parte también del individuo por lo que tiene que respetar a éste. Al igual que la libertad jurídico-social suponía ciertas restricciones a la libertad total individual pero protegiendo un determinado ámbito de éste, la libertad ético-social, tiene que ser respetuosa con ese ámbito. Lo que sucede es que ésta no va a tener, en su aspecto social, la capacidad que si tiene el Derecho para que ese ámbito quede protegido.

Con todo esto, puede desprenderse nuestro rechazo a tesis como la de Nietzsche que niegan la posibilidad del establecimiento de fines en la humanidad. Para éste, "la humanidad, en realidad, no es un todo, sino una diversidad irreducible de procesos vitales ascendentes y descendentes, por lo que no puede tener una juventud, una madurez y posteriormente una vejez" ¹⁹⁷. Pero esto no tiene porqué negar la posibilidad del establecimiento de fines en ella; fines que, por otra parte, no tienen

¹⁹⁶ A. RUIZ MIGUEL, Sobre los conceptos de la libertad, obra cit., p. 538.

¹⁹⁷ NIETZSCHE, La voluntad de poderio, obra cit., p. 201.

porqué tener el carácter de absolutos. La humanidad, por medio de la comunicación, puede plantear la realización de unos determinados objetivos e incluso puede llegar ella misma a convertirse en fin ¹⁹⁸.

C.3. La libertad moral

La libertad moral, como paso siguiente a la libertad social, podría caracterizarse como la posibilidad creada por la actividad de los hombres, "que forma parte de la naturaleza, aunque no se confunde con ella, y que es capaz de conocer su evolución, o sea, de hacer historia" ¹⁹⁹. Puede equipararse a la libertad sustancial hegeliana, en la que la libertad e igualdad se funden : "La opinión de que el grado de libertad en la sociedad es proporcional al número de individuos libres implica que todos los individuos son de igual valor político y que cada uno de ellos tiene la misma pretensión a la libertad, es decir, la misma pretensión a que la voluntad colectiva esté en concordancia con su voluntad individual" ²⁰⁰. También se relaciona con

¹⁹⁸Para NIETZSCHE, la humanidad es siempre un medio. Vid. La voluntad de poderio, obra cit., p. 390.

¹⁹⁹Luis PRIETO, Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos, en Anuario de Derechos Humanos, num. 4, obra cit., p. 304. A ésta libertad moral es a la que conduce la grada ética del progreso, la superación de las barreras a la felicidad. Vid. Otfried HÖFFE, Estudio sobre Teoría del Derecho y la Justicia, obra cit., p. 88.

²⁰⁰H. KELSEN, Escritos sobre la democracia y el socialismo, obra cit., p. 240.

la libertad positiva de Berlin ("la libertad que consiste en ser dueño de sí mismo"), si bien abandona en cierta manera el carácter individual que esa concepción tiene, al extenderse a todos ²⁰¹.

La libertad moral ha sido entendida por Schopenhauer en el sentido de la posibilidad de querer la libertad física, la cual era definida como 'lo que quiero'. Así, la libertad moral era el poder querer lo que se quiere. Con esto se hacía referencia a la libertad de la voluntad y, por consiguiente, a la ausencia de toda necesidad. Pero al definir lo necesario como lo que resulta de una razón suficiente dada, su ausencia significa ausencia de razón, con lo que libre sería aquello independiente de toda razón ²⁰². En este sentido, esta concepción nos haría desconocer, según Schopenhauer, el significado real de la libertad moral. Según este autor, la hipótesis clásica del libre arbitrio debe ser descartada, señalando que la libertad moral no es un concepto propio de las acciones individuales sino que pertenece a una región más amplia: lo trascendental ²⁰³.

La libertad moral también puede entenderse como la autono-

²⁰¹Isaiah BERLIN, Dos conceptos de libertad, trad. de J. Bayón, en Cuatro ensayos sobre la libertad, Alianza Editorial, Madrid 1988, pp. 201 y 202.

²⁰²Vid. SCHOPENHAUER, Los dos problemas fundamentales de la Etica, I, obra cit., pp. 83 y ss.

²⁰³Vid. SCHOPENHAUER, Los dos problemas fundamentales de la Etica, I, obra cit., pp. 206 y 207.

mía en sentido kantiano ²⁰⁴, que como expresa E. Huber es susceptible de ser contemplada en dos sentidos: por un lado como el verdadero sentido del deber kantiano y por otro lado en su aspecto negativo como "independencia de los impulsos sensibles y positivamente como autonomía de la voluntad y conciencia práctica" ²⁰⁵. Esta libertad es aquella que se da en lo que Stammler llama "la comunidad de hombres de voluntad pura"; es la libertad que reduce todo contenido concreto del querer humano a una unidad armónica de fines ²⁰⁶. Es la libertad que se acerca y recoge lo que Mill llama el self-control y el self-government ²⁰⁷.

En este punto, es necesario subrayar que la consideración de deber en el sentido que aquí me refiero va comprendida como primer elemento de la libertad moral. **El deber, entendido en sentido estricto, significa la expresión de la libertad moral.**

Pero esta libertad moral, sólo puede ser considerada como

²⁰⁴Vid. PECES-BARBA, Sobre el fundamentos de los derechos humanos (Un problema de Moral y de Derecho), obra cit., p. 201. Vid. También Los valores superiores, obra cit., p. 111. Por otro lado, a ella parece referirse S. ANSELMO cuando se refiere a una libertad para querer lo que se debe querer y lo que es conveniente querer. Vid. S. Anselmo, Del libre albedrío, en Obras completas de S. Anselmo, Tomo I, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1952, p. 559.

²⁰⁵E. HUBER, El Derecho y su realización, obra cit., p. 140.

²⁰⁶R. STAMMLER, Economía y Derecho, obra cit., p. 439.

²⁰⁷Vid. J. Stuart MILL, Sobre la libertad, obra cit., pp. 131 y 134.

un apriori ²⁰⁸. Es decir, la división entre éstos tres tipos de libertades supone partir de un concepto utópico y preconcebido de libertad moral situado históricamente, por lo que su significado varía en el tiempo y no es susceptible en principio de individualización sino que tiene un significado social. Tiene que ser entendida como un 'apriori', porque no es más que la expresión de un proyecto vital del hombre. El paso de la libertad psicológica a la libertad social suponía como vimos una elección motivada por la consecución de un estadio en el que el sentido de la vida del hombre pueda definirse como libre. Así, este estado está, en principio, ya definido y para su logro se escogen unos determinados medios que son los que caracterizan a la libertad social.

Por otro lado, la libertad moral parece ser un momento utópico en la vida de los hombres, ya que es aquel en el que estos ven realizado su proyecto vital ²⁰⁹. Es una situación proyectada en el futuro de difícil realización efectiva, sobre todo en su verdadera esencia social: "algo metafísico, imposible de ser en el mundo físico" ²¹⁰, ya que supone "la realización de

²⁰⁸Vid. las consideraciones de Angel LLAMAS, Notas sobre Los valores superiores de Gregorio Peces-Barba, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., pp. 226 y ss.

²⁰⁹Como escribe el prof. PECES-BARBA: "Lo que hemos llamado libertad moral es una meta, un fin, un ideal a alcanzar, quizás la utopía de la condición humana". Sobre el fundamento de los derechos humanos (Un problema de Moral y de Derecho), obra cit., p. 201.

²¹⁰SCHOPENHAUER, El amor, las mujeres y la muerte, obra cit., p. 348.

las virtualidades humanas" ²¹¹.

No se trata de un momento cerrado. El proyecto vital del hombre no se cierra en el tiempo sino que es en la historia donde se va perfilando. Así, "la relación entre la libertad de elección, la libertad moral y la libertad social, política y jurídica..., no es una relación estática sino dinámica, es compleja y rica y está en permanente creatividad. Ni está determinada ni está cerrada. Es obra del esfuerzo del hombre en la historia" ²¹². De ahí que no pueda entenderse como una elección dogmática: la libertad moral aun siendo un estado preconcebido no es un estado dogmático sino dinámico en el tiempo, como lo es también la libertad social y jurídica.

La libertad moral supone, en principio, un estado social ²¹³. Aunque cada hombre tenga un proyecto vital propio, la vida en sociedad matiza ésta. Además el paso previo de libertad social, que hemos caracterizado como momento interindividual, dota a la libertad moral de un carácter eminentemente intersubjetivo ²¹⁴. La posibilidad de alcanzar ese estado ha de ser igual para

²¹¹PECES-BARBA, Los valores superiores, obra cit., p. 130.

²¹²Vid. PECES-BARBA, Sobre el fundamento de los derechos humanos (Un problema de Moral y de Derecho), obra cit., p. 274.

²¹³En contra de esto vid. PECES-BARBA cuando escribe de la libertad moral como "meta histórica que cada hombre pretende alcanzar en su vida situada en el tiempo". Sobre el fundamento de los derechos humanos (Un problema de Moral y de Derecho), obra cit., p. 272.

²¹⁴En este sentido le son aplicables las palabras de Juan XXIII en la encíclica "Pacem in Terris" cuando se refiere al grado máximo de la convivencia civil, al que se llegará cuando los hombres "Estén movidos por el

todos (esto es lo que se busca con el paso previo de la libertad social y jurídica).

Si en el estudio de la libertad social señalábamos como fin de ésta la consecución de la igualdad, es en la libertad moral donde ésta se da, por lo que en ella destaca la significación social. La igualdad no se refiere a una individualidad sino que ya de por sí implica relación o existencia de al menos dos objetos a los que referirse. De aquí que la libertad moral sea un momento en el que la individualidad y la intersubjetividad se unan en su disfrute, sin que ello signifique la pérdida del 'yo', sino todo lo contrario: supone la máxima realización del 'yo' de todos en la comunidad comunicativa.

El dinamismo entre libertad psicológica, libertad social y libertad moral es un dinamismo formal ²¹⁵, que adquiere contenido por el diálogo intersubjetivo que se desarrolla en la historia. La identificación de la libertad jurídico-social con la defensa de los derechos fundamentales y la implantación de las obligaciones fundamentales supone añadir un contenido a este proceso con lo que se define también la libertad moral, o, al menos, se la dota de ciertas características. Pero esta cocrec-

amor de tal manera, que sientan como suyas las necesidades del prójimo y hagan a los demás partícipes de sus bienes, y procuren que en todo el mundo haya un intercambio universal de los valores más excelentes del espíritu humano". Vid. Ocho Grandes Mensajes, obra cit., pp. 219 y 220.

²¹⁵En palabras de PECES-BARBA, la libertad social es "una libertad medial instrumental, que facilita el recorrido de la moralidad conectando la libertad ideológica con la libertad moral, y supone un conjunto de normas jurídicas que permiten el ejercicio de ambas, considerándolas, no como incompatibles, sino como complementarias". Los valores superiores, obra cit., p. 134.

ción de la libertad jurídico-social, está matizada por la situación histórica con lo que no se puede decir que sea la posición correcta. Sólo sería correcta para un determinado momento histórico y para un proyecto vital determinado al que le sirve de medio.

La libertad moral, respecto a una posible libertad total sin límites, vendría matizada, en último término, por dos aspectos: "el primero deriva del paso previo de libertad social con lo que se reduciría en cierta forma el campo de la libertad moral; el segundo es que se tiene que mover en la idea kantiana de la elevación de los fines (y también de los medios) a ley universal" ²¹⁶, como señala el profesor Peces-Barba. Pero esta restricción de la libertad sin límites va a suponer para todos los hombres la realización de su proyecto vital en sociedad.

²¹⁶Vid. mi trabajo Algunas notas para una fundamentación de los derechos humanos, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., p. 77. En palabras de KANT: "Nadie me puede obligar a ser feliz a su modo (tal como él se imagina el bienestar de otros hombres), sino que es lícito a cada uno buscar su felicidad por el camino que mejor le parezca, siempre y cuando no cause perjuicio a la libertad de los demás para pretender un fin semejante, libertad que puede coexistir con la libertad de todos según una posible ley universal". Teoría y Práctica, obra cit., p. 27. O más concretamente: "obra según una máxima, que pueda valer a la vez como ley universal". KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 33. Esta máxima de universalización, es presentada en términos modernos por R. EDGELEY: "si una persona particular debe hacer cierta cosa en una situación particular, ella y cualquier otra en situación de la misma índole pertinente debe hacer el mismo tipo de cosa". La razón práctica, en J. Raz, Razonamiento práctico, trad. de J. J. Utrilla, Mexico 1986, pp. 60 y 61.

D. PODER DEMOCRATICO Y TOLERANCIA

El Poder democrático, así entendido, se caracteriza pues por ser expresión de la soberanía popular dentro de un marco tolerante de libertad e igualdad ²¹⁷, en él se van a reconocer los valores y pretensiones básicas de los hombres, el pluralismo, la tolerancia y la participación popular en su constitución y ejercicio ²¹⁸. Con todo esto, se conecta la comunicación y el Poder democrático. Como dice Elías Diaz: "La democracia no significa dejar de pensar por uno mismo; sólo exige que se sea capaz de comunicar las razones de cada uno, y de hacerlo en libertad, y -sin olvidar, por supuesto, los condicionamientos reales, socioeconómicos y de otro tipo- que se sea capaz de argumentar y convencer a los demás de lo que uno seriamente considere el bien o el mal, la justicia y la verdad" ²¹⁹. Por otro lado el Poder democrático va a propugnar también como valor fundamental la dignidad humana ²²⁰; con lo que se acerca a

²¹⁷No todos los autores ven posible la conjugación entre libertad e igualdad. Así por ejemplo vid. Erik R. V. KUENELT-LEDDIHN, Libertad-Igualdad, La disyuntiva de nuestro tiempo, trad. de J. M. Velez Cantarell, Madrid 1962.

²¹⁸LOPEZ CALERA señala como características del Estado democrático: "nacer de la soberanía popular libremente expresada, porque reconoce y protege los derechos y libertades fundamentales, porque existe y reconoce el pluralismo político y social y porque se constituye de manera concreta a través de la participación popular". Introducción al estudio del Derecho, obra cit., p. 145.

²¹⁹Elías DIAZ, De la Maldad estatal y la Soberanía popular, obra cit., p. 139.

²²⁰Vid. J. MARITAIN, El hombre y el Estado, obra cit., p. 80.

aquella base moral común de la que habíamos hablado en un primer momento.

Si caracterizamos al sistema democrático como aquel en el que se van a cumplir una serie de acuerdos obtenidos por el diálogo en libertad y por el que se van a incorporar, por medio de ésta participación de todos, determinados contenidos igualitarios, no podemos imaginar que pueda conducirnos en algún momento a un sistema de signo autoritario; "con la libertad en la decisión difícilmente se da como resultado fáctico la opresión" ²²¹. Por otro lado, como dice Perez Luño: "La legitimación del poder a través de la soberanía popular no tiene que conducir al decisionismo allí donde se garantizan la racionalidad formal (consenso basado en una comunicación libre de distorsiones) y la racionalidad material (sociedad emancipada que persigue intereses generalizables) del discurso" ²²². Además, si en último extremo se diese una situación de éste tipo, no se podría hablar de democracia porque ésta se habría destruido ²²³. Así, este concepto de democracia, lleva en su interior como característica

²²¹Elías DIAZ. De la Maldad estatal y la Soberanía popular, obra cit., p. 65. O también, como dice SPINOZA, en los Estados democráticos son menos de temer los absurdos, porque es casi imposible que la mayor parte de una asamblea, especialmente si es numerosa, convenga en un absurdo". Tratado Teológico Político. Tratado Político, obra cit., p. 62.

²²²PEREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, obra cit., p. 202.

²²³En palabras de J. MARITAIN: "El fin de la democracia son a la vez la justicia y la libertad. El empleo por la democracia de medios fundamentalmente incompatibles con la justicia y la libertad sería, por tanto, una operación de autodestrucción". El hombre y el Estado, obra cit., p. 75.

principal la participación en ella de todos los ciudadanos, recuperándose así también el valor del individuo como uno dentro del sistema jurídico-político, porque como escribía Aristóteles, "el ciudadano sin más por nada se define mejor que por participar en la administración de justicia y en el gobierno" y esta participación debe ir encaminada a preservar los fines de la comunidad, por lo que el sentido de Poder no abarca sólo a los encargados de ejecución sino a todos los miembros de la misma"²²⁴. La participación de los ciudadanos y el sentimiento de libertad hacen fuerte al sistema ²²⁵.

Lo que ocurre es que al igual que en el diálogo moral intersubjetivo, el consenso, que como escribe Polin es lo único que mantiene el orden y la paz ²²⁶, se tiene que adoptar tomando un determinado criterio que escoja la opinión de la mayoría. Esto en el diálogo moral se solucionaba con el predominio de la libertad y de la tolerancia. Pero en el mundo jurídico y político, al establecerse unas normas dentro de un Ordenamiento, de un sistema, y al perseguirse también la inclusión de contenidos igualitarios, si se escoje también el criterio de las mayorías, la libertad de aquellos que no comportan las opiniones de éstos

²²⁴ARISTOTELES, Política, obra cit., pp. 68 y 73.

²²⁵Cuanto más participen los ciudadanos y sientan el poder como suyo, más consistente será el sistema. Como escribió MAQUIAVELO: "El que se hace señor de una ciudad acostumbrada a vivir libre, y no descompone su régimen, debe contar con ser derrocado él mismo por ella". El Príncipe, comentado por N. Bonaparte, 8ª ed., Espasa Calpe, Madrid 1957, p. 29.

²²⁶R. POLIN, Ética e política, Giuffrè, Milano 1985, p. 145.

Deberes y obligaciones en la Constitución

pueden ser seriamente reducida.

Conseguir la unanimidad en cuanto a las decisiones últimas es muy difícil si no imposible, de ahí que parece ser que el criterio de la mayoría es el que mas nos puede acercar a esa situación ²²⁷. Como subraya Elías Díaz, en un sistema democrático, "el Derecho tiene siempre que optar y seleccionar (a través de la libertad y las mayorías) entre diversas perspectivas éticas, perspectivas en principio todas ellas respetables y, se supone, expresión auténtica de diferentes conciencias individuales" ²²⁸.

Así la labor del Poder democrático es hacer compatible la regla de las mayorías con ese diálogo intersubjetivo ²²⁹. No debe haber minorías de nacimiento, la mayoría no debe adoptar soluciones irreversibles y debe actuar escogiendo como pauta de medida "hasta qué punto las decisiones posibles en condiciones de tiempo escaso y limitada información se alejan de los resul-

²²⁷J. LOCKE, Ensayo sobre el gobierno civil, obra cit., pp. 74 y 75. En este sentido J. DELGADO PINTO escribe: "Sin ignorar el importante papel que en ocasiones pueden desempeñar ciertas autoridades o minorías innovadoras, parece claro que la única fundamentación aceptable de los derechos humanos, congruente por otra parte con el postulado de que se parte, radica en el acuerdo alcanzado a través de un proceso de deliberación debidamente articulado, de todos los componentes de un grupo social que establecen normativamente las condiciones básicas de su cooperación". La función de los derechos humanos en un regimen democrático, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., p. 144.

²²⁸Elías DIAZ, De la Maldad estatal y la Soberanía popular, obra cit., p. 89.

²²⁹Como escribió PLATON, el no dejar participar a aquellos que tienen ideas contrarias es un signo de temor y conlleva a desconfiar del gobierno. Vid. Las Leyes, obra cit., vol. I, p. 127.

tados ideales de un acuerdo obtenido por vía discursiva o de una solución de compromiso presuntamente justa" ²³⁰. Se hace necesario establecer, en definitiva un método eficaz de protección de las necesidades y exigencias de los hombres sin distinción ²³¹.

El poder debe ser consciente de que el criterio de las mayorías puede llevar a lo que Mill llamaba la tiranía de la mayoría ²³², por lo que las decisiones obtenidas dentro del sistema democrático teniendo en cuenta criterios mayoritarios ha de estar siempre sujeta a la posibilidad de crítica, al menos racional-filosófica y empírico-sociológica ²³³, ya que la mayoría (y también la minoría) puede en algún momento ser manipulada, atemorizadas, engañadas y por supuesto, tomar decisiones equivo-

²³⁰J. HABERMAS, Ensayos políticos, obra cit., p. 69. Y en éste sentido se expresa también Elías DIAZ, cuando escribe: "la regla de decisión de las mayorías, incluso convertida en ley, no puede, entre otras cosas: a) ni suprimir físicamente al discrepante (o al no discrepante); b) ni prohibir la libertad crítica, la pública expresión de ideas, opiniones y juicios; c) ni negar a los ciudadanos la participación política en comicios y libres y periódicas elecciones... d) otras exigencias a ellas íntimamente vinculadas - seguridad, paz, igualdad, etc-...". De la Maldad estatal y la Soberanía popular, obra cit., p. 142. Vid también J. F. MALEM SEÑA, Concepto y justificación de la desobediencia civil, obra cit., pp. 177 y 178; Dino PASINI, Il problema del fondamento dell'obbligo politico, obra cit., p. 157.

²³¹Genaro R. CARRIO, Sobre los límites del lenguaje normativo, Astrea, Buenos Aires 1973, p. 58.

²³²vid. J. Stuart MILL, Sobre la libertad, obra cit., pp. 59 y ss.

²³³En este sentido se expresa Elías DIAZ: "Cabe, desde luego, crítica a los valores aceptados mayoritariamente en una sociedad, crítica racional filosófica por un lado (el criterio de las mayorías imprescindible en la determinación de la decisión política, puede no ser, sin embargo, el criterio último de verdad), y crítica empírico-sociológica por otro (poniendo de manifiesto el substrato real socioeconómico y las consecuencias de hecho de tal sistema de valores)". Sociología y Filosofía del Derecho, obra cit., p. 231. Vid. también Luigi BAGOLINI, Mito, potere e dialogo, obra cit., p. 34.

cadras en la consecución del ideal común de la comunidad ²³⁴. Además, "los ciudadanos deben estar en condiciones de optar entre alternativas reales, es decir, deben poder elegir entre diversas soluciones a los problemas planteados" ²³⁵. Como escribe Passerin D'Entreves, es necesario que no se atribuya a las decisiones de la mayoría más que un valor 'pragmático' y no un valor absoluto que implique el deber de someterse a ellas como a verdades inconcusas y definitivas ²³⁶.

Por todo ésto, hasta ahora, el criterio de las mayorías me parece que es el que mejor concuerda con la voluntad popular, y éste criterio debe ser entendido dentro de las limitaciones que aquí brevemente hemos aludido, derivadas del significado propio de la democracia como necesidad funcional política y económica, y que se resumen en el "tener muy presentes los intereses, deseos, valores, aspiraciones, exigencias de las minorías como, por lo demás, de los individuos todos" ²³⁷.

La coordinación del sistema democrático con el diálogo moral, con la comunidad de comunicación, exige el diálogo entre

²³⁴Vid. Elías DIAZ, Sociología y Filosofía del Derecho, obra cit., pp. 49 y 50.

²³⁵J. F. MALEM SEÑA, Concepto y justificación de la desobediencia civil, obra cit., p. 178.

²³⁶Alessandro PASSERIN D'ENTREVES, La noción del Estado, obra cit., p. 239. El valor de la opinión pública es ya señalado por PLATON en Las Leves, obra cit., vol. II, p. 82.

²³⁷Elías DIAZ, De la Maldad estatal y la Soberanía popular, obra cit., p. 71. En este sentido vid. también Nicolas M. LOPEZ CALERA, Introducción al estudio del Derecho, obra cit., pp. 248 y ss.

las mayorías y los grupos sociales minoritarios ²³⁸. Como expresa Elías Díaz: "Es evidente que cuanto más contribuyan todos - minorías, mayorías e individuos- a mejor conocer la realidad y sus posibilidades más justas de transformación, más fuerte será la democracia y la libertad" ²³⁹.

Creo que salvados los obstáculos que pueden sobrevenir por un mal entendimiento del significado de la regla de las mayorías podremos acercarnos al Poder democrático y comprender a éste como expresión de la voluntad del pueblo. Con ello habremos dado un paso importante en la tarea inacabada de aproximación hacia el Estado legitimado. El Poder democrático así configurado va a llevar consigo la legitimidad democrática compaginable con el diálogo intersubjetivo, es decir la legitimidad democrática como "justificación inmanente del Poder del Estado por el pueblo" ²⁴⁰.

Este sistema democrático al que se ve unida esa definición de legitimidad permite adaptarse a uno de los rasgos más importantes que destacábamos dentro de la comunicación moral: la

²³⁸"El criterio democrático de las mayorías por supuesto que no excluye el pacto, el compromiso, el consenso, con otros grupos sociales minoritarios, vía por la que, en definitiva, vendrían a conseguirse mayorías cualificadas más amplias, sólidas y eficaces". Elías DÍAZ, De la Maldad estatal y la Soberanía popular, obra cit., p. 136.

²³⁹Elías DÍAZ, De la Maldad estatal y la Soberanía popular, obra cit., p. 116.

²⁴⁰H. HELLER, Teoría del Estado, obra cit., p. 193.

evolución constante, el no estancamiento ²⁴¹. Al igual que en la reflexión comunicativa se dejaban abiertas vías participativas para las nuevas generaciones, en este sistema esto debe también contemplarse, aunque, claro está, las transformaciones serán más lentas que en el mundo moral. No debe ser posible que determinadas personas tomen decisiones que luego otras, por no haber podido participar, no puedan revocar ²⁴².

Entiendo en definitiva que, "la existencia de una nación es... un plebiscito de todos los días; como la existencia de un individuo es una afirmación perpetua de vida" ²⁴³. Esta afirmación aplicada al Poder democrático en el que destaca, la soberanía popular, ha de ser entendida, en primer lugar, como la continua participación del pueblo en las directrices básicas del

²⁴¹Incluso la positivación de los valores no va a producir un radical estancamiento: "Ese consenso básico constituye un mínimo que todas las partes y todos los miembros de la sociedad entienden que puede ser desarrollado de formas diferentes según las opciones políticas que deban gobernar en el marco de esa Constitución...". Tomás de la QUADRA-SALCEDO, *La Constitución como norma suprema y la seguridad jurídica*, en A. López Pina, División de Poderes e interpretación, Tecnos, Madrid 1987, p. 137.

²⁴²En esta idea creo que puede citarse el siguiente pasaje de LOCKE de su Ensayo sobre el gobierno civil, obra cit., p. 88: "Ciertamente que cada cual esté obligado a cumplir los compromisos que ha contraído o las promesas que ha hecho, pero ningún pacto puede obligar a sus hijos o a su posteridad".

²⁴³E. RENAN, ¿Qué es una nación?, obra cit., p. 107. Para Jose Luis ARANGUREN, la concepción plenamente moral de la democracia supone el final de un camino que nunca acabaremos de recorrer. Vid. Ética de la felicidad y otros lenguajes, obra cit., p. 91. En sentido parecido se expresa Dino PASINI en *Il problema del fondamento dell'obbligo politico*, obra cit., p. 154. También puede relacionarse con ésta idea la afirmación de H. KELSEN: "El orden jurídico, o ciertas de sus normas, que en el tiempo en que gozaban de validez pudieron haber correspondido a las exigencias morales de entonces, pueden hoy ser consideradas como altamente inmorales". Teoría pura del Derecho, trad. de Roberto J. Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 81.

sistema ²⁴⁴, y, en segundo lugar, como la búsqueda del progreso jurídico.

La exigencia de participación va a significar convertir éste Poder como aquel por el que todos, o la gran mayoría, colaboramos y nos identificamos en la tarea común de preservar como valor máximo de nuestro comportamiento a la dignidad humana dentro de la libertad y la igualdad ²⁴⁵. En este sentido se podría afirmar con Del Vecchio que la "pertenencia del ciudadano al Estado no es, como la pertenencia de un objeto fijado a un edificio, un simple dato extrínseco o material; es una compenetración de espíritu que subsiste en cuanto se reafirma con una solicitud continuamente renovada" ²⁴⁶.

La búsqueda del progreso jurídico, no debe ser entendida en el sentido de cambio sino de mejora según los criterios comuni-

²⁴⁴ Como dice Elías DIAZ: "la soberanía popular no es, por tanto, algo que se exprese sólo en un acto único, sino que es algo que, en rigor, habría y hay que estar ejerciendo continuamente". De la Maldad estatal y la Soberanía popular, obra cit., p. 67. En éste sentido se expresa también Eusebio FERNANDEZ: "La fundamentación contractual del Estado da verdadera efectividad no sólo al consentimiento previo de los ciudadanos ante las formas jurídicas y políticas del Estado, sino que exige su permanente aceptación, haciendo posible, de ésta manera, y construyendo día a día, el sistema democrático". Teoría de la justicia y derechos humanos, obra cit., p. 201. Y también LOPEZ CALERA: "...para un recto entendimiento de lo que es (no de lo que debe ser) una democracia habría que concebirla en cuanto realidad política como un proceso inacabado e inacabable hacia la democracia ideal". Introducción al estudio del Derecho, obra cit., p. 263.

²⁴⁵ Esto supone rechazar argumentaciones como las de NIETZSCHE cuando escribe: "Si quereis subir más arriba, servíos de vuestras propias piernas. No pretendáis que os suban, no os sentéis sobre espaldas o sobre cabezas ajenas". Así habló Zarathustra, trad. y est. prel. de J. C. García Borrón, Bruquera, Barcelona 1979, p. 339.

²⁴⁶ DEL VECCHIO, Sobre las funciones y los fines del Estado, obra cit., p. 247.

cativos. Un progreso referido tanto a aspectos técnicos como pragmáticos y, con mayor importancia, éticos ²⁴⁷. Y donde se va a poder comprobar éste progreso ético, a mi entender, es en el reconocimiento jurídico de los valores fruto de la comunicación ²⁴⁸.

Pero además hay una razón presentada por los clásicos que hace necesario ese diálogo continuo del que acabamos de hablar. Platón dirá que "es muy difícil y digno de gran alabanza mantenerse justo toda la vida cuando se tiene plena libertad de ser injusto" ²⁴⁹. De aquí se deriva la necesidad de evolución y diálogo por un lado, y la necesidad del establecimiento de límites tanto dentro del poder público como en la actuación de los particulares.

La crítica al sistema y a su actuación no debe pues ser cerrada sino que debe ser permitida e incluso regulada ²⁵⁰. Las

²⁴⁷vid. Otfried HÖFFE, Estudio sobre Teoría del Derecho y la Justicia, obra cit., pp. 90 y 92.

²⁴⁸Sobre la idea de progreso, vid. Robert NISBERT, Historia de la idea de progreso, obra cit.

²⁴⁹PLATON, Gorgias, ed. bilingüe por J. Calonge Ruiz, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1951, p. 121.

²⁵⁰Como señala Elías DIAZ: "...con independencia (con relativa independencia) de lo que establezca como justo un determinado Ordenamiento jurídico o de lo que como tal acepte en un momento dado un cierto grupo social, la conciencia crítica individual comunicable a los demás, podrá siempre formular un juicio y un criterio de justicia (o de protesta) capaz de aparecer en última instancia como más fundado (según razón, no abstracta) y tal vez hasta de acabar prevaleciendo sobre el concepto de justicia manejado en aquellos primeros niveles". De la Maldad estatal y la Soberanía popular, obra cit., pp. 32 y 33.

El Poder

mismas características que venimos destacando del Poder democrático, hacen quizás superflua ésta afirmación, porque la democracia es "una forma de gobierno que, fundamentalmente, no reconoce poder alguno de Derecho que no dependa de la voluntad del pueblo todo" ²⁵¹.

Y esta libertad de crítica viene acompañada de una **información al pueblo** sobre los asuntos públicos. El pueblo que participa tiene que ser siempre un pueblo informado ²⁵². Así se podrá lograr la realización de la mejor forma de gobierno que no es otra que la que se acomoda a la condición general de los hombres y obtiene de ésta el mayor partido posible ²⁵³.

El Poder va a incorporar los valores fruto del diálogo al Derecho, con lo que dota al mismo de unos contenidos de moralidad ²⁵⁴. Y al incorporar un determinado tipo de moralidad no debe suprimir lo que comunmente se ha llamado "moralidad crítica", es decir, aquellas decisiones morales que considero fruto de la comunicación y que evolucionan constantemente. Esta moralidad

²⁵¹Hermann HELLER, Las ideas políticas contemporaneas, obra cit., p. 63.

²⁵²Hans V. ECKARDT, Fundamentos de la política, obra cit., p. 9. Esta falta de información y de publicidad será para VOLNEY una de las causas que conllevan a la ruina a los estados antiguos. Vid. Las ruinas de Palmira, obra cit., p. 51.

²⁵³D. HUME, Ensayos Políticos, obra cit., p. 14.

²⁵⁴"Será la voluntad del Poder, entendido en sentido amplio y, por consiguiente, con la participación de los ciudadanos en la sociedad democrática, quien incorpore esos valores al Derecho positivo". PECES-BARBA, Los derechos fundamentales en la cultura jurídica española (1908-1987), obra cit., p. 87.

influye en el sistema y busca incorporarse al mismo ²⁵⁵, su expresión fundamental dentro de la libertad está en aquella división de ésta que hemos denominado libertad ético-social. Al Poder, en sentido amplio, le corresponde la tarea de positivizar a la misma, de ahí que podamos considerar ésta labor como una de las necesidades de toda democracia ²⁵⁶. Porque el "modo según el cual una sociedad expresa sus aspiraciones, sus objetivos, sus creencias en valores no puede ser otro que la democracia" ²⁵⁷.

La crítica va a significar la no sacralización de las leyes, un apoyo a la resolución de los problemas de la regla de las mayorías y, en definitiva, que el Poder, entendido en sentido amplio, no sea expresión de las clases dominantes. La crítica constituye un elemento sustancial dentro del carácter dinámico que debe poseer todo el sistema jurídico-político: "un sistema que nunca es objeto de censura, nunca progresará" ²⁵⁸. Esta aceptación de la crítica no debe preocupar de ninguna forma

²⁵⁵Vid. G. GAVAZZI, Sul concetto di moralità critica, en Rivista di Filosofia, vol. LVI, Taylor, Torino 1965.

²⁵⁶No creo que la moralidad crítica sea posible entenderla dentro de la moralidad legalizada o que sea necesario que esta esté dentro de los límites constitucionales (vid. en este sentido Angel LLAMAS, Notas sobre Los valores superiores de Gregorio Peces-Barba, obra cit., p. 226). Todo tipo de juicio de valor que entra dentro de los límites constitucionales es moralidad legalizada. La moralidad crítica produce la renovación del marco constitucional, adaptándolo a los intereses del diálogo.

²⁵⁷LOPEZ CALERA, Introducción al estudio del Derecho, obra cit., p. 237.

²⁵⁸J. BENTHAM, Fragments sobre el gobierno, trad. de J. Larios Ramos, Aguilar, Madrid 1973, p. 11. Y en esta misma página escribe: "ignoro por qué razón el mérito de contar las excelencias de una ley justa es mayor que el de censurarla cuando es injusta".

a los gobernantes, porque como escribió ya Platón, "nadie que gobierne una ciudad puede jamás perecer injustamente condenado por la ciudad que gobierna" ²⁵⁹.

Así, la opinión pública es de radical importancia como freno o estímulo, advertencia o aliento, para la acción de los poderes públicos ²⁶⁰. La importancia y la no disolución de la moralidad crítica van a hacer de la democracia el sistema en el que los valores más importantes fruto de la comunicación van a encontrar una enmarcación adecuada y un desarrollo y regulación acorde con sus fines. La importancia de la democracia, en éste sentido, va a consistir pues en dejar abierta la posibilidad de crítica con lo que a la vez se abre hacia nuevos cambios dentro del ámbito político, jurídico, etc... ²⁶¹.

Así, aquí también destacamos como característica el pluralismo, por lo que tanto nuestra argumentación moral como nuestra argumentación política se mueven dentro de él ²⁶². En una socie-

²⁵⁹ PLATON, Gorgias, obra cit., p. 112.

²⁶⁰ H. HELLER, Teoría del Estado, obra cit., p. 199. Esta importancia de la opinión pública es ya puesta de manifiesto por MAQUIAVELO en El Príncipe, obra cit., p. 81.

²⁶¹ Vid. Elías DIAZ, De la Maldad estatal y la Soberanía popular, obra cit., p. 61.

²⁶² Creo que pueden servir como definiciones de éstos pluralismos las de Scott GORDON, para quien el pluralismo moral "es la doctrina para la que no sólo existen el bien y el mal sino que existen numerosos tipos de bien y de mal, o numerosos criterios por los cuales el bien y el mal pueden ser juzgados"; mientras que el pluralismo político "es la doctrina para la cual las decisiones colectivas deben tomarse por procedimientos que permitan la participación de todos los miembros de la sociedad, ya que los individuos difieren en sus valores e intereses". Bienestar, Justicia y Libertad, trad. de Dennis R. Thomas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1980, pp 45 y 46 (respecti-

dad pluralista es posible hablar de conciliación, en ella, "el conflicto violento se convierte en encuentro libre, discusión civil, diálogo abierto, positivo, constructivo entre fines, valores, intereses contrastados, siempre presentes e inevitables en cualquier forma de Estado" ²⁶³. Pero, en primer lugar, es necesario para este logro unir pluralismo y sentimiento de comunidad, porque el pluralismo por sí mismo sólo crea variedad y competencia ²⁶⁴. En segundo lugar el pluralismo debe también ir unido a la tolerancia entendida como "el reconocimiento de grupos diferentes por sus intereses, convicciones y formas de vida" ²⁶⁵.

En éste tipo de Poder ²⁶⁶ se van a cumplir las tres características que señalabamos en todo Poder, y además se van a realizar ya de acuerdo con los fines que la sociedad propone. Y este nuevo paso del Poder democrático, este paso adelante, va a centrarse sobre todo en la característica de la creación del Derecho. La estabilidad no va a sufrir importantes variaciones

vamente).

²⁶³Dino PASINI, Il problema del fondamento dell'obbligo politico, obra cit., p. 160.

²⁶⁴Vid. en este sentido Otfried HÖFFE, Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia, obra cit., p. 138.

²⁶⁵Otfried HÖFFE, Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia, obra cit., p. 141.

²⁶⁶Vid. las consideraciones sobre el significado de un poder legítimo y de un derecho en cierta forma justo de Elías DIAZ, en Notas ("concretas") sobre legitimidad y justicia, obra cit., pp. 149 y ss.

aunque si el mantenimiento de la seguridad (principalmente en lo relativo a su forma, y por consiguiente al Derecho). El Derecho creado por este Poder democrático es pues aquel Derecho manifestación de la libertad autonomía en armonía con los fines que la sociedad busca ²⁶⁷.

Estas consideraciones permiten considerar al sistema democrático como la mejor realización del consenso de la comunicación dentro del mundo jurídico-político. Por medio de él, el acuerdo de los hombres que tiene como base la dignidad humana, va a ser mejor conseguido y respetado. Por medio de él, va a ser posible acercarnos a la idea de "ser libres", a escoger unas determinadas acciones teniendo en cuenta unos objetivos finales ²⁶⁸. Por medio de él, en conclusión, van a poder ser realizadas las pretensiones y exigidas las obligaciones (entendidas como deberes en el ámbito moral) que destacaron en la comunicación intersubjetiva ²⁶⁹. Se trata así de un Poder que puede ser equiparado a lo que Dino Pasini llama Estado de Justicia, es decir, un Estado donde "habrá o deberá haber la máxima coincidencia

²⁶⁷Vid. Antonio PALERMO, Voz Obbligo giuridico, en Novissimo Digesto italiano, XI, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1957, p. 700.

²⁶⁸Sobre el "ser una persona libre" vid. Felix E. OPPENHEIM, Conceptos políticos. Una reconstrucción, obra cit., p. 75.

²⁶⁹Quizás valgan en éste punto las consideraciones de RAWLS cuando en A theory of justice, obra cit., p. 112 escribe: "The main idea is that when a number of persons engage in a mutually advantageous cooperative venture according to rules, and this restrict their liberty in ways necessary to yield advantages for all, those who have submitted to these restrictions have a right to a similar acquiescence on the part oh those who have benefited from their submission".

Deberes y obligaciones en la Constitución

posible entre los fines, valores e intereses del Estado-sociedad y los fines, valores e intereses del Estado-gobierno en cuanto al ejercicio del poder político y por eso sus elecciones, sus decisiones, sus acciones, deberán corresponder, es más coincidir al máximo grado con las elecciones y decisiones de los individuos y de los grupos sociales constituyentes del Estado-sociedad" ²⁷⁰. Un poder identificable con la concepción de democracia de C. Schmitt, como la "forma política que corresponde al principio de la identidad", entendida como "identidad del pueblo en su existencia concreta consigo mismo como unidad política" ²⁷¹.

La defensa de un Estado social y democrático, supone la defensa de los derechos humanos y la garantía del cumplimiento de las obligaciones básicas. La falta de eficacia ha producido una caída de legitimidad ²⁷². Y la apuesta por el Estado social moderno, supone su inclusión en la comunidad internacional, el aumento participativo de los ciudadanos en el sistema, y la incorporación del valor del individuo aisladamente considerado. El Estado social tendrá que cumplir con su misión de realizar una actividad tendente a la igualdad de los ciudadanos, sin

²⁷⁰Dino PASINI, *Il problema del fondamento dell'obbligo politico*, obra cit., pp. 152 y 153. Vid. idéntica terminología ya en DEL VECCHIO, *Sobre las funciones y fines del Estado*, obra cit., p. 244.

²⁷¹Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, versión española de F. Ayala, Alianza Editorial, Madrid 1982, p. 221.

²⁷²Sobre la crisis del Estado social vid. AA.VV., *Derecho y economía en el Estado Social*, Tecnos, Madrid 1988.

El Poder

reducir la posibilidad de que éste adopte decisiones individuales, sino capacitándole para que lo haga, teniendo en cuenta también los intereses y las necesidades de la comunidad ²⁷³.

Un Poder de éste tipo y conectado así con la comunicación sirve de justificación a dos deberes básicos que son el pilar fundamental de las posibles obligaciones jurídicas de las que aquí se busca fundamentación ²⁷⁴: el deber de obediencia y el deber de gobierno en sentido amplio. Ambos surgen del compromiso comunicacional y del deseo de formar una comunidad. Por un lado el deber de gobierno que posibilita la convivencia y puede hacerla más igual y más libre; por otro el deber de obediencia que deriva de la necesidad de que la convivencia sea regida por un conjunto de normas obligatorias que impongan una determinada conducta de los hombres respecto a sus semejantes. Estos deberes se acojen perfectamente a los tres fundamentos que exige Raz para la imposición de deberes por una sociedad humanitaria: "interés de la persona sometida al deber, en interés de otros individuos determinados, o en interés público" ²⁷⁵. Como escribe Peces-Barba, "los deberes de gobierno y de obediencia al Derecho

²⁷³Vid. Karl DOEHRING, Estado Social, Estado de Derecho y orden democrático, obra cit., p. 159.

²⁷⁴Entiendo con Elías DIAZ "que un Derecho democráticamente producido, con decisiones que derivan de la conciencia ética de cada cual, posee o puede poseer un sentido ético que permite atribuir fundamento de ese carácter a la obediencia y cumplimiento de sus normas (también, desde luego, para quienes están en minoría o en concretos éticos desacuerdos)". De la Maldad estatal y la Soberanía popular, obra cit., pp. 94 y 95.

²⁷⁵J. RAZ, La autoridad del Derecho, obra cit., pp. 346 y 347.

pueden ser calificados de fundamentales, puesto que están en el origen, en la justificación y en el funcionamiento viable y posible de una sociedad política" ²⁷⁶.

En esta comunidad es donde van a tener expresión las dos direcciones de la conciencia humana, es decir, la individual y la colectiva. De ellas van a derivar estos deberes así como las pretensiones, necesidades y exigencias básicas que luego se convertirán en derechos, ya que en el primer caso los hombres persiguen la satisfacción de sus propias necesidades siguiendo su proyecto de vida particular mientras que en el segundo los fines colectivos son asumidos por el individuo singular como propios ²⁷⁷.

Más tarde trataremos estos deberes más detenidamente, basta señalar aquí que ambos no son más que posibles deberes u obligaciones de signo moral, que no tienen una consideración jurídica hasta su positivación, con lo que podría ya hablarse de obligaciones de obediencia y obligaciones de gobierno (o, como aquí se prefiere, obligaciones superiores del Estado). En definitiva, entiendo que para poder hablar propiamente de derechos fundamentales y de obligaciones básicas ²⁷⁸, tendrán que satisfacer

²⁷⁶ PECES-BARBA, Deberes fundamentales, obra cit., p. 338.

²⁷⁷ E. HUBER, El Derecho y su realización, obra cit., pp. 170 y 171.

²⁷⁸ Digo propiamente porque en algún momento podrá ser considerado como derecho fundamental u obligación básica algo que no sea meritorio de ello y que nos parezca incluso contrario a ésta idea. El hecho de la positivación ya puede permitir que se hable de ellos en estos términos. Pero el empleo de éstas concepciones para esos casos desatendería una tradición histórica, con

positivamente los controles a los que se refiere Alessandro Baratta cuando escribe sobre el lenguaje prescriptivo, y que son el control de validez y el control de valor ²⁷⁹, esto es, la satisfacción de los criterios formales y materiales del Ordenamiento.

Pero en este sentido, la existencia o no de las obligaciones jurídicas de obediencia o de gobierno es independiente de la existencia o no de un deber o de una obligación moral de obediencia o de gobierno. Es decir, puede que se den casos en los que exista una obligación moral de obedecer al Derecho sin que éste lo disponga en una norma, y casos en los que exista una obligación moral de desobedecer al Derecho aún cuando éste contenga alguna disposición que establezca la obligación jurídica de obediencia.

Si reconducimos toda ésta consideración al ámbito español, podremos observar que en él nos encontramos con un sistema democrático por lo que puede ser conectable, al menos mínimamente,

lo que quedarían bastante desvirtuados.

²⁷⁹Vid. Alessandro BARATTA, Su alcuni significati di 'dover essere' nell'analisi dell'esperienza normativa, obra cit., p. 32, cuando escribe: Per controllo di validità si intende il controllo volto a stabilire l'appartenenza della regola pratica ad un ordinamento effettivo di regole pratiche, cioè la corrispondenza della regola ai criteri positivi che determinano l'imputabilità dell'enunciato precittivo in questione ad una autorità riconosciuta e seguita dal destinatario o dalla classe dei destinatari dell'enunciato stesso. Per controllo di valore si intende il controllo volto a stabilire la compatibilità della regola espressa dall'enunciato prescriptivo con principi (valori) considerati come rilevanti, ai fini del controllo, da colui che lo esegue".

con la fundamentación primera realizada ²⁸⁰. El sistema español participa de las dos características necesarias para un desarrollo completo, en cierta manera, de los valores fruto del diálogo: existencia de un Poder y además, social y democrático. Por otro lado, los valores encuentran una positivación (de la que hemos partido) y un desarrollo en forma de derechos y obligaciones, como luego veremos. Pero no hay que olvidar que una vez que el Poder democrático ha asumido los valores y los ha positivado, surge la necesidad de distinguir claramente el ámbito moral del jurídico.

El contenido de la base moral es amplio si bien destacan, para nuestro interés, cuatro valores. Estos cuatro valores son la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo jurídico, que podría ser reducidos a los dos primeros ²⁸¹. La jerarquía entre éstos es un tema del que no me voy a ocupar aunque quizás habría que destacar, dentro del mundo moral, al valor de la libertad, entendida como libertad de proposición (con lo que

²⁸⁰Aunque soy consciente que la realización de un sistema democrático del tipo que he presentado es muy difícil (vid. en este sentido N. MACCORMICK, *Constitucionalismo y democracia*, obra cit., p. 380; Adela CORTINA, *Sobre 'La obediencia al Derecho'* de Eusebio Fernández, en Anuario de Filosofía del Derecho, vol. V, Madrid 1988), entiendo que es suficiente por ahora un acercamiento al mismo. Vid. en este sentido las observaciones de Eusebio FENANDEZ al respecto en, *Réplica a Adela Cortina*, en Anuario de Filosofía del Derecho, vol. V, obra cit., p. 524.

²⁸¹vid. PECES-BARBA, Los valores superiores, obra cit., pp. 117 y ss. De éstos valores derivan ya deberes de tipo moral. Como dice SCHELER, "todo deber ha de fundarse en valores". Ética, I, obra cit., p. 124. Y como veremos más adelante, de la positivación de éstos van a surgir asimismo obligaciones jurídicas fundamentales. Vid. PECES-BARBA, Los valores superiores, obra cit., pp. 100 y ss.

iría íntimamente unido a la igualdad) y como libertad autonomía²⁸². De todas formas, con la intervención del Poder como creador del Derecho se va a corregir esa primacía de la libertad introduciendo elementos igualitarios.

Conviene resaltar, aunque quizás resulte repetitivo, que escojo éstos valores porque son los positivizados en el Ordenamiento jurídico español. El diálogo puede que se mueva también en otros valores no positivizados, que constituirán, respecto del Ordenamiento jurídico, la moralidad crítica. El paso del mundo moral al jurídico, va a suponer un cierto estancamiento en la evolución constante de los valores, pero sólo en cuanto su repercusión en el mundo jurídico. Lo que hay que subrayar es que nos centramos en los valores positivizados porque lo que buscamos es dar una justificación a los mismos, pero con ello no queremos decir que no existan otros valores.

Hasta aquí hemos intentado plantear una posible vía fundamentadora de estos valores, pero no debemos olvidar que estos, una vez positivados, van a influir en las decisiones jurídicas y de la misma forma van a ir delineando un contenido jurídico material común²⁸³. Como ha escrito García de Enterría, "estos valores no son simple retórica, no son simples principios programáticos sin valor normativo de aplicación posible; por el

²⁸²Como escribe Otfried HÖFFE, "puede hoy considerarse que la libertad es una necesidad antropológica básica". Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia, obra cit., p. 53.

²⁸³Vid. G. LOMBARDI, Contributo allo studio dei Doveri Costituzionali, obra cit., p. 144.

Deberes y obligaciones en la Constitución

contrario son la base entera del Ordenamiento, lo que ha de prestar a éste su sentido propio, lo que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación" ²⁸⁴.

Quizás una formulación de éstos cuatro valores más precisa sea la que venía recogida en el texto de la ponencia constitucional socialista de finales de agosto de 1977: "España se constituye como Estado Democrático de Derecho que propugna, como valor superior de su Ordenamiento, la justicia en la libertad y la igualdad" ²⁸⁵. Con éstos valores: libertad e igualdad, se reconocen toda una serie de pretensiones y deberes que al positivizarse se convertirán en derechos y obligaciones; y en algunos casos en derechos fundamentales y obligaciones básicas ²⁸⁶.

²⁸⁴E. GARCIA DE ENTERRIA, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, obra cit., p. 18.

²⁸⁵Recogido en el libro de G. PECES-BARBA, Los valores superiores, obra cit., p. 26. La justicia parece recoger esos dos valores principales. Vid. en este sentido Elías DIAZ, Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático, Civitas, Madrid 1977, p. 125. Hay quien reduce estos cuatro valores al del pluralismo. Vid. así Ignacio de OTTO, Defensa de la Constitución y Partidos Políticos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1985, p. 39.

²⁸⁶Como escribió J. J. ROUSSEAU: "Si se indaga en que consiste precisamente el mayor bien de todos, que debe ser el fin de todo sistema de legislación, se hallará que se reduce a dos objetos principales: la libertad y la igualdad; la libertad, porque toda dependencia particular es fuerza quitada al cuerpo del Estado; la igualdad, porque la libertad no puede subsistir sin ella". Contrato Social, obra cit., pp. 77 y 78. En cuanto al Ordenamiento español, Luciano PAREJO afirma: "La ulterior precisión de los principios o valores superiores, según su naturaleza, bien en principios organizativos (articulación de la vida socioeconómica y política en partidos políticos y sindicatos y asociaciones empresariales como presupuesto básico del pluralismo), bien en garantías jurídicas (las expresadas en el art. 9.3, tradicionales del Estado de Derecho para la salvaguardia de la esfera de la libertad de los ciudadanos) o en deberes positivos de hacer (los impuestos por

El Poder

La explicación del por qué de los valores, permite entender el significado que tiene la positivación de ciertas pretensiones, necesidades y obligaciones de signo moral. Con ella la justificación nos permite salirnos del plano estrictamente individual del valor del hombre en sí mismo, para acudir a la relación entre este valor y el de sus semejantes. La justificación de los derechos y de las obligaciones puede ser realizada atendiendo al carácter de cada uno de ellos en el caso concreto, pero también puede realizarse con la justificación de los valores de los que son expresión. No se trata de justificar los derechos por la existencia de obligaciones morales ni de justificar las obligaciones jurídicas por la existencia de derechos. Ambas tienen el mismo tronco común derivado de la consideración de determinados valores como algo bueno y valioso, tanto para el hombre como para la comunidad en la que éste se desarrolla.

Por último hay que señalar que éste razonamiento no es un razonamiento absoluto. La democracia parece ser el sistema donde mejor se plasma el conjunto de libertades inspiradoras del diálogo. Pero esto no permite ignorar las críticas que se hacen y hacían a éste sistema.

Aún con todas estas dificultades, con la plasmación de la comunicación y de las directivas que de ella emanan en el Estado se podrá progresar en un Poder democrático pleno y por consi-

el art. 9.2 a los poderes públicos desde la idea de responsabilidad social del Estado)". Estado Social y Administración Pública, obra cit., p. 68.

Deberes y obligaciones en la Constitución

guiente en un Derecho legítimo y obedecido y una sociedad en la que las relaciones entre los hombres se caractericen por la concordia ²⁸⁷.

Pero estamos dejando demasiados cabos sueltos por lo que se hace conveniente que expliquemos conceptos que empleamos y en que forma lo hacemos, para que no haya confusiones.

²⁸⁷ Como escribe SPINOZA, "el mejor Estado, por tanto, es aquel en el cual los hombres viven en concordia y cuyas leyes no se vulneran". Tratado Teológico Político. Tratado Político, obra cit., p. 172.

El deber y la obligación

PARTE SEGUNDA

APROXIMACION CONCEPTUAL

CAPITULO PRIMERO: EL DEBER Y LA OBLIGACION

**BREVES CONSIDERACIONES EN TORNO A LA DISTINCION ENTRE EL
DERECHO Y LA MORAL**

La importancia de la distinción entre Derecho y Moral es clara, y de ella depende la correcta comprensión de lo que el Derecho significa y, por lo que aquí respecta de lo que son las obligaciones jurídicas básicas ¹.

Las obligaciones suponen una parte importantísima dentro del Derecho y esta no es menor en el mundo Moral. No en vano Suarez señaló que "...no existe verdadera ley que no imponga obligación, es decir, cierta necesidad de obrar o de no obrar" ². Y es en lo referente a las obligaciones donde la línea que separa el Derecho de la Moral se vuelve más difusa ³. De ahí que aunque el tema de la distinción entre estos órdenes normativos sea ya clásico y

¹Vid. en éste sentido LOPEZ CALERA, Introducción al estudio del Derecho, obra cit., pp. 191 y 192.

²Francisco SUAREZ, Las Leyes, obra cit., lib. I, cap. XIV, p. 68.

³Vid. por ejemplo F. BONET RAMON, Naturaleza de la obligación jurídica, en Revista de Derecho Privado, T. LI, Octubre 1967, p. 835. Para muchos, la distinción entre obligación moral y jurídica es lo que caracteriza la distinción entre Derecho y Moral: "la moral es el sistema del actuar regular con respecto al cual la conciencia moral del individuo constituye la autoridad y sigue el deber interno. Este tiene su fuente en el motivo moral específico, en el respeto ante lo Bueno. Por el contrario, el derecho es el sistema del actuar regular cuya autoridad es el poder central de la sociedad que se impone heterónomamente y al que sigue el deber externamente impuesto. Este tiene su fuente en el motivo específicamente jurídico, en el tomar en cuenta al individuo en su interdependencia social". Theodor GEIGER, Moral y Derecho. Polémica con Uppsala, trad. de E. Garzón Valdés, Alfa, Barcelona 1982, p. 177.

El deber y la obligación

haya sido objeto de numerosos trabajos, me parece que es necesario hacer alusión a él para la averiguación del sentido del término obligación dentro del mundo jurídico.

A. EVOLUCIÓN DE LA RELACIÓN

La conexión en la historia de éstos dos planos es variable. En la **Antigüedad**, y hasta el Renacimiento, la relación entre el Derecho y la Moral se resolvía bien con una confusión entre ambos, bien situando a la Moral por encima del Derecho. En los pueblos primitivos, la conducta del hombre se hallaba regulada por unas normas que reunían caracteres morales, religiosos y jurídicos. Así, en esta época, no es posible hablar de Derecho en sentido moderno, sino más bien de un código de leyes éticas entre las cuales se encontraban las jurídicas. Dentro de éste código, destacará con fuerza entre todas las restantes figuras la del deber ⁴.

Tampoco se encontrarán criterios de separación en Grecia y en Roma, si bien en ésta última, ya se planteará relativamente la cuestión ⁵. Un ejemplo en el campo de las obligaciones y de

⁴Vid. en este sentido a N. BOBBIO, *Derechos del hombre y filosofía de la historia*, obra cit., p. 32.

⁵Para algunos autores los griegos y los romanos sí distinguían entre Derecho y Moral. Por ejemplo Paola Maria ARCARI (*Obbligatorietà morale e obbligatorietà giuridica*, A.R.E., Roma 1932, pie de p. num. 1, p. 9.), señala, al menos, tres criterios que empleaban los romanos en la distinción entre éstos tres órdenes: la exterioridad, la coercibilidad y el fin. En este sentido vid también Antonio ESCOHOTADO, *Moral y Derecho*, en *Sistema*, núm. 76, enero 1987, pp. 121 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

los deberes lo constituye el pensamiento de Cicerón ⁶.

Este autor no va a hacer referencia exclusivamente al ámbito jurídico. Siguiendo lo que era normal en los pensadores de la época, habla de unas leyes producidas por la mentalidad divina y la recta razón, que tienen como fundamento a la naturaleza ⁷. De éstas leyes van a surgir las obligaciones de los hombres, ya que la conducta de éstos debe atenerse a las prescripciones de la ley suprema ⁸. Para Cicerón, las obligaciones constituyen una parte de la filosofía de "donde se sacan los preceptos de vivir honrada y felizmente" ⁹.

La distinción entre las obligaciones jurídicas y las morales no tiene sentido en último término: las obligaciones son fruto de la idea del sumo bien y de la honestidad ¹⁰. Así dirá: "...los que constituyen el sumo bien en cosas que no tienen relación alguna con la virtud, y la miden por sus propias utilidades y no con la regla de la honestidad ..., no pueden jamás hablar palabra

⁶Vid. Antonio PALERMO, Voz *Obbligo giuridico*, en Novissimo Digesto Italiano, vol. XI, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1957, p. 703. Vid. también Gregorio PECES-BARBA, *Deberes fundamentales*, obra cit. Sobre la evolución y distinción de la obligación moral y la jurídica vid. Theodor GEIGER, Moral y Derecho. Polémica con Uppsala, obra cit., p. 151.

⁷"Existe un sólo Derecho, es el que sirve de vínculo a la sociedad humana, y que está constituido por una ley única: ésta ley es la recta razón en cuanto manda o prohíbe". CICERON, Sobre las Leyes, est. prel. y trad. de J. Guillén, Tecnos, Madrid 1986, p. 163.

⁸Vid. CICERON, Sobre las Leyes, obra cit., p. 217. Vid. las consideraciones sobre esta postura de E. BETTI, Voz *Dovere Giuridico*, Enciclopedia del Diritto, XIV, Milano 1965, p. 53.

⁹CICERON, Los Oficios o los Deberes, obra cit., p. 69.

¹⁰CICERON, Los Oficios o los Deberes, obra cit., p. 4.

El deber y la obligación

sobre las obligaciones" ¹¹.

Pero no obstante, Cicerón habla también de otro tipo de leyes, no ya inmutables sino variables, que son así denominadas por convención ¹², y de las que también se derivan una serie de obligaciones. No se trata de unas leyes independientes de las anteriores, ya que sólo serán verdaderas leyes si se ajustan a los principios de las primeras. Así subraya: "si el Derecho no tiene como fundamento la naturaleza, todas las virtudes desaparecerán... Y desaparecerán no sólo las obligaciones para con los hombres..." ¹³.

Sólo es pues posible hablar de obligaciones cuando éstas derivan de lo preceptuado por la naturaleza, y ésto es también predicable para las obligaciones jurídicas. En definitiva, aunque ya se observan puntos de posible distinción entre el Derecho y la Moral, la idea de la obligación se mantiene dentro de ésta última, afirmando que su origen está siempre en los principios naturales.

El **pensamiento cristiano** se refiere al tema sin realizar una construcción autónoma de ambas normatividades, perfilando el tratamiento tradicional del deber y la sumisión de la obliga-

¹¹CICERON, Los Oficios o los Deberes, obra cit., pp. 4 y 5. Y en éste sentido escribe: "Por otra parte si la virtud se busca por sus ventajas materiales y no por ella misma, no habrá más que una sola virtud, que se llamará más exactamente malicia". Sobre las Leyes, obra cit., p. 166.

¹²"Las leyes variables, o dadas ocasionalmente a los pueblos, se llaman más por convención que por su naturaleza". CICERON, Sobre las Leyes, obra cit., p. 181.

¹³CICERON, Sobre las Leyes, obra cit., p. 163.

ción jurídica al deber moral ¹⁴. S. Agustín parece diferenciar las leyes humanas de las naturales, si bien, las primeras tendrán que respetar siempre a las segundas. Así, se refiere a la ley humana como aquella que "tiene sólo por fin el gobierno de los pueblos" ¹⁵.

Si observamos la obra de Sto. Tomás, vemos que en algún momento parece diferenciar también a la Moral y al Derecho pero realmente en esta materia sigue confundiendo a ambos y proponiendo la supremacía de la Moral frente al Derecho. Esto puede observarse en la estructuración del orden universal mediante leyes y la consideración del universo como sometido a la razón divina ¹⁶.

Sto Tomás se refiere a la ley eterna como razón divina, mientras que la ley natural es la participación de la criatura racional en la ley eterna. Por su parte, la ley humana es derivación de la ley natural y está constituida por las disposiciones de la razón práctica ¹⁷. Dos notas destacan de ésta ley humana: "ser regla de los actos humanos y tener fuerza coactiva" ¹⁸. Por último habla éste autor también de la ley divina.

¹⁴En este sentido vid. CASTAN TOBEÑAS, Situaciones jurídicas subjetivas, Reus, Madrid 1963, p. 26.

¹⁵S. AGUSTIN, Del libre albedrío, en Obras de S. Agustín, obra cit., T. III, p. 267.

¹⁶Sto. TOMAS, Suma Teológica, Biblioteca de Autores Cristianos, Tomo VI, Madrid 1956, 1-2 q. 91 a. 1.

¹⁷Vid. Sto. TOMAS, Suma Teológica, obra cit., tomo VI, 1-2 q. 91 y 92.

¹⁸Sto. TOMAS, Suma Teológica, obra cit., tomo VI, 1-2 q. 96 a. 3.

El deber y la obligación

Sto. Tomás considera al Derecho como una parte del orden moral, el Derecho emana de la ley natural: "Toda ley humana tendrá carácter de ley en la medida en que se derive de la ley de la naturaleza; y si se aparta en un punto de la ley natural, ya no será ley, sino corrupción de ley" ¹⁹.

Por otra parte, en otro momento de su obra ²⁰, parece diferenciar al Derecho y a la Moral entendiendo que el primero es aquel que se ocupa de las relaciones sociales y de las acciones y cosas exteriores ²¹, pero ésto hay que entenderlo teniendo en cuenta la afirmación que hicimos anteriormente en el sentido de que el Derecho está situado, para Sto. Tomás, dentro del orden Moral ²².

La relación entre el Derecho y la Moral sobre todo en la temática de las obligaciones, dentro del pensamiento cristiano, ocupa un lugar importante dentro de la obra de **Francisco Suarez**. Para este autor, distintamente que para Sto. Tomás, la ley es expresión de la voluntad de Dios y no juicio de la razón ²³. Suarez, como primera división de las leyes señala aquella que

¹⁹Sto. TOMAS, Suma Teológica, obra cit., tomo VI, 1-2 q. 95 a. 2.

²⁰Vid. Sto. TOMAS, Suma Teológica, obra cit., tomo VI, 1-2 q. 99 a. 4.

²¹Vid. Sto TOMAS, Suma Teológica, obra cit., q. 58 a. 8.

²²Así escribe: "El acto de justicia, en general pertenece a los preceptos morales, pero su determinación especial a los judiciales". Sto. TOMAS, Suma Teológica, obra cit., tomo VI, 1-2 q. 99 a. 5.

²³Guido FASSO, Historia de loa Filosofía del Derecho, tomo II, trad. de F. Lorca Navarrete, Pirámide, Madrid 1979, p. 64. Vid. también Enrique GOMEZ ARBOLEYA, Franciso Suarez S.I., Publicaciones de la Cátedra F. Suarez, Universidad de Granada, 1946.

Deberes y obligaciones en la Constitución

partiendo de la ley divina eterna, distingue entre ley eterna y ley temporal ²⁴. Para Suarez hay obligación de obedecer a la ley divina eterna, en primer lugar porque si no no sería verdadera ley, y en segundo lugar, por estar dictada por Dios, que tiene el supremo poder de mandar del que deriva el de obligar ²⁵.

Distingue también entre ley natural y ley positiva ²⁶. La ley natural es "la que reside en la mente humana para discernir lo bueno de lo malo" ²⁷. De ella, al ser ley, derivan obligaciones; y éstas van a calificarse como obligaciones de conciencia. En palabras de Suarez: "es imposible que una obligación proceda de la ley natural y que no obligue en conciencia" ²⁸. Así podemos destacar como principal característica de las obligaciones provenientes de la ley natural éste imperativo sobre la conciencia, que no se da en otros tipos de leyes o de órdenes ²⁹.

Por su parte, la ley positiva es aquella que "no ha nacido en el hombre juntamente con la naturaleza o la gracia, sino que, por encima de ellas, ha sido impuesta por algún principio externo

²⁴Vid. SUAREZ, obra cit., lib. I, cap. III, p. 15.

²⁵Vid. SUAREZ, obra cit., lib II, cap. IV, p. 112; lib. I, cap. XVIII, p. 82.

²⁶Vid. SUAREZ, obra cit., lib. I, cap. III, p. 15.

²⁷SUAREZ, obra cit., lib. I, cap. III, p. 16. Y se llama natural porque "es como una propiedad de la naturaleza y porque Dios mismo la infundió en la naturaleza". Obra cit., lib. I, cap. III, p. 16.

²⁸SUAREZ, obra cit., lib. II, cap. IX, p. 137.

²⁹"...no podemos negar que puedan darse órdenes o estatutos que no obliguen inmediatamente en conciencia a los actos que mandan o prohíben". SUAREZ, obra cit., lib. III, cap. XXII, p. 292.

El deber y la obligación

que tuviese facultad para imponerla" ³⁰. Dentro de ésta ley positiva podemos distinguir: la ley positiva divina, que es añadida a la ley natural por Dios; y la ley positiva humana, que es aquella "particular de una ciudad, estado o de otra comunidad perfecta semejante" ³¹. Las leyes humanas se pueden subdividir en leyes civiles y leyes canónicas ³².

Como sabemos, éstas leyes, si son verdaderas leyes, van a llevar unidas a ellas obligaciones. Y las obligaciones que derivan de las leyes humanas tienen su fuerza obligatoria apoyada en la ley eterna ³³. Esto no es otra cosa que la consecuencia de su idea de que toda ley era verdadera y válida si derivaba de la ley eterna.

Pero éste enfoque de confusión o de inclusión del Derecho dentro de la Moral estaba cambiando ya contemporaneamente al pensamiento de Suarez e incluso algunos años antes, sobre todo en lo que se ha llamado el **Tránsito a la Modernidad** ³⁴. Diversas circunstancias que se producen en esa época, derrumbarán las construcciones filosóficas más solidas. Así por ejemplo, "la

³⁰SUAREZ, obra cit., lib. I, cap. III, p. 18.

³¹SUAREZ, obra cit., lib. III, p. 196.

³²Para SUAREZ, la ley civil es "la que se ordena al gobierno político de la ciudad, a la tutela de los derechos temporales y a la conservación del Estado en la paz y en la justicia". Mientras que las leyes canónicas son las que "se contienen en los sagrados cánones y en los decretos de los Papas". Obra cit., lib. I, cap. III, p. 20.

³³SUAREZ, obra cit., lib. III, cap. XXII, p. 291.

³⁴Vid. Gregorio PECES-BARBA, Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales, obra cit.

Deberes y obligaciones en la Constitución

ruptura del edificio ético medieval católico, la moral de la gracia y de la libertad, que se escindirá en una ética de la gracia, en los sectores del protestantismo, especialmente calvinista, y en una ética de la libertad, en el humanismo laico, que será la raíz y el fundamento del iluminismo y de la revolución liberal" ³⁵. Todo esto irá acompañado de un profundo cambio social y económico, que conducirá a la ruptura de la unidad religiosa medieval ³⁶.

Entre las primeras formulaciones que distinguen en cierta forma al Derecho y la Moral destaca la de **Tomasio**. Este autor señala en el hombre tres principios del obrar: honestidad, decoro y justicia. Cada uno de éstos principios da lugar a una disciplina distinta: la honestidad da lugar a la Moral, el decoro a los usos sociales y la justicia al Derecho. La honestidad o el honestum se mueve por la máxima: "hazte a tí mismo lo que quisieras que los demás se hicieran a sí mismos". El decoro o decorum: "haz a los demás lo que quieras que los demás te hagan a tí". La justicia o el iustum consiste en "no hacer a los demás lo que no

³⁵Gregorio PECES-BARBA, Introducción a la Filosofía del Derecho, obra cit., p. 139.

³⁶Se puede encontrar una visión general sobre éste profundo cambio en las obras citadas en éste trabajo cuando nos referimos a la evolución histórica de los valores en la comunicación y al origen del Poder, especialmente en los libros de: Gregorio PECES-BARBA, Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales, obra cit.; H.J. LASKI, El liberalismo europeo, trad. de V. Migueles, Fondo de Cultura Económica, México 1969; W. NAEF, La idea del Estado en la Edad Moderna, trad. de F. González Vicén, Aguilar, Madrid 1973; RODRIGUEZ PANIAGUA, Las doctrinas sobre la tolerancia religiosa de fines del siglo XVII y la distinción entre moral y derecho a principios del XVIII, en Anuario de Derechos Humanos, num. 4, Universidad Complutense de Madrid, 1986-87.

El deber y la obligación

quieras que te sea hecho". De esta forma el objeto de la Moral será las acciones que buscan la paz interna. El objeto de los usos sociales serán las acciones medias, es decir, aquellas que no interfieren la paz externa. Y por último, el objeto del Derecho es el alcanzar la paz externa. El *iustum* se distingue del *honestum* en que se refiere a las acciones de, al menos, dos personas, mientras que éste afecta al interior de la persona misma. Esta división provocará uno de los problemas más tratados por los filósofos y juristas, que además emplearán, en muchos de sus razonamientos las máximas destacadas por Tomasio.

A partir de la distinción de Tomasio, se han dado en la historia, posturas que niegan tal distinción y otras que la llevan hasta sus últimas consecuencias. Dentro de éstas últimas, puede presentarse como ejemplo a Fichte en su primera época³⁷, quien tomando como referencia la distinción entre deber moral y deber jurídico separará completamente a la Moral y al Derecho. Para ello emplea el ejemplo, ya clásico, del propietario que en uso de su derecho echa a la calle a su arrendataria porque no le

³⁷En FICHTE puede hablarse de una segunda etapa en la que ésta contraposición entre el Derecho y la Moral se convierte en fusión, mediante la unión de ambos en el Estado. Esta concepción será recogida por HEGEL, vid. su Filosofía del Derecho, introd. de C. Marx, trad. de A. Mendoza de Montera, Claridad, Buenos Aires 1937. Con Hegel, el Derecho, como escribe MERCADANTE, "assorbe la moralità, l'assolutezza della legge non richiede l'interiorità soprasensibile di una coscienza separata, sostanzialmente 'perduta' per la vita e per la storia". Voz *Dovere Giuridico*, *Nozione Filosofica*, en Enciclopedia del Diritto, XIV, Milano 1964, p. 61.

Deberes y obligaciones en la Constitución

paga, en una noche invernal y en condiciones crueles ³⁸.

Dentro de las posturas que se han dado en la historia, es importante para nosotros la mantenida por Kant ya que intenta mantener cierta distinción entre éstos órdenes tomando como punto de mira a la obligación. Según Kant, las leyes jurídicas son una clase de las leyes morales y se distinguen a su vez de las leyes éticas: "En tanto que estas leyes morales se refieren a acciones meramente externas y a su normatividad, se denominan jurídicas; cuando exigen, empero, además, que ellas mismas constituyan el fundamento determinante de las acciones, son leyes éticas" ³⁹. Pero el punto central de distinción de estas legislaciones va a estar en la obligación: "Aquella legislación que convierte una acción en obligación y que, además, hace, a la vez, de esta obligación el motivo del obrar, es una legislación ética. Aquella en cambio, que no incluye esto último en la ley, y que, por tanto, convierte en otro motivo del obrar que la idea de la obligación misma, es una legislación jurídica" ⁴⁰. Por lo tanto,

³⁸Vid. A. FERNANDEZ GALIANO, Derecho natural. Introducción filosófica al Derecho, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1989, p. 335. En este sentido, como escribe VERNENGO: "la acción que una norma regula como indiferente (esto: ni obligatoria ni prohibida), puede muy bien que sea valorada como moralmente mala; o la acción que moralmente calificaríamos de indiferente (esto es, ni buena ni mala), puede ser jurídicamente prohibida o facultativa". Moral y Derecho: sus relaciones lógicas, en Derecho y Moral, Análes de la Cátedra F. Suarez, núm. 28, Granada 1988, p. 37.

³⁹KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 17.

⁴⁰KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 23 y 24. En este sentido afirmará: "Lo esencial de todo valor moral de las acciones está en que la ley moral determine la voluntad. Si la determinación de la voluntad ocurre en conformidad con la ley moral, pero sólo mediante un sentimiento de cualquier clase que sea, que hay que presuponer para que ese sentimiento venga

El deber y la obligación

puede hablarse de obligaciones de libertad externa y de libertad interna, siendo las primeras las jurídicas y las segundas las morales ⁴¹.

La obligación jurídica y la moral pueden coincidir en su contenido aunque no en la forma de obligar ⁴². Por otro lado, la obligación jurídica supone una coacción exterior, mientras que la moral lleva inmersa una autocoacción: "Todos los deberes encierran el concepto de una coerción por la ley; los éticos implican una coerción para la que sólo es posible una legislación interna, mientras que los deberes jurídicos encierran una coerción para la que también es posible una legislación externa" ⁴³. Asimismo también señala Kant otra distinción entre la obligación jurídica y la moral, que radica en la concreción de la acción a realizar. La obligación moral, al contrario de la jurídica, deja un margen para su cumplimiento, no indica con precisión como y cuanto se debe obrar ⁴⁴.

Con todo ello el Derecho se distingue en cierta forma de la

a ser un fundamento de determinación suficiente de la voluntad, y por lo tanto no por la ley misma, entonces encerrará la acción cierta legalidad, pero no moralidad". KANT, Crítica de la razón práctica, trad. de E. Miñana y Villagrosa y M. García Morente, El Ateneo, Buenos Aires 1951, p. 73.

⁴¹KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 264.

⁴²KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 25 y 26.

⁴³KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 248. Vid. también las pp. 228 y 233.

⁴⁴KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 242.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Moral ⁴⁵ aunque en el fondo se halla subordinado a ella ⁴⁶.

B. DERECHO Y MORAL EN KELSEN, HART Y DWORKIN

Dentro de los autores de éste siglo voy a hacer breve referencia del tratamiento que, sobre la relación entre el Derecho y la Moral, realizan Kelsen, Hart y Dworkin, ya que estos pueden ser exponentes de tres direcciones: el positivismo, el normativismo corregido (aunque, como veremos, ésta concepción se acerca de forma clara al iusnaturalismo) y el iusnaturalismo.

Kelsen separa Derecho y Moral si bien no desconoce la influencia relativa entre ambos ⁴⁷. A ésta separación llega por medio de dos ideas básicas. La primera, y quizás la más importante, es la idea de la relatividad del valor moral ⁴⁸: para

⁴⁵El Derecho para KANT es: "el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley universal de libertad". La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 39.

⁴⁶Vid. KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 50 y 69. Vid. A. FERNANDEZ GALIANO, Derecho natural. Introducción filosófica al Derecho, obra cit., pp. 222 y 223.

⁴⁷"Si, bajo el presupuesto de valores puramente relativos, se formula la exigencia de que, en general, se distingue al Derecho de la Moral y, en especial, al Derecho de la justicia, ello no quiere decir, por acaso, que el Derecho nada tenga que ver con la Moral o con la justicia; no quiere decir que el concepto de Derecho no se subordina al concepto de bien". H. KELSEN, Teoría pura del Derecho, obra cit., p. 79.

⁴⁸"El problema de los valores es en primer lugar un problema de conflicto de valores, y éste problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta a éstas preguntas es un juicio determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo". H. KELSEN, ¿Qué es justicia?, obra cit., p. 39.

Kelsen no se puede hablar de una Moral absoluta ⁴⁹.

Consecuencia de ser la moral relativa será el que no se pueda plantear un contenido moral del Derecho, porque surgiría la pregunta: ¿Qué Moral se va a utilizar?. Solamente podría hablarse en ese sentido utilizando aquello que es común a todas las morales. Pero ésto, según éste autor, es imposible: "frente a la extraordinaria diferenciación en lo que, de hecho, los hombres en distintas épocas y en distintos lugares han considerado lo bueno y malo, justo e injusto, no cabe establecer ningún elemento común a los contenidos de los diferentes órdenes morales" ⁵⁰. Así, respecto al contenido no se puede hallar algo común, pero si respecto a la forma: "lo común a todos los sistemas normativos posibles es su forma: el caracter normativo, lo debido" ⁵¹.

Esta idea también se afirma cuando distingue entre la estática y la dinámica jurídica. El orden estático se refiere a los contenidos de las normas y el dinámico a la forma de producción

⁴⁹A éste respecto escribe: "si se admite que en diferentes épocas, en pueblos diferentes, existen sistemas morales válidos muy distintos y entre sí contradictorios... si se acepta que sólo hay valores morales relativos, entonces la afirmación de que las normas sociales deben ser justas para ser consideradas Derecho, sólo significa que esas normas tienen que contener algo que sea común a todos los sistemas morales". H. KELSEN, Teoría pura del Derecho, obra cit., p. 77.

⁵⁰H. KELSEN, Teoría pura del Derecho, obra cit., p. 77.

⁵¹H. KELSEN, Teoría pura del Derecho, obra cit., p. 78. Y continua diciendo: "bajo estos presupuestos, la afirmación de que el Derecho es moral por su naturaleza no significa que cuente con determinado contenido, sino que es norma, a saber: una norma social que establece como debida una determinada conducta". Teoría pura del Derecho, obra cit., p. 78.

Deberes y obligaciones en la Constitución

⁵². El orden estático está compuesto de normas morales, pero el dinámico no, ya que una norma pertenece a éste si se ha producido de la manera determinada por la norma fundante básica. Kelsen, insistiendo en su intento de construir una teoría pura del Derecho escribirá: "Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado; es decir, no vale porque su contenido puede inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una norma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de determinada manera, y, en última instancia, por haber sido producida de la manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y sólo por ello, pertenece la norma al orden jurídico, cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí, que cualquier contenido que sea, pueda ser Derecho" ⁵³.

La segunda de las ideas que conducen a Kelsen a distinguir Derecho y Moral, se basa en lo que algunos autores han designado como "razones científicas" ⁵⁴. Así escribe: "La exigencia de distinguir el Derecho de la Moral, la Ciencia jurídica de la Etica, significa que, desde el punto de vista de un conocimiento científico el Derecho positivo, su legitimación a través de un

⁵²H. KELSEN, Teoría pura del Derecho, obra cit., pp. 203 y ss.

⁵³H. KELSEN, Teoría pura del Derecho, obra cit., p. 205. Sobre éste tema puede consultarse el libro de Gregorio PECES-BARBA, Introducción a la Filosofía del Derecho, obra cit., pp. 149 a 151.

⁵⁴Expresión utilizada por Eusebio FERNANDEZ, Teoría de la justicia y derechos fundamentales, obra cit., p. 52, y que iría referida al concepto de ciencia propio de Kelsen.

orden moral diferente del orden jurídico es irrelevante, dado que la Ciencia jurídica no tiene que aprobar o desaprobar su objeto, sino conocerlo y describirlo" ⁵⁵.

Pero su distinción no se agota en éstas dos ideas, también distingue Derecho y Moral por el carácter coercitivo del primero. En éste sentido escribe: "la reacción del Derecho consiste en una medida coactiva impuesta por el orden y socialmente organizada, mientras que la reacción moral contra la conducta contraria a las normas éticas no está establecida por el orden moral, ni, en caso de existir, se halla socialmente organizada" ⁵⁶.

Como puede observarse, Kelsen, autor del que partiremos en la consideración de las obligaciones jurídicas, distingue tajantemente el Derecho de la Moral, pero no porque no se interinfluyan sino más bien porque postula la posibilidad de un estudio del Derecho exclusivamente jurídico. En este no tendrían cabida planteamientos justificativos ni fundamentadores, de índole moral, sino sólo el examen del Derecho que es.

Por su parte **Hart**, va a tomar como punto interesante en las conexiones entre el Derecho y la Moral a las obligaciones, de ahí que al igual que Kelsen, me refiera aquí brevemente a ésta rela-

⁵⁵H. KELSEN, Teoría pura del Derecho, obra cit., p. 81. Más adelante expresa que "el jurista científico no se identifica con ningún valor jurídico, ni siquiera por él descrito" (p. 81). Y siguiendo con su relativismo: "las instituciones sobre qué sea éticamente bueno y malo, que sea éticamente justificable y no justificable, se encuentran con el Derecho mismo, en permanente cambio..." (p. 81).

⁵⁶H. KELSEN, Teoría general del Derecho y del Estado, trad. de E. García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, p. 23.

ción dejando para más adelante algunos aspectos de la misma. Se sitúa este autor, en un lugar intermedio entre el positivismo y el iusnaturalismo ⁵⁷. Para él, se pueden encontrar diferencias entre el Derecho y la Moral, pero también conexiones: "aunque existan numerosas e importantes conexiones entre el Derecho y la Moral, de modo que frecuentemente hay una coincidencia o solapamiento de facto entre el derecho de algún sistema y la moralidad, tales conexiones son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente" ⁵⁸.

Dentro de su obra, como adelanté, hay dos conceptos que van a resultar claves para la distinción entre el Derecho y la Moral: el deber y la obligación ⁵⁹, entendidos como sinónimos, ya que Hart nunca distingue de forma tajante estos términos ⁶⁰. Las normas jurídicas pueden clasificarse en normas primarias y normas secundarias ⁶¹. Las normas primarias son aquellas que imponen

⁵⁷Según Elías DIAZ, Hart podría situarse con características propias en esa línea actual del pensamiento jurídico superadora del iusnaturalismo y del positivismo. Sociología y Filosofía del Derecho, obra cit., p. 364.

⁵⁸H.L.A. HART, El nuevo desafío al positivismo jurídico, en Sistema num. 36.

⁵⁹Sobre la obra de Hart vid. J. R. de PARAMO ARGUELLES, H.L.A. Hart y la Teoría analítica del Derecho, prologado por G. Peces-Barba, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984. Vid. también N. BOBBIO, Considerazioni in margine, en Studi sull'obbligo giuridico, en Rivista di Filosofia, vol. LVII, Taylor Editore, Torino 1966, pp. 235.

⁶⁰Vid. H. L. A. HART, Essays on Bentham's Jurisprudence and Political Theory, Clarendon Press, Oxford 1982, pp. 127 y ss. Para un análisis de estas figuras vid. en la misma obra las pp. 162 y ss.

⁶¹Vid. H.L.A. HART, El Concepto de Derecho, trad. de Genaro R. Carrió, Editora Nacional, Mexico 1980, p. 101.

El deber y la obligación

derechos y obligaciones, las secundarias las que confieren potestades públicas o privadas. Como dice Dworkin, las "normas secundarias son las que estipulan como y por quien pueden formarse, aprobarse, modificarse o extinguirse tales normas primarias" ⁶². Estas normas secundarias son principalmente de tres tipos: reglas de reconocimiento ("especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo"), reglas de cambio (cuya forma más simple es la que "faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias...") y reglas de adjudicación ("facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria... Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir") ⁶³.

Según éste autor, "no sólo el Derecho y la moral comparten un vocabulario, de modo que pueda hablarse de obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos; también los sistemas jurídicos nacionales reproducen la sustancia de ciertas exigen-

⁶²R. DWORKIN, ¿Es el Derecho un sistema de normas?, del libro La Filosofía del Derecho, trad. J. Sainz de los Terreros, Fondo de Cultura Económica, Mexico 1980, p. 80. Vid. H.L.A. HART, El Concepto de Derecho, obra cit., p. 117 y ss.

⁶³H.L.A. HART, El Concepto de Derecho, obra cit., pp. 117 y ss. Vid también, PARAMO ARGUELLES, H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho, obra cit., pp. 209 y ss.

cias morales fundamentales" ⁶⁴.

A pesar de ésta influencia entre éstos dos ámbitos, Hart cree que se pueden diferenciar si distinguimos entre: verse obligado a hacer algo y tener la obligación de hacer algo. Solamente en éste último caso se podrá hablar correctamente de obligación, "lo primero es, a menudo, una afirmación acerca de las creencias y motivos que acompañan a la acción" ⁶⁵. Así, cuando decimos que alguien se vió obligado a hacer algo, estamos empleando un enunciado de tipo psicológico, cosa que no ocurre cuando decimos que alguien tenía la obligación de hacerlo. En éste último caso se va a poder decir si existía realmente o no esa obligación, es decir, se va a poder esclarecer la verdad o falsedad de la existencia de la obligación. Pero en el enunciado del primer tipo, esto es, verse obligado, ésto no es posible, ya que se trata, como hemos dicho, de un enunciado de tipo psicológico ⁶⁶.

Parece Hart llevarnos así al ámbito moral: la expresión tener la obligación de hacer algo puede ser entendida bien en el sentido de la existencia de una obligación moral, es decir, de una obligación derivada de un deber moral, o bien en el sentido

⁶⁴H.L.A. HART, El Concepto de Derecho, obra cit., p. 9.

⁶⁵H.L.A. HART, El Concepto de Derecho, obra cit., p. 103.

⁶⁶Es interesante ver la distinción que, tomando como punto de partida el ejemplo de Hart y basándose en los conceptos de "frástico" y "neuístico", realiza Natalino IRTI. Vid. Norme e fatti, Giuffrè, Milano 1984, pp. 70 y ss.

El deber y la obligación

de que existe una norma jurídica que impone esa obligación ⁶⁷. Hart en algunos casos parece aludir a una obligación del primer tipo y en otros a una del segundo, aunque siempre conecta la existencia de la obligación con una regla (ya sea moral o jurídica) fundada en la presión social ⁶⁸. Así escribe: "Se dice y se piensa que una regla impone obligaciones cuando la exigencia general en favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande" ⁶⁹. De ahí que lo que es importante para la creación de obligaciones, tanto en el orden moral como en el jurídico, va a ser la presencia de esa presión social ⁷⁰, que ve a éstas obligaciones como necesarias para la vida social o para algo considerado de gran valor, con lo que la visión de Hart se acercaría relativamente a la noción kantiana de deber, como tendremos

⁶⁷"Son de máxima importancia los siguientes puntos: 1) que las obligaciones pueden ser voluntariamente asumidas o creadas; 2) que son debidas a personas especiales (quienes son titulares de derechos); 3) que no se originan en el carácter especial de las acciones obligatorias sino en las relaciones entre las partes. En general, aunque no en forma consistente, el lenguaje limita el uso de "tener una obligación" a tales casos". H.L.A. HART, ¿Hay derechos naturales?, en Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis, obra cit., p. 71.

⁶⁸Puede comprobarse el empleo del término obligación en sentido relacional en H.L.A. HART, ¿Hay derechos naturales?, obra cit. Y dentro de éste mismo libro en Definición y Teoría en la Ciencia jurídica, pp. 117 y 118.

⁶⁹H.L.A. HART, El Concepto de Derecho, obra cit., p. 107.

⁷⁰Por ejemplo, en el caso de las obligaciones impuestas por el poder legislativo dice que "deben su status de obligaciones, en última instancia, a la subyacente práctica del grupo social consistente en la aceptación de las promulgaciones legislativas como constitutivas de patrones de conducta...". H.L.A. HART, Obligación jurídica y obligación moral, trad. de Javier Esquivel y L. Alfonso Ortiz, Cuaderno de crítica 3, Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1977, p. 18.

Deberes y obligaciones en la Constitución

ocasión de ver.

Las obligaciones se caracterizan por su dependencia respecto a la práctica efectiva de un grupo social, por su posible independencia de contenido (no es una independencia total ya que puede estar limitada por principios) y por la coerción. Estas tres características son propias, según Hart, del mundo moral, aunque las obligaciones jurídicas también participan de ellas.

No obstante, Hart no identifica plenamente las obligaciones jurídicas y las morales, ya que a pesar de que en "todas las comunidades, hay una parcial superposición de contenido entre la obligación jurídica y la obligación moral,...las exigencias de las reglas jurídicas son más específicas y están circundadas por excepciones más detalladas que las exigencias de las correspondientes reglas morales" ⁷¹. Las diferencias fundamentales entre éstas obligaciones, entre el orden moral y el jurídico, están enmarcadas en cuatro aspectos fundamentales : a) Importancia superior de las reglas morales dentro de la sociedad. b) Inmunidad al cambio deliberado: las obligaciones y deberes morales no cambian de un día para otro, sino que suelen hacerlo con más tiempo, cosa que no ocurre en el mundo jurídico. c) Caracter voluntario de las transgresiones morales. d) La forma de presión moral es distinta a la jurídica ⁷².

En opinión de Hart pues, se va a poder hablar indepen-

⁷¹H.L.A. HART, El Concepto de Derecho, obra cit., p. 212.

⁷²Vid. H.L.A. HART, El Concepto de Derecho, obra cit., pp. 215 a 223.

dientemente, aunque como hemos visto se trata de una distinción no muy clara, de obligaciones y deberes jurídicos y de obligaciones y deberes morales. Los deberes y las obligaciones morales van a surgir de promesas o de posiciones en las que uno se encuentra⁷³; las obligaciones jurídicas son aquellas que se emplean en el lenguaje jurídico. De ésta forma, "...si las palabras son usadas para crear obligaciones jurídicas, deben existir reglas del sistema que prescriban que si esas palabras son usadas (por las personas idóneas en las circunstancias adecuadas), las personas designadas por ella estarán jurídicamente obligadas o tendrán una obligación de hacer o de abstenerse de hacer ciertas acciones"⁷⁴. Con ésto parece acogerse, en principio, a una posición normativista⁷⁵, exponiendo como criterio de validez de las obligaciones jurídicas, el que éstas hayan sido creadas conforme lo preceptúa el Ordenamiento, siendo el último criterio de validez

⁷³En palabras de H.L.A. HART: "Las obligaciones morales surgen de las promesas, de roles como el del padre, e incluso puede haber una obligación moral de obedecer al Derecho. Los deberes morales provienen también de posiciones de confianza, como la del sirviente o de las situaciones o roles reconocidos en un grupo social como son las de huesped, vecino, esposo o madre". Obligación jurídica y obligación moral, obra cit., p. 6.

⁷⁴H.L.A. HART, Obligación jurídica y obligación moral, obra cit., p. 11.

⁷⁵Presente también en H.L.A. HART, *Il concetto di obbligo*, obra cit., pp. 115; cuando habla de conexión normativa. Y según éste autor, "this is the point of view of those who, although they may not regard the law as the final arbiter of conduct, nevertheless generally accept the existence of legal rules as guides to conduct and as legally justifying demands for conformity, punishment, enforced compensation, or other forms of coercion." H.L.A. HART, Essays in Jurisprudence and Philosophy, part. I, Problems of the Philosophy of Law, Clarendon Press, Oxford 1985, p. 93.

Deberes y obligaciones en la Constitución

su práctica efectiva por parte del grupo social ⁷⁶, con lo que se llega a la Regla de Reconocimiento en la que la distinción entre el Derecho y la Moral no es tan clara, ya que en ésta idea están presentes contenidos de moralidad. Así, criticando a Austin dirá: "nada de lo que los legisladores hacen es Derecho, a menos que den cumplimiento a ciertas reglas fundamentales aceptadas, que especifican los procedimientos básicos de la legislación" ⁷⁷.

Por ésto, no debe entenderse ésta distinción en el sentido de separación; para éste autor no hay duda que existe una relación al menos en cuanto a lo que denomina el contenido mínimo del Derecho natural ⁷⁸.

La distinción de Hart es confusa, lo que le hace que en último término situarse frente a Kelsen. Esas normas sin las cuales no es posible hablar de Derecho y esa Regla de Reconocimiento apoyada en la presión social no son más que resquicios

⁷⁶H.L.A. HART, Obligación jurídica y obligación moral, obra cit., p. 12. Esto supone acercarse a tesis realistas. Por ejemplo, puede compararse esta afirmación con la sostenida por Alf ROSS, en Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho, obra cit., p. 197: "Verdad es que la obligación se funda en el efectivo sistema de compulsión, pero sólo hasta el grado hasta el cual la última ha tomado efecto en una idea de legalidad, de modo que la conducta condicionada por sanciones ('no F') aparece con un sello de ilegalidad, o recíprocamente, F (la acción debida) con un sello de legalidad".

⁷⁷H.L.A. HART, Separación entre Derecho y Moral, en Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis, obra cit., p. 19.

⁷⁸Vid. H.L.A. HART, El Concepto de Derecho, obra cit., pp. 240 a 247. Además, "the normative point of view, without identifying moral and legal duty or insisting on any common content, stresses certain common formal features that both moral and legal duty possess in virtue of their both being aspects of rule-guided conduct." H.L.A. HART, Essays in Jurisprudence and Philosophy, part. I, Problems of the Philosophy of Law, obra cit., p. 93. Vid. también H.L.A. HART, Separación entre Derecho y Moral, obra cit., p. 53.

El deber y la obligación

de pautas morales que Hart sitúa en los vértices del sistema jurídico. De ahí que ese normativismo corregido del que Hart parece ser, para algunos, un claro exponente se torna en una especie de iusnaturalismo corregido.

No obstante quizá convendría aquí hacer una importante salvedad respecto al planteamiento de Hart y que también será aplicable a otros autores. La construcción del concepto de Derecho que realiza este autor se encuadra dentro de una cultura jurídica distinta a la nuestra, en la que la actividad del juez es muy importante. A través de ésta actividad, las convicciones de signo ético (bien de la sociedad o del individuo que juzga), tienen un peso significativo en lo que efectivamente es Derecho ⁷⁹. Aun así su concepción es importante para el propósito de este capítulo.

La relación entre el Derecho y la Moral en el pensamiento de Ronald Dworkin posee rasgos que la encuadran dentro de aquellas teorías propias del iusnaturalismo clásico, aunque desde estructuras más modernas. Se trata de una posición, que debe estudiarse con las reservas que hemos formulado anteriormente, y que introduce al Derecho dentro de la Moral. Este tipo de construcciones, muy comunes en el ámbito anglosajón, tienen importantes consecuencias en conceptos como el derecho subjetivo y la obligación jurídica.

⁷⁹Vid. en este sentido Josef ESSER, Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado, trad. de E. Valentí Fiol, Bosch, Barcelona 1961.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Hay dos puntos claves en la construcción de Dworkin: los principios y los jueces ⁸⁰. Teniendo en cuenta estos dos puntos va a propugnar una idea del Derecho como integridad. Esta idea se realiza teniendo como punto de apoyo la conexión entre el Derecho, el Sistema Político y la Moral.

La integridad posee dos principios: el legislativo, que pide a los legisladores la realización del conjunto del Derecho de forma moralmente coherente, y el adjudicativo, que instruye a que el Derecho sea visto como coherente en este sentido ⁸¹. Esta idea implica la coherencia en principios de justicia, equidad y proceso debido ⁸².

La integridad se mueve dentro de la fraternidad y de la comunidad ⁸³. Pero, ¿qué tipo de comunidad es la que se acoge a esta concepción del Derecho?. Dworkin plantea tres posibles modelos de comunidad escogiendo el "modelo de principio". Este modelo "insiste que las personas son miembros de una genuina comunidad política sólo cuando aceptan que sus destinos están unidos en el siguiente sentido: ellos aceptan que están gobernados por principios comunes, y no solo por reglas producidas por

⁸⁰Vid. como precedente de esta postura a Josef ESSER, Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado, obra cit.

⁸¹Ronald DWORKIN, Law's Empire, obra cit., p. 176.

⁸²R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., p. 177.

⁸³"We should look for our define of integrity in the neighborhood of fraternity or, to use its more fashionable name, community". R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., p. 188.

El deber y la obligación

compromisos políticos" ⁸⁴. En la comunidad de principio, los principios de equidad, justicia y proceso debido, son respetados y las personas son consideradas en sus relaciones como valiosas en sí mismas ⁸⁵.

La idea de integridad dentro de la comunidad de principio es trasladada también al Derecho ⁸⁶. Así, el Derecho como integridad, que se mueve dentro de esa comunidad de principio, significa el concebir al Derecho como la labor de los jueces ajustada a los principios de justicia, equidad y proceso debido ⁸⁷.

⁸⁴R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., p. 211.

⁸⁵R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., pp. 213 y 214.

⁸⁶Sobre la integridad en el Derecho, aunque no en el mismo sentido escribe extensamente BOBBIO, al igual que de la unidad y coherencia. (Vid. Teoría General del Derecho, obra cit., pp. 153 y ss.). En este sentido parecen acertadas las críticas de Genaro R. CARRIO (Dworkin y el positivismo jurídico, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981, p. 7) y Luis PRIETO SANCHIS (Ideología e interpretación jurídica, obra cit., p. 67 y Teoría del Derecho y Filosofía política en R. Dworkin, en Revista Española de Derecho Constitucional, num. 14, mayo-agosto 1985), en el sentido de que no contempla las teorías que se salen del ámbito anglosajón.

⁸⁷Así, el Derecho como integridad, "insists that legal claims are interpretive judgements and therefore combine backward -and forward- looking elements; they interpret contemporary legal practice seen as an unfolding political narrative". Según el Derecho como integridad, "propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practice". R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., p. 225. En este sentido escribió ya Josef ESSER: "La verdad es que, tanto que principios, son eficaces con independencia del texto legal. Su justificación les viene de la naturaleza de la cosa o de la institución respectiva, y constituyen una pieza funcionalmente necesaria de toda solución concreta que entre en éste círculo común de problemas. De ahí que, dadas unas circunstancias análogas, sean igualmente bien conocidos en todos los sistemas jurídicos, incluso allí donde ninguna ley los 'conoce'". Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado, obra cit., p. 7.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Esta concepción del Derecho como integridad supone:

- 1) Concebir el Derecho como concepto interpretativo: "Las Teorías Generales del Derecho, para nosotros, son interpretaciones generales de nuestra propia práctica judicial". Interpretaciones que se ajustan a unos principios no encerrados en un catálogo sino que varían en el tiempo ⁸⁸.
- 2) Valorar de forma mayúscula la labor del juez. Estos son los encargados de decir lo que es Derecho, ajustándose normalmente a tres etapas: la preinterpretativa, la interpretativa y la postinterpretativa ⁸⁹. En este sentido, el Derecho se mantiene como un proceso que se mueve continuamente en virtud de las decisiones de los jueces ⁹⁰.

⁸⁸R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., pp. 410 y 413. No valorar la labor interpretativa en el Derecho supone apartar un aspecto de la realidad de éste. Pero concebirle exclusivamente como la actividad de los jueces me parece que también supone excluir aspectos importantes del Derecho. Según ESSER: "'Decisiones según principios' hoy las hay en dos sentidos: en el tradicional, como fijación de un criterio o de un resultado interpretativo en una cuestión concreta de derecho que hasta ahora había sido tratada diversamente; y en un sentido nuevo, como elevación de un principio que hasta ahora sólo en casos singulares había gozado de la consideración de positivo, a la condición de 'pensamiento jurídico general'...". Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado, obra cit., p. 34.

⁸⁹R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., pp. 65 y 66.

⁹⁰R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., pp. 239 y 240. En cuanto a los problemas que puede suscitar la valoración de Dworkin de los jueces, en el sentido de adoptar unos criterios morales propios, de ser un tirano o de hablar de lo que el Derecho deberá ser y no de lo que es, este autor los contempla pero sin dar una solución aceptable. Por ejemplo, respecto al primer punto se defiende diciendo que quien reproche eso lo hace también empleando un criterio moral individual. Por otro lado, la tercera crítica no tendría mucho sentido ya que toda la concepción de Dworkin parece moverse más sobre el terreno del deber ser que del es. Vid. R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., pp. 258 y ss. La justificación del empleo de los principios por los jueces y del valor de sus decisiones también es planteada por ESSER: "También para el continente es sólo cierto con reservas que tal formación judicial del Derecho

El deber y la obligación

3) Valorar de forma mayúscula los principios ⁹¹. Estos son los criterios a los que debe acudir el juez para interpretar el Derecho y para resolver los casos difíciles: "Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro Derecho, lo que queremos decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine en uno u otro sentido" ⁹². Los principios permiten mantener el modelo de integridad y la comunidad ⁹³.

4) Los derechos son siempre triunfos frente al Estado, se tienen en oposición a la labor de los Estados ⁹⁴ y derivan de justificaciones de tipo moral. La idea de derecho subjetivo que plantea la construcción de Dworkin es la de una determinada exigencia o pretensión justificada. El derecho se une con aquello que es justo demandar, confundiéndose en definitiva con cualquier exigencia de tipo moral suficientemente justificada (de un particu-

signifique ya sacrificar el ideal de la 'seguridad jurídica' en aras de la evolución social y de la adaptación jurídica. Pues también esta creación de derecho ofrece destacadísimas garantías de estabilidad, es más, en cuanto a continuidad, puede incluso convertirse en un sostén de la seguridad jurídica frente a un poder legislativo que por razones políticas se ha alejado de la objetividad". Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado, obra cit., p. 34.

⁹¹Josef ESSER se refiere así también a los principios inmanentes que obligan al legislador y al juez. Vid. Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado, obra cit., pp. 95 y 96.

⁹²R. DWORKIN, Los derechos en serio, obra cit., p. 77.

⁹³Vid. en este sentido R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., pp. 188 y 189.

⁹⁴R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., p. 93.

Deberes y obligaciones en la Constitución

lar o de la coerción del Estado) ⁹⁵. Con ello el Derecho puede consistir en cualquier demanda que una persona encuentre justificada, y si no se quiere derivar esta consecuencia parece que se tendrá que caer en la afirmación de la existencia de una moral objetiva ⁹⁶.

5) El Derecho, en definitiva, se confunde con la moralidad. Así, afirma que los derechos y las obligaciones provienen también de principios de moralidad política y personal ⁹⁷, la comunidad de principio se establece como una comunidad moral al igual que los derechos y obligaciones adquieren su verdadero sentido dentro de la realidad moral ⁹⁸. Si examinamos el Derecho que nos presenta Dworkin, siempre nos encontraremos con la Moral, incluso en lo

⁹⁵Ejemplos de esta idea dentro de su obra son fáciles de encontrar. Así por ejemplo escribe: "A conception of Law must explain how what it takes to be law provides a general justification for the exercise of coercitive power by the state, a justification that holds except in special cases when some competing argument is specially powerful". R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., p. 190. Otros ejemplos pueden verse en esta misma obra pp. 101 y 102, 108 y 109, 110, 138, 400 y 401. También en Los derechos en serio, obra cit., pp. 282 y 283.

⁹⁶Si bien ambas posturas encuentran reflejo en la obra de DWORKIN: La primera cuando se refiere a la desobediencia al Derecho en relación con "derechos políticos". (Vid. Los derechos en serio, obra cit., p. 315), y la segunda, en su concepción de los principios (vid. Los derechos en serio, obra cit., p. 274) o en la señalización de posibles proposiciones verdaderas o falsas (vid. Law's Empire, obra cit., pp. 4 y 43). Aunque también se muestra contrario de una supuesta moral de la masa (vid. Los derechos en serio, obra cit., p. 349). Sobre lo que supone hablar de proposiciones jurídicas verdaderas o falsas puede consultarse a BOBBIO, Teoría General del Derecho, obra cit., pp. 43 y ss.

⁹⁷R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., p. 96.

⁹⁸R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., pp. 168 y 189. Estas afirmaciones pueden encontrarse ya en PUFENDORF, vid. Le Droit de la Nature et Des Gens, obra cit., lib. I, cap. I, p. 19.

El deber y la obligación

que atañe a su interpretación ⁹⁹. Esto se manifiesta claramente cuando en Law's Empire plantea seis posibles interpretaciones del juez Hercules respecto al caso McLonghlin. Independientemente de la importancia del caso, lo importante es que de esas seis, en cinco se refiere a supuestos "derechos morales", y la que falta está planteada en términos de "debería". Por otro lado, las interpretaciones se van eliminando por no estar conectadas con la Moral ¹⁰⁰.

Como puede observarse, en Dworkin las líneas diferenciadas de Moral y Derecho desaparecen, lo que conduce a situaciones en las que la inseguridad e incertidumbre ante lo que el Derecho es, es manifiesta. No se trata de no valorar la labor de los jueces en la creación del Derecho, sino más bien de entenderla como creadora pero dentro de unos límites sistemáticos, como son los constitucionales. Tampoco se busca negar la importancia de los principios en esa tarea, pero matizando que estos no tienen porqué pertenecer a un ámbito extraño al Derecho sino que deben estar recogidos o, al menos, tener cabida dentro del sistema jurídico.

Actualmente, desde diversos planteamientos, se está produciendo un realzamiento de posiciones que, como la de Dworkin, destacan las conexiones entre Moral y Derecho, llegán-

⁹⁹"All of us, but specially lawyers, develop attitudes toward law a long with the rest of our general social knowledge, unselfconsciously and as we go along, before we examine these jurisprudentially, if we ever do". R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., pp. 110 y 111.

¹⁰⁰Vid. R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., pp. 240 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

dose, en ocasiones, a identificar ambos o a señalar a uno como fundamento de validez del otro. El punto común de estas tesis consiste en la defensa de unos valores, necesidades o pretensiones, que son considerados como objetivos, y a los que se dota de valor jurídico independientemente de su positivación. El conocimiento de los mismos y el grado de su importancia en relación con el Derecho depende de los autores. Se trata de tesis que, aún constatando su variedad de matices, pueden encontrarse de forma principal en el terreno de la filosofía moral y en las obras de Derecho privado ¹⁰¹.

Un ejemplo de estas puede verse en la concepción del derechos subjetivo que emplea en España el profesor Laporta, en su trabajo sobre el concepto de derechos humanos: "cuando usamos la noción de derecho no estamos haciendo referencia a ciertas normas primarias o secundarias de un cierto sistema normativo, sino a la razón que se presenta como justificación de la existencia de tales normas" ¹⁰². Como puede observarse, se hace

¹⁰¹Vid. mis trabajos *El Derecho y la Moral en la doctrina civil española*, obra cit., y *Algunos aspectos del Derecho natural en la obra de los civilistas españoles*, en Anuario de Derechos Humanos, num. 5, Universidad Complutense, Madrid 1988-89.

¹⁰²Francisco LAPORTA, *Sobre el concepto de derechos humanos*, en Doxa, num. 4, Alicante 1987, pp. 27 y 28. En sentido parecido se expresa RAZ cuando escribe: "'X has a right' means that, other things being equal, an respect of x's well being (his interest) is a sufficient reason for holding some other person(s) to be under a duty". *Right-Based Moralities*, en J. Waldron, Theories of Rights, obra cit., p. 183. Dotar a una pretensión suficientemente justificada desde el plano moral de la categoría de derecho me parece ser también un pertensión no suficientemente justificada. Como escribe VERNENGO, "debería advertirse que, normalmente, el titular del derecho subjetivo puede estimar su situación como beneficiosa, pero que el sujeto deudor, salvo en casos anómalos, verá la norma que le impone una obligación como un perjuicio, como

El deber y la obligación

referencia al derecho desde el punto de vista moral, con lo que los límites entre ámbos órdenes se desvanecen ¹⁰³.

C. CONCLUSIONES DE ESTAS CONSIDERACIONES

Una vez vista brevemente la evolución de ésta relación, y las concepciones que sobre la misma mantienen Kelsen, Hart y Dworkin, podemos señalar los criterios más empleados para distinguir el Derecho y la Moral:

a) **El Derecho persigue unos fines temporales mientras que la Moral persigue unos fines trascendentes.** Es decir, el interés del Derecho se centra en la regulación de la vida en sociedad, mientras que la Moral busca además el desarrollo espiritual del individuo, tanto interno como externo. En definitiva se puede decir que la Moral lleva a la santificación mientras que el Derecho hace al buen ciudadano.

b) **El Derecho es heterónomo, "procede de una voluntad exterior, diferente del sujeto al cual dicha norma obliga" ¹⁰⁴. La Moral, por su parte, suele caracterizarse como autónoma: "la misma**

un valor negativo". Moral y Derecho: sus relaciones lógicas, obra cit., p. 37. Por otro lado, estas concepciones del derecho subjetivo (las de Laporta y Raz), recuerdan a las que exponían los autores propios del iusnaturalismo del siglo XVIII. Por ejemplo para BURLAMAQUI, derecho era: "toute ce que la raison reconnoît certainement comme un moyen sur abrégé de parvenir au bonheur, qu'elle approuve comme tal". Principes du Droit Naturel, obra cit., Premiere Partie, cap. V, p. 76.

¹⁰³Vid. en este sentido también la construcción de los derechos morales de C. S. NINO, en Etica y derechos humanos, obra cit., pp. 14 y ss.

¹⁰⁴Elías DIAZ, Sociología y Filosofía del Derecho, obra cit., p. 8.

Deberes y obligaciones en la Constitución

persona es quien emite la norma y quien la ejecuta" ¹⁰⁵. Esta distinción creo que es clara, si bien en un contexto democrático caracterizado por la participación de todos, el Derecho puede acercarse, de forma relativa, a la autonomía. También la Moral puede ser en ocasiones heterónoma, como sería el caso de una pretendida Moral social ¹⁰⁶.

c) **La coercibilidad.** Se ha querido distinguir al Derecho de la Moral por medio de la coactividad. Así se dice que el Derecho es un orden coactivo y la Moral no ¹⁰⁷. Pero ésto no debe entenderse en el sentido de que la Moral no contempla sanciones mientras que el Derecho si lo hace, ni tampoco en el sentido de que la Moral no realiza algún tipo determinado de coacción ¹⁰⁸. Todo tipo de Moral impone una serie de sanciones que pueden, en oca-

¹⁰⁵N. BOBBIO, Teoría General del Derecho, obra cit., p. 55.

¹⁰⁶Como escribe BOBBIO: "debemos convenir en que hay sistemas morales fundados en la heteronomía". Y por otro lado, "en el campo del Derecho público el ideal al cual tiende el Estado moderno es el Estado democrático. Pero, ¿acaso el Estado democrático no es aquel que se funda en el principio de la autonomía, o sea, en el principio de que las leyes, que deben ser cumplidas por los ciudadanos, deben ser hechas por los mismos ciudadanos?". Teoría General del Derecho, obra cit., p. 56.

¹⁰⁷Los autores que siguen éste criterio son numerosísimos, en España casi toda la doctrina civilista lo hace. Por citar un ejemplo, SANTOS BRIZ escribe: "Esta coactividad es lo que distingue a las normas jurídicas de las reglas de la ética...". Derecho civil, Introducción y Doctrinas generales, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1978, p. 4.

¹⁰⁸"No puede decirse que la ética está de hecho desprovista de todo tipo de sanción, ni tampoco que los comportamientos éticos sean libres de toda coacción... Tanto las normas éticas apoyadas en principios religiosos, como las emanadas de la conciencia individual... son normas en las que no está del todo ausente una cierta coactividad y en las que, por lo general, opera el temor a una u otra sanción...". Elías DIAZ, Sociología y Filosofía del Derecho, obra cit., p. 27.

El deber y la obligación

siones, ser hasta más fuertes que las jurídicas. Además, los condicionamientos sociales fruto de determinadas ideas pertenecientes a corrientes morales, son claramente limitadoras de la libertad, coaccionando fuertemente a aquellas personas que viven en el ámbito donde éstas operan ¹⁰⁹. Lo que diferencia a ambos órdenes es la existencia en el Derecho de un aparato coactivo institucionalizado y organizado, es decir con un conjunto de normas de competencia, procedimiento y organización, que en ningún caso puede encontrarse en la moral, en sentido amplio ¹¹⁰. Creo que podemos hablar mejor en éste caso de coercibilidad, porque además, el Derecho no va a emplear, en algunos casos aun contra su voluntad, la fuerza coactiva en todas las ocasiones ¹¹¹. En cambio, en el ámbito moral serán más raros los casos en los que éste fenómeno ocurra.

d) **Actos interiorizados y actos exteriorizados.** Como ya escribí en otro lugar, "no me parece acertada la postura de aquellos que distinguen el Derecho y la Moral diciendo que el primero se

¹⁰⁹En este sentido Esperanza GUIZAN escribe: "las sanciones morales no son más livianas que las legales sino que pueden incluso penetrar más hondamente en las capas profundas de la personalidad produciendo lo que yo denominaría un 'derrumbamiento moral', además de todo tipo de 'remordimientos' y desazones...". Razones morales para obedecer al Derecho, en Derecho y Moral, Análes de la Cátedra F. Surez, num. 28, Granada 1988, p. 139.

¹¹⁰Para Bruno LEONI, esta característica no puede diferenciar al Derecho de la Moral porque el Derecho posee normas no coactivas. Esta afirmación, sin duda, no tiene en cuenta la distinción entre coactividad y coercibilidad, donde problemas como este quedan resueltos. Vid. Obbligo e pretesa nella dogmatica, nella Teoria Generale e nella Filosofia del Diritto, en Studi in onore di E. Betti, Giuffrè, Milano 1962, p. 557.

¹¹¹Vid. Norberto BOBBIO, Teoría General del Derecho, obra cit., pp. 110 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

ocupa sólo de los actos exteriores del hombre, y que la segunda, la Moral, se ocupa de los actos interiores" ¹¹². Constituye una difícil tarea el diferenciar éstos dos tipos de actos, de ahí que sea más conveniente hablar de actos interiorizados y actos exteriorizados según se proyecten o no al exterior de la persona ¹¹³. Pero esto no debe hacernos entender que al Derecho, en ninguna ocasión, le interese la motivación interna y que la Moral no se ocupa de los actos exteriorizados ¹¹⁴.

e) **La validez.** La validez jurídica es distinta a la validez moral ¹¹⁵. Podemos decir que "son válidas o pertenecen al sistema aquellas normas que deban ser observadas, que sean obligatorias en sentido jurídico, por establecerlo así la regla básica del sistema" ¹¹⁶. En cambio, la validez moral depende de la aceptación individual de unas normas, que son producto del diálogo entre los hombres o de la conciencia individual ¹¹⁷. Para que una

¹¹²Rafael de ASIS ROIG, *El Derecho y la Moral en la doctrina civil española*, obra cit., p. 133.

¹¹³Vid. Elías DIAZ, *Sociología y Filosofía del Derecho*, obra cit., p. 19.

¹¹⁴Sobre ésta distinción vid. Luis LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, obra cit., p. 447.

¹¹⁵Vid. Norberto BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, obra cit., pp. 20 y ss.

¹¹⁶Luis PRIETO SANCHIS, *Ideología e interpretación jurídica*, obra cit., p. 139.

¹¹⁷No hay ni que decir que esto supone un criterio subjetivo no compartido por todos los autores. Así, en contra de esta opinión pueden citarse, aparte de los autores ya mencionados, afirmaciones como la siguiente: "La validez del Derecho se basa en la moral, porque el fin del Derecho se endereza hacia una meta moral". G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de W. Roces, Fondo de Cultura Económica, México 1974, p. 56.

El deber y la obligación

norma jurídica exista basta con que sea creada de acuerdo a los criterios formales y materiales del Ordenamiento apoyados en el hecho fundante básico (si bien esta afirmación debe matizarse compaginándola con el requisito de la eficacia) ¹¹⁸.

La validez del Derecho no depende de ninguna concepción

¹¹⁸El Tribunal Supremo en muchas ocasiones ha tenido presente al distinción entre validez moral y validez jurídica. En este sentido, puede citarse la Sentencia de 8 de marzo de 1957 (Ref. Aranzadi 1546, p. 1014), referente a un asunto de donaciones y herencia, y en la que puede leerse: "...aun concediendo a los deberes morales o de conciencia, su mayor rango de aproximación o equivalencia a la obligación natural, carecería en Derecho civil positivo de impulso necesario y determinante de acción para imponer su cumplimiento, quedando así remitida la eficacia de la obligación de conciencia a la esfera íntima de los demandantes...". Por su parte la Sentencia de 11 de mayo de 1988, de este mismo Tribunal (Ref. Aranzadi 4150, p. 4086), en contestación a un recurso de apelación en materia de objeción fiscal, señaló: "El Ordenamiento jurídico, en cuanto conjunto de disposiciones que rigen una determinada sociedad ha de estar, por supuesto, informado por los principios morales mayoritariamente aceptados por aquella; pero no todas las normas morales, y desde luego no las convicciones personales de orden ético, pueden ser trascendidas exigiéndose su protección jurídica por los Tribunales, sino por medio del presente cauce procesal, únicamente aquellas que se inscriben en el ámbito que los arts. 14 a 29 de la Constitución determinan". Vid. también las Sentencias de 25 de marzo de 1947 (Ref. Aranzadi 512); 19 de abril de 1965 (Ref. Aranzadi 1997); 18 de mayo de 1973 (Ref. Aranzadi 2164); 6 de febrero de 1976 (Ref. Aranzadi 352); 14 de diciembre de 1978 (Ref. Aranzadi 4132); 6 de octubre de 1986 (Ref. Aranzadi 487); 17 de noviembre de 1986 (Ref. Aranzadi 6995); etc... Por su parte, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 122/83 de 16 de diciembre, BJC. num. 33, que resuelve un recurso de amparo contra Resolución del Parlamento de Galicia por la que se priva a los recurrentes de los derechos adquiridos al ser elegidos al Parlamento pero no prestar juramento o promesa de acatamiento a la Constitución y al Estatuto Gallego, también ha diferenciado las parcelas del Derecho y de la Moral. Así en el fundamento jurídico tercero (p. 47) de esta Sentencia puede leerse: "La alegada violación del artículo 14 se basa en la supuesta desigualdad de trato entre los parlamentarios que se negaron a jurar o prometer y aquellos que lo hicieron con restricción mental... Las reservas internas que algunos pudieran tener al cumplimentar esa obligación son irrelevantes para el Derecho, que no puede entrar en el ámbito del pensamiento en tanto no se manifieste en conductas externas".

Deberes y obligaciones en la Constitución

moral ¹¹⁹, si bien esto no significa que el Derecho carezca de contenidos morales. Lo que subrayamos es que estos contenidos van a ser relevantes en el ámbito jurídico sólo cuando estén positivizados. La moral que es interesante para el Derecho, desde el punto de vista técnico, es aquella que se desprende de sus normas o que preside a las mismas. Toda interpretación y creación de normas estará sujeta a ellas y no se podrá desviar de las directrices del sistema, que en un poder de tipo democrático, estará abierto a la moralidad crítica. En esta idea, puede decirse que el Derecho va dirigido a una persona determinada mientras que la moral pretende ser universal ¹²⁰.

Estos son, de manera muy resumida, los criterios que comúnmente se emplean para distinguir el Derecho y la Moral ¹²¹. Pero ésta distinción no ha de ser entendida como separación. Como escribe Elías Díaz: "Sólo desde una plataforma ética, cabe, en última instancia, la crítica, el cambio y la necesaria transformación del Derecho. Se trata de no confundir el Derecho que es y el que debe ser; pero se trata también de que ambos niveles no

¹¹⁹Vid. Gregorio PECES-BARBA, Introducción a la Filosofía del Derecho, obra cit., p. 152. Como escribe BOBBIO, "la reducción de la validez a la justicia sólo puede llevar a una grave consecuencia: a la destrucción de uno de los valores fundamentales y básicos para el derecho positivo, el valor de la certeza". Teoría General del Derecho, obra cit., p. 29.

¹²⁰Vid. Giorgio BALLADORE-PALLIERI, Dottrina dello Stato, 2ª ed., CEDAM, Padova 1964, p. 196.

¹²¹Aunque para algunos autores, con estos criterios no se prueba la distinción entre el Derecho y la Moral. Así, para estos, el reducir el concepto de Derecho al de norma supone hacerlo coincidir con la Moral. Vid. Bruno LEONI, Obbligo e pretesa nella dogmatica..., obra cit., p. 556.



El deber y la obligación

se desconozcan ni ignoren" ¹²².

Como vengo señalando hasta aquí, la Moral y el Derecho se interinfluyen ¹²³ pero puede realizarse una consideración independiente de ambos. En este sentido, el "Derecho vendría a ser así un conjunto de normas apoyadas en el Poder y destinadas a la regulación de la conducta humana". Y así, dentro "de una concepción democrática, creo que podríamos identificar al Poder como la expresión de la soberanía popular, que llevará incorporados un conjunto de creencias y valores (fruto de la comunicación intersubjetiva) situados en un momento histórico determinado" ¹²⁴.

El Derecho, expresión de la voluntad política, parte de ciertas concepciones éticas que son las que mueven esa voluntad. Pero estas concepciones no son condición de validez del Derecho, sino una realidad que puede variar simplemente con un cambio en la voluntad. Este cambio, en un sistema democrático en el que todos los ciudadanos participan y contribuyen con propuestas a la formación de la voluntad, supone la posibilidad del desarrollo del hombre tanto en su consideración individual como social. Pero aun constatando esta notable influencia, se puede realizar un estudio estrictamente jurídico del Derecho

¹²²Elías DIAZ, Sociología y Filosofía del Derecho, obra cit., p. 17.

¹²³Para ver esta influencia en lo referente a las obligaciones vid. Alfonso CATANIA, Il problema del Diritto e l'obbligatorietà, Edizione Scientifiche Italiana, Napoli 1983, p. 141.

¹²⁴Rafael de ASIS ROIG, Derecho y Moral en la doctrina civil española, obra cit., p. 146.

Deberes y obligaciones en la Constitución

situándose desde el punto de vista interno. Este estudio no abandona a los valores sino que presta atención a estos una vez positivados. Es decir, un estudio de este tipo se fija exclusivamente en las normas y decisiones judiciales, en **el Derecho que es y no en el que debe ser** ¹²⁵. Dentro del Derecho que es, situados en el vértice de las normas materiales están los valores jurídicos. Estos, de claro origen moral, poseen una regulación jurídica que puede, en cierta medida, provocar un estudio independiente de los mismos respecto al orden moral (sobre todo en cuanto a su articulación, funcionamiento, etc..., pero esto es ya más difícil en cuanto a su significado y su interpretación).

Por otro lado, la distinción entre éstos órdenes, nos va a permitir acercarnos a una correcta interpretación del tratamiento que se da en éste trabajo a las obligaciones jurídicas básicas, a su distinción de los deberes que veremos a continuación y a su configuración estrictamente jurídica ¹²⁶. En

¹²⁵ Como escribió BENTHAM: "...Hay dos posiciones, una de las cuales ha de ser asumida por quien quiera que tenga algo que decir sobre una cuestión jurídica: la del expositor y la del censor. Al expositor corresponde explicarnos lo que la ley es, tal como la entiende; al censor lo que él cree que debe ser... El ser del Derecho es, en los diferentes países, enteramente distinto, mientras que lo que debe ser, es, en todos los países, muy semejante". Fragmento sobre el Gobierno, obra cit., p. 9.

¹²⁶ No veo por ningún lado razones para apoyar la afirmación de Giovanni AMBROSETTI en el sentido de que "una difficoltà fondamentale e un grave pericolo per la stessa sorte delle concezioni sui diritti umani potrebbe poi essere costituita della stessa sopravvalutazione dell'aspetto giuridico del problema". Appunti sui diritti umani, en Scritti in ricordo di Ferdinando Salvi, Nicole Zanichelli Editore, Bologna 1960, p. 43. En este sentido se expresa también CASTAN, vid. Situaciones jurídicas subjetivas, obra cit., p. 27.

El deber y la obligación

definitiva se trata de advertir con ésta distinción de la imposibilidad de poder hablar de obligaciones jurídicas hasta el momento en que éstas sean recogidas por el Ordenamiento jurídico apoyado en el Poder como hecho fundante básico. El modelo dualista en materia de derechos fundamentales, desarrollado por el profesor Peces-Barba, del que hemos partido, va a ser fundamental en la distinción del aspecto moral y del jurídico, permitiéndonos reseñar también la importancia que, en lo que respecta a los derechos fundamentales y a las obligaciones jurídicas básicas, tiene la reflexión moral.

Una última aclaración. Como ya hemos visto en los capítulos anteriores y como podrá observarse en los siguientes, uno de los puntos fundamentales de este trabajo consiste en distinguir el punto de vista individual del punto de vista intersubjetivo, sobre todo en lo referente al ámbito moral. La asunción del plano individual en los temas propios de la moral es clásica y casi incontrovertida, pero la del plano intersubjetivo puede llevar a algunos autores a identificar Derecho y Moral. La incorporación de la Moral a la regulación de relaciones interindividuales no tiene porqué llevar a esa conclusión. Los puntos que aquí se han destacado y que pueden servir para diferenciar ámbos planos se mantienen también en la consideración de una moral intersubjetiva.

Deberes y obligaciones en la Constitución

DEBER-OBLIGACION

A. INTRODUCCION

Una vez examinada la relación entre el Derecho y la Moral, es el momento de plantear el problema de la relación entre los términos deber y obligación ¹²⁷. Adelanto ya que entiendo que no deben ser equipadas estas figuras, lo que me lleva a propugnar que el término deber no debe ser empleado en el ámbito jurídico, ya que es un término propiamente moral ¹²⁸, y su utilización introduce serias confusiones en la determinación del concepto del Derecho y sobre todo en la de figuras como las obligaciones básicas y los derechos fundamentales. Se trata de un término de fuerte carácter emotivo por lo que su uso indiscriminado "tanto en el lenguaje ordinario como en el moral puede ser fuente de no pocas confusiones" ¹²⁹.

¹²⁷Ha señalado E. TUGENDHAT: "El mayor peligro que amenaza a la filosofía moral consiste en dejar en estado nebuloso el sentido del 'debe'". Problemas de la Etica, obra cit., p. 97.

¹²⁸Como escribe Alessandro BONUCCI, la noción de deber es la que predomina en la vida ética y moral. Vid. Diritto soggettivo e libertà, Società Tipografica Modenese, Modena 1924. Vid. también, NOWELL-SMITH, Etica, trad. de G. Gutierrez, Estella 1977, pp. 27 y 28. En éste sentido creo que podríamos poner también como ejemplo las palabras de Max SCHELER: "Así como el deber ser ideal nada tiene que ver con el deber concreto (obligación) y la norma, tampoco tiene nada que ver lo justo y lo recto". Etica, I, obra cit., p. 124, nota 2. La distinción entre estos términos ha sido ya apuntada en España por PECES-BARBA, vid. Desobediencia civil y objeción de conciencia, en Anuario de Derechos Humanos, núm. 5, Universidad Complutense, Madrid 1988-89, p. 161.

¹²⁹Jorge F. MALEM SEÑA, Concepto y justificación de la desobediencia civil, obra cit., p. 17. Vid. también las afirmaciones que realiza éste mismo autor en ésta obra, p. 29, en el sentido de destacar la importancia que tiene ésta distinción en cuanto al tema de la obediencia a la ley. Sobre el carácter emotivo del deber vid. P. M. HACKER, Sull'uso di dovere, en Rivista di

El deber y la obligación

Si acudimos a una Enciclopedia, por ejemplo la Espasa-Calpe, cuando se refiere al deber puede leerse: "deber suele tomarse como sinónimo de obligación y aún indiferentemente en el uso vulgar; empero un análisis más detenido y comparativo, sobre el caracter de nuestra lengua y las equivalencias con sus coderivados: officium, obligatio, le devoir, l'obligation, s'obliger à, il dovere, l'obbligazione, persuade que hay entre deber y obligación una diferencia no accidental en consonancia con sus conceptos filosóficos".

Se trata de un problema equiparable al del empleo del término derechos morales, que puede ser sustituido por el de pretensión, y si se le quiere dar más fuerza por pretensión justificada, lo que no tiene porqué producir confusión ¹³⁰. En definitiva, y por decirlo con Warat y Martino, en "el plano jurídico resulta imprescindible realizar un análisis pragmático de su lenguaje que tome en cuenta fundamentalmente la relación de los signos con la intencionalidad de sus usuarios, que nunca pierda

Filosofia, Studi sull'obbligo giuridico, vol. LVII, Taylor Editore, Torino 1966, p. 185.

¹³⁰No comparto las dificultades que pone A. I. MELDEN, para el empleo de éste término (vid. *La posizione dei diritti e degli obblighi morali*, obra cit., pp. 256 y ss). Todas esas dificultades se resuelven, creo, hablando de pretensión justificada dentro del ámbito moral (y no de derechos morales), y de pretensión justificada reconocida jurídicamente, o más apropiadamente derecho, dentro del ámbito jurídico. Entre las últimas defensas de los derechos morales puede leerse el artículo de Alfonso RUIZ MIGUEL, *Los derechos humanos como derechos morales*. Entre el problema verbal y la denominación confusa, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., pp. 321 y ss. Vid. en contra de estas posturas en esa misma obra el trabajo de R.J. VERNENGO, *Los derechos humanos y su fundamentación ética*, obra cit., pp. 327 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

de vista el contexto fáctico e ideológico en el cual los mensajes normativos están inmersos" ¹³¹.

En la distinción entre deber y obligación no haré alusión por ahora a posiciones que, dentro del ámbito jurídico, distinguen entre estos dos términos, contemplándolos como situaciones jurídicas diferentes. Constataré su empleo sin circunscribir el estudio a ningún ámbito concreto, sino sólo destacando el significado con el que se emplean. La utilización del deber y la obligación como situaciones jurídicas distintas, será examinada más adelante.

La postura normal dentro del pensamiento jurídico y moral es la de emplear los términos deber y obligación como sinónimos. Así por ejemplo Kelsen escribe que el "concepto de deber es originariamente un concepto específico de la moral y designa la norma moral en su relación con el individuo a quien se prescribe o prohíbe determinada conducta" ¹³². Pero esto no es obstáculo para que se pueda hablar de deberes y obligaciones jurídicas (Kelsen emplea ambos términos como sinónimos), que estarán siempre relacionados con una norma. Es más llega a negar categóricamente que pueda apartarse alguno de estos dos términos de la

¹³¹Luis A. WARAT y Antonio A. MARTINO, Lenguaje y definición jurídica, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires 1973, p. 28.

¹³²KELSEN, Teoría General del Derecho y del Estado, obra cit., p. 68. Vid. también en este sentido Paul ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, Dalloz, Paris 1963, p. 100.

El deber y la obligación

esfera jurídica ¹³³.

Por otro lado, la distinción es clásica en determinadas culturas jurídicas como por ejemplo la anglosajona, donde se realiza partiendo del hecho de que los primeros (duties) son aquellos que se poseen en virtud de determinados papeles sociales mientras que las segundas (obligations) se derivan principalmente de promesas y en definitiva de negocios entre personas ¹³⁴,

¹³³ Así, refiriéndose a las obligaciones escribe: "Para evitar la posibilidad de una fuente de conflicto se ha afirmado, inclusive, que el de obligación no es de ninguna manera un concepto jurídico, por cuanto sólo la moral, pero no el Derecho, obliga, mientras que la función específica del Derecho, a diferencia de la moral, radicaría en otorgar derechos. Si se reconoce, empero, que el estar obligado a cierta conducta no significa sino que esa conducta está ordenada por una norma, y si no se puede negar que el orden jurídico -como todo orden normativo- exige una determinada conducta humana, entonces debe verse en la obligación una función especial del Derecho". KELSEN, Teoría General de las Normas, prep. por Mario G. Losano, trad. de Mirella Torre, Einaudi, Torino 1958, p. 132. Y más adelante, en la p. 208, escribirá sobre el deber: "No hay razón para limitar el concepto de deber a la esfera moral; siempre debemos distinguir deber moral de deber jurídico así como se debe distinguir el Derecho de la moral". Por su parte, Elías DIAZ tampoco ve utilidad, aunque sí posibilidad, en el abandono de alguno de estos términos por el Derecho. Vid. De la Maldad Estatal y la Soberanía Popular, obra cit., p. 81. En este sentido se expresaba ya Alf ROSS, al señalar las posibles diferencias entre deber, obligación y responsabilidad: "Que sea o no de un gran interés práctico el elaborar sobre esta diferencia teniendo en miras algún determinado sistema jurídico, no podríamos decirlo". Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho, obra cit., p. 267.

¹³⁴ "One can have an obligation without a duty. Thus, my promising to do something for you or your having done a favour for me may lay me under an obligation, but not necessarily make anything my duty... On the other hand, if one has a duty, for example to distribute mail, it may be that one is obliged -and has or is under an obligation- to do it, nevertheless, though delivering the mail is one's duty, it is not one's obligation". Alan R. WHITE, Rights, Clarendon Press, Oxford 1985, p. 53. En sentido parecido se expresa BRANDT cuando escribe: "'Deber' se usa de un modo más natural cuando existen algunas actuaciones positivas que se reconocen como propias de un oficio o rol social". Vid. Teoría Ética, trad. de E. Guisán, Alianza Editorial, Madrid 1982, nota 1, p. 409. Vid. también de este mismo autor The concepts of obligation and duty, en Mind, LXXIII, 1964, pp. 374 y ss. Vid. también A. I. MELDEN, Los derechos y las personas, obra cit., p. 161.

Deberes y obligaciones en la Constitución

teniendo así los deberes un ámbito mayor de libertad en las personas afectadas ¹³⁵. Esta consideración se acerca también a ciertas posiciones del pensamiento católico italiano. Por ejemplo Cortesi habla del deber como necesidad de la identidad. Como algo que se tiene que producir necesariamente al ser una característica de la identidad de quien nos referimos ¹³⁶.

También, dentro de la cultura jurídica italiana hay quienes distinguen entre 'doveri', 'obbligazione' y 'obbligo'. Así por ejemplo, Cesarini Sforza, teniendo en cuenta la distinción entre sanciones civiles y penales, diferencia entre deberes (doveri) voluntarios y deberes (doveri) necesarios. Las sanciones civiles son aquellas originadas por el incumplimiento de un deber (doveri) voluntario; las sanciones penales por el de un deber (dove-

Esto hace que haya autores que distingan entre morales profesionales y morales ordinarias. Las morales profesionales son adquiridas, es decir, "los deberes que imponen son el resultado de alguna acción que el agente mismo ha realizado creando la obligación de someterse a ellos (una promesa, un contrato, la aceptación de una designación, por ejemplo)". Ernesto GARZON VALDES, *Acerca de la tesis de la separación entre ética y política*, en Sistema, núm. 76, enero 1987, p. 116. En España también se habla de deberes producto de la función o del papel social. En este sentido pueden citarse reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de patria potestad y abandono de familia. Vid. por ejemplo las Sentencias de 14 de febrero de 1974 (Ref. Aranzadi 757); 9 de mayo de 1975 (Ref. Aranzadi 1959); 30 de abril de 1976 (Ref. Aranzadi 1836); 14 de diciembre de 1978 (Ref. Aranzadi 4132); 12 de noviembre de 1979 (Ref. Aranzadi 4094); 22 de febrero de 1980 (Ref. Aranzadi 762); 2 de junio de 1982 (Ref. Aranzadi 3453); etc...

¹³⁵"What I have a duty to do is what is laid on me, perhaps because of my job, to do; what I have an obligation to do is what I am tied to and have no alternative to doing". Alan R. WHITE, Rights, obra cit., p. 52. Vid. en este sentido S. TOULMIN, El puesto de la razón en la Etica, obra cit., pp. 133 y ss.

¹³⁶Vid. Luigi CORTESI, Uomo e Stato di fronte all'Etica, Giuffrè, Milano 1988, pp. 20-22.

El deber y la obligación

ri) necesario: "Se podría adoptar para la primera especie de deber el nombre de 'obbligazione', reservando a la otra el nombre de 'obbligo', y decir por eso que la 'obbligazione' (en este sentido) es una obligación asumida voluntariamente por el sujeto, mientras que el 'obbligo', en su sentido propio, es asignado al sujeto desde fuera, objetivamente, sin la intervención de su voluntad" ¹³⁷.

B. LA CONSIDERACION KANTIANA DEL DEBER Y DE LA OBLIGACION

Para el propósito que he señalado partiré de las consideraciones kantianas sobre el deber ¹³⁸. Según Kant, "ni en el

¹³⁷Widar CESARINI SFORZA, Risarcimento e sanzione, en Scritti Giuridici in onore di Santi Romano, vol. I, CEDAM, Padova 1940, pp. 151 y 152. Vid también la distinción de P. VIRGA, entre 'obbligazione' (deber voluntario), 'obbligo' (deber necesario) y 'onere' (carga), en Libertà giuridica e diritti fondamentali, obra cit., pp. 110 y 111.

¹³⁸Esto quizás supone una elección de principio que relativiza nuestras consideraciones, pero entiendo que el deber adquiere en Kant su formulación moderna. Por otro lado dentro de la construcción kantiana del deber y la obligación, se pueden señalar algunas incongruencias que serán pasadas por alto, y que entiendo derivan del intento de construir un edificio de conocimiento sólido y coherente. El partir de Kant y su concepto de deber puede ser que para muchos suponga ya comenzar erróneamente. Las críticas al concepto de deber kantiano son muchas, pero quizás las más radicales sean las de NIETZSCHE, quien le califica como "fantaseador del concepto del deber"; "un mediocre sicólogo y mediano conocedor de los hombres, con fallos enormes en relación con los grandes valores históricos (la Revolución francesa); fanático moral a lo Rousseau, con una corriente subterránea de valores cristianos; completamente dogmático...". Vid. La voluntad de poderío, obra cit., pp. 80 y 83. Y refiriéndose al imperativo categórico escribe: "La tartufería rígida y virtuosa con que el viejo Kant nos arrastra a los tortuosos senderos de su dialéctica para conducirnos, o mejor dicho, para inducirnos a aceptar su imperativo categórico, es un espectáculo que nos hace sonreír, a nosotros, niños mimados que sentimos vivo placer al describir las pequeñas sutiles

Deberes y obligaciones en la Constitución

mundo, ni en general, tampoco fuera del mundo, es posible pensar nada que pueda considerarse como bueno sin restricción, a no ser tan sólo una buena voluntad" ¹³⁹. Pero, ¿como puede caracterizarse esta, como se distingue?. Para Kant, "la buena voluntad no es buena por lo que efectue o realice, no es buena por su adecuación para alcanzar algún fin que nos hayamos propuesto; es buena sólo por el querer, es decir, es buena por sí misma" ¹⁴⁰. El verdadero destino de la razón será el producir una voluntad buena pero nunca como medio sino buena en sí misma.

Kant elige el concepto de deber como expresión de esa voluntad buena. El deber es el sometimiento a un valor, a una determinada forma de actuar, no por la utilidad que ella puede darnos ni por la satisfacción que nos produzca, sino por el respeto a la misma ¹⁴¹. El respeto se convertirá así en uno de los conceptos centrales en la definición del deber kantiano.

En este sentido distingue tres formas de actuar: actuación

malicias de los viejos moralistas y de los predicadores". Más allá del bien y del mal, prol. de D. Castrillo Mirat, trad. de C. Vergara, Edaf, Madrid 1985, p. 42. Estas críticas se repiten en El Anticristo, trad. de C. Vergara, Edaf, Madrid 1985, p. 30. Una crítica más moderna al deber kantiano puede verse en NOWELL-SMITH, Ética, obra cit., pp. 269 y ss.

¹³⁹KANT, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, trad. de M. Garcia Morente, Colección Clásicos Inolvidables. El Ateneo, Buenos Aires 1951, p. 481. Vid. las consideraciones al respecto de O. HÖFFE, en I. Kant, versión castellana de Diorki, Ed. Herder, Barcelona 1986, p. 165. En contra de la equiparación entre deber y bueno vid. E. TUGENDHAT, Problemas de la Ética, obra cit., pp. 73 y 74.

¹⁴⁰KANT, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, obra cit., p. 482.

¹⁴¹En esete sentido, los impulsos serán obstáculos para el deber. Vid. KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 229 y 230.

contraria al deber, actuación conforme al deber y actuación por deber. La actuación contraria al deber no va a tener repercusión significativa para la comprensión del concepto de deber. Otra cosa ocurre con la actuación conforme al deber y la actuación por deber. La primera es susceptible de ser predicada en relación a la legalidad y en ella puede haber participación de las inclinaciones: "Y en eso descansa la diferencia entre la conciencia de haber obrado conforme al deber y por deber, es decir, por respeto hacia la ley, siendo lo primero (la legalidad) posible, aún cuando sólo las inclinaciones hubieran sido los fundamentos de determinación de la voluntad; y lo segundo, empero (la moralidad), el valor moral tiene que ser puesto exclusivamente en que la acción ocurra por el deber, es decir, sólo por la ley" ¹⁴². Solamente será posible hablar de valor moral en esta última, en ella es donde el concepto de deber está adquiere su verdadero significado. El actuar por deber significa que esa acción no es un medio para conseguir un fin determinado, sino que es un fin en sí misma. Así escribe: "una acción hecha por deber tiene su valor moral, no en el propósito que por medio de ella se quiera alcanzar, sino en la máxima por la cual ha sido resuelta; no depende, pues, de la realidad del objeto de la acción, sino meramente del principio del querer" ¹⁴³.

¹⁴²KANT, Crítica de la razón práctica, obra cit., p. 81. Introduce aquí Kant el término "ley" que, como veremos más adelante, es también central en su concepción del deber.

¹⁴³KANT, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, obra cit., p. 486.

Deberes y obligaciones en la Constitución

El deber necesita de la existencia de una serie de disposiciones en el hombre que son condiciones subjetivas de su receptividad. Estas disposiciones son el sentimiento moral, la conciencia moral, la filantropía y el respeto. Se trata de predisposiciones del ánimo, estéticas pero naturales (praedispositio), a ser afectado por los conceptos del deber; no puede considerarse como deber tener estas disposiciones, sino que todo hombre las tiene y puede ser obligado gracias a ellas ¹⁴⁴. El sentimiento moral sería, según Kant, "la receptividad para el placer o el desagrado, que surge simplemente de la conciencia de la coincidencia o discrepancia entre nuestra acción y la ley del deber". Por su parte, la conciencia moral sería "la razón práctica que muestra al hombre su deber en cada caso concreto de una ley, absolviéndolo o condenándolo". La filantropía consistiría en hacer el bien a otros hombres, mientras que con el respeto se estaría haciendo alusión a la consideración del hombre como ser valioso, como fin en sí mismo ¹⁴⁵.

El deber es también concebible para Kant como necesidad: "el deber es la necesidad de una acción respecto a la ley" ¹⁴⁶. Pero

¹⁴⁴KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 254.

¹⁴⁵KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 254 y ss.

¹⁴⁶KANT, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, obra cit., p. 487. Vid. también, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 80. En este sentido se expresaba también BURLAMAQUI: "...toute règle des actions humaines, qu'elle foit, emparte avec elle une nécessité morale de s' y conformer, & produit para consequent une forte obligation". Principes du Droit Naturel, obra cit., Seconde Partie, cap. VII, p. 130. En contra del concepto de obligación como necesidad vid. NIETZSCHE, La voluntad de poderío, obra cit., p. 347.

El deber y la obligación

no se refiere a una ley en sentido jurídico, sino a una ley cuya principal característica es llevar al bien moral y que determina la voluntad, siendo así el verdadero motor de la razón pura práctica ¹⁴⁷. En este sentido escribe: "Como he sustraído la voluntad a todos los afanes que pudieran apartarla del cumplimiento de una ley, no queda más que la universal legalidad de las acciones en general -que debe ser el único principio de la voluntad-; es decir, yo no debo obrar nunca más que de modo que pueda querer que una máxima deba convertirse en ley universal" ¹⁴⁸.

Pero el mismo Kant señala que no siempre la razón determina suficientemente la voluntad, sino que ésta se haya sometida a condicionamientos subjetivos. Para la realización del deber por el deber es necesaria la voluntad libre, y esta viene determinada por la ley. Así, la voluntad libre es aquella que no sólo sin cooperación de impulsos sensibles, sino con exclusión de todos ellos y con daño a todas las inclinaciones, es determinada por la ley ¹⁴⁹.

En los casos en los que la voluntad no es plenamente conforme a la razón, "las acciones conocidas objetivamente como necesarias son subjetivamente contingentes, y la determinación de tal voluntad, en conformidad con las leyes objetivas, llámase constricción... La representación de un principio objetivo, en

¹⁴⁷Vid. KANT, Crítica de la razón práctica, obra cit., p. 87.

¹⁴⁸KANT, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, obra cit., 488.

¹⁴⁹Vid. KANT, Crítica de la razón práctica, obra cit., p. 74.

tanto que es constructivo para una voluntad, llámase mandato (de la razón) y la fórmula de mandato llámase imperativo" ¹⁵⁰.

Los imperativos, según Kant, están para que el hombre pueda actuar o llegar al bien moral. Así, hace la distinción entre el imperativo hipotético y el categórico. Los imperativos hipotéticos "representan la necesidad práctica de una acción posible, como medio de conseguir otra cosa que se quiere (o que es posible que se quiera)", mientras que el categórico "sería el que representare una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesaria" ¹⁵¹. De esta forma, "si la acción es buena sólo como medio para alguna otra cosa, entonces es el imperativo hipotético; pero si la acción es representada como buena en sí, estos es, como necesaria en una voluntad conforme en sí con la razón, como un principio de tal voluntad, entonces es el imperativo categórico" ¹⁵².

La acción en la que actúa el imperativo categórico tiene verdadero valor moral. Y este de forma amplia podría formularse así: "obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal". Considera Kant que, de esta

¹⁵⁰KANT, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, obra cit., p. 498.

¹⁵¹KANT, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, obra cit., p. 499. Su formulación sería: Si quieres A, debes B.

¹⁵²KANT, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, obra cit., p. 500. Su formulación sería: Debes B. En virtud de éste, "determinadas acciones están permitidas o no permitidas, es decir, son moralmente posibles o imposibles; pero algunas de ellas, o bien sus contrarias, son moralmente necesarias, es decir, obligatorias...". KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 27.

El deber y la obligación

forma, el deber solamente será expresable en imperativos categóricos ¹⁵³, propios del mundo moral.

Como escribe un importante neokantiano como Del Vecchio, "el imperativo hipotético en sentido kantiano... prescinde completamente de la voluntad y de la liceidad de cualquier acción; y si en estos casos hay algo que se califica como bueno, ello se entiende no ya en sentido moral, sino solamente como sinónimo de idóneo o eficaz en relación con el fin que se desea lograr ¹⁵⁴. La actuación por deber implica conformidad con el imperativo categórico pero no implica ausencia de libertad.

Para Kant, el deber, en principio no implica la autoasunción del individuo, sino que siempre va a llevar consigo un determinado tipo de coacción. La coacción puede ser bien exterior o bien interior (autocoacción) y consiste en una actuación a disgusto (se plantea frente a la inclinación) ¹⁵⁵. Pero, como "el hombre es un ser libre (moral), el concepto de deber no puede contener más que la autocoacción (únicamente por la representación de la

¹⁵³"Así, pues, hemos llegado, por lo menos, a éste resultado: que si el deber es un concepto que debe contener significación y legislación real sobre nuestras acciones, no puede expresarse más que en imperativos categóricos y de ningún modo en imperativos hipotéticos". KANT, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, obra cit., p. 508.

¹⁵⁴Giorgio DEL VECCHIO, El 'Homo Juridicus' y la insuficiencia del Derecho como regla de la vida, trad. de Juan Marcos de la Fuente, en Aspectos y problemas del Derecho, Escritos filosófico-jurídicos, EPESA, Madrid 1967, p. 127.

¹⁵⁵La consideración de la coacción como actuación a disgusto plantea el problema de ciertas actitudes conformes al imperativo moral que constituyen deberes, frente a las que el hombre ciertamente no se siente coaccionado. Vid. KANT, La Metafísica de las Costumbres, nota *, p. 229.

ley), si consideramos la determinación interna de la voluntad (los móviles), porque sólo así es posible conciliar aquella coerción (incluso si fuera exterior) con la libertad del arbitrio; con lo cual entonces el concepto de deber deviene ético" ¹⁵⁶. Así, esta autocoacción no limitaría la libertad propia del hombre, ya que está producida por la propia razón del mismo constituida como ley ¹⁵⁷. En este sentido escribe: "otro puede coaccionarme sin duda a hacer algo que no es un fin mío y, ciertamente, yo no puedo tener ningún fin sin hacerlo mío. Esto último sería una contradicción consigo mismo: un acto de la libertad que a la vez, sin embargo, no sería libre. Pero no es contradictorio proponerse a sí mismo un fin, que es a la vez un deber: porque en tal caso me coacciono a mí mismo, lo cual se concilia muy bien con la libertad" ¹⁵⁸. El deber, en definitiva, supone la expresión de la libertad máxima del hombre, como sujeto autónomo independiente sujeto a las disposiciones de la razón ¹⁵⁹.

¹⁵⁶ KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 229.

¹⁵⁷ Vid. KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 262.

¹⁵⁸ KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 231.

¹⁵⁹ Incluso afirma: "Un hombre es tanto más libre cuanto más puede ser coaccionado moralmente (por la simple representación del deber) y menos físicamente. Así, por ejemplo, aquel que posee una resolución suficientemente firme y un alma fuerte como para no renunciar a una diversión que se ha propuesto, por muchos que sean los daños imaginables que pueda atraer sobre sí, pero que, sin embargo, renuncia a su propósito sin vacilar, aunque a disgusto, cuando piensa que con ello descuida obligaciones de su cargo o desatiende a su padre enfermo, demuestra precisamente su libertad en sumo grado al no oponer resistencia a la voz del deber". KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., nota *, p. 231.

El deber y la obligación

El deber va a exigir una obediencia incondicional ¹⁶⁰ para que pueda ser considerado como verdadero deber y por otro lado, va a ser fruto del sentimiento moral ¹⁶¹. Este sentimiento conlleva a la perfección práctico-moral interna y es consecuencia "del efecto que la voluntad, legisladora en él mismo, produce sobre la facultad de actuar conforme a ello" ¹⁶². El sentimiento moral en relación con el deber va a devenir en el respeto hacia la ley moral ¹⁶³, y por consiguiente, en él está el origen de la compulsión moral a la que antes nos referimos ¹⁶⁴.

Según Kant, el deber no puede entenderse como el resultado del propósito de búsqueda de la felicidad ¹⁶⁵. En este sentido distingue entre el placer patológico y el moral. El primero es aquel que precede al cumplimiento del deber y hace adecuarse a

¹⁶⁰Ya que es expresión de un imperativo incondicionado, como es el categórico. Vid. KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 245.

¹⁶¹Vid. KANT, Teoría y práctica, obra cit., pp. 10 y 17; La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 24 y 25.

¹⁶²KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 239.

¹⁶³Vid. KANT, Crítica de la razón práctica, obra cit., p. 75.

¹⁶⁴Vid. KANT, Crítica de la razón práctica, obra cit., p. 82.

¹⁶⁵Así escribe: "Sin embargo, que el hombre debe cumplir con su deber de un modo absolutamente desinteresado y tiene que separar completamente su anhelo de felicidad del concepto de deber, para que así éste se posea con toda su pureza, es algo de lo que el hombre tiene conciencia con máxima claridad; y si creyera no tenerla, cabe exigirle que la tenga en la medida de sus fuerzas, porque justo en esa pureza se ha de hallar el verdadero valor de la moralidad y, por consiguiente, tiene que ser también capaz de ello". KANT, Teoría y práctica, obra cit., p. 18.

Deberes y obligaciones en la Constitución

éste. El segundo precede al deber, que será su consecuencia ¹⁶⁶.

Deber y virtud van a estar relacionados. La virtud, según Kant, consiste en la intención moral hacia lo justo ¹⁶⁷, con lo que, "la doctrina general de los deberes, en aquella parte que no ofrece la libertad externa, sino la interna bajo leyes, es una doctrina de la virtud" ¹⁶⁸. En conclusión, la virtud sería "la fuerza de la máxima del hombre en el cumplimiento de su deber" ¹⁶⁹.

La relación deber y virtud, lleva a Kant a distinguir entre deber ético y deber de virtud. Sólo son deberes éticos aquellos que no se refieren a un determinado fin o a lo formal de la determinación moral de la voluntad. En este sentido escribe: "Sólo un fin que es a la vez deber puede llamarse deber de virtud". Así, puede hablarse de varios deberes de virtud, pero de un sólo deber ético, al igual que puede hablarse de diversas

¹⁶⁶vid. KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 226 y 227. Y así escribe: "Cuando ésta diferencia no se respeta, cuando se erige como principio la eudemonía (el principio de la felicidad) en vez de la eleuteronomía (el principio de la libertad de la legislación interior), entonces la consecuencia es la eutanasia (muerte dulce) de toda moral". La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 227.

¹⁶⁷"Ahora bien, la capacidad y el propósito deliberado de oponer resistencia a un adversario fuerte, pero injusto, es el valor (fortitudo) y, referido al adversario de la intención moral en nosotros, es la virtud (virtus, fortitudo moralis)". KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 229 y 230.

¹⁶⁸KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 230.

¹⁶⁹KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 230. También vid. Crítica de la razón práctica, obra cit., p. 84.

El deber y la obligación

virtudes pero sólo de una intención virtuosa ¹⁷⁰: "La virtud, entendida como conformidad de la voluntad con todo deber, fundada en una intención firme, es sólo, como todo lo formal, una y la misma. Pero atendiendo al fin de las acciones que es a la vez deber, es decir, a aquello (lo material) que debemos proponernos como fin, puede haber más virtudes, y la obligación con respecto a la máxima de perseguirlo se llama deber de virtud; por tanto, hay muchos deberes de virtud" ¹⁷¹. Si bien estos deberes tienen un único fundamento, por lo que tienen un carácter absoluto para el individuo ¹⁷².

Dentro de los deberes de virtud destaca Kant dos: la propia perfección y la felicidad ajena. Ambos constituyen fines que son a la vez deberes y no son intercambiables por la propia felicidad y la perfección ajena ¹⁷³. Con esto parece Kant distinguir entre

¹⁷⁰KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 233.

¹⁷¹KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 249.

¹⁷²Así escribe: "Para un deber no puede encontrarse más que un único fundamento de la obligación, y en el caso de que se aduzcan para ello dos o más pruebas estamos ante un signo seguro de que, o bien no tenemos todavía ninguna prueba válida, o bien son varios y diferentes deberes los que se han considerado como uno". KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 259.

¹⁷³"Lo que cada uno quiere ya de por sí de un modo inevitable no está contenido en el concepto de deber; porque este implica una coerción hacia un fin aceptado a disgusto. Por tanto, es contradictorio decir que estamos obligados a promover nuestra felicidad con todas nuestras fuerzas.

Asimismo es una contradicción que me proponga como fin la perfección de otro y que me considere obligado a fomentarla. Por que la perfección de otro hombre como persona consiste precisamente en que él mismo sea capaz de proponerme su fin según su propio concepto del deber, y es contradictorio exigir (proponerme como deber) que yo deba hacer algo que no puede hacer ningún otro más que él mismo". KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 237.

dos sentidos de deber moral. Uno, el sentido ético, se refiere a la intención virtuosa, al cumplimiento del deber por el deber. Otro sería la consideración del deber como un fin en sí mismo.

Por otro lado, resulta interesante la distinción kantiana entre deber y obligación: "La dependencia en que una voluntad no absolutamente buena se halla respecto del principio de autonomía -la constricción moral- es obligación. Esta no puede, por tanto, referirse a un santo. La necesidad objetiva de una acción llámase deber" ¹⁷⁴. Esta distinción se contemplaba ya, en cierta forma,

¹⁷⁴KANT, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, obra cit., p. 519.

En este punto nos encontramos con un problema que hace relativizar en cierta medida la distinción entre deber y obligación a lo largo de la obra de Kant, y que se nos presenta respecto a las distintas traducciones que se han dado de su obra al castellano. Como ya señalé, respecto a la parte de la Introducción a la Metafísica de las Costumbres, podríamos manejar o bien la traducción de A. Cortina o bien la de González Vicen. Escogí la primera porque al ser de toda La Metafísica de las Costumbres, la terminología en este trabajo sería más coherente. Pero en relación con la posible diferencia entre deber y obligación puede constatarse diferencias entre ambas traducciones. Algunas de ellas son de relativa importancia, sobre todo si no nos proponemos distinguir entre deber y obligación. Así por ejemplo si utilizamos la traducción de González Vicen citada, podemos observar que en la p. 55 escribe: "de aquí se deduce que todas las obligaciones, simplemente por ser obligaciones pertenecen a la ética...". Por su parte, A. Cortina traduce este texto así: "De ello se infiere que todos los deberes, simplemente por ser deberes pertenecen a la ética" (vid. p. 24). Y otras diferencias parecen aún más importantes. Así, González Vicen en la p. 61 de su traducción escribe: "Vinculatoriedad es la necesidad de una acción libre bajo un imperativo categórico de la razón". Mientras que en la traducción de A. Cortina puede leerse: "Obligación es la necesidad de una acción libre bajo un imperativo categórico de la razón". Asimismo, cuando González Vicen en la p. 63 traduce: "Obligación es aquella acción a la que alguien se encuentra vinculado. La obligación es, pues, la materia de la vinculatoriedad; y la obligación puede, por la acción, ser única, aún cuando nosotros estamos vinculados a ella de distintas maneras". A. Cortina lo hace de esta otra forma: "deber es la acción a la que alguien está obligado. Es pues la materia de la obligación, y puede ser el mismo deber (según la acción), aunque podamos estar obligados a él de diversos modos" (p. 29).

Esto no hace más que constatar la dificultad de la distinción entre éstos dos términos. Además, hace que la distinción en Kant, que hemos reseñado, se

El deber y la obligación

cuando hablaba de los imperativos. En ella tiene importancia la distinción de la actuación conforme al deber (donde si podría entrar el concepto obligación) y la actuación por deber. Kant, como vemos, habla de deber cuando la acción es debida por su valor intrínseco y de obligación, cuando se tiene en virtud de algo, siendo así éste un concepto relacional. La asunción del deber es siempre incondicional mientras que la asunción de la

aminore en su valor, a excepción de la traducción de la Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, de García Morente (a la que se ajustaría más la traducción de González Vicén).

Por otro lado, la distinción se complica en KANT cuando hace referencia a una obligación de virtud distinta del deber de virtud: "en lo que respecta a la distinción entre lo material y lo formal en el principio del deber (entre la legalidad y la finalidad), es menester resaltar que no toda obligación de virtud (obligatio ethica) es un deber de virtud (officium ethicum s. virtutis); con otras palabras: que el respeto por la ley en general todavía no fundamenta un fin como deber; sólo el último es un deber de virtud. Por tanto sólo hay una obligación de virtud, pero muchos deberes de virtud; porque ciertamente hay muchos objetos que son para nosotros fines que tenemos a la vez el deber de proponernos, pero sólo hay una intención virtuosa como fundamento subjetivo de la determinación de cumplir el propio deber, intención que se extiende también sobre los deberes jurídicos...". La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 269.

En esta ocasión emplea pues el término obligación de virtud en el sentido en el que ha venido hablando de deber ético. Como puede verse, la traducción de A. Cortina, coherente con su pensamiento (vid. la utilización del término obligación en su Ética mínima, obra cit., p. 408), utiliza 'obligación' para los casos en los que nosotros hablaríamos de 'deber' (vinculatoriedad en la traducción de González Vicén).

Pero es que además, la utilización cambia cuando Kant se refiere a los deberes éticos de obligación amplia y a los deberes jurídicos de obligación estricta. Vid. La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 242.

Con todo ello incluso podríamos concluir con la posible existencia, dentro del pensamiento de Kant, de cuatro sentidos distintos en relación con el deber y la obligación: El deber ético, como intención virtuosa de respeto por el deber (sólo puede haber una). El deber de virtud, que sería la consideración del deber como fin en sí mismo (hay tantos como fines tiene el hombre). La obligación ética, como medio para la consecución del fin, y que implica una autoacción. La obligación jurídica, sobre la recaería el deber ético pero no el de virtud, que podría ser considerada también como medio, y que implica una coacción externa.

Deberes y obligaciones en la Constitución

obligación es condicional ¹⁷⁵. Como escribe Ramón Macia refiriéndose a Kant: "El deber de actuar exclusivamente por un deber existente y por ningún otro motivo es el deber ético formal y diferencialmente tal. No sólo es peculiar y exclusivo de la legislación moral sino el constitutivamente moral. Deber que se puede enunciar también en términos de ley o legalidad que es su causa. Y entonces se traduce en el deber de actuar una legislación por la misma legislación, por respeto a la misma, lo cual es muy distinto de actuar de acuerdo con la legislación, y actuar así puede ser por muchos motivos, incluso por el motivo de respeto a la legislación" ¹⁷⁶. El deber por deber constituye así, para nosotros, el deber ético, mientras que la actuación conforme a la legislación, la actuación conforme al deber sería la obligación. El propio Rousseau realiza claramente esta distinción: "Si es preciso obedecer por la fuerza, no se necesita obedecer por deber, y si no se está forzado a obedecer, no se está obligado"

¹⁷⁵Esta idea no es seguida por todos los autores. Así por ejemplo Gregorio ROBLES, escribe: "La estructura de la norma es siempre la misma: expresión lingüística de un deber condicionado. En realidad, decir deber condicionado es lo mismo que decir deber simplemente, ya que es impensable un deber incondicionado. La condición del deber se refiere, cuando menos, a los supuestos personales del destinatario y la existencia del objeto de referencia del deber". Tres tipos de reglas en el Derecho, en Anuario de Derechos Humanos, num. 4, Universidad Complutense, Madrid 1986-87, p. 335. Los deberes son incondicionados, las obligaciones no y en éstas es cuando hay que hacer referencia a esos datos, ya que los deberes son algo bueno en sí por su valor intrínseco.

¹⁷⁶R. MACIA, Derecho y Moral en Immanuel Kant, en Derecho y Moral, Análes de la Cátedra F. Suarez, num. 28, Granada 1988, p. 381. Más adelante (p. 403), escribe: "El contenido completo de la ley ética kantiana comprende, pues, dos aspectos, uno formal y específicamente moral y otro de contenido genérico moral: uno recoge el deber de actuar por deber y otro acoge los deberes de acción y de omisión, aquello que se debe hacer u omitir".

El deber y la obligación

¹⁷⁷. El deber sería la representación del deber kantiano en el mundo inteligible, mientras que la obligación sería la representación de ese deber en el mundo sensible ¹⁷⁸.

Las consideraciones kantianas sobre el deber, nos pueden servir de punto de partida de la distinción entre deber y obligación, pero también como base de la concepción de los deberes intersubjetivos. Pero esto no supone seguir completamente su concepción. Como veremos, ciertos aspectos tendrán que matizarse. Así, por ejemplo, la señalización de un contenido material absoluto ¹⁷⁹, la no consideración de sentimientos no morales para la formación de deberes ¹⁸⁰ o la no inclusión del conocimiento empírico en la estimación de los deberes ¹⁸¹.

¹⁷⁷J. J. ROUSSEAU, Contrato Social, obra cit., p. 35.

¹⁷⁸Vid. KANT, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 532, donde escribe: "En ese mundo inteligible tiene conciencia de poseer una buena voluntad, la cual constituye, según su propia confesión, la ley para su mala voluntad, como miembro del mundo sensible, y reconoce su autoridad al transgredirla. El deber moral es, pues, un propio querer necesario, al ser miembro de un mundo inteligible, y si es pensado por él como un deber, es porque se considera al mismo tiempo como miembro del mundo sensible". Vid. en este sentido KANT, La disertación de 1770, trad. al francés de P. Mouy, Librairie Philosophique J. Urin, París 1951, pp. 30 y ss.

¹⁷⁹KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 232 y 233.

¹⁸⁰KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 225.

¹⁸¹KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 261.

C. LA DISTINCIÓN ENTRE DEBER Y OBLIGACIÓN

Quizás la distinción entre el deber y la obligación pueda parecer a algunos el mejor ejemplo de aquella actividad que Hume destacaba en los filósofos cuando escribía: "No hay nada más normal para los filósofos que usurpar la provincia de los gramáticos y comprometerse en disputas sobre palabras, mientras imaginan que están entregados a controversias de la más profunda importancia e interés" ¹⁸². Pero una de las principales labores de un investigador del Derecho se centra no ya sólo en el lenguaje que éste emplea sino también en un análisis general del mismo, destacando sus características y distinguiéndolo de otros ámbitos afines ¹⁸³. Por otro lado, como señala Winch, "los problemas filosóficos versan en buena medida acerca del uso correcto de ciertas expresiones lingüísticas". Y estas expresiones no deben separarse de la realidad ya que "nuestros conceptos establecen para nosotros la forma de la experiencia que tenemos del mundo". En definitiva, "el mundo es para nosotros lo que se

¹⁸² David HUME, De la Moral y otros escritos, obra cit., p. 189.

¹⁸³ Refiriéndose al deber, escribe SCARPELLI: "L'analisi del concetto di dovere, con la distinzione dei vari significati di cui volta a volta è portatore, può recare un importante contributo alla corretta impostazione e soddisfacente soluzione di molti problemi, alla eliminazione di molti equivoci e confusioni". Contributo alla semantica del linguaggio normativo, a cura di A. Pintore, Giuffrè, Milano 1985, p. 228. Vid. también T. GEIGER, Moral y Derecho. Polémica con Uppsala, obra cit., p. 150.

El deber y la obligación

manifiesta a través de esos conceptos" ¹⁸⁴.

Ha señalado Alf Ross que definir "un palabra de forma que no tenga relación con lo que, en general, en una comunidad linguística se presenta en la mente de la gente que utiliza la palabra, es un absurdo que no puede esperar apoyo" ¹⁸⁵. En este sentido, intentaremos demostrar como la distinción entre deber y obligación se realiza incluso en el lenguaje corriente y, sobre todo, en el lenguaje de los juristas, dando al primero un significado eminentemente moral.

No hay que olvidar que, como hemos escrito, el concepto de deber nace en la historia dentro de perspectivas éticas o religiosas ¹⁸⁶. Por otro lado, como señala Cortesi, las raíces de los término deber y obligación no son las mismas: deber deriva del latino 'debert' y esta a su vez del griego, poseyendo el significado de 'es necesario que'. Por su parte obligación deriva de obligare y este del griego, con el significado de 'ligar', aunque también se empleaba en el sentido de constringir ¹⁸⁷

¹⁸⁴Peter WINCH, Ciencia social y filosofía, trad. de M. R. Viganó de Bonecalza, Amorrortu, Buenos Aires 1971, pp. 17 y 21. Vid. también R. M. HARE, Come decidere razionalmente le questioni morali, trad. al italiano de E. Lecaldano, en Etica e Diritto, a cura di L. Gianformaggio e L. Lacaldano, Laterza, Roma-Bari 1986, p. 53.

¹⁸⁵Alf ROSS, ¿Por qué democracia?, obra cit., p. 85.

¹⁸⁶Vid. en este sentido G. PECES-BARBA, Los deberes fundamentales, obra cit., p. 329.

¹⁸⁷Vid. Luigi CORTESI, Uomo e Stato di fronte all'Etica, obra cit., p. 17.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Si nosotros hablamos de deber como algo bueno en sí ¹⁸⁸, como el actuar conforme a la voluntad buena, éste concepto de bueno hace que nos movamos en el plano moral. Bueno puede ser, bien un concepto individual y relativo (una persona actúa por deber siempre y cuando reconozca la existencia del mismo y lo considere como algo bueno en sí), pero también puede darse un

¹⁸⁸ NOWELL-SMITH habla de al menos cuatro sentidos en los que se emplea 'en sí mismo': a) En contraste con 'para un propósito'. Este significaría lo bueno como medio, mientras en sí mismo sería lo bueno como fin. b) "A veces se usa como sinónimo de 'realmente' u 'objetivamente' para implicar independencia de la opinión humana o de los juicios de valor...". c) Con fuerza gerundiva: "Lo que es admirable o preferible en sí mismo es lo que la gente debe admirar o preferir". d) Como 'naturalmente bueno': para implicar que los criterios o normas que se emplean para juzgar la bondad de algo no dependen, como los criterios para discernir un buen sello de correos, de una convención humana". Ética, obra cit., pp. 192 y 193. De esta forma, el significado de algo en sí, resulta problemático. Para Kant y otros autores significa la existencia de algo independientemente a su percepción. Esto supone, en cierta manera acercarnos a una objetividad universal que en materia de deberes no parece ser acertada. Para huir de esto, resulta interesante entender la cosa en sí como la voluntad. Así es como la entiende Schopenhauer. Con ello relativizaríamos ese concepto, ya que el conocimiento perdería ciertos matices de universalidad dogmática. Como escribe SCHOPENHAUER: "Todo entender es un acto de representar, y queda, por tanto, en esencia, en el terreno de la representación; y como ésta sólo presenta apariencias, se limita a la apariencia. Donde empieza la cosa en sí, acaba la representación; por tanto, con la representación acaba el entender. En su lugar se presenta lo que es mismo, que llega a ser consciente como voluntad. Si esta conciencia fuese inmediata, tendríamos un conocimiento completamente adecuado de la cosa en sí. Pero por ser mediato, creando la voluntad el cuerpo orgánico, y al intelecto como una parte del mismo, y hablando y reconociéndose por éste en su conciencia como voluntad, está determinado este conocimiento de la cosa en sí, primeramente, por la diferenciación contenida en la cosa en sí de un sujeto que conoce y de un objeto conocido; y después, por la forma de tiempo, inseparable de la conciencia cerebral, por tanto, no enteramente agotada y adecuada". Algunos opúsculos, en El amor, las mujeres y la muerte, obra cit., pp. 315 y 316. El significado de algo en sí mismo es negado, entre otros, por NIETZSCHE, para quien al no existir ninguna verdad, ni ninguna cualidad absoluta de las cosas, no podía hablarse de algo en sí: "Y aún suponiendo que existiera un 'en sí', un incondicionado, no podría ser jamás conocido. Nada absoluto puede conocerse: de lo contrario, no sería absoluto. Conocer significa siempre 'poner algo bajo cierta condición'". Vid. La voluntad de poderío, obra cit., pp. 310 y 311, y Humano, demasiado humano, prol. de D. Castrillo Mirat, trad. de C. Vergara, Edaf, Madrid 1984, p. 71.

El deber y la obligación

paso adelante por medio de la comunicación intersubjetiva y entender éste bueno como intersubjetivo, aunque la relatividad continua aún dando éste paso. Si atendemos a la comunidad de comunicación, ésta si puede que en su reflexión establezca una serie de deberes, considerados como algo bueno por los participantes.

Pero, ¿tiene ésto reflejo en el Derecho?. Aquí creo que habría que distinguir dos casos. Un primer caso enmarcado en un sistema no democrático, con existencia de un Poder despótico creador de derechos y obligaciones. ¿Podrían equipararse éstas obligaciones con lo que venimos considerando hasta aquí como posibles deberes?. Desde mi punto de vista no, ya que les faltaría un elemento constituyente como es la autoasunción. El segundo caso nos situa en un contexto democrático, con un Poder fruto de la comunicación y con un Ordenamiento expresión de ella. En éste caso coincidirían en gran medida los deberes morales con las obligaciones impuestas por el Ordenamiento, pero ésto no ocurrirá siempre. El Ordenamiento jurídico va a evolucionar más lentamente que el diálogo moral, por lo que no todas las obligaciones que se crean por el Derecho van a poder ser consideradas deberes morales. Por otro lado, entender que lo que impone el Ordenamiento son deberes, es decir figuras incondicionales, nos apartaría de la realidad y de la efectiva comprensión de las normas por los ciudadanos. Como escribe Radbruch: "sólo la norma moral tiene en la voluntad un sustrato de deber, mientras que el sustrato del Derecho, la conducta, excluye por necesidad concep-

Deberes y obligaciones en la Constitución

tual serlo en igual sentido" ¹⁸⁹. El deber es comprendido como un sustrato más alto que la obligación que puede identificarse como el fin, mientras que la obligación será solo el vínculo que nos sujeta a ese fin ¹⁹⁰.

La distinción entre el deber y la obligación es planteada en la doctrina italiana de forma clara por Cesarini Sforza. Sus consideraciones nos sirven para aclarar y fundar nuestra posición. Para este autor el deber no puede ser entendido sin su significado de valor, muy unido a la libertad moral ¹⁹¹. En cambio, por obligación se entiende el contenido de una acción que es querida por persona distinta a quien la tiene que realizar o dejarla de realizar ¹⁹². Así, el deber pertenece a la conciencia individual y colectiva mientras que la obligación pertenece al mundo de la fuerza ¹⁹³.

Esta distinción puede contemplarse y corregirse en algunos aspectos si nos fijamos en la distinción entre deber, obligación

¹⁸⁹RADBRUCH, Filosofía del Derecho, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1959, p. 57.

¹⁹⁰En este sentido podrían servirnos las siguientes palabras: "Obligación es vínculo que nos sujeta y compele a la realización de un acto necesario para cumplir el fin. El deber, como necesaria posición de un acto para realizar un fin, indica proporción. La obligación indica sujección. Sin deber no existe obligación; porque el deber constituye el objeto y contenido esencial de las obligaciones". Enrique LUÑO PEÑA, Derecho natural, La Hormiga de Oro, Barcelona 1947, p. 135.

¹⁹¹Vid. Widar CESARINI SFORZA, Dovere e obbligo, en Studi in Onore di A. Segni, Giuffrè, Milano 1967, pp. 467 y 468.

¹⁹²Vid. Widar CESARINI SFORZA, Dovere e obbligo, obra cit., p. 472.

¹⁹³Vid. Widar CESARINI SFORZA, Dovere e obbligo, obra cit., p. 476.

y compromiso político, realizada por Scarpelli.

Scarpelli es partidario de reservar el término deber para el ámbito moral. En este sentido afirma que la Moral utiliza un discurso normativo tendente a un modelo de ordenamiento estático material, caracterizado por estar compuesto de directivas universalizables y cuya validez deriva de principios supremos morales. El Derecho, por otra parte, constituye un ordenamiento dinamico-formal apoyado en la autoridad. Por último, la Política, forma un sistema dinamico-finalístico, cuya validez deriva del acomodo de sus directivas a los fines propuestos.

Teniendo ésto presente subraya la necesidad de hablar de deber (dovere) moral, obligación (obbligo) jurídica y compromiso (impegno) político. Scarpelli destaca el sentido emotivo del término obligación como apropiado para aquellas normas apoyadas por la autoridad y reforzadas por la sanción ¹⁹⁴. Por otro lado, constata, la posible existencia de conflictos entre estas figuras. Así escribe: "En cuanto existencia en el presente, la persona es llamada a cumplir los valores que reconoce (deber moral);

¹⁹⁴"Il nome di dovere è appropriato per la qualificazione dei comportamenti richiesti da direttive morali basate, come si è visto, su principi materiali... Il nome di obbligo è invece più adatto per la qualificazione di comportamenti richiesti da direttive giuridiche: il significato emotivo e le risonanze di tale nome convengono ad una qualifica derivante da norme che traggono la loro giustificazione dalla autorità e sono generalmente rafforzate da sanzioni. Con il nome di impegno politico, infine, indichiamo un atteggiamento ed una linea di comportamento di un soggetto conformi alle direttive di una politica". Uberto SCARPELLI, *Dovere morale, obbligo giuridico, impegno politico*, en Rivista di Filosofia, vol. LVIII, Taylor, Torino 1972, pp. 292 y 293. En contra de esta distinción vid. F. CARPINTERO BENITEZ, Una introducción a la Ciencia jurídica, Civitas, Madrid 1988, p. 358, n. 219.

Deberes y obligaciones en la Constitución

pero en cuanto existencia abierta al futuro, es llamada a actuar para que esos valores sean cumplidos más plenamente en el futuro (compromiso político). En cuanto existencia individual, la persona debe buscar su propio camino para ser fiel a sus valores (deber moral, compromiso político); pero en cuanto existencia social, no puede dejar de participar en la exigencia de un orden objetivo que garantice la coexistencia y la cooperación (obligación jurídica)..."¹⁹⁵. Con ello se puede, si no identificar, si conectar claramente la figura del deber con la del valor. Por otro lado la obligación, siempre relacionada con un orden moral o jurídico, estaría caracterizada por tener fuerza impositiva que puede, o no, ser asumida.

Otro autor que nos ofrece razones, fuera del ámbito jurídico, que apoyan nuestra argumentación es Rawls. Para este, el deber natural parece que deriva de un valor o de una especie de moral objetiva, mientras que la obligación puede venir bien de un deber, bien derivada del principio de imparcialidad o bien puede tener su origen en nuestra voluntad.

Para Rawls, la valoración de los deberes y las obligaciones tiene que diferenciarse. Esta necesidad puede comprobarse cuando ambas figuras entran en conflicto. La distinción básica entre ellas radica en su distinta forma de producción¹⁹⁶. Estas formas pueden reconducirse, según hablemos de un deber o de una

¹⁹⁵Uberto SCARPELLI, *Dovere morale, obbligo giuridico, impegno politico*, obra cit., pp. 297 y 298.

¹⁹⁶RAWLS, *A theory of justice*, obra cit., p. 344.

El deber y la obligación

obligación, a las siguientes:

a) Deber: se deriva de un valor (por ejemplo la justicia) o de una especie de moral objetiva ¹⁹⁷. Se distingue de la obligación porque en el deber no participa la voluntad y su contenido no viene establecido en reglas ni prácticas sociales ¹⁹⁸.

b) Obligación: Podemos distinguir tres maneras de producirse:

-. En algunos casos puede hablarse de obligaciones derivadas de un deber ¹⁹⁹.

-. En otras ocasiones puede hablarse de obligaciones derivadas de nuestro propio consentimiento ²⁰⁰, en último término, como producto de nuestra voluntad ²⁰¹.

-. Por último, también es posible hablar de obligaciones derivadas del principio de imparcialidad. En este sentido escribe: "El término 'obligación' será reservado, entonces, para las exigen-

¹⁹⁷ Vid. RAWLS, A theory of justice, obra cit., p. 339 y ss. Vid. también RAWLS, Justicia como equidad, trad. de M. Rodilla, Tecnos, Madrid 1986, p. 90, donde escribe: "tenemos un deber natural de no oponernos al establecimiento de instituciones justas y eficientes (cuando no existen) y de apoyarlas y conservarlas (cuando existen)".

¹⁹⁸ Así escribe: "Now in contrast with obligations, it is characteristic of natural duties that they apply to us without regard to our voluntary acts. Moreover, they have no necessary connection with institutions or social practices...". Y más adelante: "A further feature of natural duties is that they hold between persons irrespective of their institutional relationships: they obtain between all as equal moral persons". A theory of justice, obra cit., pp. 114 y 115.

¹⁹⁹ RAWLS, A theory of justice, obra cit., p. 343.

²⁰⁰ RAWLS, A theory of justice, obra cit., pp. 380 y ss.

²⁰¹ RAWLS, A theory of justice, obra cit., p. 90.

cias morales que derivan del principio de imparcialidad" ²⁰². Este principio mantiene que "una persona debe ser requerida a cumplir su parte tal como es definido por las reglas de una institución cuando se satisfacen dos consecuencias: primera, la institución es justa (o equitativa), esto es, satisface los dos principios de justicia; y segundo, que se hayan aceptado voluntariamente los beneficios del acuerdo o que se saquen ventajas de las oportunidades que ofrece para promover los intereses propios" ²⁰³. Como puede observarse, a esta última producción pueden reducirse las demás.

Dentro de la cultura jurídica y moral anglosajona se distingue también entre diversos sentidos de los términos deber y obligación ²⁰⁴. Para ello no vinculan ninguna de estas palabras a un ámbito determinado sino que se apoyan exclusivamente en el significado social que tienen.

Un ejemplo de estas posiciones es la de Alan R. White, quien diferencia de forma principal tres términos: duty, ought y obligation.

Deber, como duty, se emplea bien en el sentido de deber

²⁰²RAWLS, A theory of justice, obra cit., p. 344.

²⁰³RAWLS, A theory of justice, obra cit., pp. 111 y 112.

²⁰⁴Como escribe el prof. PARAMO ARGUELLES refiriéndose a esta distinción en esa cultura: "mientras que la idea de 'obligación' dentro del mundo jurídico sería creada por el hombre en su propio provecho, los deberes son consecuencia de su posición jurídica, sin acto positivo de su parte". H. L. A. Hart y la Teoría analítica del Derecho, obra cit., p. 306, nota 288. Vid. también T.L.J. SPRIGGE, The Rational Foundations of Ethics, Routledge & Kegan Paul, London and New York, 1988, pp. 229 y ss.

El deber y la obligación

hacer algo o bien en el de deber hacia alguien ²⁰⁵, y suele ser establecido en virtud de determinados papeles sociales ²⁰⁶.

Estos deberes (duties) se diferencian de los deberes entendidos como ought. Mientras los primeros, como dijimos, derivan de papeles o puestos, el significado de los segundos indica situaciones en las que realizar cierta acción es digno o apropiado. Así, una persona puede hacer una acción porque es un acto de caridad o porque produce buenos resultados, sin que sea su deber (duty). Deber, en el sentido de ought, puede derivar de diferentes cosas (hechos, acontecimientos, etc...) y no implica posibilidad de realización, mientras que deber, en el sentido de duty, si ²⁰⁷.

En cuanto al término obligación, White se refiere a él en dos sentidos principales: obligación por y obligación a, o más correctamente hacia. El primero alude a aquellas situaciones que pueden describirse como: 'yo estoy obligado por alguien a hacer algo'. El segundo a aquellas resumibles en la siguiente frase:

²⁰⁵Alan R. WHITE, Rights, obra cit., pp. 26 y ss.

²⁰⁶Dentro de esta concepción se pueden distinguir los deberes según esten o no institucionalizados: "The link between duties and jobs, roles or positions depends on the idea of a duty being something due or assigned, Thus, while plumbers, sailors, tennis players, and brothers have roles just as much as doctors, teachers, umpires, and parents, duties seem to go more automatically, legally, or otherwise due from it. It has an institutionalized place". Alan R. WHITE, Rights, obra cit., p. 25.

²⁰⁷Vid. A. R. WHITE, Rights, obra cit., p. 30. Sobre la dificultad de plantear esta distinción en el castellano vid. C. S. NINO, Ética y Derechos humanos, obra cit., pp. 37 y 38.

'yo estoy obligado hacia alguien a hacer algo' ²⁰⁸. Así distingue entre sentirse o verse obligado y tener una obligación ²⁰⁹.

La obligación se diferencia del deber (ought) y del deber (duty). Respecto a la relación entre obligación y deber (ought) escribe: "Status, posiciones, oficios, deberes, y compromisos llevan consigo normalmente ciertas obligaciones (obligations), mientras las características de cursos y acciones alternativas normalmente muestran a una de ellas como la apropiada, la que nosotros debemos (ought) escoger" ²¹⁰. Por su parte, la obligación se distingue del deber (duty) porque implica limitación o restricción, mientras que el deber (duty) implica sentido de lo debido. Uno puede tener una obligación sin un deber: mi promesa de hacer algo por alguien o el que alguien haya hecho algo por mí puede hacer caerme en una obligación, pero no en un deber (duty). En definitiva, la diferencia fundamental consiste en que la obligación se produce normalmente por medio de contratos o pactos mientras que los deberes por papeles ²¹¹.

Si aplicásemos estas distinciones al ámbito español, podría-

²⁰⁸A. R. WHITE, Rights, obra cit., p. 33.

²⁰⁹A. R. WHITE, Rights, obra cit., pp. 34 y ss. Vid en este sentido H.L.A. HART, El concepto de Derecho, obra cit., p. 103.

²¹⁰A. R. WHITE, Rights, obra cit., p. 50.

²¹¹A. R. WHITE, Rights, obra cit., pp. 52 y ss. Esta es también la conclusión que obtiene R. B. BRANDT. Las obligaciones se refieren a situaciones entre dos personas en las que median promesas o contratos. Los deberes están relacionados con papeles sociales u oficios. The concepts of obligation and duty, obra cit., pp. 374 y ss.

mos equiparar las figuras del deber (duty) y la obligación ²¹², distinguiéndolas a su vez de deber (ought). Las primeras expresadas por el término obligación (el mismo White, como hemos visto, identifica en ocasiones las 'obligations' y los 'duties'), implicarían relación con algo o alguien, mientras que las segundas, expresadas con el término deber, el sentido de algo debido por su valor moral ²¹³.

Con esta aclaración, podríamos reconducir diversas consideraciones, sobre las obligaciones y los deberes del ámbito anglosajón. Por ejemplo Raz distingue entre 'deber hacer' (ought to do) y 'tener el deber de hacer' (have a duty to do). Para él, normalmente decimos que alguien debe hacer aquello que tiene el deber de hacer pero no siempre se tiene el deber de hacer aquello que se debe hacer ²¹⁴. La distinción de estas dos situaciones puede llevar a hablar de 'ought' como deber débil y de 'duty' como deber fuerte, pero esto no puede, según se desprende de las consideraciones de Raz, ser mantenido en sentido moral ya que

²¹²A esta conclusión llega también R. B. BRANDT, *The concepts of obligation and duty*, obra cit., pp. 392 y ss.

²¹³Esto puede desprenderse de la siguiente afirmación de John R. SEARLE, donde expresa el paso de la obligación (obligation) al 'debe' (ought) como consideración con más valor: "La prueba explana la conexión existente entre la declaración de ciertas palabras y el acto locutorio de prometer y, luego, a su vez, lleva la promisión a la obligación y se mueve de la obligación al 'debe'". Como derivar 'debe' de 'es', obra cit., p. 158.

²¹⁴Así escribe: "while I ought to allow my neighbour who locked himself out of his house to use my phone, I have no duty to do so. On the other hand, since I have promised my neighbour to saw off this week a branch overhanging a corner in his garden, I have a duty, and therefore I ought, to do so". J. RAZ, *Right-Based moralities*, obra cit., p. 184.

Deberes y obligaciones en la Constitución

'ought' no implica el tener unas razones. Así, lo que caracteriza la situación de 'duty' es la relación respecto a algo ²¹⁵.

Sin embargo, nuestras consideraciones no serían fácilmente aplicables a otras teorías de éste mismo ámbito, como por ejemplo la de Dworkin. Este autor distingue entre deber (ought), deber (duty) y obligación (obligation). En este sentido escribe: "A veces decimos que en general y teniendo en cuenta todos los factores, uno 'debe' o 'no debe' hacer algo. En otras ocasiones decimos que alguien tiene la 'obligación' o el 'deber' de hacer algo, o que no tiene 'ningún derecho' a hacerlo" ²¹⁶. Según Dworkin, las figuras del segundo tipo son mucho más fuertes que las del primero: "Podemos exigir obediencia a una obligación o un deber, y en ocasiones, proponer una sanción para la desobediencia, pero ni las exigencias ni las sanciones son adecuadas cuando es cuestión simplemente de lo que, en general, uno debe hacer" ²¹⁷. Estas afirmaciones valdrían para entender las obligaciones jurídicas en sentido objetivo, como mantenidas por un Ordenamiento jurídico (aunque creo que esto no sería sustentado por Dworkin), pero no servirían para la obligación moral. Lo que sucede es que Dworkin da primacía al deber y obligación moral como derivados de un conjunto de principios independientes, en

²¹⁵Vid. J. RAZ, *Right-based moralities*, obra cit., p. 184.

²¹⁶R. DWORKIN, Los derechos en serio, obra cit., p. 104.

²¹⁷R. DWORKIN, Los derechos en serio, obra cit., p. 105.

último término, de la aceptación o no de los sujetos ²¹⁸.

Nowell-Smith también distingue entre deber y obligación, si bien de forma distinta a como nosotros lo hacemos aquí. Para este autor, que unifica en cuanto significado deber (duty) y obligación (obligation), distinguiéndolos de deber (ought), la obligación tiene un carácter racional que no es poseído por el deber ²¹⁹. En este sentido, no es posible concebir la obligación como imperativo ya que es un término que implica razones, en cambio, si que encuentra acogida en los consejos ²²⁰. En cambio el deber, en el lenguaje cotidiano, si que puede ser concebido como imperativo: "La conducta humana sólo se torna inteligible si se parte del supuesto de que la gente pretende las consecuencias naturales de sus acciones; y decir 'debes' es actuar, intervenir en el mundo, no describirlo; de forma que, excepto en casos secundarios, va implicado que Juan pretende que Pedro haga lo que él le dice" ²²¹.

Pero también apuntará Nowell-Smith la distinción entre deber (duty) y obligación (obligation). Así, señala tres empleos comunes del primero:

²¹⁸El mismo DWORKIN se refiere en muchas ocasiones a obligaciones y deberes no autoasumidos. Vid. por ejemplo Law's Empire, obra cit., pp. 197 y 198.

²¹⁹Vid. NOWELL-SMITH, Etica, obra cit., p. 216.

²²⁰Vid. NOWELL-SMITH, Etica, obra cit., pp. 214 y 215 y pp. 221 y 222.

²²¹NOWELL-SMITH, Etica, obra cit., p. 217. El empleo del deber como imperativo implica que se trata de un término con fuerza emotiva mayor que la obligación.

Deberes y obligaciones en la Constitución

- a) Como demanda exterior en sentido de ventaja para quien la emite y desventaja para quien la recibe.
- b) Como consejo con probabilidad de ser aceptado.
- c) Como mandato con amenazas.

Tanto el primero como el tercero derivan, según Nowell-Smith, de la utilización de deber como sinónimo de obligación (derivada de una raíz que significa 'ligado, atado' ²²², y no parecen ser empleos apropiados. Pero aún así, no va a emplear definitivamente de forma distinta ambos términos. Incluso no ve razones para que el término deber se delimite al ámbito moral ²²³.

En Alemania también se ha señalado al término deber como propio del mundo moral. Pero de esa calificación también ha participado el término obligación. En este sentido puede citarse al primer Binder ²²⁴, para quien el Derecho era realmente la imposición de la voluntad del Estado. Así, al entender el deber y la obligación como la asunción de la norma, concluía encajando lo debido al campo de la moral y afirmando que "el Derecho no

²²²Vid. NOWELL-SMITH, Ética, obra cit., pp. 221 a 223.

²²³Vid. NOWELL-SMITH, Ética, obra cit., p. 239.

²²⁴J. BINDER, Rechtsnorm und Rechtspflicht, A. Deichert, Leipzig 1912. (Se cita siguiendo la obra de Massimo LA TORRE, La Lotta contro il diritto soggettivo, Giuffrè, Milano 1980, pp. 82 y 83). Sobre la obra de Binder vid. N. BOBBIO, La filosofía del Derecho de Julius Binder, en Studi Giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segrè, Giuffrè, Milano 1943; V. PALAZZOLO, La filosofía del derecho de Julius Binder, Giuffrè, Milano 1947; y en España a LEGAZ Y LACAMBRA, voz Deber, en Nueva Enciclopedia Jurídica, T. IV, pp. 243 y 244.

El deber y la obligación

obliga jurídicamente a nada" ²²⁵. El concepto de deber jurídico encerra-ba así una contradicción. Como escribe Larenz refiriéndose a esta concepción: "'Deber' no puede ser nunca más que deber ético, deber autónomo; el Derecho, en cambio, es una exigencia heterónoma unida a una fuerza coactiva..." ²²⁶. La obligatoriedad del comportamiento se salía del plano jurídico, por lo que Binder sustituía el término obligación por el de sujeción: "La consecuencia del Ordenamiento jurídico no consiste en estar obligado, sino en estar sujeto; el Derecho es poder real, que se impone autoritariamente y que no depende de una obligación" ²²⁷.

La distinción entre deber y obligación también ha sido planteada en España dentro del ámbito jurídico como más adelante veremos. Incluso hay autores que se refieren al deber como término propiamente moral. Así, por ejemplo Peidró Pastor y Rodríguez-Arias postulan la existencia de un Orden Universal creado por Dios del que surgen tres órdenes: el natural, el social y el jurídico. En primer lugar se creó un orden moral social que fué "raiz del orden natural y éste, a su vez, raiz de un orden positivo". El orden jurídico se fundamenta para estos autores en el orden natural y éste en el moral. En este sentido afirman: "Dado el fundamento sucesivo de estos tres órdenes, claramente se

²²⁵J. BINDER, Rechtsnorm und Rechtspflicht, obra cit., p. 47.

²²⁶Karl LARENZ, La Filosofía contemporánea del Derecho y del Estado, trad. de E. Galán Gutierrez y A. Truyol Serra, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1942, p. 122.

²²⁷J. BINDER, Rechtsnorm und Rechtspflicht, obra cit., p. 38.

Deberes y obligaciones en la Constitución

desprende la existencia para el hombre de un deber jurídico, la constricción de colaborar en la creación, mantenimiento y protección del orden jurídico positivo..." ²²⁸.

También Oscar Alzaga, al comentar el artículo 35 de la Constitución, en lo referente al 'deber' de trabajar, señala su formulación como deber moral en la Constitución de Weimar. Así escribe: "Me permito llamar la atención del lector sobre la terminología allí empleada y sobre la circunstancia de que nuestra Constitución de 1931 esquivaba el empleo de la palabra 'deber', quizá por entenderla vinculada al terreno de la moral, para emplear en su artículo 46 la palabra 'obligación', que tiene una significación más precisa en el campo del Derecho" ²²⁹.

Basándonos en las consideraciones precedentes, puede entenderse el **deber como algo incondicional** ²³⁰, mientras que la **obligación es condicional**. En este punto se relaciona el deber no

²²⁸ Ismael PEIDRO PASTOR y Luis RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Teoría del deber jurídico y del derecho subjetivo, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Segunda época, tomo XV, num. 3, año XLIII, marzo 1948, p. 264.

²²⁹ Oscar ALZAGA, La Constitución española de 1978. Comentario sistemático, Ediciones del Foro, Madrid 1978, p. 296.

²³⁰ Sin duda Adela CORTINA se refiere al deber cuando escribe: "...del hecho de que yo considere que debo hacer algo, no se sigue, de manera necesaria que deba yo hacerlo. Lo que debo hacer ha de tener, para constituir una obligación verdadera, carácter incondicionado, valer aún en contra de mi voluntad. Pero una de dos: o no puedo dejar de hacer lo que debo y quiero, y, entonces mi actitud no tiene ningún mérito moral, o puedo dejar de hacerlo, aunque deba hacerlo en todo caso...". Ética mínima, obra cit., p. 408. Con ésta consideración y sustituyendo obligación por deber, se puede entender las palabras de RADBRUCH en el sentido de que hablar de una obligación heterónoma es una contradicción lógica, pues solamente puede obligarnos nuestra propia conciencia. Vid. en este último sentido también a NOWELL-Smith, Ética, obra cit., pp. 269 y ss.

El deber y la obligación

sólo con el valor sino también con la virtud. Por decirlo con Hegel, "el deber debe ser cumplido por el deber" ²³¹. El **deber existe por su valor intrínseco** (ya sea individual o intersubjetivo, incluso trascendente) y no creo que sea posible hablar de un deber jurídico definible por éste valor. Puede que sea posible en algunos casos y para algunas personas, pero no en todos los casos, y además no es un dato necesario para la existencia de éste. La obligación jurídica se basa exclusivamente en la norma jurídica ²³², con lo que si se denomina como deber desvirtuaría ya la propia concepción de éste ²³³. Por decirlo empleando una distinción clásica, el deber se refiere al fuero interno y la obligación al externo ²³⁴.

El enunciado en el que se emplea el término deber es un enunciado valorativo, en primer término ²³⁵, en él, el "tu debes" significa que el comportamiento que tu puedes realizar es "bueno", . En cambio, el enunciado en donde se emplea el término obligación es un enunciado predominantemente prescriptivo, en el

²³¹G. F. HEGEL, Filosofía del Derecho, obra cit., p. 130.

²³²L. RECASENS SICHES, Introducción al estudio del Derecho, Porrúa, México 1974, p. 129.

²³³Como escribe VERNENGO: "hablamos de un deber moral cuando la acción debida es obligatoria por su valor intrínseco. La noción de obligación jurídica es relacional". Curso de Teoría General del Derecho, Depalma, Buenos Aires 1986, p. 207.

²³⁴vid. Widar CESARINI SFORZA, Sul concetto di obbligo, en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Anno XL-Serie III, Roma 1963, p. 433.

²³⁵Subrayo en primer término porque el caracter valorativo puede ir destinado a influir en los otros adquiriendo así, en segundo lugar, fuerza persuasiva e incluso prescriptiva.

que el "tu debes" significa que tu tienes la obligación de realizar determinado comportamiento ²³⁶.

Según Nowell-Smith los enunciados que contienen el término 'debe' implican razones: "Si alguien dice 'da la casualidad de que me gusta hacer X', no tiene sentido preguntarle por qué le gusta; porque la frase 'da la casualidad que' cumple precisamente el cometido de indicar que no puede aducir razones. Pero si dice 'debo hacer X', queda sometido a una indagación de las razones y debe preparar una respuesta" ²³⁷. 'Debe' puede emplearse con varios sentidos, pero entre todos ellos destacan dos: ser expresión de un deber o de una obligación. En el segundo caso, la afirmación de Nowell-Smith si tiene sentido: 'debo hacer X' es igual, en este caso, a 'tengo la obligación de hacer X' o 'estoy obligado a hacer X'. Aquí si que caben razones y a ésta pregunta de por qué, se podrá contestar: porque se trata de una obligación que deriva de un deber, porque así se me ha ordenado, porque así los dispone el Ordenamiento jurídico, etc... Pero esto varía cuando 'debe' es expresión de un deber. En este caso, 'debo hacer

²³⁶Vid. Alessandro BARATTA, Su alcuni significati di dover essere nell'analisi dell'esperienza normativa, obra cit., pp. 44 y 45. Como escribe NOWELL-SMITH: "Los mandatos difieren de los enunciados de deber por cuanto quien da una orden no está lógicamente obligado a dar razones por las que debe ser obedecido". Etica, obra cit., p. 214.

²³⁷NOWELL-SMITH, Etica, obra cit., p. 213. Vid también, p. 239. El profesor CARPINTERO BENITEZ, también emplea el deber relacionándolo con la existencia de razones. Así escribe: "el deber hace referencia esencialmente a la existencia de una razón o motivo, más allá del hecho de la coacción o de las órdenes imperativas por el que la conciencia individual queda vinculada". Una introducción a la Ciencia jurídica, obra cit., p. 348. Vid. también la nota 205 de la p. 347.

El deber y la obligación

X, no tiene porqué implicar razones. A la pregunta por qué, se podría contestar: 'porque debo hacer X'. El deber es un fin en sí mismo, con lo que no siempre va a poder ser expresado en vía racional. El único resquicio en el que la razón parece estar siempre presente es en la derivación de los deberes de esa elección (que no tiene por qué ser racional) de principio.

Hemos establecido, en algún momento, que el uso de deber en el ámbito jurídico era equiparable al de derechos morales. La caracterización de los derechos morales deviene de un intento de justificar una determinada situación o pretensión, mientras que la utilización del término deber, se realiza también como intento de justificación del comportamiento. Creo necesario distinguir los planos del ser y del deber ser, y en este sentido, parece también necesario no emplear, dentro del estudio estrictamente jurídico, términos no jurídicos. De ahí que no esté de acuerdo con Nino cuando, contestando a ciertas críticas de Carrió, se refiere a la necesidad de no utilizar, en el análisis del Derecho un lenguaje descriptivo. Más concretamente, haciendo alusión al 'deber', señala la necesidad de utilizarlo en el sentido de justificar la situación, es decir, dándole un componente moral. Con referencia a las tesis que describen el Ordenamiento sin aplicar criterios justificativos dice: "En este sentido uno puede perfectamente decir que en la Alemania nazi la SS tenía el deber jurídico de aprehender a los judíos y enviarles a campos de

exterminio sin que por ello uno adhiera a la ideología nazi" ²³⁸. Así, postula una definición del 'deber' jurídico que contenga en sí elementos justificadores de ese término. Nino considera a las normas jurídicas como prescripciones valorativas. De ahí el significado que da al 'deber' jurídico y de ahí también, su uso del término 'derechos morales'.

Algunos autores que restringen el término obligación a aceptación en conciencia, plantean la posibilidad de llamar a la situación creada por la norma jurídica sin referencia a la aceptación, imposición ²³⁹. La idea común de estos autores consiste en apartar el término obligación del ámbito jurídico calificándolo como un término eminentemente ético. Así, González Vicen escribe: "de obligación en sentido riguroso sólo puede hablarse, en cambio, cuando no se trata de una alternativa de comportamiento, sino de una exigencia absoluta: es decir, sólo cuando nos referimos a los imperativos de la conciencia ética individual..." ²⁴⁰.

El empleo de términos como imposición o similares en estas situaciones, no parece conveniente. En primer lugar, términos así

²³⁸C. S. NINO, Etica y derechos humanos, Astrea, Buenos Aires 1985, p. 213. Las referencias que se hagan a Etica y derechos humanos de Nino son de la última edición ya citada y no de ésta.

²³⁹Vid. en este sentido Sergio COTTA, Justificación y obligatoriedad de las normas, obra cit., p. 54.

²⁴⁰Felipe GONZALEZ VICEN, La obediencia al Derecho, en Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en memoria y homenaje del Catedrático D. Luis Legaz y Lacambra, Centro de Estudios Constitucionales y Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid 1983, p. 444.

El deber y la obligación

son demasiado "fuertes" para un sistema jurídico democrático. En segundo lugar, toda obligación supone la imposición de una conducta (pasiva o activa), pero no toda conducta de ese tipo va a ser rechazada por nuestra conciencia.

Y tampoco parecen convenientes las tesis de Raz cuando se refiere a determinadas obligaciones como la expresión de una razón protegida categórica ²⁴¹. Obligación y razón categórica son incompatibles, cosa que no ocurre con el deber y ésta razón. La obligación, para poder existir, va a tener que estar siempre conectada a algo y, por ello, podemos hablar de obligaciones morales, que son aquellas que derivan de un determinado deber moral (ya revista este la forma de compromiso político o sea caracterizado de forma individual o intersubjetiva) y de obligaciones jurídicas (que son aquellas que se establecen en la norma jurídica). Si quisieramos conectar el deber y la obligación con la idea del imperativo categórico, podríamos decir que los deberes son "categóricamente obligatorios" cosa que no ocurre con las obligaciones. Los deberes van a poder expresarse en forma de imperativo categórico, pero las obligaciones no.

La distinción de la Moral y el Derecho en el campo de las obligaciones es difícil, quizás pueda ser considerado como el punto más complicado en la distinción entre ambos campos. Una de las causas de esta dificultad, radica en el hecho de que el establecerse una obligación y una sanción para su incumplimiento,

²⁴¹Vid. J. RAZ, La autoridad del Derecho, obra cit., p. 291.

supone atribuir la calificación de ilícito a un determinado comportamiento, y esto a su vez, como señala Gavazzi, significa asignar un valor a esa acción ²⁴².

En el caso de las obligaciones jurídicas básicas el problema de distinción se acentúa ya que, en casi todos los casos, por lo menos si nos situamos respecto al sistema español, vienen a coincidir con posibles deberes morales donde entra a colación la satisfacción de necesidades y pretensiones básicas no ya individuales sino también sociales, y porque en estas situaciones se tiende a emplear un lenguaje emotivo. Pero es necesaria una perfecta distinción, que no separación, entre ambos niveles de reflexión ²⁴³. Por un lado, los deberes morales podemos entenderlos como derivados del diálogo intersubjetivo o de la conciencia ética individual, mientras que por otro, las obligaciones jurídicas básicas son aquellas impuestas por el Ordenamiento jurídico. En este sentido, Jean Rivero, comentando la Constitución francesa del año III, y más concretamente a la pretendida correlatividad entre derechos y deberes, señalará la distinta naturaleza de ambas figuras. Para este autor, el concepto de

²⁴²Giacomo GAVAZZI, L'Onere tra la libertà e l'obbligo, Giapichelli, Torino 1970, p. 120.

²⁴³En contra de la distinción entre el plano moral y jurídico y de manera especial a la consideración separada de las obligaciones jurídicas y las morales, puede citarse el artículo de Martin KRIELE, L'obbligo giuridico e la separazione fra Diritto e Morale, trad. al italiano de Mario G. Losano, en Rivista di Filosofia, Studi sull'obbligo giuridico, vol. LVII, Taylor Editore, Torino 1966, que finaliza con las siguientes palabras: "Chiamiamo dunque le cose per nome: il problema giuridico dell'esistenza dell'obbligo giuridico è non solo una questione d'applicazione di norme persistenti, ma anche un problema di giustizia".

El deber y la obligación

deber pertenece al dominio de la moral, mientras que el de derecho al jurídico. La contrapartida de los derechos serán las obligaciones, por lo que enunciar derechos y deberes en el mismo texto podría hacer pensar que los derechos no tienen fuerza jurídica sino que pertenecen al dominio de la ética ²⁴⁴.

Esta distinción creo que es interesante en el intento de construir una teoría jurídica de las obligaciones que sin estar completamente desconectada del plano moral no se identifique con él ²⁴⁵. Por otro lado, también será conveniente para una teoría jurídica más pura, el apartar aquellos términos que tengan una fuerza emotiva capaz de ser utilizada por distintas ideologías y para diversos fines ²⁴⁶. No hay que olvidar que como señalan Warat y Martino, en todas "las lenguas existe un conjunto de

²⁴⁴Vid. Jean RIVERO, Les libertés publiques, Presses Universitaires de France, Paris 1984, T. I, p. 79.

²⁴⁵Y para ello creo que no pueden ponerse obstáculos que incidan en el lenguaje común de "la calle" o en el empleo del término deber por el Derecho cuando manda, prohíbe, etc... Como dice SCHELER, cuando se dice que tú debes hacer ésto en ésta forma, se puede hablar en dos sentidos: "en primer lugar, la afirmación de que tal modo de obrar en el otro corresponde a la exigencia de un deber ser ideal; en segundo lugar, la expresión inmediata y la comunicación de la voluntad del que habla para que el otro, prestando oídos a esa exigencia, obre de manera determinada". Ética, I, obra cit., pp. 266 y 267. Creo que el primer sentido no corresponde al ámbito del Derecho y el segundo, en cambio, si puede corresponder; por otro lado éste segundo sentido puede ser expresable en términos de obligación tal y como se entiende en éste trabajo.

²⁴⁶Y en esta labor no creo que caigamos en aquella característica que BENTHAM destacaba en los juristas y escritores, en el sentido de "fundar razonamientos y aun fabricar obras muy largas sobre definiciones puramente arbitrarias". Afirmando: "Todo el artificio consiste en dar a una palabra una significación particular, muy diferentes de la que tiene en el uso común, emplearla como nunca se ha empleado, y alucinar y extraviar a los lectores con una apariencia de profundidad y de misterio". J. BENTHAM, Tratados de legislación civil y penal, obra cit., p. 81.

signos sinónimos; signos que tienen una denominación coincidente, pero que difieren sustancialmente en su impacto emotivo..."²⁴⁷.

También es posible distinguir las figuras del deber y de la obligación teniendo en cuenta la voluntad del sujeto. En el caso del deber, para poder hablar propiamente de él, el sujeto que podemos denominar titular, tiene su voluntad plena. Mientras que en el caso de la obligación no es posible, salvo en contadas ocasiones, hablar de voluntad plena (en el sentido de ausencia de dominación) sino más bien de voluntad subordinada²⁴⁸. El deber en sus dos consideraciones, esto es individual e intersubjetiva, va a llevar siempre consigo el carácter de la asunción. **La voluntad que actúa por deber es siempre libre.** En cambio, en el ángulo de la obligación esto no tiene porque ser así: **la obligación moral puede existir sin asumirse**, sobre todo en la configuración de obligaciones morales intersubjetivas; la obligación jurídica está situada en la misma posición. Así, en ambos casos, la voluntad que cumple con ambas no es una voluntad libre (salvo excepciones), y esto es más claro en el campo del Derecho, que posee una fuerza coercitiva mucho mayor.

Se puede objetar a esta consideración que hay casos de obligaciones morales y obligaciones jurídicas en las que el sujeto obligado ha participado en su formación. Por ejemplo

²⁴⁷Luis A. WARAT y Antonio A. MARTINO, Lenguaje y definición jurídica, obra cit., p. 35.

²⁴⁸Vid. Alessandro BONUCCI, Diritto soggettivo e libertà, obra cit., p. 13.

respecto a las obligaciones morales surgidas de promesas, el promitente voluntariamente puede obligarse, y lo mismo puede decirse en el caso de los contratos en el Derecho ²⁴⁹. Ahora bien, la participación de la voluntad en ambos casos se reduce a un primer momento, a partir del cual la obligación se objetiviza ²⁵⁰.

Si atendieramos a aquellos que pueden descalificar la distinción entre deber y obligación tomando como ejemplo el lenguaje cotidiano o el lenguaje, en algunos casos, del propio Derecho, podríamos proponer ejemplos que demuestran un empleo en el otro sentido ²⁵¹. Muchos autores destacan el empleo del término deber dentro de reflexiones éticas, aunque sin concluir con la idea del abandono de éste término en el ámbito jurídico ²⁵². Por otro lado, también hay autores que hablan de deberes y obligaciones haciendo ésta distinción aún sin proponérselo. Algunas de las

²⁴⁹ Hay quienes incluso afirman como característica de las obligaciones jurídicas la presencia de la voluntad. En este sentido se dice que en el cumplimiento de la obligación participa la voluntad consciente de observar el comportamiento impuesto. Vid. en este sentido C CARBONE, I doveri pubblici individuali nella Costituzione, Giuffrè, Milano 1968, p. 224.

²⁵⁰ Vid. en este trabajo los problemas en la consideración del deber de obediencia.

²⁵¹ Esta parece ser la defensa de muchos cuando justifican, por ejemplo, el empleo del término derechos morales. Vid. Eusebio FERNANDEZ, Acotaciones de un supuesto iusnaturalista a la hipótesis de Javier Muguerza sobre la fundamentación ética de los derechos humanos, obra cit., p. 158.

²⁵² Vid. en éste sentido, entre otros, Santi ROMANO, Fragments de un diccionario jurídico, trad. de S. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín. Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1964, p. 111.; KELSEN: Teoría general del Derecho y del Estado, obra cit., p. 68; Teoría pura del Derecho, obra cit., p. 132; Teoria generale delle norme, obra cit., p. 208; etc...

distinciones que veremos a continuación, aún siendo significativas, derivan del hecho de que en castellano, se emplea deber tanto en forma de verbo como en forma de sustantivo ²⁵³.

Hobbes en el Leviatán escribe: "Pero en un estado civil, donde hay un poder establecido para obligar a aquellos que de otra forma violarían su palabra, aquel temor no es ya razonable, y por esa causa, aquel que debe a tenor del pacto cumplir primero, ésta obligado a hacerlo" ²⁵⁴. Como vemos se habla en un primer momento de deber y en un segundo de obligación. El cumplimiento del pacto será siempre un deber de tipo moral a no ser que exista la coacción del Estado con lo que se podría ya hablar de obligación jurídica. Parece así distinguir deber para el plano moral (existe aunque no existiese el Estado), y obligación para el plano jurídico (existe sólo porque el Estado puede emplear la coacción). Y esto puede desprenderse también del siguiente pasaje: "Y de un hombre que en algunas de estas maneras haya abandonado o entregado su derecho se dice entonces que está obligado o sujeto a no impedir a aquellos a los que se concede o abandona dicho derecho que se beneficien de él, y que debiera y es su deber no dejar sin valor ese acto propio voluntario" ²⁵⁵.

Ihering emplea también en algunas ocasiones de forma distinta deber y obligación. Por ejemplo podemos citar un pasaje de su

²⁵³Vid. C. S. NINO, Etica y derechos humanos, obra cit., p. 38.

²⁵⁴Leviatán, ed. prep. por C. Moya y A. Escohotado, Editora nacional, Madrid 1979, p. 235. (El subrayado es mío).

²⁵⁵HOBBS, Leviatán, obra cit., p. 230. (El subrayado es mío).

libro *El fin en el Derecho*, en donde reserva el término deber para el ámbito moral mientras que la obligación es empleada para una situación jurídica: "Ocurre con la observancia de los deberes morales lo mismo que con el respeto a las obligaciones jurídicas. Si yo hago una limosna, doy mi óbolo no porque el socorrido es pobre, sino para auxiliar, en lo que me corresponde, a un afligido..." ²⁵⁶.

Uno de los grandes teóricos del pensamiento sobre las obligaciones, Thomas Hill Green, también parece emplear los términos obligación y deber en situaciones distintas: "... las obligaciones jurídicas pueden ser solamente aquellas de hacer o no hacer ciertos actos, y no deberes de cumplir una acción por cierto motivo o con cierta disposición" ²⁵⁷. El primero se identifica con una situación jurídica mientras que el segundo, parece hacerlo con una moral.

Kelsen, en su *Teoría general del Derecho y del Estado* escribe: "Se está obligado a devolver al acreedor la cantidad prestada; se tiene el deber de no privar de la vida a ninguna otra persona..." ²⁵⁸. ¿Por qué habla en un caso de obligación y en otro de deber?. Creo que la explicación está en que en un caso

²⁵⁶Rudolf Von IHERING, El fin en el Derecho, obra cit., p. 15. (El subrayado es mio).

²⁵⁷Thomas HILL GREEN, L'obbligazione politica, trad. al italiano de G. Buttà, est. prel. de V. Frosini, Nicolò Giannolta Editore in Catania, 1973, p. 157. (El subrayado es mío).

²⁵⁸Obra cit., p. 89. (El subrayado es mío).

Deberes y obligaciones en la Constitución

la coincidencia con un supuesto deber moral es evidente ²⁵⁹. Y podemos ver también un tratamiento distinto en otra cita de Kelsen: "Decir que una norma prescribe un cierto comportamiento equivale a decir que una norma obliga a realizar determinado comportamiento. Decir que una persona está obligada -o que tiene el "deber" de comportarse de determinada manera- equivale a decir que es válida una norma que prescribe este comportamiento" ²⁶⁰. Como puede observarse en esta definición de obligación jurídica, el empleo de deber se hace entre comillas, lo que puede significar que es una utilización apropiada para clarificar la situación pero con un lenguaje externo ²⁶¹.

También Hart emplea distintamente deber y obligación. En El concepto de Derecho dice: "Es típico que reglas tan obviamente esenciales como las que restringen el libre uso de la fuerza sean concebidas en términos de obligación. Así también las reglas que reclaman honestidad o veracidad, o que exigen que cumplamos con nuestras promesas, o que especifican que ha de hacer quien desempeña un papel o función distributivos del grupo social, son concebidos en términos de obligación o quizás, con más frecuen-

²⁵⁹Puede verse una consideración parecida en P. M. HACKER quien, refiriéndose a las obligaciones jurídicas, aunque él emplea el término deber, escribe: "Io credo cioè che 'dovere' sia a volte adoperato come un equivalente di 'ci sono buone ragioni (magari di un tipo particolare) per compiere una certa azione'". Sull'uso di dovere, obra cit., p. 183.

²⁶⁰KELSEN, Teoria Generale delle norme, obra cit., p. 208. (El subrayado es mío).

²⁶¹Aunque Kelsen entiende la norma como deber ser, en ninguno de estos casos está empleando deber en este sentido.

cia, de deber" ²⁶².

Aunque como vimos, la distinción entre deber y obligación no estaba muy clara en Nowell-Smith, cuando está escribiendo sobre la obligación moral afirma: "No soy libre para aceptar una invitación a cenar porque mis deberes como miembro de la asociación local del partido conservador me obligan a asistir a una asamblea o porque estoy obligado a cumplir la promesa de cenar con otra persona. No soy libre de casarme con la chica que prefiero porque sé que mataría de pena a mi madre y estoy obligado por el deber filial" ²⁶³.

Dentro del pensamiento católico, el empleo de la obligación con rasgos coactivos es claro. Así por ejemplo, Leclercq, cuando se refiere al deber de trabajar, en su configuración cristiana, conectando progreso y trabajo, vida y trabajo, religión y trabajo, es decir justificando esa situación, emplea el término deber. Pero cuando se refiere a la posible falta de este deber, entonces cambia de denominación, acudiendo a la palabra obligación ²⁶⁴.

Peter Singer parece distinguir entre el deber y la obliga-

²⁶²Obra cit., pp. 108 y 109. (El subrayado es mío).

²⁶³NOWELL-SMITH, Etica, obra cit., pp. 232 y 233.

²⁶⁴Vid. Jacques LECLERCQ, Derechos y deberes del hombre, trad. de A. Ros, Herder, Barcelona 1965, pp. 179 y ss. Por su parte, Jean TONNEAU también emplea de forma distinta los términos deber y obligación, dando al primero un carácter absoluto. Así se referirá a un deber típicamente moral que deriva del respeto hacia Dios, del que surge la obligación de obedecerle y a su vez, de esta surgen una serie de deberes absolutos. Vid. Absolu et obligation en morale, París 1965, pp. 52 y 53. también desde otra perspectiva y confirmando el carácter absoluto del término deber escribirá: "L'obligation du pacte et de la promesse se fonde sur un devoir de fidélité". Absolu et obligation en morale, obra cit., p. 69.

ción, aunque no expresa de forma clara en que consistiría la misma. Así, cuando se refiere a las obligaciones políticas que son para él una especie de las morales, escribe: "...estoy hablando de 'obligación' y no de razones para actuar o, simplemente, de lo que deben hacer" ²⁶⁵. Con ello parece desprenderse que, para este autor, el término obligación implica constricción y no convencimiento o autoasunción.

Vernengo escribe en su Curso de Teoría General del Derecho: "Si bien es natural presumir que la persona que desempeña el papel de madre cumplirá normalmente con los deberes correspondientes a ésa situación, no podría presumirse que el contribuyente estuviera suficientemente motivado -o espontáneamente orientado- como para cumplir sin más con penosas obligaciones fiscales" ²⁶⁶. Y más claramente escribe: "Las obligaciones jurídicas no son siempre deberes morales" ²⁶⁷. Como puede verse, éste autor también parece hacer referencia dentro de la Moral a deberes y en cambio dentro del Derecho a obligaciones, aunque luego ésta distinción no sea seguida en sus obras.

En la jurisprudencia española del Tribunal Supremo, lo normal es el ampleo indistinto de ambos términos ²⁶⁸, pero aún

²⁶⁵ Peter SINGER, Democracia y desobediencia, trad. de M.I. Guastavino, Ariel, Barcelona 1985, p. 13. (El subrayado es mío).

²⁶⁶ Obra cit., p. 12. (El subrayado es mío).

²⁶⁷ Obra cit., p. 12. (El subrayado es mío).

²⁶⁸ Vid. por ejemplo las Sentencias de 28 de febrero de 1977 (Ref. Aranzadi 718); 14 de febrero de 1978 (Ref. Aranzadi 4132); 22 de febrero de 1980 (Ref. Aranzadi 762); 23 de febrero de 1981 (Ref. Aranzadi 768); 29 de

El deber y la obligación

así, pueden citarse algunos casos en los que si se diferencian en algún sentido ²⁶⁹. Quizás el más significativo sea el amparo que se realiza en la Sentencia de 17 de octubre de 1932, donde, estudiando las relaciones de un hombre maduro con una joven menor y que ocasionan el abandono del trabajo y el embarazo de ésta, el Tribunal considera: "es evidente que originaron, desde luego, aparte la pérdida de estimación social, ciertos deberes morales imputables al varón, el cual, consciente de ella no pudo por menos de traducirla en auxilios materiales de índole económica, que por el mero hecho de su prestación durante el transcurso de las relaciones íntimas se convirtieron en obligaciones naturales, y después, al romperse aquellas por el desamparo infidente del seductor y reconocida por éste en la promesa formal de la pensión ofrecida vinieron a transformarse en una obligación civil, perfectamente coercible..." ²⁷⁰.

Por último podemos constatar también éste distinto empleo

enero de 1983 (Ref. Aranzadi 1025); 5 de febrero de 1986 (Ref. Aranzadi 768); 29 de enero de 1983 (Ref. Aranzadi 1025); 5 de febrero de 1986 (Ref. Aranzadi 1231); 22 de marzo de 1986 (Ref. Aranzadi 1683); 6 de octubre de 1986 (Ref. Aranzadi 5487); 3 de marzo de 1987 (Ref. Aranzadi 1856); 18 de mayo de 1987 (Ref. Aranzadi 1856); 18 de mayo de 1987 Ref. Aranzadi 3079); 5 de abril de 1988 (Ref. Aranzadi 2715); 26 de abril de 1988 (Ref. Aranzadi 2880); etc...

²⁶⁹Vid. por ejemplo, aunque no en todas las ocasiones en el sentido que aquí se propone las Sentencias de 4 de junio de 1945 (Ref. Aranzadi 775); 25 de marzo de 1947 (Ref. Aranzadi 512); 9 de febrero de 1965 (Ref. Aranzadi 503); 20 de mayo de 1965 (Ref. Aranzadi 2482); 20 de enero de 1970 (Ref. Aranzadi 24); 18 de mayo de 1973 (Ref. Aranzadi 2164); 27 de diciembre de 1978 (Ref. Aranzadi 4395); 12 de noviembre de 1979 (Ref. Aranzadi 4095); 18 de abril de 1980 (Ref. Aranzadi 1353); 23 de febrero de 1981 (Ref. Aranzadi 768); 6 de octubre de 1986 (Ref. Aranzadi 5487); etc...

²⁷⁰Ref. Aranzadi 1235, pp. 522 y 523.

si acudimos a la doctrina pontificia. En ella, se suele emplear deber y obligación como sinónimos, pero en ocasiones se diferencian dando al término deber un cariz de autojustificación, mientras que a la obligación se la considera como algo costoso. En este sentido, en la Encíclica "Laetitiaae sanctae" de León XIII, puede leerse: "...el cumplimiento de los deberes sencillos de la vida cotidiana y todos los demás, tan pronto como arraigan en los espíritus, harán surgir poco a poco, con toda seguridad, el anhelado cambio en la manera de pensar y en las costumbres. Entonces las obligaciones propias de cada cual, lejos de resultar aborrecibles y molestas, se harán gratas y atractivas..." ²⁷¹.

Como puede observarse en algunos casos lo que se plantea es la distinción entre estar obligado, sentirse obligado y verse obligado, pero aún así estos ejemplos son útiles para subrayar el hecho de que cuando se emplea el término deber, lo que se busca es dar una mayor fuerza a esa situación. Empleando terminología propia de la semiótica, podemos afirmar que en casi todos los casos se utiliza la palabra deber con un sentido pragmático operacional, olvidándose de comprender su sentido eidético ²⁷². Por ello, **el uso de la palabra deber en el ámbito jurídico**

²⁷¹LEON XIII, Laetitiaae sanctae, en Doctrina Pontificia, T. III, BAC, Madrid 1959, p. 377.

²⁷²Según I. M. BOCHENSKI, un signo "tiene sentido eidético dentro de un sistema si conocemos su correlato semántico, es decir, si sabemos lo que designa, lo que significa". Mientras que tiene sentido operacional "si sólo sabemos como debe ser empleado, si conocemos las reglas sintácticas que valen para él". Los métodos actuales del pensamiento, trad. de R. Drudis Baldrich, Rialp, Madrid 1957, p. 82.

no es más que el uso de un lenguaje emotivo ²⁷³. Y este lenguaje se hace más plausible cuando nos referimos a las obligaciones jurídicas básicas, o a relaciones entre familiares o relativas a aspectos relacionados con la dignidad humana que, por conectarse de forma bastante clara con situaciones de relevancia ética, son susceptibles de estos manejos ²⁷⁴, y por consiguiente, del empleo de definiciones persuasivas ²⁷⁵.

Sin duda el carácter emotivo del término deber proviene del significado o de las situaciones en las que empleaba en la Antigüedad. Así el deber se utilizaba refiriéndose a situaciones que

²⁷³Como escribe SCARPELLI: "Il verbo 'dovere' è usato di frequente, nel linguaggio comune, in significato vago ed equivoco; esso è inoltre spesso dotato di una considerevole forza emotiva. Grazie a queste caratteristiche, il nostro verbo ha un ruolo importante nel discorso di coloro, siano moralisti, politicanti, propagandisti etc., che cercano di portare gli altri a fare qualcosa senza un esame critico delle ragioni a favore o a sfavore di chiò che si propone". Contributo alla semantica del linguaggio normativo, obra cit., p. 228. Así algún autor destaca el empleo imperativo del término deber. Vid. NOWELL-SMITH, Ética, obra cit., p. 217. Si seguimos la distinción de Pattaro de las funciones primarias y directas del lenguaje, aún constatando que el uso del término deber cumpliera una función emotiva, podríamos observar que también llevaría implícitamente las otras funciones, esto es, la semántico-representativa (suscita imágenes y/o conceptos), la preceptiva (suscita impulsos de actuar) y la sintomática (suscita creencias). Vid. Enrico PATTARO, Filosofía del Derecho. Ciencia Jurídica, trad. de J. Iturmendi, Reus, Madrid 1980, p. 147.

²⁷⁴Hay quienes han llegado a decir que: "Los funcionarios públicos que sirven a la ley y los abogados integrados en el sistema, prefieren tratar las cuestiones jurídicas con terminología moral, para dar a entender que los tribunales hacen justicia cuando en realidad sirven para reforzar la injusticia social". D. LYONS, Ética y Derecho, trad. de M. Serra Ramoneda, Ariel, Barcelona 1986, p. 78.

²⁷⁵"Las expresiones cargadas de emotividad corren el peligro de dar lugar a lo que Stevenson llamó definiciones persuasivas y que se producen cuando se cambia el significado descriptivo de una palabra, para aprovechar su emotividad favorable". M. ATIENZA, Introducción al Derecho, obra cit., p. 42. Sobre el carácter persuasivo del Derecho, vid. Vincenzo FERRARI, Funciones del Derecho, trad. de M.J. Añón y J. de Lucas, Debate, Madrid 1989, p. 74.

Deberes y obligaciones en la Constitución

se movían sobre el terreno de lo mágico o de lo místico. Este significado parece haberse trasladado a la actualidad, con lo que se da mayor fuerza a las situaciones en las que aparece éste término ²⁷⁶.

Hablar de deber jurídico no es más que amoldarse a una concepción dogmática del Derecho que produce la inmovilidad del mismo frente a la transformación y el desarrollo de la comunicación ²⁷⁷. Por decirlo con Vernengo, el uso de términos de este tipo "hacen de la ciencia del Derecho un mecanismo ideológico más de control social, y una pobre instancia de una elaboración interesante y eficaz, a nivel teórico primero, y luego, práctico, de los fenómenos sociales" ²⁷⁸.

Usar la palabra deber dentro del ámbito jurídico supone convertir a ésta en lo que puede denominarse como estereotipo, o lo que es igual, un tipo especial de término con significación

²⁷⁶Según Alf ROSS, pueden señalarse tres etapas en la evolución de los conceptos deber y obligación: mágica, religiosa (moral de la autoridad) y filosófica (ética normativa). A ésta última de las etapas correspondería la concepción kantiana: "De aquí que no sea injustificable el decir que la idea kantiana del deber como una pura necesidad de la razón, como una racionalización del sentimiento de la conciencia moral es una sublimación intelectual de nociones primitivas, de acuerdo con las cuales el vínculo es de naturaleza mágico-mística". Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho, obra cit., pp. 248 y 249.

²⁷⁷Vid. el sentido de deber en CASTAN, Situaciones jurídicas subjetivas, obra cit., pp. 26 y ss.

²⁷⁸Roberto J. VERNENGO, Obligación y contrato, en AAVV, Conceptos dogmáticos y Teoría del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1979, p. 96.

emotiva ²⁷⁹. Además al ser un término eminentemente moral se adapta al empleo retórico ²⁸⁰.

Se puede también decir que el término obligación es emotivo. En este sentido se expresa, entre otros Vernengo: "Pues cabe advertir desde ya que, en esa relación postulada o supuesta entre 'deber' y 'obligación', no encontramos una efectiva relación de explicitación, o una tentativa de definición, sino lo que realmente se mantiene, con la terca firmeza que tales nociones guardan en los paradigmas vigentes de una ciencia cualquiera, es un modelo cuya función actual no es explicativa, sino ideológica" ²⁸¹. También se expresa en este sentido Gavazzi, si bien hace referencia más concretamente al deber, empleando ejemplos donde se emplea este, como en las relaciones familiares y en las políticas ²⁸². Aún pudiendo ser también la obligación un término emotivo, parece que éste implica coerción, y que esta emotividad

²⁷⁹Vid. en este sentido Luis A. WARAT y Antonio A. MARTINO, Lenguaje y definición jurídica, obra cit., pp. 38 y 44.

²⁸⁰Como escribe TOULMIN, "la fuerza retórica de los juicios éticos es una de sus características más importantes". El puesto de la razón en la Etica, obra cit., p. 80.

²⁸¹Roberto J. VERNENGO, Obligación y contrato, obra cit., p. 82. En sentido parecido vid. Santiago VARELA DIAZ, La idea de deber constitucional, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2, núm. 4, Enero-Abril 1982, p. 88.

²⁸²Así escribe: "Che l'uso del termine 'dovere' (od obbligo) abbia, anche nel diritto, una dimensione emotiva o ideologica, è indubbiamente esatto. Certi suoi usi fanno pensare a situazioni tipicamente pregiuridiche come i rapporti familiari, in cui all'autorità del genitore può corrispondere l'obbedienza dei figli in una scala di toni che vanno dall'affetto alla paura del castigo...". Giacomo GAVAZZI, L'onere tra la libertà e l'obbligo, obra cit., n. 6, p. 78.

viene derivada de un sistema de normas que imponen determinada conducta. Parece más significativo el término deber como algo equiparable a la justicia mientras que **la obligación lleva consigo un significado más de constricción.**

El Poder, entendido en sentido amplio, puede realizar, por medio de un determinado empleo del lenguaje, la plasmación de su ideología en el sistema jurídico y de ahí, ésta puede influir de forma determinante en los ciudadanos, ya que "las formas del accionar humano dependen y están condicionadas por la estructura-lingüística, que a su vez está fuertemente ligada al pensamiento que impulsa la conducta humana, ideológicamente determinada" ²⁸³.

Todo esto hace que el hablar de deberes jurídicos suponga que estos sean vistos como algo necesario, buenos para los fines de los hombres. De ahí que normalmente se empleen en aquellos casos en los que hay una coincidencia de contenido entre el Derecho y la Moral, o también en aquellos otros en los que se busca dar una mayor fuerza a la norma. La obligación de contribuir al gasto público, es, simplemente desde el punto de vista jurídico una obligación, aunque luego, en una reflexión moral puedan darse argumentos para que sea contemplado como un deber.

²⁸³Luis A. WARAT y Antonio A. MARTINO, Lenguaje y definición jurídica, obra cit., p. 19. Algo parecido ocurre con el uso del término 'derechos morales'. Como escribe Roberto J. VERNENGO: "Suponer que hay normas de Derecho positivo que, por constituir el reconocimiento de derechos morales previos, no son derogables o lo que es lo mismo, que son obligatoriamente aplicables, sin excepciones, en todas las circunstancias posibles, significa convertir a un fenómeno social histórico en una entidad ideal metafísica. Pero tal cosa es una actividad ideológica, y no la explicitación teórica de un problema social". Los derechos humanos y su fundamentación ética, obra cit., p. 340.

El deber y la obligación

El término deber se acerca a lo que Macintyre denomina como conceptos funcionales, que son aquellos que llevan en sí mismos un determinado significado de valor ²⁸⁴.

El empleo del deber, como el de todo término emotivo, determina el accionar de los hombres y la contemplación de la norma, produciendo una aceptación poco discutida por aquellos a los que se dirige ²⁸⁵. Y esto, aparte de contribuir al aumento de la oscuridad jurídica, no puede ser sustentado por una argumentación como la expuesta en este trabajo. Como escribe Vernengo, "al afirmar que toda norma grupal constituye un deber, se adopta automáticamente una mascara ideológica, en cuanto así se convalida, en principio, toda norma heterónoma con el cariz de un deber moralmente asumido" ²⁸⁶.

Por otra parte, ya he dicho que el empleo por parte de autores y de textos positivos de deber y obligación con distinto

²⁸⁴Macintyre se refiere a estos conceptos cuando hace alusión a la derivación del debe de un es. Así, pone como ejemplo de estos conceptos los de 'reloj' y 'granjero': "Tales conceptos son conceptos funcionales; o lo que es lo mismo, definimos ambos, 'reloj' y 'granjero', en términos del propósito y función que característicamente se espera que cumplan un reloj y un granjero. Se sigue que el concepto de reloj no puede ser definido con independencia del concepto de buen reloj, ni el de granjero con independencia del de buen granjero; y el criterio por el que algo es un reloj no es independiente del criterio por el que algo es un buen reloj, como también ocurre con un 'granjero' y todos los demás conceptos funcionales". A. MACINTYRE, Tras la virtud, obra cit., p. 82.

²⁸⁵Como escriben Luis A. WARAT y Antonio A. MARTINO: "...la significación emotiva diferencia nuestro accionar no sólo a consecuencia de su utilización por los demás, sino que surge, en muchos casos, por un desfase inconsciente del propio sujeto, impedido de la facultad de discernir entre el sentido denotativo y la significación valorativa". Lenquaje y definición jurídica, obra cit., p. 37.

²⁸⁶Roberto J. VERNENGO, Obligación y contrato, obra cit., p. 91.

Deberes y obligaciones en la Constitución

sentido no es una condición definitiva para realizar ya una separación. Pero si me parece lógico que pueda ser considerado como otra razón evidente para la distinción de estas dos figuras, dentro de la labor de crear un lenguaje jurídico que pueda ser empleado correctamente sin producir su incomprensión por parte de sus destinatarios. Por medio de ésta distinción no hacemos más que contribuir con un paso más en el camino hacia una definición más acabada del concepto del Derecho. Como escribió Santi Romano, "una verdadera y completa definición del concepto de Derecho en general, necesita tener en cuenta elementos que hasta ahora no han sido debidamente valorados, proponiéndose además la finalidad, no sólo teórica, sino también práctica, de servir para las distintas ramas del Derecho..." ²⁸⁷.

En definitiva, **hablar de deberes en el ámbito jurídico supone:**

- a) **Evocar un concepto preestatal y prejurídico.**
- b) **Confundir Moral y Derecho.**
- c) **La posibilidad de empleo de un término que tiene muchas características individuales, con fines dogmáticos.**
- d) **Emplear un estereotipo.**

Esto no impide que, una vez destacado este distinto significado entre deber y obligación, intentemos fundamentar determinadas obligaciones jurídicas básicas como verdaderos deberes,

²⁸⁷ Santi ROMANO, El Ordenamiento jurídico, trad. de S. Martín Retortillo y L. Martín Retortillo, con estudio preliminar de S. Martín Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1963, p. 94.

con lo que daríamos un paso adelante en la labor, ya señalada, de convertir al Derecho en un Ordenamiento más autónomo.

D. DEBERES MORALES, OBLIGACIONES MORALES Y OBLIGACIONES JURIDICAS

Una vez que hemos visto la posible distinción entre deber y obligación y entre el Derecho y la Moral, es el momento adecuado para plantearnos la repercusión que éstas tienen respecto de los deberes morales y las obligaciones jurídicas. Una investigación de este tipo nos permitirá comprender en que consisten las obligaciones jurídicas básicas y fundamentales, ya que como escribe el prof. Peces-Barba, "la identificación del deber jurídico y su distinción del deber moral es imprescindible para aclarar el sentido del término deber fundamenwtal" ²⁸⁸.

Deber, como hemos visto, es aquello que es debido por su valor intrínseco, mientras que la obligación es aquello debido por alguna razón, es decir, está siempre en relación con algo. Puede objetarse a esta concepción apoyada en Kant, que éste no concibe el deber como concepto en sí mismo sino como concepto en relación con la ley: "el deber es la necesidad de una acción por respeto a la ley" ²⁸⁹. Así, conviene hacer varias aclaraciones: a) La ley de la que habla Kant es la ley práctica, que es una ley

²⁸⁸ Gregorio PECES-BARBA, Los deberes fundamentales, obra cit., p. 333.

²⁸⁹ KANT, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 487.

Deberes y obligaciones en la Constitución

en sí misma (nunca identificable con una norma del Derecho).

b) La representación de la ley en sí misma, que es el fundamento de la voluntad, es el bien moral.

c) Esta ley es: no obrar nunca más que de modo que pueda querer que mi máxima deba convertirse en ley universal.

d) En definitiva esta ley se confunde con el deber ²⁹⁰. Así escribe: "...suponiendo que hay algo cuya existencia en sí misma posea un valor absoluto, algo que, como fin en sí mismo, pueda ser fundamento de determinadas leyes, entonces en ello y sólo en ello estaría el fundamento de un posible imperativo categórico, es decir, de la ley práctica" ²⁹¹.

A la consideración del deber se puede llegar por varias vías, si bien la que más se aproxima a posibles obligaciones jurídicas básicas es la consideración intersubjetiva.

Las obligaciones pueden darse tanto en la Moral como en el Derecho; la obligación moral existe por derivación de un deber moral o de normas heterónomas, la obligación jurídica existe por su imposición en una norma perteneciente al Ordenamiento jurídico ²⁹². La relación entre los deberes morales, las obligaciones morales y las obligaciones jurídicas es evidente en muchas oca-

²⁹⁰KANT, Fundamentación de la metafísica de las costumbres, obra cit., p. 505.

²⁹¹KANT, Fundamentación de la Metafísica de las costumbres, obra cit., p. 510.

²⁹²"In riferimento alla regola 'dover essere' puo tradursi nell'espressione 'obbligo'". Alessandro BARATTA, Su alcuni significati di 'dover essere' nell'analisi dell'esperienza normativa, obra cit., p. 45.

siones. Pero como expresa Engisch, "puede darse un deber moral de ayudar en caso de necesidad y prestar alimentos entre los hijos que proceden de los mismos padres...; pero si el Derecho no establece la obligación de alimentos, el supuesto de hecho del parentesco es jurídicamente irrelevante" ²⁹³.

En éste punto está la principal distinción entre éstas obligaciones. Si nos situamos en un contexto democrático moderno, las coincidencias entre las obligaciones morales y las jurídicas va a ser grande, y está coincidencia aumenta si basamos la existencia de las primeras en un determinado diálogo intersubjetivo ²⁹⁴. Por otro lado, si consideramos a las obligaciones como expresión de una norma que describe un hecho conectado con una acción humana, ya de por sí estamos exigiendo en la formación una determinada valoración ²⁹⁵.

Pero la reflexión jurídica del problema, estrictamente jurídica, hace que nos olvidemos, en principio, de esa relación. En palabras de Recasens: "hay que separar el deber jurídico, en

²⁹³Karl ENGISCH, Introducción al pensamiento jurídico, trad. de E. Garzón Valdés, rev. por Luis García San Miguel, Guadarrama, Madrid 1967, p. 28.

²⁹⁴A esto, creo, se refiere PECES-BARBA, cuando escribe: "La obligación jurídica, en cuanto el sistema jurídico interioriza valores, incluye una dosis de moralidad...". Desobediencia civil y objeción de conciencia, obra cit., p. 161.

²⁹⁵En este sentido se expresa N. IRTI cuando escribe: "La norma si risolve nel nesso unitivo di due elementi: della descrizione di un fatto, che può accadere o non accadere; e della descrizione del contegno umano, che, nel caso dell'avverarsi del fatto, riceve (o perdi) la qualifica di doverosità. Oggetto di valutazione normativa è una aserie, più o meno ricca, di comportamenti umani, che così penetrano nel mondo del diritto ed assumono rilvanza giuridica". Norme e fatti, obra cit., p. 68.

Deberes y obligaciones en la Constitución

lo que tiene de estrictamente jurídico, de aquellos otros posibles deberes de contenido parecido, que derivan de normas morales o de normas del trato social" ²⁹⁶.

Por otro lado, **la semejanza de contenido entre los deberes y obligaciones morales y las obligaciones jurídicas no siempre tiene que darse** ²⁹⁷. Al señalado ya por Engisch podemos añadir el siguiente expresado por Vernengo: "Pongamos que sea un deber moral amar al prójimo. El fundamento de ese deber moral será el valor intrínseco de ese amor. Pero no sería deber jurídico, en cuanto, por ejemplo, el prójimo no podría considerarse acreedor de ese sentimiento, ni exigírselo al sujeto obligado" ²⁹⁸. Y esto puede observarse también si nos apartamos de ordenamientos jurídicos que son producto de sistemas democráticos, por ejemplo si nos fijásemos en un determinado tipo de obligaciones jurídicas fruto de un Poder despótico, que chocasen con la moral tanto individual como intersubjetiva ²⁹⁹. Ejemplo de éste tipo de obligaciones se han dado y se dan en la historia y por eso no

²⁹⁶Luis RECASENS, Filosofía del Derecho, Porrúa, México 1961, p. 240. En adelante, cuando se hable de deber jurídico en citas de autores, estaremos haciendo alusión a lo que denominamos obligación jurídica.

²⁹⁷Vid. LEGAZ, Voz Deber, obra cit., p. 250, cuando dice: "parece evidente que, por su contenido, el deber jurídico no coincide con el deber moral".

²⁹⁸VERNENGO, Curso de Teoría general del Derecho, obra cit., p. 207. Vid. también RECASENS, Filosofía del Derecho, obra cit., p. 241.

²⁹⁹Como dice H. HELLER: "Cuestión de enorme alcance es la de las consecuencias que deben deducirse en caso de una colisión entre los deberes impuestos por principios éticos del Derecho y por preceptos jurídicos positivos". Teoría del Estado, obra cit., p. 244.

El deber y la obligación

dejan de ser jurídicas. De ahí que podamos concluir con H. Heller diciendo que "nunca ha sido el contenido normativo el elemento decisivo para distinguir las diversas especies de normas, sino la autoridad a la que se atribuye el establecimiento de la norma"³⁰⁰.

En cambio, el argumento del contenido sí puede ser empleado no como distinción tajante de estas figuras pero sí como elemento que puede constituirse en fundamento de validez de unas pero no de otras. En este sentido, podríamos decir con González Vicen que las figuras que calificamos como "'obligación' jurídica se diferencian de la obligación ética en que aquellas derivan su validez, no de su contenido, sino de actos formales voluntarios, mientras que la validez de la obligación ética se halla indisolublemente unida a su contenido"³⁰¹. Pero esta distinción se relativiza cuando en los Ordenamientos jurídicos se incorporan contenidos materiales para su identificación.

La distinción más importante entre ambos tipos de normas se basa pura y exclusivamente en el sistema jurídico: "Cuando formulamos la pregunta de cual sea la esencia del deber jurídico, necesariamente se tiene que buscar la solución dentro del mismo concepto de norma jurídica, dejando a un lado la circunstancia de que los contenidos del deber jurídico pueden coincidir con los contenidos de deberes morales y sociales y ser semejantes a

³⁰⁰H. HELLER, Teoría del Estado, obra cit., p. 201.

³⁰¹Felipe GONZALEZ VICEN, La obediencia al Derecho, obra cit., p. 444.

éstos" ³⁰². Las obligaciones jurídicas tienen carácter hipotético y se distinguen del deber moral además de por que éste tiene carácter incondicional, por el criterio de pertenencia al Ordenamiento.

Las obligaciones jurídicas se distinguen a su vez de las morales no ya por el carácter condicional o incondicional sino exclusivamente, en aquellos casos de coincidencia respecto al contenido, por el criterio de pertenencia al Ordenamiento.

Pero la distinción entre estas dos figuras se complica respecto a un punto: el carácter ideal de la obligación. Al hablar de obligación nos referimos a un comportamiento humano ideal o configurado de forma técnica intelectual, con lo que se trata más de un proyecto o un programa ³⁰³. Pero aquí también podemos encontrar una distinción entre estos dos tipos de obligaciones para el caso de coincidencia respecto a los contenidos. Dentro de la consideración de las obligaciones como proyecto, se pueden reconocer en ellas tres factores que por su confluencia la forman: comportamiento, razón o móvil y norma ³⁰⁴. Al intentar distinguir la obligación jurídica de la moral, podríamos fijarnos

³⁰² RECASENS, Introducción al estudio del Derecho, obra cit., p. 129. En contra de esto vid. CASTAN, Situaciones jurídicas subjetivas, obra cit., p. 29.

³⁰³ Vid. Luis DIEZ PICAZO, Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho, Ariel, Barcelona 1983, pp. 81 y 82. La consideración de las obligaciones como proyectos es también mantenida en España por LEGAZ Y LACAMBRA. Vid. La obligación política, obra cit., pp. 336 y ss.

³⁰⁴ Vid. Luis DIEZ PICAZO, Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho, obra cit., pp. 81 y 82.

en cada uno de esos factores como pertenecientes a campos distintos. Así, el factor de razón o móvil tiene una relevancia moral importantísima, que en el campo jurídico se reduce considerablemente. El factor normativo tiene una relevancia jurídica importantísima, que en el campo moral es nula. Por su parte, el factor comportamiento va a depender del punto de vista desde donde se le observe. De todas formas, puede decirse que para la existencia de la obligación jurídica basta con la existencia del factor normativo, por lo menos en un primer momento ³⁰⁵.

Si nos fijamos en la distinción que realiza Pufendorf entre obligaciones perfectas e imperfectas, siendo las primeras aquellas en las que no participa la voluntad y las segundas aquellas en las que si participa ³⁰⁶, la distinción entre deber moral, obligación moral y obligación jurídica toma caracteres distintos según nos situemos en el campo moral o en el jurídico. En el plano moral la obligación perfecta de Pufendorf coincidiría con lo que aquí llamamos deber, mientras que la obligación imperfecta sería la obligación moral. En el plano jurídico la obligación perfecta sería la obligación jurídica, no siendo relevante la consideración de la obligación imperfecta.

El deber exige una elección primera pero luego supone normal actuación, actuación libre y voluntaria nunca como medio sino

³⁰⁵La consideración de la obligación como proyecto será estudiada más adelante y va unida a la concepción de la obligación como necesidad jurídica.

³⁰⁶PUFENDORF, Le Droit de la Nature et Des Gens, obra cit., T. I, lib. III, cap. IV, p. 405.

Deberes y obligaciones en la Constitución

como fin. La obligación moral es voluntad como medio, mientras que la obligación jurídica no necesita para su existencia de la voluntad de los sujetos a la que se dirige.

En este sentido se observa la coincidencia de significado último, siempre teniendo en cuenta la distinción en cuanto a su repercusión, entre el deber moral y la obligación jurídica. Esto puede comprobarse también en la concepción de los deberes y las obligaciones como necesidades y la relación de estos con las llamadas obligaciones prima facie. El deber moral constituye una necesidad de actuación en cierto sentido derivado de una primera elección; la obligación jurídica es una necesidad de actuación impuesta por el Ordenamiento. La obligación moral en cambio, no puede ser definida como necesidad ya que depende de una ponderación y puede ser definida como medio moral. Nunca va a ser posible hablar de deber prima facie, ni de obligación jurídica prima facie, pero sí de obligación moral prima facie ³⁰⁷.

Por otro lado, también podemos distinguir estos tres tipos de figuras tomando como criterio el conocimiento de los mismos. Así, el conocimiento del deber es siempre necesario para su existencia. Esto varía en cuanto a las obligaciones morales y jurídicas.

Las obligaciones morales consideradas por vía subjetiva está claro que van a exigir su conocimiento, pero no así a las que se

³⁰⁷ Según KANT, no es posible hablar de verdadera colisión de obligaciones ya que una de ellas no obligará en realidad. Vid. La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 31.

llega por vía intersubjetiva. Las obligaciones jurídicas por su parte no van a necesitar el conocimiento de aquellos a los que se dirigen. Como expresa Alessandro Baratta, quien afirma que el conocimiento de la regla es condición de su existencia confunde dos cosas: "el comportamiento regular motivado por la norma (la eficacia de la norma) y la obligación" ³⁰⁸.

Y esta distinción puede observarse también en el campo de la actuación. Así, dentro del ámbito de los deberes, una acción de un hombre considerado individualmente no puede ir nunca en contra de lo que estos estipulan, al menos voluntariamente ³⁰⁹. Y si se realiza involuntariamente no va a tener ningún significado de incorrección ³¹⁰. En cuanto a la obligación moral, la actuación en contra de ella hecha involuntariamente acarreará unas consecuencias desfavorables en el caso intersubjetivo pero ésto no ocurrirá en el subjetivo individual. Por lo que respecta

³⁰⁸Su alcuni significati di 'dover essere' nell'analisi dell'esperienza normativa, obra cit., p. 47. En este sentido puede también citarse el célebre artículo 6 del Código Civil español que dice: "La ignorancia de las leyes no excluye de su cumplimiento".

³⁰⁹Para la importancia del conocimiento en lo relativo al deber vid. Sergio COTTA, Sul dovere della veracità, en Rivista di Filosofia, vol. XLIV, N. 2, 1953, p. 207.

³¹⁰Puede emplearse creo aquí, las palabras siguientes de ARISTOTELES cuando escribe sobre la justicia: "Siendo las acciones justas e injustas las que hemos dicho, se comete una injusticia o se obra con justicia cuando esas acciones se realizan voluntariamente; cuando se hacen involuntariamente, ni se comete injusticia ni se obra con justicia a no ser por accidente, puesto que se hace algo que resulta ser justo o injusto". *Ética a Nicómaco*, obra cit., p. 82. Por otro lado y aunque nos salgamos del tema, esta cita nos plantea otra cuestión importante relacionada con los deberes. El cumplimiento del deber no es que se realice de forma involuntaria, entiendo que este cumplimiento es voluntario pero no representa ningún esfuerzo en la persona y en muchos casos ni se plantea su realización o no.

a la obligación jurídica el hecho voluntario o involuntario si va a tener relevancia aunque escasa.

La **imposibilidad de actuar de manera disconforme al deber** supone relacionar **deber** y **asunción**. Para poder hablar del primero va a ser necesaria que se produzca la asunción por parte de quien lo posee. Esto, en definitiva, significa la negación de la existencia de deberes absolutos universales (al menos por ahora). El problema ha sido tratado por Brandt. Este autor investiga sobre los distintos significados de la obligación moral. Entre ellos se fija en aquella teoría, eminentemente psicológica de signo utilitarista, por la que "nunca constituye el deber de un hombre hacer algo si el hacerlo resulta imposible sólo porque no desea hacerlo". Brandt critica esta afirmación ya que según él, es evidente "que nunca constituye el deber de un hombre realizar algo que no puede hacer por mucho que lo intente"; y además "se da el caso, de que conocemos muchos ejemplos de personas que no consiguen cumplir con su deber" ³¹¹. Con esta afirmación parece Brandt referirse a unos deberes absolutos inamovibles. Unos deberes que existen independientemente de su asunción por parte de la persona. Con lo que en definitiva se hace referencia a un orden moral objetivo o, al menos, a unos principios morales irrenunciables que darían lugar a una serie de deberes para todos los hombres. Así, estos deberes podrían ser incumplidos por aquellas personas que cometiesen una acción inmoral.

³¹¹Vid. Richard B. BRANDT, Teoría Ética, obra cit., pp. 428 y 429.

El deber y la obligación

Para nuestra argumentación, la posibilidad de actuación disconforme al deber no existe. Como veremos la característica principal del mismo es la asunción; sin ella no es posible hablar de deber. Lo que si puede dejar de cumplirse es una obligación, pero nunca un deber, y esto desemboca en la dificultad de poder hablar de deberes absolutos universales.

Atendiendo a la idea de la coacción y teniendo presente la distinción realizada entre ésta y la coercibilidad, podemos encontrar otra justificación en la diferenciación de éstas figuras. Así en este caso es posible hablar de **obligaciones coactivas y de obligaciones coercibles** ³¹², pero nunca de **deberes coactivos** ³¹³. El término "deber coactivo" no parece congruente si se parte de una consideración individual del deber. Desde la consideración intersubjetiva tampoco sería congruente ya que los resultados del diálogo, como ya subrayamos, no tienen en ningún caso carácter impositivo ³¹⁴. Si bien esta afirmación tendrá que matizarse.

En cambio, si que va a ser posible hablar de obligaciones morales y jurídicas con carácter coactivo. En éste caso, la

³¹²En contra de esta opinión puede citarse todas aquellas teorías que además de no distinguir deber y obligación, empleando ésta para el ámbito moral, conciben a la obligación como algo derivado del libre consentimiento. Vid. en este sentido, Joseph TUSSMAN, Obligation and the Body Politic, Oxford University Press, 1960, p. 8.

³¹³Otfried HÖFFE en algún momento de su obra distingue entre deberes de la virtud y deberes coactivos. Vid. Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia, obra cit., p. 66.

³¹⁴Como escribe Thomas HILL GREEN: "Los deberes morales no pueden ser impuestos". L'obbligazione politica, obra cit., p. 151.

Deberes y obligaciones en la Constitución

distinción radicaría en la coercibilidad. No es posible la existencia de obligaciones morales coercibles ya que la moral no cuenta con un aparato organizado que impone sanciones para el caso de incumplimiento del contenido de la obligación. Pero si es posible hablar de obligaciones jurídicas de carácter coercible. Es más, éste es uno de los caracteres propios de éste tipo de obligaciones.

De esta forma nos acercamos a posiciones realistas que consideran a las obligaciones jurídicas como una simple herramienta del Derecho. Así es como entiende, por ejemplo, Alf Ross el derecho subjetivo y la obligación jurídica.

Según Ross, los conceptos jurídicos fundamentales son conceptos compuestos, que tienen su origen en la Antigüedad, donde poseían un carácter mágico-místico. Con el paso del tiempo, estos conceptos se intentaron racionalizar, pero sin conseguir hacer desaparecer esos caracteres ³¹⁵. Si nos apartamos del sentido mágico-místico, "la expresión 'derecho subjetivo' no tiene referencia semántica alguna", es simplemente una herramienta, "un medio que hace posible -en forma más o menos precisa- representar el contenido de un conjunto de normas jurídicas, a saber, aquellas que conectan cierta pluralidad disyuntiva de hechos con-

³¹⁵ Alf ROSS, Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho, obra cit., pp. 15 y ss. Vid. también en sentido parecido HÄGERSTRÖM, Inquiries into the Nature of Law and Moral, Uppsala 1953, p. 8; y F. S. COHEN, El método funcional en el Derecho, trad. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1962. Vid. al respecto Ignacio ARA PINILLA, Acerca de la concepción del derecho subjetivo en el realismo jurídico escandinavo, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 6, diciembre 1982, pp. 506 y ss.

dicionantes con cierta pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas" ³¹⁶. En este sentido, también Irti hace notar que el término obligación no es descriptivo de ninguna realidad, a no ser que se conciban esencias metafísicas no conocidas por la razón ³¹⁷. Así, la consideración estrictamente jurídica de la obligación jurídica según Ross, ve a esta como una mera herramienta a la que se le da un significado preciso en el Ordenamiento.

La concepción de Ross es clarificadora del significado de las obligaciones jurídicas, si bien no contempla la importancia de la relación entre el Derecho y la Moral, ni realiza una visión sistemática del Derecho, que es la que preside todo este trabajo. Pero de ella es interesante recalcar que permite considerar a las obligaciones jurídicas como aquellas creadas simplemente por la norma jurídica, siendo irrelevante, en el examen estrictamente jurídico, que coincidan o no con las morales.

Las obligaciones jurídicas pueden consistir, en último término y en el sentido que antes hemos señalado, en herra-

³¹⁶ Alf ROSS, Sobre el Derecho y la Justicia, 3ª ed., trad. de G. R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, pp. 167 y 168. En este sentido es muy demostrativo, el análisis que hace Ross del término propiedad. Vid. Sobre el Derecho y la Justicia, obra cit., pp. 165 y ss. Un estudio básico de esta construcción puede verse en Carlos S. NINO, Introducción al análisis del Derecho, obra cit., pp. 211 y ss.

³¹⁷ Para N. IRTI, toda tentativa de identificar obligación con un hecho real será en vano: "nulla nella sfera empirica corrisponde al vocabolo: nessun fatto, individuale o sociale, nessuna cosa, nessun fenomeno percepibile dai sensi. 'Obbligo' non descrive ne designa alcunchè, a meno di non suporre essenza metafisiche e mondi ideali sottratti all'indagine della ragione". Norme e fatti, obra cit., p. 74.

Deberes y obligaciones en la Constitución

mientas que permiten el funcionamiento de los fines que se persiguen. De ahí que en la mayoría de los casos está fundada sobre aspectos morales, siendo éste un dato que, desde una visión estrictamente jurídica no tiene porqué importarnos en exceso. Desde esta visión la obligación jurídica es lo que impone la norma o la sentencia del juez y nada más. Incluso aunque ésta sea expresión de unos valores, estos estarán ya positivizados y serán, para la consideración estrictamente jurídica, valores jurídicos.

En los puntos siguientes intentaré distinguir y en alguna manera, dotar de concepto diferenciado a los deberes, las obligaciones morales y las obligaciones jurídicas. En esta tarea se relacionarán las figuras con los tres estados de libertad a los que me referí en el capítulo anterior: libertad psicológica, libertad jurídico-social y libertad moral. De esta forma examinaremos la relación entre los deberes y las obligaciones y la libertad, así como su repercusión en la consecución de la igualdad como fin.

Como resultado del examen de los términos deber y obligación, y antes de estudiar de forma separada el deber moral y las obligaciones moral y jurídica, podemos señalar de forma sistemática y breve aquellos aspectos en los que la distinción entre el deber y la obligación es patente. Muchos de estos aspectos constituyen diferentes visiones de la misma distinción.

Los dos principales aspectos son:

1. El deber se confunde con el valor y la virtud, mientras que

El deber y la obligación

la obligación deriva en su aspecto moral de un valor o de un principio (ya sea individual o intersubjetivo) y en su aspecto jurídico del Ordenamiento Jurídico.

2. El deber es autoasumido por la conciencia individual siempre (aunque puede ser trasladado a una especie de conciencia intersubjetiva limitada). La obligación implica heteronomía, si bien en lo referente a la obligación jurídica esta puede ser limitada en virtud de un sistema democrático, aunque este dato, para el estudio jurídico estricto, no sea relevante.

De estos dos aspectos se derivan más. Así, del primero:

a) El deber no es un concepto relacional mientras que la obligación sí ³¹⁸. El deber es en sí mismo tal ³¹⁹, mientras que la obligación lo es en virtud de algo.

b) El deber es incondicional, no puede ser nunca entendido como 'prima facie'. Mientras que la obligación es condicional, ya sea por poseer esa característica o bien por depender de su positivación.

c) El deber no es más que un fin en sí mismo; la obligación es medio bien para la consecución de un fin como el deber, bien para la consecución del ideal que se expresa en el Ordenamiento Jurídico.

Respecto del segundo, pueden derivarse las siguientes:

³¹⁸Ya el concepto de obligación romana (obligatio) significaba vinculum, es decir, conexión con algo.

³¹⁹Vid. en este punto la concepción de algo en sí mismo de SCHOPENHAUER, en El amor, las mujeres y la muerte, obra cit.. pp. 313 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

- a) El deber es la actuación de la voluntad plena y libre, mientras que la obligación no participa necesariamente de esa característica.
- b) El deber implica siempre el conocimiento de lo que es en sí. Para la existencia de las obligaciones no es necesario el conocimiento de las mismas por el afectado.
- c) No existe una actuación, si tomamos en cuenta el punto de vista individual, **disconforme al deber**. En cambio la obligación si puede ser incumplida. Y he destacado que esto puede afirmarse teniendo en cuenta el punto de vista individual, ya que si hablamos de deberes intersubjetivos y tomamos como referencia la acción, estos si pueden ser incumplidos, aunque nunca por la persona que los considera como tales.
- d) **No va a poder hablarse nunca de deberes coactivos pero si de obligaciones coactivas** ³²⁰.

A estos aspectos podrán unirse otros como que tanto el deber como la obligación llevan en sí una determinada significación. **El deber es un término emotivo que parece justificar con mayor fuerza su consistencia. La obligación en cambio es un término más 'fuerte' y unido a otros como sanción y constricción.** El deber es un término que se utiliza como justificación, como fundamento moral, como algo bueno, mientras que esto no ocurre con la obligación. **El deber es propiamente un término moral y su uso en el Derecho puede dejar via abierta a la inclusión de todo tipo de**

³²⁰Vid. A. MACINTYRE, Tras la virtud, obra cit., pp. 46 y ss.

interpretación dentro de un sistema jurídico definido. Por otro lado, a todo esto podríamos añadir que el deber puede equipararse con el grado que hemos denominado de libertad moral, mientras que la obligación puede contemplarse bien como libertad etico-social, bien como libertad jurídica.

Se ha afirmado así que: "El deber es un término concreto, que incluye dos elementos ideológicos en su sentido adecuado: uno, que bien puede llamarse material, y otro formal: el primero es la acción u omisión precisa a que constriñe la voluntad, el segundo la fuerza o eficacia o necesidad moral con que constriñe: al primero llamamos deber... al segundo obligación" ³²¹.

Estos y otros pueden ser los puntos de distinción entre el deber y la obligación. Pero no podemos contemplarlos como elementos decisivos en esta tarea por una razón: todos ellos dependen de una determinada concepción, en ningún caso objetiva, de lo que son el deber y la obligación. Sólo puede hablarse de distinciones relativas dentro de la teoría del conocimiento, resultado de una toma de postura previa, o bien de distinciones objetivas dentro de una teoría del conocimiento (presentada en este trabajo) ³²².

Como podrá observarse, se habla en este trabajo de consideraciones individuales e intersubjetivas. Esto no supone en ningún caso que pueda hablarse de una moral intersubjetiva a la manera

³²¹Voz Deber, Enciclopedia Espasa-Calpe, T. 17, p. 1164.

³²²Como escribe BOBBIO: "No hay una definición verdadera y una falsa sino, eventualmente, sólo una definición más o menos oportuna". Teoría General del Derecho, obra cit., p. 11.

Deberes y obligaciones en la Constitución

de Ordenamiento. La visión individual supone la consideración del hombre como uno, mientras que la intersubjetiva supone a este hombre como partícipe de la comunidad. La moral intersubjetiva se distingue de la social, como ya pudo observarse en el capítulo anterior, y de ninguna manera está compuesta por derechos ni normas, ya que esto es imposible dentro del orden moral.

CAPITULO SEGUNDO: EL DEBER MORAL Y LA OBLIGACION MORAL

DEBER MORAL

Como escribe Whiteley, al deber moral se le viene considerando teniendo en cuenta dos situaciones, bien como la realización de una acción después de sopesar todas las circunstancias, o bien como derivado del compromiso. Pero estas dos consideraciones llevan a resultados distintos. Si nos acogemos a la segunda, habrá que aceptar que el cumplimiento del deber no tiene porqué llevarnos a la 'vida buena'; no tiene porqué ser necesariamente 'bueno'. La decisión de cumplir el deber en este caso se puede realizar por razones que no tienen un contenido moral. Si por otro lado, nos fijamos en la primera de las situaciones, el deber sí que va a llevar aparejado un contenido moral, en él se tienen en cuenta las razones y va a poder ser identificado con un fin moral ¹. La afirmación de Whiteley nos señala un aspecto que más adelante examinaremos, esto es, la ponderación de razones en el caso del deber.

Entendemos por deber la voluntad buena, lo que es bueno por su valor intrínseco y que es expresable mediante el imperativo categórico ². Puede así entenderse también como una fuerza inte-

¹Vid. C. H. WHITELEY, Sobre deberes, en J. Feinberg, Conceptos Morales, trad. de J. A. Perez Corballo, Fondo de Cultura Económica, México 1985.

²Vid. Bruno LEONI, *Obbligo e pretesa nella dogmatica...*, obra cit., p. 561. Si bien emplea el término obligación moral. Esto es prueba de la confusión entre los términos obligación y deber, ya que en otro lugar de su

Deberes y obligaciones en la Constitución

rior que nos hace realizar u omitir algo. Incluso podríamos decir que el deber se "apoya en el propio orden del ser, que se pone como factor obligante" ³.

Nuestro concepto de deber que parte de Kant se distancia de él en sus últimas consecuencias. El deber para Kant pertenecía al mundo objetivo de la Moral en el sentido de la generalización, el deber así era objetivo-universal ⁴. Para nuestra consideración, el deber pertenece al mundo del sujeto, es objetivo-individual. Los deberes son absolutos para el individuo que los posee ⁵. Sólo podrán aplicarse de forma más extensa las consideraciones kantianas al concepto de deberes intersubjetivos.

Venimos subrayando el caracter incondicionado del deber: su expresión voluntaria, incondicionada, libre y natural. Pero el deber, la actuación por deber y conforme a deber, comporta una 'primera elección' o lo que aquí también llamaremos 'elección de principio', que es la elección del proyecto vital ⁶. El deber

obra, se refiere a la obligación moral como derivada de un deber, y esto es difícilmente expresable en imperativos categóricos.

³Agustin de ASIS GARROTE, Manual de Derecho natural, vol. I, obra cit., p. 488.

⁴Vid. KANT, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 508.

⁵Sobre las dificultades para mantener un concepto absoluto de obligación, atendiendo a la etimología de este término vid. Jean TONNEAU, Absolu et obligation en morale, obra cit., pp. 35 y ss.

⁶Como escribe A. MACINTYRE: "Cada uno de nosotros, individualmente y en tanto que miembros de grupos sociales concretos, busca encarnar en el mundo social y natural sus propios planes y proyectos". Tras la virtud, obra cit., p. 135.

tiene un sólo perfil relacional en este punto primero: supone la adecuación conforme ese proyecto, si bien se confunde y se identifica con él ⁷.

Esto no significa la inamovilidad de estos deberes. El proyecto de vida puede variar con lo que también variarían los deberes. La 'primera elección' supone una elección de principios, pero no es una elección que se de en un momento determinado y de acuerdo con esta se actúe, si no que varía a lo largo de la historia de cada sujeto y es en la que viene expresada toda su dignidad como ser capaz de proyectar su vida tanto en sentido individual como social. En este sentido no es extraño que los deberes varíen en la misma persona a la par que varía su 'elección de principio'.

Con ello tomamos partido por uno de los múltiples sentidos con los que es empleado éste término. Por citar un ejemplo, cuando se hace referencia a exigencias morales que se adquieren en virtud de determinados papeles sociales ⁸, aunque en mayor o menor medida estas y otras consideraciones pueden reconducirse a la señalada al principio.

⁷En este sentido también KANT parece en un momento explicar la existencia del deber en relación con la ley práctica universal para luego identificarles con ella. Vid. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 494 y ss. Vid. también pp. 526 y ss. Según E. TUGENDHAT, "...no tiene sentido hablar de un verdadero principio moral, dado en sí de algún modo y del que deriva un 'deber' absoluto y con un sentido igualmente inexplicable". Problemas de la Ética, obra cit., p. 100.

⁸Vid. por ejemplo Alan R. WHITE, Rights, obra cit., p. 22. Santi ROMANO los llama deberes de función o funcionales: "di assumere ed esercitare una funzione pubblica". Vid. Principii di Diritto Costituzionale Generale, Giuffrè, Milano 1945, p. 118.

Deberes y obligaciones en la Constitución

El deber puede concebirse bajo dos puntos de vista, que coinciden con la situación así prevalente del hombre en la comunidad: **el individual** ("declarándose en relación a la existencia del individuo en sí mismo") y **el intersubjetivo** ("en relación con la vida colectiva"). Según donde nos situemos, el deber va a relacionarse o identificarse, de forma matizada, con un tipo de figura. Como escribe E. Huber, "conforme al primer punto de vista, aparece fundada nuestra aptitud para la vida social, es decir 'la virtud' según la doctrina de Aristóteles. En la segunda dirección, aparece fundado nuestro deber y nos hallamos bajo el omnicomprendido dominio del 'imperativo categórico' de Kant" ⁹.

De esta forma van a caracterizarse los deberes individuales y los intersubjetivos ¹⁰. **Por un lado se trata del deber para el sujeto individual singular y por otro del deber para los miembros de una determinada comunidad tomada en sí misma.** En este trabajo nos referiremos de forma especial a los segundos, en razón de la complejidad del tratamiento de los primeros y de la coincidencia de los segundos con determinadas obligaciones jurídicas. De

⁹Eugen HUBER, El Derecho y su realización, obra cit., pp. 45 y 46. Esta doble situación acompaña al hombre en la comunicación. Como escriben WARAT y MARTINO: "La intencionalidad que acompaña a la comunicación humana se abre en dos vertientes. Una representa la subjetividad de los protagonistas del mensaje, y la otra es la que decanta su intersubjetividad, las aristas individuales coincidentes y compartidas grupalmente". Lenguaje y definición jurídica, obra cit., pp. 28 y 29. Por otro lado, deber y virtud se relacionan ya en KANT. Vid. Teoría y Práctica, obra cit., p. 10.

¹⁰Esta distinción entre deberes individuales y deberes intersubjetivos se puede ya atisbar en la distinción de PUFENDORF entre deberes para consigo mismo y deberes mutuos. Vid. Le Droit de la Nature et Des Gens, obra cit., lib. II, cap. IV y lib III, cap. I, p. 337 y ss.

El deber moral y la obligación moral

todas formas, también es importante señalar que, en muchas ocasiones es difícil separar la consideración individual y la intersubjetiva ya que ésta última necesita de la primera para su formulación.

Las dos consideraciones del deber lo identifican con lo que se ha denominado libertad moral que no es más que el grado mayor de autonomía en sentido kantiano. La libertad moral va a tener como expresión el deber moral, si bien va a ser en el aspecto intersubjetivo de este donde se podrá observar de forma singular esta relación.

Esta conexión hace que a la vez el deber y el valor se identifiquen. El actuar conforme a un deber, significa actuar conforme a un valor. Y esta relación puede observarse también si nos fijamos en lo que hemos llamado 'primera elección' o 'elección de principio'. Esta supone la elección del valor y de ella es donde surgen los deberes que se convierten en actitudes incondicionadas puras. De aquí que el problema de la justificación pase ahora al valor. El deber tendría como fundamento el valor, pero, ¿y éste?. Desde el punto de vista de la comunidad especialmente, una posible vía para contestar esta pregunta sería la presentada en la propuesta fundadora. Desde el punto de vista del individuo, cabría, en principio, cualquier tipo de fundamentación.

Y esto no significa que los deberes asuman la forma del

altruismo ¹¹. La realización del deber no se plantea en ningún caso alguna finalidad (salvo la 'elección primera' de adecuación al proyecto vital), ya que si ésto ocurriese se estaría más bien hablando de obligación. El cumplimiento del deber es siempre espontaneo y voluntario. Así otra característica suya es la incondicionalidad ¹². Puede decirse con Stammler que la "palabra deber sólo expresa una visión científica de la unidad a que se hallan sujetos los fines del fin último subjetivamente incondicionado, momento constitutivo que determina la ley última de todo fin concreto" ¹³. En definitiva el deber se confunde con el valor ético ¹⁴, en cierto sentido con la virtud y, en último

¹¹En este sentido se expresa Paola M. ARCARI en Obbligatorietà morale e obbligatorietà giuridica, obra cit., p. 25.

¹²Cuando en adelante hablemos de incondicionalidad y espontaneidad refiriéndonos al deber, habrá de entenderse que dejamos por presupuesta la cuestión de la 'elección de principio'. En contra de este caracter incondicionado puede señalarse a R. M. HARE, Reason of State, en Applications of Moral Philosophy, London 1972. Este caracter incondicionado provocará como más adelante veremos la no existencia de actos supererogatorios. Como escribe GARZON VALDES: "La supuesta incondicionalidad de las prescripciones de la moral ordinaria termina así borrando las diferencias entre reglas e ideales morales, entre lo debido y lo supererogatorio". Acerca de la tesis de la separación entre ética y política, obra cit., p. 117.

¹³R. STAMMLER, Economía y Derecho, obra cit., p. 339.

¹⁴Vid. en este sentido Alessandro BARATTA, Su alcuni significati di 'dover essere' nell'analisi dell'esperienza normativa, obra cit., p. 43. Quizás ésto pueda comprenderse mejor con el siguiente ejemplo que presenta Paola M. ARCARI comentando la obra de Schopenhauer (Vid. El amor, las mujeres y la muerte, obra cit.): "Se l'amore è un dovere, se devo amare secondo i suoi meriti colui che non amo, più dell'amico mio che amo, allora non è più l'amore come fatto che impera, non è più per amore che sono morale, ma per moralità che devo amare: devo amare per un principio etico". Obbligatorietà morale e obbligatorietà giuridica, obra cit., p. 27.

término, con la necesidad, como situación ética ¹⁵.

Como escribe Scheler, "unicamente puede convertirse en deber lo que es bueno, o aquello que debe realizarse necesariamente porque es bueno (en sentido ideal)" ¹⁶. Lo importante para llegar al conocimiento del mismo, va a ser el determinar la manera de llegar a "lo bueno". En éste trabajo, se proponen dos consideraciones de entenderlo: bien por vía individual, bien por vía intersubjetiva ¹⁷.

A. LA CONSIDERACION INDIVIDUAL DEL DEBER

La consideración de deber, por via individual, va unida a la del hombre libre, autónomo, por lo que tiene relativamente solo una relevancia interna ¹⁸. Y digo relativamente porque deben entenderse como la base de los deberes intersubjetivos ¹⁹. Por otro lado, esta relevancia interna puede considerarse como

¹⁵G. F. HEGEL, Filosofía del Derecho, obra cit., p. 149.

¹⁶SCHELER, Etica, I, obra cit., p. 115.

¹⁷No deben ser rechazados en ésta búsqueda caminos como la revelación, la intuición, etc... De todas formas muchos de éstos caminos en último término vienen a significar lo mismo que el diálogo. Así por ejemplo, puede relacionarse con la comunicación intersubjetiva las afirmaciones de SCHELER siguientes: "el deber de mantener en el contrato las promesas recíprocas - forma básica para la creación de una voluntad unitaria en la esfera de la sociedad- no tiene su raíz a su vez en un contrato que prescribe observar los contratos, sino en la obligación solidaria de los miembros de una comunidad de realizar por ésta contenidos que deben ser". Etica, II, obra cit., p. 338.

¹⁸Vid. A. PALERMO, Voz Obbligo giuridico, obra cit., p. 703.

¹⁹Vid. Sergio COTTA, Sul dovere della veracità, obra cit., p. 210.

Deberes y obligaciones en la Constitución

absoluta ²⁰, ya que al ser expresión de la conciencia interna individual del hombre, estos deberes son, para cada uno, objetivos ²¹.

Hablar de posibles deberes del hombre por vía individual no es lo mismo que de posibles deberes del individuo consigo mismo. Estos últimos pueden tomarse en consideración tanto en el tratamiento de los deberes por vía individual como en el realizado por vía intersubjetiva ²². Basta aquí señalar que, como expresa Mill, estos deberes no son socialmente obligatorios, "a menos que las circunstancias les hagan a la vez deberes para con los demás" ²³.

El deber, en sentido individual se relaciona con la virtud
²⁴. Según Macintyre, puede hablarse, al menos, de tres conceptos

²⁰A esto puede que se refiera F. ROMANO, cuando distingue entre el deber y la obligación por el carácter relativo de ésta última. Vid. Voz *Obbligo giuridico*, *Nozione Generale*, en Enciclopedia del Diritto, Milano 1964, p. 505.

²¹"Los imperativos de la conciencia no son 'subjetivos', sino objetivos, en tanto que son la exigencia para una persona concreta del 'orden' de un momento histórico determinado; y la validez de la exigencia descansa en su unicidad, justamente en que es exigencia para una persona singular en momento histórico también singular". Felipe GONZALEZ VICEN, *La obediencia al Derecho*, obra cit., p. 455.

²²No se trata de deberes que tengan sólo relevancia individual como bien expresa Arthur Fridolin UTZ. Vid. Ética social, T. II, trad. de A. Ros, Editorial Herder, Barcelona 1965, p. 183.

²³J. Stuart MILL, Sobre la libertad, obra cit., p. 158.

²⁴Este sentido también es observable en la literatura anglosajona donde se escribe de los deberes derivados del papel del hombre en la sociedad al tiempo que se refieren a la virtud y ese papel. Vid. en este sentido Charles FRIED, Right and Wrong, Harvard University Press, 1980. Sobre la dificultad de compatibilizar deber y virtud vid. E. LOPEZ CASTELLON, *De la ética de las sanciones a la ética de las virtudes*, en Derecho y Moral, Análes de la Cátedra F. Suarez, núm. 28, Granada 1988, p. 20; vid también Adela CORTINA ORTS, *Límites y virtualidades del procedimiento moral y jurídico*, en Derecho y Moral, Análes de la Cátedra F. Suarez, núm. 28, Granada 1988, pp. 53 y 54. En

El deber moral y la obligación moral

distintos de virtud. Por un lado la concepción de Homero en el sentido de que "la virtud es una cualidad que permite a un individuo desempeñar su papel social". Por otro la concepción que tiene una tradición en Aristóteles, el Nuevo Testamento y Sto. Tomás y que concibe la virtud como "cualidad que permite a un individuo progresar hacia el logro del telos específicamente humano, natural o sobrenatural". Por último, la concepción que Macintyre atribuye a Benjamin Franklin y que entiende la virtud como "cualidad útil para conseguir el éxito terrenal y celestial"²⁵. Dentro de estos tres pensamientos sobre la virtud, el de Aristóteles es el que tradicionalmente se ha escogido en el estudio de la virtud.

Como sabemos, para este autor el hombre busca la felicidad como fin, y el mejor medio para llegar a ella es por medio de la virtud humana. La virtud humana en la consecución de la felicidad, ha de ser entendida como virtud del alma.

La virtud del alma, para Aristóteles, está dividida en dos partes, una dotada de razón y la otra privada de ella. En esta última radican la facultad vegetativa, la parte apasionada y la intuitiva. De estas tres partes, la razón no es elemento característico aunque si participa relativamente en alguna de ellas,

cambio la relación entre deber y virtud si puede encontrarse, en forma relativa, en Kelsen cuando escribe: "Anche la cosiddetta virtù della morale è una morale dei doveri. E infatti virtuoso colui che adempie ai suoi doveri morali. Il concetto di virtù presuppone il concetto di dovere che scaturisce da una norma morale prescrivente un certo comportamento". KELSEN, Teoria Generale delle Norme, obra cit., p. 214, n. 3.

²⁵A. MACINTYRE, Tras la virtud, obra cit., p. 231.

Deberes y obligaciones en la Constitución

como es el caso de la intuitiva. Por su parte, el aspecto racional del alma es doble, se divide en la parte "con la cual contemplamos la clase de entes cuyos principios no pueden ser de otra manera", y aquella "con que contemplamos las que tienen esa posibilidad" ²⁶. Es decir, un aspecto que tiene a la razón en sí mismo y otro que la escucha. Esta división afecta a la virtud humana que se divide así en virtudes dianoéticas y éticas.

Por otro lado, en el alma no hay más que tres elementos: las pasiones, las facultades y los hábitos. Las virtudes van a corresponder a los últimos. Para Aristóteles, "toda virtud perfecciona la condición de aquello de lo cual es virtud y hace que ejecute bien su operación" ²⁷. Es decir, la virtud asegura la realización perfecta de la obra de la que es objeto: la virtud va a consistir en el medio perfecto ²⁸, en un hábito o una cualidad que depende de nuestra voluntad. En palabras de Aristóteles: "la virtud del hombre será también el hábito por el cual el hombre se hace bueno y por el cual ejecuta bien su función propia" ²⁹. Y esto debe entenderse, como señala Macintyre, distinguiendo "entre lo que tiene por bueno para sí cualquier individuo en particular en cualquier tiempo y lo que es realmente

²⁶ARISTOTELES, Etica a Nicómaco, obra cit., p. 89.

²⁷ARISTOTELES, Etica a Nicomaco, obra cit., p. 24.

²⁸Vid. en este sentido A. MACINTYRE, Tras la virtud, obra cit., p. 194.

²⁹Etica a Nicómaco, obra cit., p. 25.

bueno para él como hombre" ³⁰.

El deber en su consideración individual, vendría a coincidir con la virtud aristotélica, pero separándose de ella en cuanto al **predominio del carácter individual** huyendo de cualquier tipo de deber universal preconcebido, y de su posible relación con la posición del hombre en la sociedad. También se distinguiría en la apertura en nuestra consideración a **fundamentaciones personales fuera de la razón y en el alejamiento de contenidos del deber objetivo-universales** ³¹. Así, por ejemplo no veo razones para negar que el cumplimiento del deber se realice, en ocasiones o siempre, por placer individual y no por un fin moral social ³². Por otro lado, el hábito lo entenderíamos en el sentido en el que se expresa Kant, es decir, no como mera repetición de acciones 'buenas' sino como intención y voluntad en la realización de esas acciones ³³.

³⁰A. MACINTYRE, Tras la virtud, obra cit., p. 190.

³¹Con ello no se rechaza su carácter absoluto para el individuo que así los entiende. Vid. Benito de CASTRO CID, La fundamentación de los derechos humanos (reflexiones incidentales), obra cit., p. 123.

³²Como escribe HUME: "La verdadera esencia de la virtud, de acuerdo con esta hipótesis es producir placer y la del vicio producir dolor". Tratado sobre la naturaleza humana, obra cit., p. 195.

³³"El hábito (habitus) es agilidad para obrar y una perfección subjetiva del arbitrio. Pero no toda agilidad es un hábito libre (habitus libertatis); porque cuando es costumbre (assuetudo) de ella, es decir, una conformidad que se ha convertido en necesidad por repetición frecuente de la acción, entonces no es un hábito que proceda de la libertad y, por lo tanto, tampoco es un hábito moral. Así pues, la virtud no puede definirse como el hábito de realizar acciones conformes con la ley; pero si podría definirse así en el caso de que se añadiera: 'determinarse a obrar por la representación de la ley'; y en ese caso el hábito no es una disposición del arbitrio, sino de la voluntad que, por la regla que adopta, es a la vez una facultad de desear

Deberes y obligaciones en la Constitución

Macintyre, partiendo de Aristóteles, entiende las virtudes como aquellas disposiciones que "no sólo mantienen las prácticas y nos permiten alcanzar los bienes internos a las prácticas, sino que nos sostendrán también en el tipo pertinente de búsqueda de lo bueno, ayudándonos a vencer los riesgos, peligros, tentaciones y distracciones que encontremos y procurándonos creciente autoco-
nocimiento y creciente conocimiento del bien" ³⁴. Pero en este punto nos apartaríamos también de Macintyre, quizás en lo esencial de su pensamiento, en cuanto a la consideración de lo que es el bien, huyendo de una concepción dogmática y cerrada del mismo. Aunque en este punto Macintyre parece asumir la variación del significado de éste en la historia, así como la existencia de distintas teorías e ideas al respecto ³⁵.

Por otro lado, la virtud según Macintyre, al igual que para nosotros el deber, exige una primera elección de principio: "Uno de los rasgos del concepto de virtud que hasta el momento han surgido de la argumentación con cierta claridad es que su aplicación siempre exige la aceptación de alguna interpretación previa de ciertos rasgos de la vida moral y social, en términos de la cual tiene que definirse y explicarse" ³⁶.

El deber, puede ser visto como la actuación de la voluntad

universalmente legisladores; y sólo un hábito semejante puede considerarse como virtud". KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 264 y 265.

³⁴A. MACINTYRE, Tras la virtud, obra cit., p. 270.

³⁵A. MACINTYRE, Tras la virtud, obra cit., pp. 336 y 337.

³⁶A. MACINTYRE, Tras la virtud, obra cit., p. 232.

(si se quiere, como hábito), producida por la reflexión o no y que es partícipe del camino del hombre hacia la consecución de su proyecto vital ³⁷ mediante el desarrollo interno adquirido como 'justo medio' ³⁸. La virtud y el deber, en este sentido, radican en la voluntad y se expresan en su ejercicio siendo partícipes de la libertad del hombre. La virtud, identificable como venimos repitiendo con el deber, no es más que una disposición de la voluntad del hombre para seguir aquello que le parece bueno ³⁹. Nuestro concepto de virtud en relación con el deber, se apartaría de la consideración roussoniana, de la que Kant participa, y que entiende la virtud como lucha. La fuerza, para estos autores, estaría en la base de toda virtud ⁴⁰. La fuerza y la lucha, en nuestro caso, se producen sólo en la elección de principio, ya que en otro caso la autoasunción no sería elemento esencial del deber.

Con esta idea, la virtud es productora del bien moral, entendido en una concepción individual, y con ello, el deber en sentido individual se dirige también hacia el bien, como término

³⁷En este punto el deber coincide con la virtud de la que habla MACINTYRE como unidad de la vida humana en el logro de su plan de vida. Vid. Tras la virtud, obra cit.

³⁸Vid. la crítica de KANT al concepto de virtud aristotélico y a su concepción de justo medio, en La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 260.

³⁹Para BURLAMAQUI, "un hombre virtuoso es aquel que tiene el hábito de actuar conforma a la Ley y a su deber...". Principes du Droit Naturel, obra cit., Premiere Partie, cap. II, pp. 80 y 81. Vid. también, Seconde Partie, cap. XII, p. 224.

⁴⁰Vid. ROUSSEAU, Emilio, obra cit., pp. 528 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

subjetivo. De aquí que relacionemos más fuertemente virtud con deber individual y no con deber intersubjetivo. La virtud significa unidad cerrada (no en el tiempo sino en el sujeto), la virtud se refiere a un 'mundo', el mismo que el del deber individual: el individuo. Difícilmente podría haber una concepción de virtud predicable a todo el mundo ⁴¹ como es la de los deberes intersubjetivos.

La consideración del deber por vía individual supone la asunción total del individuo de lo debido, la asunción en conciencia. Su fuerza deriva del propio hombre ⁴². De ahí que el deber en este sentido sea de difícil configuración y de contenidos muy distintos. El deber en sentido individual responde a lo que Eusebio Fernandez llama obligación moral: "La obligación moral es la que se origina en la conciencia moral autónoma y

⁴¹Esta dificultad de encontrar la virtud en los hombres respecto a sus relaciones sociales es expuesta también por ARISTOTELES: "Es imposible que la ciudad se componga exclusivamente de hombres buenos, pero cada uno debe cumplir su función, y esto requiere virtud; por otra parte, como es imposible que todos los ciudadanos sean iguales, no será una misma la virtud del ciudadano y la del hombre bueno. En efecto, la virtud del buen ciudadano han de tenerla todos (pues así, la ciudad será necesariamente la mejor), pero es imposible que tengan la del hombre bueno, ya que no es menester que sean hombres buenos los ciudadanos que viven en la ciudad perfecta". Política, obra cit., p. 73.

⁴²Vid. Adela CORTINA, Ética mínima, obra cit., pp. 80 y 81. No creo que esta consideración individual permita, como dice HABERMAS, situar como deber más importante del hombre su autoconservación (Vid. Teoría y Praxis, obra cit., p. 60). Creo que el hombre puede tener deberes más importantes que los que afectan propiamente a sus personas. y con ello no quiero quitar importancia a los deberes del hombre para consigo mismo. Vid. en este sentido, R. STAMMLER, Tratado de Filosofía del Derecho, trad. de W. Roces, Editora Nacional, México 1980, p. 269.

El deber moral y la obligación moral

voluntaria..."⁴³. O también lo que Radbruch llama deber puro y simple, que es aquel que se caracteriza por no aparecer "frente a él nadie que pueda reclamar su cumplimiento"⁴⁴.

Este deber deriva de la conciencia íntima, es lo que González Vicen llama obligación ética como derivada de la conciencia, que no es más que "la decisión de una existencia acerca de su verdad en un momento histórico determinado", lo que hace que esta figura sea absoluta e incondicionada⁴⁵, pero respecto al sujeto en sí.

Quizás con un ejemplo podamos distinguirlo de otras figuras afines. Supongamos que existen tres individuos: A, B y C. A y B tienen el deber (autoasumido, incondicional y no relacional) de dar de comer a C. Si A y B dan de comer a C, habrán cumplido con su deber. Si por ejemplo A no cumple, ya no se podrá decir que tuviese el deber ni que no haya cumplido con su deber. Al no realizarlo es porque ya no lo autoasume, por lo que ya no es su deber. En este caso de lo que si podríamos hablar es de la existencia de una obligación moral (condicional, relacional, autoasumida en ocasiones pero en otras no)⁴⁶. De ahí que hablar

⁴³Eusebio FERNANDEZ, La obediencia al Derecho, obra cit., pp. 59 y 60.

⁴⁴G. RADBRUCH, Introducción a la Filosofía del Derecho, obra cit., p. 53. Para este autor pues, nunca pueden equipararse las figuras del deber moral y la de la obligación. En cambio el deber jurídico va a significar obligación.

⁴⁵Felipe GONZALEZ VICEN, La obediencia al Derecho, obra cit., pp. 448 y 449.

⁴⁶Vid. la distinción entre moral autónoma y moral heterónoma de Nicolás M. LOPEZ CALERA, La democratización moral del Derecho, obra cit., p. 228.

Deberes y obligaciones en la Constitución

de un deber individual no va a suponer nunca hablar de una restricción de la libertad sino que, incluso me atrevería a decir, todo lo contrario. La realización del deber supone el grado máximo de libertad ⁴⁷, significa así, "la sumisión libre y voluntaria del hombre a su propio orden de perfección natural" ⁴⁸. Así, en el cumplimiento de sus deberes el hombre se hace bueno para sí mismo, según su concepción.

El deber es normal actuación del hombre en su camino destinado a la consecución de sus fines, no aminora la libertad del hombre porque es esa misma libertad ⁴⁹. Desde el momento que suponga restricción de la libertad ya no será deber sino más bien obligación ⁵⁰. Si hablamos de actuación en la consecución de los fines lo que hacemos es concebirlo como un fin en sí mismo. El proyecto vital del hombre como fin de su vida, con contenidos distintos según los individuos, no puede ser entendido sino como

⁴⁷ Como expresa VOLTAIRE: "Mi libertad consiste en no hacer una mala acción cuando mi mente se la representa necesariamente mala; subyugar una pasión cuando mi mente me hace comprender su peligro y cuando el horror de esta acción se opone poderosamente a mi deseo". Opúsculos satíricos y filosóficos, obra cit., p. 117.

⁴⁸ Agustín de ASIS GARROTE, Manual de Derecho natural, obra cit., pp. 487 y 488.

⁴⁹ Este es el sentido con el que BERGSON emplea el término obligación. Para este la obligación moral es la actuación normal del hombre y no tiene porqué derivar de principios racionales. Vid. en este sentido Les deux sources de la morale et de la religion, obra cit., pp. 18 y ss.

⁵⁰ Vid. Joseph TUSSMAN, Obligation and the Body Politic, obra cit., p. 7. En contra de esto estaría Risieri FRONDI, para quien "nuestro deber no puede identificarse con lo placentero; de lo contrario todo el mundo cumpliría con su deber". ¿Qué son los valores?, obra cit., p. 23.

el cumplimiento de los deberes autoasumidos por cada hombre ⁵¹.

El deber no necesita ser una expresión racional en cada caso, sino que es la actuación 'reflejo' del hombre. Para expresar esto podemos utilizar el ejemplo que emplea Raz cuando se refiere a las obligaciones apoyadas por una razón normal y obligaciones apoyadas en razones exclusivas ⁵²: "Juan tiene amigos en Francia a los que no ha visto desde hace años; Julia ha hecho una regla de pasar sus vacaciones en Francia. Ambos tienen una razón para pasar este año sus vacaciones en Francia, pero hay una diferencia considerable entre sus razones. El deseo de Juan de ver a sus amigos tendrá que competir con todas las demás razones pertinentes al problema. El viaje será caro. A su esposa no le gustan los amigos franceses de él, y preferiría comprar una nueva lavadora. Ir a Francia impediría a Juan asistir a una importante conferencia en los Estados Unidos, etc. Juan sólo irá a Francia si descubre que, haciendo un balance de sus razones, eso es lo que debe hacer. Julia también se encuentra ante muchas consideraciones en conflicto, pero ella no tiene la intención de actuar después de hacer un balance de sus razones. Ha adoptado como

⁵¹En este sentido el deber no es concebible como deseo sino como razón en sí mismo: "Si un deseo de cumplir con nuestro deber moral no es un deseo lógicamente necesario, entonces tenerlo como razón para cumplir con el propio deber es un acto de extrema indulgencia consigo mismo. Normalmente decir de una persona que desea cumplir con su deber (moral) es decir que su razón de actuar es que este es su deber y no que su razón es que desea cumplir con su deber". Joseph RAZ, Introducción, en J. RAZ, Razonamiento práctico, trad. J. J. Utrilla, Fondo de Cultura Económica, México 1986, p. 37.

⁵²Vid. también la referencia a las obligaciones expresión de una razón protegida categórica, a las que ya hemos hecho alusión, en J. RAZ, La autoridad del Derecho, obra cit., p. 291.

regla pasar sus vacaciones en Francia y eso fue lo que hizo precisamente para ahorrarse la necesidad de decidir cada año lo que deberá hacer durante sus vacaciones. Adoptó la regla para no tener que actuar en cada ocasión basándose en el equilibrio de las razones. Tener la regla es como haber decidido de antemano qué hacer. Cuando llegan las vacaciones, ella no reconsidera el asunto. Ya ha tomado una decisión. Su regla es para ella una razón exclusiva..."⁵³. El deber, en el sentido que se emplea en este trabajo sería lo que Raz llama obligación apoyada en razón exclusiva.

La conclusión de que puede obtenerse es que la consideración del deber por vía individual no permite nunca una actuación no conforme a él. **El hombre actúa según sus deberes**⁵⁴, si bien no hay que olvidar imposibilidades materiales y no de la voluntad para la perfecta realización de los mismos. La realización del deber supone la actuación de la voluntad, y no es necesario para ello hablar de voluntad libre, sino simplemente de voluntad⁵⁵, que deriva de la conciencia ética individual. Como señala González Vicen: "...la conciencia nos revela nuestra última realidad en forma de exigencia. No hay 'conciencia

⁵³J. RAZ, Las razones de las acciones, en J. Raz, Razonamiento práctico, obra cit., pp. 262 y 263. (El subrayado es mío).

⁵⁴Esto no es así para muchos autores. Así por ejemplo P. M. HACKER escribe, refiriéndose al ámbito jurídico: "È necessario porre in rilievo che il rifiuto di una norma che prescrive un dovere non implica l'inoservanza della medesima, come d'altra parte l'accettazione non implica l'osservanza". Sull'uso di 'dovere', obra cit., p. 179

⁵⁵Vid. VOLTAIRE, Opúsculos satíricos y filosóficos, obra cit., p. 135.