

## La obediencia al Derecho estatal moderno

En trabajos recientes sobre el problema del deber jurídico y de la obligatoriedad del derecho se acepta sin reservas que la obediencia al derecho es el reverso de la idea de obligación jurídica. Resulta entonces que la opinión de que existe la obligatoriedad jurídica lleva aparejada la opinión de que el derecho exige obediencia.

Pero es muy cuestionable, en primer lugar, que la obediencia sea el correlativo de la obligatoriedad jurídica y, en segundo lugar, que la supuesta obediencia sea fruto de conceptos evidentes del mundo de la ética y del derecho.

La raíz de este equívoco reside en que estos temas se plantean desde un concepto unívoco de derecho, cual si se tratara de una realidad inmutable en el devenir histórico y sin variables derivadas de la sociedad política en que se produce y de los fines que persigue. Se olvida la *índole política del derecho* y se le asimila a un principio ontológico inalterable. Parece como si de la necesidad para toda sociedad de normas de conducta, se pudiera concluir sin más a la justificación de cualquier ordenamiento jurídico concreto. Se pasa por encima de los caracteres diacrónicos del derecho y se eleva a rango de esencia del derecho lo que no son más que estructuras políticas del derecho estatal particular, por ejemplo, del Estado liberal de Derecho.

No parece que exista a través de la historia un fenómeno unívoco e inmutable de configurarse el derecho, ni que sea algo similar a lo que hoy tenemos como sistema jurídico estatal. Al contrario, el derecho sí se presenta en la tradición occidental como un fenómeno social muy correlacionado con la organización suprema del poder.

El derecho está siempre condicionado al tipo de sociedad donde se produce y es producto de la razón histórica humana, la cual selecciona aquellas conductas que, en una situación determinada, apare-

cen como promotoras de bienes sociales y sanciona las nocivas para la misma sociedad. Pero esta normatividad social no tiene el mismo significado ni las mismas estructuras en un Estado militarista, por ejemplo, que en un Estado educativo o en una teocracia al estilo del antiguo pueblo de Israel. Por ello, cuando se trata de hacer un análisis de los fundamentos y validez de un determinado ordenamiento jurídico, hay que situarse en un contexto político que permita evaluar e interpretar un ordenamiento en sus propios objetivos y en el marco de la sociedad en que es válido. En nuestro caso, un discurso sobre la obligatoriedad del derecho no puede hacerse indistintamente para el derecho de una monarquía autocrática y para el de un Estado democrático con libertad de opinión y de crítica, aun cuando las leyes vigentes fueran las mismas en ambos. Y, si hablamos de la soberanía como apoyatura de un poder legislativo, no puede darse idéntico juicio a una soberanía del pueblo mediante legítimos representantes y a la ejercida por un dictador que asuma la plenitud de los poderes políticos.

A nuestro modo de ver, semejante diferencia habría que transferirla también al tema de la obediencia a las leyes, de modo que nos parece injustificado racionalmente el propugnar la obligación de obedecer las leyes sin contextualizar el sentido político de esas leyes y el Estado que las legitima.

En concreto, el problema a que ahora queremos referirnos es el de si es correcto hablar de obediencia al derecho en el contexto del ordenamiento legal de un Estado, como el español, donde su ordenamiento se declara ajeno a toda fundamentación divina de las leyes (Estado laico y no meramente no confesional), así como a toda dependencia de un principio ético (sujeción a un derecho natural que fuera reconocido como fundamento de las leyes) y de una fundamentación divina del mismo poder político (principio del imperio de la ley como expresión de la voluntad del pueblo). Una somera lectura del modo como habitualmente se justifica la obligación de obedecer las leyes, nos da que es como producto de una obligación moral (existencia de una ley moral superior a las normas: cosa que el ordenamiento español no reconoce), de una fundamentación religiosa (el poder político toma su razón de ser de la autoridad divina: algo inexistente en el ideario del derecho español), o, finalmente, de una teoría política (todas las leyes de un régimen democrático deben ser obedecidas). Es decir, se fundamenta la obediencia a este ordena-

miento en motivos que son ajenos al contenido mismo del ordenamiento.

La filosofía jurídica tiene aquí una palabra que decir, pues hay que examinar la acrítica asimilación de un ordenamiento estatal concreto con lo que es esencial a todo derecho y la legitimidad de trasvasar el contenido de un ordenamiento con lo requerido para regular cualquier sociedad <sup>1</sup>. Este problema hubiera sido mejor tratado si la filosofía del derecho y la filosofía política hubieran caminado más juntas, como ocurrió en otro tiempo <sup>2</sup>.

Nos proponemos en las siguientes páginas cuestionar si el ordenamiento jurídico del Estado moderno puede tener la pretensión de reclamar obediencia a los ciudadanos y si la actitud de obediencia es la actitud que se ajusta a lo que es un ordenamiento jurídico de la sociedad actual.

## I.—ALGUNAS CARACTERISTICAS DE LOS ORDENAMIENTOS JURIDICOS ESTATALES MODERNOS

1. La primera característica es la asunción, por parte del Estado, de toda fuente jurídica, de modo que no sea válido algún derecho que no emane de los poderes estatales: leyes, reglamentos, decretos, ordenanzas, etc. El poder legislativo es el de mayor relieve en el Estado y el que mediatiza los demás, hasta el punto de que hay teorías que identifican Estado y Derecho. Que no haya otro derecho que el estatal, viene a significar que todo derecho es, en la terminología antigua, derecho «positum».

El origen de estas ideas reside en el progresivo acaparamiento de la normatividad jurídica por la ley estatal y, en consecuencia, en la

<sup>1</sup> A este respecto hay sugerencias interesantes en S. Cotta, *Itinerarios humanos del derecho* (Pamplona 1978).

<sup>2</sup> Los historiadores de las ideas trataron conjuntamente ambos temas bajo el rótulo de Filosofía del Derecho y del Estado (Truyol, Brino, Elías de Tejada, Larenz, Moroni, etc.), pues, en efecto, es difícil disociar filosóficamente las teorías jurídicas de las políticas. Y esto sin necesidad de propugnar, como hace Kelsen, la identificación de ambas dimensiones. Ambas se elaboraron conjuntamente. Así ocurre en las obras sobre La República y Las Leyes de Platón y de Cicerón. Pero también la Filosofía del Derecho de Hegel es claramente una teoría del Estado. Posiblemente la razón de ello estriba en que esas investigaciones procedían según consideración moral de los temas, que condicionaba todo lo que es realidad sociopolítica de la persona moral.

sustitución del derecho (*ius*) por la ley (*lex*), que todavía en Hobbes eran conceptos distintos. La ley estatal asume cuanta normatividad está vigente en la sociedad y la igualdad de los ciudadanos se comprueba en que están sometidos a la misma ley y en que ésta sólo es tal, si procede del poder legislativo delegado por los mismos. La soberanía de la ley no significa otra cosa que su autojustificación frente a los ciudadanos y el sometimiento de los demás poderes, el jurisdiccional y el gubernativo, a los límites marcados en la ley. No hay otras instancias ni otras formas de juridicidad que no sean las que impone el Estado y respalda con su fuerza.

El pensamiento antiguo conoció, en cambio, que la ley era un concepto análogo, pues existía una ley divina, una ley natural, una ley positiva divina y una ley positiva civil. En virtud de ello, toda ley tenía una instancia superior, cuando se cuestionaban sus contenidos o se pretendía exigir su cumplimiento. En la concepción moderna no existen tales rangos y la única dependencia contemplada es la del grado de poder que ostenta el legislador, partiendo de que una ley emanada de una jerarquía inferior no puede contradecir la de una superior.

Así ocurre que el viejo voluntarismo jurídico ha pasado a tener un enorme relieve en la fundamentación del derecho moderno, a partir del momento en que la ley obtiene su fuerza por el poder que la dicta. Es cierto que el viejo voluntarismo procedía de ideas teológicas, como el modo de entender el poder legislativo divino, pero ahora ese voluntarismo ha pasado a designar que el poder político soberano es quien ampara la soberanía de la ley. Es significativo que Grocio, de quien arrancan muchas de estas ideas jurídicas modernas, llamara al derecho natural «derecho racional», porque tenía vigencia por la sola razón natural, mientras que al derecho positivo lo llamaba «derecho voluntario», sugiriendo así que el derecho estatal es creado por la voluntad del poder político<sup>3</sup>.

Así entendido el derecho, parece consecuente afirmar que la obligación (moral) generada por el derecho se ha transformado en la obligación debida a un poder político y que, a su vez, la ley entendida como una regla de conducta (moral) se ha convertido en la norma que el Estado impone a los ciudadanos en el legítimo ejercicio de su poder coactivo.

3 Cf. *De iure pacis et belli libri tres* (Lugduni 1919) c. 13.

En continuidad con esta idea, hay que recordar la importancia que obtiene en el derecho moderno el concepto de coercibilidad del derecho. El Estado moderno ha reivindicado el derecho al uso exclusivo de la fuerza en un territorio, como un signo de su soberanía <sup>4</sup>. El derecho es ahora la normatividad respaldada por el poder soberano, mientras que antes era la norma respaldada por la autoridad de Dios. Y así tenemos que la imposición coactiva es indisociable de la idea de derecho, mientras que antes a la idea de derecho se vinculaban sólo los conceptos de ordenación, regulación y obligatoriedad. Sin embargo, se ha seguido planteando el tema de la obligación del derecho y de la obediencia debida a las leyes con los mismos esquemas mentales que antes se usaban para explicar un derecho de connotaciones distintas. Más bien, lo primero que habría que cuestionar es si una normatividad justificada sólo como fruto del poder político soberano —y también legítimo, pero esto sólo políticamente— y entendida como algo impuesto coactivamente, puede pretender calificarse de obligatoria, cuando la obligatoriedad es una condición de raigambre ética.

La coacción era conocida por el pensamiento antiguo. Pero era explicada como una característica de las sanciones y penas jurídicas. En las teorías modernas, al contrario, es una definición misma del derecho y casi la única característica para distinguir el mundo de lo jurídico del mundo de otras normatividades sociales, como la moral, los usos, y las costumbres, a las que antes se calificaba también de derecho. Fue el pensamiento de J. Austin el que más resaltó ese nuevo concepto de derecho, al definirlo precisamente como la normatividad coactiva emanada del poder soberano <sup>5</sup>. Y fue él mismo quien explicó la obligación del derecho como un mandato político. La obediencia, entonces, designaría el sometimiento al poder por temor a la sanción.

2. Una segunda característica es hacer del derecho estatal un sistema legal con pretensiones de plenitud y de autoconstrucción. En un tal derecho queda oculta la intención política del legislador y, al contrario, se magnifica la constitución de un cuerpo jurídico, que se

<sup>4</sup> Sobre el tema de derecho y fuerza puede verse: N. Bobbio, *Contribución a la teoría del derecho*, ed. a cargo de A. Ruiz Miguel (Debate, Madrid 1990) cap. XV; y Francisco Carpintero Benítez, *Una introducción a la ciencia jurídica* (Civitas, Madrid 1988) p. 130 ss.

<sup>5</sup> Cf. J. Austin, *The Province of Jurisprudence determined*, ed. Hart (Londres 1954) I, p. 84 s.

complementa y construye mediante decretos del poder ejecutivo y la jurisprudencia de los tribunales. De este modo, se velan las auténticas motivaciones de las leyes, las finalidades de las normas, su utilidad para la obtención de bienes sociales y hasta su misma justicia. Lo que caracteriza, pues, el derecho estatal es su acentuado formalismo y sistematización; en cambio, la justificación de las normas, que deriva del fin pretendido, es ajena a las exigencias de su formalidad legal y de su estudio científico. La ciencia de las leyes queda reducida a una interpretación de las mismas, sin poder plantearse las cuestiones radicales de su justificación y su racionalidad.

El principio de absoluta legalidad, pilar básico del derecho moderno, es fruto de la revolución francesa y de las corrientes racionalistas del siglo XVIII. Ya Montaigne había detectado el surgir de esta mentalidad: «las leyes, dice, mantienen su credibilidad, no porque sean justas, sino porque son leyes. Tal es el fundamento místico de su autoridad y no tienen otro fundamento que éste. Y quien las obedece porque ellas sean justas, no las obedece como ellas exigen»<sup>6</sup>. Y Pascal expresaba lo mismo, como si fuera una norma moral: «obedecer a las leyes por ser leyes, como también obedecer a los superiores, no porque sean justos, sino porque son superiores»<sup>7</sup>. Pero, además, es sabido que el lema de los revolucionarios franceses era: «La Révolution, c'est l'avènement de la loi». La ley, en efecto, como producto de la voluntad general y perfecta encarnación de la razón, no tiene un árbitro superior ni está sometida a criterios morales. Es depositaria de su propia justificación y, por lo mismo, es universal e intocable. Lo que pudo ser entendido como un dictamen de la razón para obtener un bien humano, ha pasado a ser una norma soberana y certificadora de la racionalidad social.

El principio de legalidad absoluta se traduce, en el orden de las ideas políticas, en poner el poder legislativo por encima del judicial y del ejecutivo. La soberanía del poder es primordialmente la soberanía de las leyes; anteriormente incluso a cualquier disquisición sobre su oportunidad, justicia o relevancia política. Se da casi coincidencia entre la propuesta de una ley inatacable en sus contenidos y la de que el poder judicial y el ejecutivo no puedan enmendar las leyes.

El positivismo decimonónico tuvo gran parte de culpa en la promoción de ese «fetichismo» de la ley, que pone ésta por encima de

6 *Oeuvres complètes* (Paris 1967) p. 431.

7 *Pensées*, t. II (Paris 1904) n. 294.

cualquier crítica de la razón ética. Era la traducción al derecho de lo que proclamaba el ideólogo de la revolución francesa, Isnard, cuando afirmaba que «Mon Dieu, c'est la loi; je n'en ai pas d'autre». Lo extraño del positivismo es que, habiendo expulsado la ética de la ciencia jurídica, sin embargo siguió reivindicando para el derecho la obediencia debida al mismo, sin advertir que ésta es de índole ética <sup>8</sup>.

La evidente hegemonía de la ley o «imperio de la ley» como reza nuestra Constitución Española (preámb.), ha tenido su continuidad en el primado otorgado a lo formal en el derecho moderno. Los contenidos ceden ante lo formal y lo procedimental, la justicia ante la certeza. Así sucede que en los Estados modernos el derecho público prima sobre el privado y el procesal y administrativo dominan por completo las actividades de los ciudadanos. Y es que la inflación legislativa, que frecuentemente ahoga el sentimiento espontáneo de justicia y equidad, reside en lo procedimental y adjetivo, con la pretensión ciertamente de seguridad y certeza en la relaciones sociales, pero también reduciendo el arbitrio judicial y menoscabando la equidad de las situaciones concretas vividas por el ciudadano. ¿Acaso no resulta paradójico que, con esa inflación legislativa, los códigos modernos establezcan que «la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento» (CC, art. 6), cuando ni los mismos juristas conocen todas las leyes? ¿Qué certeza es ésta, en la que un ciudadano nunca está seguro de no haber olvidado alguna recóndita formalidad para la validez de sus actos o la aceptación de sus acciones judiciales? Sometido a ese marasmo enorme de cuerpos legales, leyes, decretos, órdenes y reglamentaciones, el ciudadano es inepto para formarse un juicio personal acerca de lo «justo» de sus comportamientos y, ni siquiera, de tener certeza de obtener justicia en un juicio, construido por procedimientos formales detalladísimos, que posiblemente acabarán negándole, por razones formales, la razón y justicia que él creía tener a su favor. En consecuencia, un sistema formal jurídico, con pretensiones de la máxima seguridad y certeza, acaba sofocando los criterios de verdad, equidad y justicia que son el patrimonio

8 Un ejemplo de esta manera de entender las cosas desde el positivismo pueden ser estas palabras de H. Kelsen: «Por 'derecho' se entiende el derecho positivo, nacional o internacional. Por 'validez' se entiende la fuerza que obliga a obedecerlo, o sea la idea según la cual una ley debe ser obedecida por las personas cuya conducta regula». *¿Qué es la justicia?* (Ariel, Barcelona 1982) p. 183.

moral de cualquier ciudadano y los que justifican levantar ese gigantesco edificio del sistema jurídico.

Esa es la razón por la que el derecho estatal moderno, a pesar de ser una benemérita construcción de la ciencia jurídica de hoy, no facilita el esclarecimiento de cuestiones elementales de justicia o de oportunidad política, como las que se plantea cualquier ciudadano cuando quiere formarse un juicio personalizado acerca de la legitimidad de esas normas que exigen su obediencia. Parece, por tanto, desenfocado el pedir que tal ciudadano se sienta obligado por esas leyes, formalizadas y llevadas a un ordenamiento que él no alcanza a comprender. Y, sin embargo, ese es el planteamiento propio de quien debe dilucidar sus obligaciones con un juicio personal y una conciencia ética individualizada.

La primacía de la ley tiene su contexto propio en el aspecto formal del derecho (legitimidad política de los órganos legislativos que la producen), pero es insuficiente para responder a los problemas suscitados por la obligatoriedad moral de las leyes y, sobre todo, por las actitudes de obediencia y sumisión a las mismas. Aquí ya entra el contenido del derecho, sobre el que versa el juicio de la razón y de la conciencia. Y, por tanto, en el contexto de un derecho de tal guisa, difícilmente pueden ser convincentes las razones a favor de un absoluto postulado de obediencia al derecho por ser derecho del Estado llamado de Derecho. Esta forma de Estado ha legitimado ciertamente el uso del poder político conforme a derecho, cerrando el camino a todo poder político arbitrario y despótico, pero sigue siendo cierto que una ley soberana no es lo mismo que una ley justa.

Finalmente, debemos afirmar que esa pretendida fe en el imperio de la ley está hoy muy controvertida, tanto teórica como prácticamente, y que en amplios círculos se habla más bien del ocaso del primado de la ley. Pero tales planteamientos todavía no han alterado las estructuras estatales que configuran el mundo jurídico. Por eso, el derecho estatal moderno es operativo todavía desde las coordenadas del pretendido divismo de la ley, sobre todo cuando a la legitimidad que le otorga el Estado de Derecho se sobreañade la legitimidad de un régimen democrático.

3. Una tercera característica del derecho en el Estado moderno es su laicidad. El Estado ampara un derecho desligado de cualquier fundamentación religiosa o creencia en la existencia de una ley divina.

Se suele pensar que esta laicidad del derecho estatal es irrelevante para justificar y fundamentar el derecho. Y se podría argüir para ello diciendo que aquellas legislaciones puestas al amparo de la ley divina no eran más justas que las actuales de tipo laico. Pero la significatividad del reconocimiento de una ley divina por encima de toda ley divina no afecta al mayor o menor acierto político de las normas y sí a la concepción global de la justicia del mismo derecho. Tras la concepción del Estado laico hay un afirmación de la plena autonomía del supremo poder político para justificar cualquier contenido de las leyes y para identificar legalidad y legitimidad <sup>9</sup>. Por tanto, aquí se dilucida una filosofía nueva sobre el poder político y sobre la fundamentación del derecho. Y esa postura filosófica guarda conexión y dependencia con el tema de la posible obediencia al derecho.

Podría afirmarse que la idea de que la ley divina justifica y da razón a los contenidos de las leyes de los hombres, está presente en la cultura occidental desde Grecia hasta el siglo XIX. Y cercano a ella está el entender la obligación de obedecer a las leyes como una consecuencia de la obediencia al Creador de las cosas y origen del poder entre los hombres. Es decir, la actitud de obediencia a las leyes era indisoluble de una actitud moral y religiosa.

La nueva concepción se originó con Grocio, quien afirma la consistencia del derecho natural, llamado antes derecho divino, «aún en el caso de que Dios no existiera, lo cual es ciertamente algo nefando» <sup>10</sup>. Pero en él ese principio secularizador no conduce, como después ocurrirá en el positivismo, a poner el fundamento del derecho en la voluntad del soberano, sino que es el modo de reafirmar la plena consistencia del derecho natural, que legitima todo derecho estatal e internacional, en momentos en que las naciones se debatían

9 El término «laicismo» se difunde hacia mitad del siglo pasado. Uno de los primeros usos se encuentra en su condenación por la Iglesia en el *Syllabus* de Pío IX. Por aquellos años surgían en Bélgica y en Francia las llamadas Ligas Laicas. Su contenido hacía referencia primordial al problema de la enseñanza pública. Aquí lo entendemos aplicado al tema político del Estado que, en su configuración y en sus leyes, prescinde de la referencia y aceptación de cualquier ética y religión. Así lo definió, por ejemplo, Pío XII en la Encíclica *Summi Pontificatus* (1939): «el laicismo sustrae el Estado ... del influjo de la idea de Dios y de la Iglesia». Es el mismo concepto que los obispos franceses retenían como una falsa idea: «El Estado no está sometido a principios morales superiores» (13 nov. 1945: *Ecclesia* 1945, II, p. 6). La distinción posterior entre laicismo y «condición de laicidad» es fruto del interés en distinguir la situación ideológica que quiera para el Estado una absoluta competencia en el orden temporal de aquella otra en que el laicismo revista caracteres impíos.

10 «Et haec quidem... locum aliquem haberent, etiamsi daremus, quid sine scelesti dari nequit, non esse Deum...». *De iure belli ac pacis*..., proleg. n. 11.

en una guerra religiosa y había que crear un derecho internacional para fundar la nueva paz. Ese nuevo Derecho de Gentes podría fundamentarse en el derecho natural (su «abuelo» como lo llama Grocio)<sup>11</sup>.

Todavía en la época del código napoleónico rigen similares puntos de vista. Los teóricos de aquel código (Duranton, Marcadé, Demolombe) hablaban del derecho natural como un «derecho promulgado por Dios» o «derecho divino» y lo describían como «la voluntad de Dios promulgada por la recta razón» (Toullier). La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa se hace «en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo».

Más claramente todavía, la mentalidad que impregna la independencia de los Estados Unidos (el «espíritu de 1776») es religiosa y proclama la existencia de derechos «con los que el Creador ha dotado a los hombres». Es una herencia del espíritu puritano y disidente que había motivado antes el Pacto de Mayflower (1620) y que tenía como propósito el rechazo del absolutismo teológico-político de Jacobo I y el despotismo clericalizante de la Iglesia anglicana. Las convicciones prevalentes entre los virginianos de la convención de Filadelfia eran, como expresaba Jefferson, que «las libertades son un don de Dios» y que la vida, que es don de Dios y el primero de los derechos, sustrae los derechos naturales a las pretensiones de cualquier legislación de los hombres. El mismo contrato social, que daba origen al Estado y al derecho, era un contrato sellado por Dios<sup>12</sup>.

Todavía la Declaración de Derechos de la Constitución francesa de 1848 afirmaba que «La República Francesa... reconoce derechos y deberes ante Dios y superiores a las leyes positivas» (III). El ideario de la escisión entre lo religioso y lo político fue obra de la Comuna francesa de 1871, la cual en su Decreto empezaba declarando: «La Iglesia se separa del Estado» (art. 1). Este principio revolucionario se convertía en norma legal una generación posterior, mediante la Ley de Separación de la Iglesia y del Estado (1905) en la III República.

En España es conocido que las Cortes de Cádiz legislaron «en el nombre de Dios todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad». Pero las constituciones liberales

<sup>11</sup> *Ibid.*, disrt. prel. & 16.

<sup>12</sup> Cf. M. McGiffert (ed.), *Puritanism and the American Experience* (Mass., Addison - Wesley Pub., 1964).

del siglo pasado fueron introduciendo progresivamente los dictados del laicismo francés. La Constitución de 1856 (no promulgada) proponía la tolerancia para todas las religiones (art. 14). La Constitución de 1869 ya recoge la libertad de enseñanza, que era una de las banderas del laicismo, y la libertad religiosa (arts. 21 y 24). El Proyecto de la Constitución Federal de la I República declara formalmente que «queda separada la Iglesia del Estado» (art. 35). Y, finalmente, será la Constitución de la II República (9 diciembre de 1931) la que identifique lo político con lo público y lo laico y la que relegue la conciencia y lo religioso a la esfera de lo privado y personal. Esta es la línea que enlaza con la actual Constitución, de carácter no confesional y de propósito laico en la enseñanza pública y en la regulación del matrimonio, así como en la sumisión de los clérigos al poder judicial estatal. Así desaparece la dependencia del derecho respecto a la moral y a la forma de religión que habían caracterizado el derecho español durante siglos. No hace falta añadir más para comprender que un tal derecho no puede tener el mismo significado vinculatorio para la conciencia que el derecho fundado, por ejemplo, en la moral católica o en la religión cristiana.

Podemos entonces afirmar que una nueva característica del derecho del Estado moderno es la neta separación entre lo religioso y lo moral, por una parte, y lo jurídico, por la otra. El derecho reclama sólo un espacio que le es propio: la regulación de los comportamientos sociales de los individuos, en tanto cuanto es necesario para obtener una convivencia pacífica y el logro de determinados bienes económicos, sociales y culturales.

Aunque miradas las cosas superficialmente, pudiera parecer que el sometimiento de todo poder estatal a Dios y la construcción de un sistema jurídico con base en la ley divina, tal como existía todavía en el siglo XVIII, es algo retórico y decorativo en las teorías políticas, sin embargo representaban el cordón umbilical que confería sentido a la obligatoriedad del derecho y apoyaba la legitimación del ordenamiento jurídico. Pero no es fácil asignar ahora un fundamento a la obediencia al derecho, ya que ésta es una pretensión de imponerse a la voluntad por su condición ética intrínseca, la cual es ajena al ideario del Estado moderno.

## II.—¿PUEDE RECLAMAR OBEDIENCIA EL DERECHO ESTATAL MODERNO?

La pretensión de obediencia a las leyes que rigen la sociedad política puede entenderse como una exigencia postulada por el poder que las crea e impone, o puede también entenderse como una actitud ética correcta en el ciudadano respecto a las autoridades. Ambos aspectos queremos diferenciarlos para mayor claridad de nuestra opinión.

### 1. DISTINCION ENTRE LEY Y MANDATO

No se deben identificar las normas jurídicas con los mandatos. Se trata de una diferencia que ha dilucidado la lógica de las proposiciones prácticas. Es una diferencia formal, que se manifiesta en sus mismos enunciados, pues los enunciados jurídicos llevan funtores proposicionales del estilo de estar obligado, estar permitido, tener permiso, deber hacer o no hacer, tener derecho y poder hacer o no hacer. En cambio, el mandato tiene su forma propia en las proposiciones imperativas. Además de eso, el mandato es un enunciado que pretende influir en la conducta de otros de modo inmediato y refiriéndose a sujetos señalados. Las normas, en cambio, tienen siempre indeterminación de sujetos y hechos (principio de generalidad de las normas) y poseen validez sin determinar el sujeto legislador ni el sujeto obligado, por lo cual permanecen en el tiempo y en la tipicidad de los casos contemplados. Un mandato, en efecto, como «¡cierra la puerta!» o «¡estudia!» carecen de sentido fuera del contexto actual de relación inmediata entre mandante y obligado.

Las normas jurídicas no pueden ser definidas, en consecuencia, como mandatos de la autoridad, ya que los mandatos son un tipo de directivos diferentes a las normas del derecho.

Y ocurre que la actitud que llamamos de obediencia es propia de los mandatos de una autoridad o de un superior, y no del marco del derecho, donde las actitudes propias son las de cumplimiento o incumplimiento de las normas, es decir, conductas externas referidas a la norma general y sin exigir la inmediatez de mandante y obligado.

Algunos teóricos actuales del derecho (Ross, Hart, Olivecrona) han manifestado sus reservas contra la teoría voluntarista del dere-

cho, según la cual el fundamento de las normas residiría en la voluntad del legislador, de la que la norma sería su expresión externa. Este voluntarismo, que ha estado siempre en el centro de las teorías positivistas, entiende el derecho como una orden fundada en el poder político y lo explica desde las categorías de mandato y de obediencia<sup>13</sup>. H. L. A. Hart atribuye esta manera de concebir el derecho a Austin, quien entendió el derecho como lo coercitivo y su cumplimiento como una obediencia<sup>14</sup>.

Esta explicación voluntarista del derecho implica un olvido de cuanto en el derecho hay de racionalidad en el ordenamiento de la sociedad y del debido ajuste de las normas a los bienes sociales. Es de esta ordenación racional de donde deriva la obligatoriedad de las normas, y no del impulso decisionista del poder político. Que el ordenamiento jurídico de una sociedad sea incumbencia de la soberanía estatal, no significa que la carga de obligatoriedad de las normas sea un producto necesario del poder político, como si las normas no necesitaran también una justificación ante la razón.

## 2. LA OBEDIENCIA COMO ACTITUD REFERIDA A LA AUTORIDAD

El uso generalizado de la expresión «obediencia» para designar el cumplimiento de las normas, arrastra consigo la idea de que el derecho es sólo la expresión de la voluntad del legislador, en quien

13 Véase, por ejemplo, cómo K. Olivecrona distingue las órdenes y las leyes: «En el caso más frecuente, el que da la orden y su destinatario se encuentran cara a cara y las palabras de la orden llegan a la mente del receptor. Hay una relación personal y la orden es un acontecimiento pasajero. Normalmente el contenido de la orden es bastante sencillo: se refiere a una acción de una serie de acciones íntimamente vinculadas entre sí. Las prescripciones de una ley no se ajustan fácilmente a esta categoría de 'órdenes' en sentido usual. No hay una relación personal entre el legislador y el destinatario de la norma. Una ley puede regular muchas acciones diferentes, pero relacionadas entre sí». *El derecho como hecho* (Ed. Labor, Barcelona 1980) p. 24.

14 El mismo Hart usa, para describir el derecho, la expresión de «órdenes coercitivas» (*coercive orders*) y «obediencia» (*obedience - obey*) para referirse a su cumplimiento. Pero advierte que lo hace para respetar el modo de hablar de Austin, pues sería mejor describirlo como «mandatos» (*commands*) y «obedecer», pues estos términos se dicen respecto a una autoridad y no se aplicarían, por ejemplo, en el caso del ladrón que obliga a entregar el dinero con amenazas. El mandato es una apelación a la autoridad y no al miedo: «To command is characteristically to exercise authority over men, not power to inflict harm, and though it may be combined with threats of harm a command is primarily an appeal not to fear but to respect for authority». *The Concept of Law* (Oxford 1961) p. 20. Pero también tiene reparos en aceptar el lenguaje de que la persona asaltada «obedeciera» al ladrón, ya que es impropiedad «since... the latter is often considered a virtue» (ibid., notes, p. 236). Y afirma que «Both Bentham... and Austin... use the word 'obedience' in tis way». ¡Extraño uso del término obediencia, que prescinde de la referencia a la autoridad y a su índole virtuosa!

se identificarían la creación de las normas y el poder de dictar mandatos. Es decir, procede de la indistinción entre poder legislativo y poder gubernativo. En esa situación, era correcto hablar de obediencia como una actitud global del ciudadano frente a la autoridad pública.

Pero el término de obediencia designa propiamente la actitud de sumisión a la voluntad de la autoridad y no el simple uso de las facultades atribuidas por el derecho ni el cumplimiento de sus deberes.

Pensamos, por ejemplo, en el modo como santo Tomás explicó la obediencia. Designa en él la aceptación de la voluntad de una autoridad en el uso del gobierno. Es una actitud de índole moral, pues todo uso de autoridad refleja el modo como Dios gobierna el mundo con su autoridad suprema: «por derecho natural y divino los inferiores están obligados a obedecer a los superiores» y esta actitud es específicamente moral, ya que «es fruto de una elección libre y de una particular deliberación»<sup>15</sup>. Lo peculiar de esta actitud ante los superiores, y por lo que se distingue de otras actitudes también morales (respeto, veneración, deferencia), es el cumplimiento de la voluntad del superior («la voluntad de un superior de cualquier modo que sea conocida») y, cuando se trata de mandatos expresos, tenemos su más explícita realización<sup>16</sup>. Un campo propio de esta actitud es el de secundar los órdenes del poder público, las cuales, aun en el supuesto de que se tratara de autoridades paganas ejerciéndose sobre fieles, no por eso quedan desprovistas de autoridad, ya que el origen del poder político está en la razón universal.

Pues bien, la cesura que introduce el derecho moderno reside en la diferenciación, dentro del poder político, entre la autoridad legislativa y la gubernativa. Esta diferencia toma su origen en la división de poderes. Y el uso del poder está limitado por las mismas leyes, de modo que la prescripción de órdenes y mandatos del poder se legitima dentro de los límites que le asignan las leyes. En consecuencia, puede hablarse de obediencia en la sociedad civil, si nos referimos a los mandatos y órdenes del poder público, pero tales mandatos son de un tipo distinto a los que producen la obligatoriedad del derecho. En el cuerpo de funcionarios del Estado debe imperar el principio de

15 *Suma de Teología*, II-II, c. 104, a. 1 ad 1.

16 *Ibid.*, a. 2.

obediencia, pero no así en un ordenamiento legal. Respecto a éste, nadie hace referencia a la voluntad del legislador cuando cumple sus obligaciones, ni nadie entiende el cumplimiento de las normas como una sumisión a un legislador, el cual, por lo demás, es siempre desconocido. Por ello, es una incorrección o incoherencia hablar de «obediencia a las leyes». Ni éstas piden a nadie obediencia, ni existe ese superior que intime su voluntad en cada caso. Ni siquiera la ciencia jurídica justifica de ese modo la obligatoriedad de las normas, sino más bien por la racionalidad de los bienes pretendidos. Y las normas buscan la eficacia en las conductas reguladas y no el «consentimiento» de la voluntad ni la aquiescencia de la razón personal. La obligación del derecho moderno está amparada por la *vis coactiva* y sólo por ella. Pero no tiene la *vis directiva* moral, porque, entre otras razones, ni la busca ni le interesa. Pues bien, la obediencia propiamente hace referencia a esa aceptación en la conciencia personal, a la que no quiere llegar el derecho moderno.

Ya hemos indicado que esto es lo que separa radicalmente la concepción laica del derecho de otras posibles concepciones. En una monarquía cristiana, por ejemplo, tenía todavía sentido la obediencia a las leyes del Estado, pues, en su origen, se las entendía como derivadas de la ley divina y reforzadas por la autoridad de Dios. Entonces podía aceptarse que las leyes exigieran actitudes internas y no sólo su cumplimiento. Por eso los virreyes de Indias hablaban de «obedecer, pero no cumplir» las cédulas regias. En el derecho moderno, al contrario, sólo resta cumplir las normas o transgredirlas <sup>17</sup>.

17 El ordenamiento jurídico español no hace referencia a una obligación de obediencia al derecho. La desobediencia es citada como delito contra «la autoridad... en el ejercicio de las funciones de su cargo» (CP a. 237). El presupuesto de este delito es la emisión de una orden por una autoridad o sus agentes, como se aprecia en el art. 570, 5º: «dejando de cumplir las órdenes particulares que les dictare», que se refiere a la correspondiente falta. Se trata de las órdenes que originan un deber de acatamiento en su destinatario. Y la jurisprudencia comprueba que la desobediencia no se identifica con el simple incumplimiento de una orden, sino que la forma de delito requiere una oposición persistente y reiterada que signifique actitud resuelta de no ejecutarla.

### III.—EL DERECHO ESTATAL MODERNO Y LA PRETENSION DE OBEDIENCIA MORAL

El sistema jurídico moderno se configura como un sistema amparado por el poder político y dotado de validez formal en razón de las jerarquías de sus fuentes y de sus principios doctrinales. Sobre estos pilares se levanta una estructura jurídica que se confiesa independiente de las exigencias de lo moral. El derecho, pues, no impone exigencias morales y su obligatoriedad se detiene más acá del límite de lo moral. Exige el cumplimiento externo de las normas, pero no la actitud de obediencia al legislador ni el asentimiento y conformidad interna con sus motivos.

Los antiguos supieron distinguir suficientemente entre el mundo de las normas jurídicas y el mundo de las normas morales. Pero en la Edad Media y en las monarquías hasta el siglo XIX ambas cosas iban unidas e indistintas. Por eso, no es exacto pensar que el derecho moderno es el fruto de haber distinguido ambos campos; la distinción era de sobra conocida anteriormente<sup>18</sup>. La novedad del Estado de Derecho moderno es la separación neta entre ambas formas de regulación de la vida social, de modo que la legalidad se ha erigido en principio exclusivo de justificación de las normas. En esta situación, la legalidad ha suplantado la moralidad, cuando en otros tiempos había ocurrido lo contrario. Ello ha repercutido máximamente en la concepción de un poder judicial conforme a la ley, mientras que antes hubiera prevalecido una concepción conforme a justicia. Nos parece que sobre el derecho moderno gravita pesadamente esa losa colocada por los ideólogos de la revolución francesa, y, por lo mismo, creemos una incongruencia el seguir atribuyendo a este sistema jurídico la condición de obligatoriedad que era propia de un sistema ético-jurídico, como también calificar de obediencia el cumplimiento de ambas formas de entender lo jurídico.

18 P. D'Entreves ha demostrado de modo convincente que los caracteres con que, a partir de Thomasius, se distingue entre la obligación moral y la jurídica estaban ya presentes, y con más acierto, en santo Tomás y en Hooker, cf. *Derecho natural* (Aguilar, Madrid 1972) cap. V. Para santo Tomás, en efecto, las obligaciones morales eran mucho más extensas que las obligaciones jurídicas. Pensamos, por ejemplo, en las obligaciones de veracidad, de solidaridad, de agradecimiento, de fidelidad en la amistad y, en general, de respeto debido a toda persona, todas las cuales no tienen el rango de deberes jurídicos. «Debitum quidem legale est ad quod reddendum aliquis lege adstringitur; et tale debitum proprie attendit iustitia quae est principalis virtus. Debitum autem morale est quod aliquis debet ex honestate virtutis». *Suma...*, II-II, c. 80, a. 1. Cf. *In VIII Ethic.* 3, lect. 5; *In V Ethic.* 7, lect. 1

Desde el punto de vista moral, no son asimilables las obligaciones de moral social y política con las obligaciones jurídicas. La diferencia radical reside en la motivación profunda por la que el sujeto actúa, aun en la hipótesis de que materialmente fueran las mismas obligaciones. Ahora bien, en una sociedad con un derecho de carácter moral, como fue la cristiandad medieval por ejemplo, esa distinción se traducía de facto en que todas las obligaciones jurídicas lo eran también morales, pero no viceversa, debido a la mayor extensión de las exigencias de la moral. En aquel contexto histórico, se decía que las leyes existían sólo para las personas inclinadas al mal, pues los ciudadanos virtuosos ya cumplían las leyes (morales también) por convicción <sup>19</sup>.

El derecho moderno ha hecho definitiva la separación entre ambos órdenes normativos, pues su validez y obligatoriedad no están supeditadas a su moralidad. Lo cual determina que la filosofía jurídica tenga que elaborar un nuevo concepto que antes no tenía consistencia: el de obligación jurídica.

¿Por qué obligan las leyes estatales? Este es el problema central del moderno positivismo y sus diversas soluciones corren paralelas con las diversas modalidades de positivismo <sup>20</sup>.

Y esta ruptura entre la obligación moral y la moral jurídica se proyecta también en la ruptura entre un Estado moral y un Estado de Derecho. En virtud de ella, el principio clásico de que «lex iniusta non est lex» <sup>21</sup> es inaplicable al derecho moderno. Tal principio es coherente con el paradigma de ideas propio del iusnaturalismo, según el cual toda ley de una autoridad política es aplicación o determinación de la ley natural a una situación concreta. Y mal podría llamarse aplicación lo que sería contradictorio con la misma. En cambio, en el esquema de un derecho moderno ese principio sería extraño, pues se parte de que la ley tiene su validez y obligatoriedad por meros requisitos formales de legalidad, es decir, resulta válida independientemente de ser justa o injusta.

La obediencia, en cuanto actitud de la totalidad de la persona (de «su» voluntad), no entra en las categorías propias del derecho

19 Cf. Santo Tomás, *Suma de Teología*, I-II, 96, 3 ad 2.

20 Cf. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal Dott. N. Morra* (G. Giapichelli, Torino 1979).

21 Aunque el principio es de origen agustiniano, puede verse su explicación en santo Tomás, l.c., I-II, c. 96, a. 4; y *In II Sent.*, d. 44, q. 2 a. 2.

moderno. Y resulta extraño que quienes propugnan la existencia de la obligatoriedad jurídica la pongan en correlación con la obediencia (moral) al derecho.

#### EL JUICIO MORAL ACERCA DEL DERECHO

El derecho, como cualquier otro orden normativo de la vida humana, es cumplido mediante los mecanismos de interiorización de la persona. Toda norma dirigida a personas ha de pasar por la interiorización de su justificación y de su motivación, es decir, por el juicio personalizado de conciencia. Por esta mediación ética pasan todas las normas, tanto las de moral individual como las de tipo social, tanto las autónomas como las heterónomas.

El derecho moderno se caracteriza porque no pretende tener en sí mismo el rango de derecho moral. La obediencia que se le preste deberá ser motivada moralmente, es decir, por normas distintas, y posiblemente enfrentadas, con las jurídicas. Por la estructura misma de este orden jurídico moderno, resulta que existe siempre distinto del orden moral y condicionado al juicio que sobre él dictaminen los principios éticos. Por lo mismo, no puede pretender imponer una obligación moral ni ser obedecido por su condición de juridicidad. Lo será sólo si se convalida frente a la razón ética y al juicio de conciencia moral de los ciudadanos. En sí mismo, no posee más que un impulso y una coacción derivadas del poder político, que acaso pueden ser legítimas, pero no necesariamente morales. Mientras el derecho esté fundado en estos pilares propios de la modernidad, debe admitir que tendrá siempre enfrente una razón ética, de la que no es dueño <sup>22</sup>.

El poder político está legitimado por su referencia a los bienes políticos de la sociedad y la consiguiente legalidad de su ordenamiento. Eso y nada más que eso. Que esos fines políticos pretendidos o buscados coincidan o no con el bien moral y, consiguientemente, las normas estén moralmente justificadas, es ya otro problema no coincidente con la racionalidad política ni con la legalidad formal.

<sup>22</sup> Advertimos que las normas morales entendidas como la *vis directiva* del mundo jurídico no tienen nada que ver con lo que el derecho llama «moral pública», por la que debe velar todo Estado, v.gr. la Constitución Española de 1869 se refería a «reglas universales de la moral y el derecho» y también la Constitución de 1931 en art. 27, 1º.

Por eso, en un Estado moderno puede ser verdad que la ley injusta es verdadera ley y obliga (jurídicamente).

Es en estas sociedades y respecto al derecho moderno donde han surgido los debatidos temas de la desobediencia civil, de la objeción de conciencia, de la objeción fiscal, de la negativa al servicio militar por razones de conciencia, y tantos otros problemas que eran inimaginables en un derecho de raigambre ética. Los problemas más candentes en un Estado de índole moral eran, por ejemplo, el tiranicidio, que responde al caso del Príncipe que se ha vuelto ilegítimo por el mal uso del poder, o el de la obligatoriedad en conciencia de los tributos, pero en este segundo caso su formulación era: si yo estoy obligado en conciencia a obedecer una ley fiscal que, en mi caso concreto, resulta vejatoria e imposible de cumplir. Pero era la aplicación particular lo cuestionado, no su justicia, pues, de ser esto, ya no sería ley. En cambio, en aquella situación no hubiera existido problema alguno en el caso de un médico obligado a practicar un aborto o en el de un juez que debe dictar sentencia de divorcio, pues esas leyes, como injustas en sí, no eran verdaderas leyes.

En un Estado moderno los legisladores y los ciudadanos deben buscar la mayor aproximación entre el mundo jurídico y el mundo ético, ya que sería ineficaz un derecho constantemente enfrentado con las convicciones morales de los ciudadanos. Esta aproximación es muy urgente en sectores tales como la regulación de las libertades públicas, el derecho penal, el derecho familiar y las leyes fiscales y laborales. Ocurre, en efecto, que hay sistemas políticos que reivindicaban un derecho con intencionalidad ética, entre otros, la democracia cristiana, el socialismo democrático y las ideologías humanistas. Políticas como las de justicia social, la promoción de la paz o el ideario ecologista derivan de posturas de carácter ético.

Y esa convergencia deseable entre el mundo de lo ético y lo jurídico en el Estado de Derecho es más patente todavía en determinadas leyes fundamentales y constituciones. Así, por ejemplo, los «valores superiores» que propugna la Constitución Española nos parecen apuntar claramente a una impregnación de lo jurídico por lo ético. Y lo mismo diríamos de la relevancia que en las constituciones contemporáneas obtienen los derechos humanos, que son una aproximación de facto importantísima entre ambos mundos. Avances de este tipo hacen pensar en un acercamiento entre el mundo del dere-

cho y el mundo de la moral, que habían estado distanciados desde que se proclamó su separación.

Mientras tanto, y con los esquemas propios del derecho moderno y en las coordenadas de un Estado democrático y altamente formalizado, perdura la distinción entre el mundo de lo jurídico y el mundo de lo moral. Esto significa no sólo que en el Estado moderno el ciudadano podrá tener posturas éticas enfrentadas con el derecho vigente —cosa, por lo demás, posible en otras formas de Estado—, sino que las normas morales representarán un juicio insoslayable de cualquier ordenamiento jurídico o de cualquier ejercicio del poder. Y es que la «obligatoriedad jurídica» impuesta por el poder en el derecho se para siempre ante la obligatoriedad impuesta por la razón ética de las personas. De ahí que juzguemos muy equivocado y lleno de ambigüedades el que los filósofos del derecho sigan propugnando que el Estado de Derecho puede exigir la obediencia al derecho que ampara con su poder. Y también que sigan enseñando que la obediencia es la sola actitud posible frente al derecho de quienes viven en un Estado de Derecho.

ANTONIO OSUNA FERNANDEZ-LARGO