

Filosofía del Derecho. Derecho y ciencia jurídica

ENRICO PATTARO

Decano de la Facultad de Jurisprudencia
y Catedrático de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Bolonia



Traducción al castellano, con notas de la primera edición
italiana «Filosofía del Diritto. Diritto. Scienza giurídica»
(C.L.U.E.B., Bologna, 1978), por

JOSE ITURMENDI MORALES

Director del Departamento de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Bilbao

BIBLIOTECA FACULTAD DE DERECHO
N.º REGISTRO <u>4862</u>
SIGNATURA <u>Fil/325</u>

REUS, S. A.
1980

R/4.862

6. REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE NORMA (94)

Temas sugeridos: De nuevo sobre la eficacia del Derecho. Derecho y moral. ¿Se pueden distinguir varios tipos de obligación? De nuevo sobre Derecho y fuerza.

Una vez dilucidada la naturaleza del tipo de precepto que constituye el mandato, abordaremos ahora otra clase de precepto en sentido estricto (es decir, de precepto que es idóneo para suscitar de modo directo impulsos volitivos en el receptor) como es la *remisión a una norma o precepto moral*. Consideramos preferible hablar de «remisión a una norma» y no de «norma», porque al mismo tiempo que consideramos que un precepto (y aquí precisamente nos estamos ocupando de los preceptos) es una expresión lingüística, entendemos que una norma (y así lo hemos señalado en páginas anteriores) no lo es, sino que se trata más bien de una noción-idea. Quizá por esto mismo haya llegado el momento en que resulta preciso aclarar la noción-idea de norma.

Con esta finalidad comenzaremos por constatar algo que resulta evidente: la existencia de ciertos comportamientos que se nos presentan y se viven como debidos en cuanto tales o por su «propia naturaleza». Suele explicarse el que se presenten de este modo por las asociaciones que automáticamente se establecen entre aquellos comportamientos y un impulso volitivo inmotivado a observarlos. El establecimiento de las asociaciones citadas se nos inculca desde la infancia a través del medio social. Se puede entonces considerar

(94) R. Maciá Manso, «Concepciones de la norma» (págs. 535 y sigs. de *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del profesor José Corts Grau*, Valencia, 1977, vol. I); Werner Goldschmidt, *Conducta y norma* (Librería jurídica Valerio Abelcdo, Buenos Aires, 1955); David Baumgardt, «Crisis y fundamentos de la ética (Hacia una revolución copérmica en la filosofía moral)», en *Dianoia* (Anuario de filosofía, UNAM, 1968, págs. 238 y sigs.); José P. Hierro, «Normas y valoraciones», en *Teoría y sociedad*, «Homcnaje al profesor Aranguren» (1970); Luigi Bagolini, «Norma negocial y paradigma normativo», *A.F.D.*, 1960; J. Guasp, «Exactitud y derecho», *A.F.D.* (t. V, 1957, págs. 131 y sigs.); J. Perriau, «Las reglas de conducta. Diferencias entre la teoría tradicional del Derecho —incluso la de Kelsen— y la teoría geológica» (*Revista Jurídica de Córdoba*, año 2, núm. 7, Buenos Aires, 1949); U. Klug, «Acerca de la estructura lógica de las normas» (en *Problemas de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Edit. Sur, 1966, págs. 31 y sigs.) y *Lógica jurídica* (traducción cast. por García Bacca de *Juristische Logik*, Caracas, 1961); Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systems*, Springer-Verlag, New York-Wien, 1971, ed. en cast., Buenos Aires, 1974. (N. del T.)

que la moral está constituida por ese conjunto de comportamientos que se nos presentan con estas características, y cuya representación se encuentra en nosotros íntimamente ligada a un impulso volitivo.

En cuanto a la «remisión a una norma» o «precepto moral» (locuciones que, por tanto, consideramos sinónimas) la definimos como la expresión lingüística idónea para suscitar directamente un impulso volitivo en el receptor, en la medida en que la representación del comportamiento prescrito (hacia el cual dirige el precepto el impulso volitivo) está íntimamente ligada (en la mente del receptor o destinatario) con el propio impulso volitivo (a causa de los condicionamientos que ha experimentado éste). La misma idea encontró tratamiento en K. Olivecrona: «El carácter se forja necesariamente bajo la influencia del medio social, sobre todo en los primeros años. La sociedad en que vivimos deja su huella en nuestras ideas, y entre las fuerzas que actúan en la sociedad, el Derecho es sin duda una de las más decisivas. Está fuera de duda que el Derecho no puede ser tan sólo la proyección de algunas convicciones morales innatas en el niño o en el adolescente, ya que el Derecho existía con anterioridad a su nacimiento. Cuando crece y toma contacto con la vida está ya sujeto a su influencia. Las primeras impresiones indelebles de su temprana juventud en lo que respecta a sus relaciones con los demás, se deriva directa o indirectamente del Derecho. Pero el efecto de éste no se limita a suscitar el temor al castigo e inducir al individuo a restringir su actuación para poder vivir sin ese temor. Las normas jurídicas tienen también un efecto moral en cuanto por sí mismas provocan la acumulación de ideas morales en la mente. Las normas jurídicas, como imperativos independientes que son, se transmiten a jóvenes y a viejos. «¡No robarás!» es (por ejemplo) un tipo de norma concerniente a nuestra conducta. Estos imperativos son (por utilizar la expresión) absorbidos por nuestra mente. Y cuando los recibimos, los incorporamos a nuestro bagaje mental, estableciéndose así una sólida vinculación psicológica entre la idea de ciertas acciones y ciertas expresiones imperativas que las prohíben u ordenan su cumplimiento. Volviendo al ejemplo anterior, la idea de cometer un robo aparece ligada con la idea de un imperativo: «¡No lo harás!». Surge así una orden con fuerza moral obligatoria. Hablamos de orden moral cuando un imperativo ha sido plenamente

objetivado y, por tanto, se le considera obligatorio sin referencia a una autoridad del mundo.»

En buena medida, los estudiosos del psicoanálisis concuerdan en considerar que nuestra conciencia o sentido moral —el Ser Supremo— es fruto de una interiorización inconsciente de la figura del padre.

«En este sentido recogemos dos testimonios, el clásico de Sigmund Freud y el menos conocido de Paul Federn. Resulta suficientemente notoria la concepción patriarcal de la religión en el pensamiento del fundador del psicoanálisis, y la podemos ver resumida en su frase: 'los sentimientos ambivalentes con respecto al padre... son un factor subyacente en todas las religiones'. Paul Federn se hace eco del tema en *Zur Psychologie der Revolution: Die vaterlose Gesellschaft* (1919), obra que tiene por objeto realizar un balance de la derrota de los revolucionarios alemanes, y explicarla a la luz del pensamiento freudiano. En su criterio, lo que habría hecho que la sociedad burguesa se mantuviese era la actitud patriarcal que se encontraba profundamente arraigada en la sociedad alemana ('El hecho de que el orden social haya podido mantenerse durante tanto tiempo se debe al complejo paternal generalizado'), hasta tal punto, que podía temerse la supervivencia del complejo (y consiguientemente de la sociedad burguesa) pese a los trastornos socioeconómicos de la Gran Guerra. ('Es muy probable que, a pesar de la devastación que la guerra ha provocado, el orden patriarcal sea capaz de supervivir a los problemas técnicos que implica la reconstrucción de una nueva economía si no cesan las condiciones psíquicas previas, la asunción inconsciente de la relación padre-hijo').»

Pese a la práctica unanimidad que el psicoanálisis presenta sobre el tema, nosotros diríamos más bien que la creencia o sentido moral es fruto de la interiorización de las órdenes, de los mandatos y de las prohibiciones que desde niños nos llegan del ambiente familiar, prolongándose luego en el escolar, y generalizándose más tarde a través de todo el medio social.

El tema ha sido reiteradamente tratado, y de alguna forma lo resume Alf Ross al estudiar (dentro del capítulo «El papel de la conciencia jurídica en la política jurídica») las actitudes e impulsos particulares que son vividos como morales: «Las actitudes morales tie-

nen un origen social, son inculcadas en la persona a través de la persuasión sugestionadora de su medio. La peculiaridad de la persuasión que crea la moralidad es que tiene lugar en los primeros años de la vida. Desde la infancia el niño crece en un medio social representado inicialmente por los familiares (padres, hermano, etc.), más tarde por los compañeros de estudio y los profesores. En este medio el niño se encuentra constantemente sometido a un bombardeo de persuasiones acorde con la tradición cultural común del grupo social, con la herencia social. En un primer momento las persuasiones se presentan bajo la forma de expresiones verbales imperativas: '¡No mientas!', '¡Cumple tu palabra!', '¡No jures!', '¡No seas egoísta!', '¡No pegues a los niños más pequeños!'. Estas exhortaciones se ven apoyadas luego por otros medios más complejos de persuasión que expresan aprobación o desaprobación: elogio, reproche, castigo, aislamiento del grupo, privación de afecto y simpatía, etc. De esta manera el niño crece dentro de una amplia red de reglas convencionales que abarcan los aspectos más variados de la vida. Reglas del lenguaje, de juego, de trato social, de urbanidad y de 'moralidad' en sentido restringido. Estas reglas son vividas como 'morales', esto es, como 'obligatorias' en la medida en que son susceptibles de chocar en el placer y las inclinaciones personales. Así, por ejemplo, las reglas de la gramática son vividas como puramente convencionales, mientras que el imperativo de no jurar tiene un carácter moral. Las exigencias de la higiene y de la urbanidad son vividas inicialmente por el niño como exigencias morales, pero poco a poco la conducta correspondiente se le va inculcando de tal forma que alcanza un grado de entusiasmo con lo que ya no deseará actuar de forma distinta. De esta manera, las reglas pierden su originario carácter moral.»

Hemos aprendido ciertos comportamientos a través de expresiones lingüísticas preceptivas. Esto es, se nos han presentado usualmente determinados comportamientos junto al estímulo capaz de suscitarlos un impulso volitivo a observarlos o eludirlos. La constancia de estas asociaciones, su repetición uniforme en los distintos ambientes en que hemos desarrollado nuestras actividades en el período de formación de nuestra personalidad, y el hecho de que a medida que crecíamos estas asociaciones se vieran acompañadas (bajo la forma de explicaciones) de una especie de teoría acreditativa de

la obligatoriedad como característica intrínseca de aquellos comportamientos, todo ello nos ha condicionado en tal medida que el hecho mismo de que aparezca representado un determinado comportamiento nos suscita un impulso volitivo (aparentemente inmotivado) a observar o eludir el comportamiento en cuestión.

Lo que caracteriza a los preceptos morales (entre otras cosas) es el provocar en nosotros el impulso volitivo a observar el comportamiento prescrito, sin que tengamos motivos especiales para hacerlo, e incluso (en ocasiones) en conflicto abierto con nuestro deseo o interés consciente al respecto. La racionalización de este fenómeno da lugar a la aparición de las teorías morales. Este impulso volitivo inmotivado que sentimos en determinados casos a observar o eludir un comportamiento en cuanto se nos representa es lo que denominamos *sentido del deber*.

Es evidente la importancia que presenta, desde el punto de vista del control social, esta posibilidad de suscitar en los hombres impulsos volitivos inmotivados a actuar. Y si se los califica de inmotivados es precisamente por su eficacia con independencia de (y en algunos casos en contraste con) sus deseos, intereses, cálculos de prudencia o de oportunidad, con lo que está funcionando como un instrumento persuasivo de adhesión social al atenuar los posibles elementos de conflicto en el grupo y aumentar la fuerza de las representaciones colectivas, intensificando la interacción (todo ello convierte al sentimiento moral en agente de control social). La condición desinteresada de los impulsos y actitudes morales es examinada por Ross con los siguientes términos: «Lo que caracteriza a la experiencia del deber es, precisamente, que aprehendemos en ella un impulso a la acción, que se nos presenta como una demanda independiente de todo lo que nuestros deseos, inclinaciones o intereses nos sugieren. El imperativo del deber no busca su justificación en ninguna utilidad o ventaja, no apela a ningún interés, sino que se presenta con absoluta independencia. No es necesario que el deber esté en conflicto con nuestras inclinaciones naturales, aun cuando también es cierto que sólo asume su forma más clara cuando ello ocurre. Es experimentado en este caso, si cumplimos con el deber, como una censura a nuestra naturaleza 'sensual', ya que nos sentimos entonces impulsados a la actuación por un motivo que nada tiene que

ver con nuestras necesidades e intereses, por un motivo desinteresado, el puro sentido del deber» (95).

Precisamente la moral alimenta este sentido del deber. Los preceptos morales nos presentan a determinados comportamientos como «debidos», y por ello requieren su observancia desinteresada, prescindiendo de que el hacerlo convenga o no a los intereses o deseos personales; ya que el imperativo del deber no busca su justificación ni en la utilidad ni en la conveniencia.

El estímulo en que se concreta el precepto moral consiste frecuentemente en la afirmación de la obligatoriedad del comportamiento prescrito. La eficacia de los preceptos morales depende de la intensidad con que éstos hayan calado en nuestra mente a través del condicionamiento familiar y social al que desde la infancia estamos sometidos; en definitiva, la actitud ante la exigencia del precepto moral estará en función de nuestra toma de posición frente al mismo.

Por dar una definición de moral diremos que ésta es el conjunto de comportamientos que se observan en una sociedad porque se entiende que son «debidos» o (lo que es igual) se observan porque un impulso inmotivado (que no encuentra sus raíces en los deseos,

(95) Este análisis incorpora evidentemente planteamientos propios de Hägerström. Vid. al respecto E. Pattaro, *Il realismo giuridico scandinavo. I. Axel Hägerström* (Bologna, 1975, con abundante bibliografía, págs. 133 y sigs.); Ingemar Hedenius, *Om rätt och moral (Derecho y moral)*, Stockholm, 1941. Por una introducción a la temática del comportamiento moral en clave psicológica vid. Derek Wright, *The psychology of moral behaviour (Psicología del comportamiento moral)*, Harmondsworth, 1975.

Per Arvid Ingemar Hedenius, *Sensationalism and theology in Berkeley's Philosophy (Sensacionalismo y teología en la filosofía de Berkeley, 1937)*; *Studies in Hume's Ethics (Estudios de la ética de Hume, 1937)*; *Fem studien i praktisk filosofi (Cinco estudios de filosofía práctica, 1964)*; *Sju studien i praktisk filosofi (Seis estudios de filosofía práctica, 1968)*, este autor defiende, frente a Hägerström, el carácter imperativo de los enunciados legales, ya que entiende que cuando en una norma falta un enunciado imperativo, su carácter legal se encuentra en cierto modo limitado.

N. del T. La cita de A. Ross en *Sobre el derecho y la justicia* (ob. y edición citadas, epígrafe LXXXV: «Actitudes morales», págs. 352 y sigs., en concreto pág. 353). Del mismo autor, sobre el tema, vid. *Kritik der sogenannten praktikchen Erkenntnis* («Zugleich Prolegomena zu einer Kritik der Rechtswissenschaft»), Kopenhagen-Leipzig, 1933; Luis García San Miguel, «La ciencia y la filosofía jurídica» (págs. 215-224 de *Estudios de Ciencia Política y Sociología*, homenaje al profesor Carlos Ollero, Madrid, 1972).

ni en los intereses de quienes lo experimentan, e incluso puede entrar en conflicto con éstos) nos induce a observarlos. Es decir, que la moral se nos representa como una exigencia a actuar de una manera determinada porque se nos ha inculcado que así «se debe» actuar.

Como tuvimos ocasión de señalar en páginas anteriores, la representación del comportamiento prescrito es imprescindible para que cualquier precepto (moral, jurídico, de cortesía o trato social, etc.) pueda funcionar como tal. Ahora bien, esta necesidad común alcanza una importancia específica en el caso de los preceptos morales.

En este caso, la capacidad estimulante de los enunciados preceptivos que se utilizan se explica al renovarse en el individuo la asociación (que ya tenía sedimentada y consolidada) entre un determinado modo de actuar y un impulso volitivo a emprender o eludir dicho modo de proceder. Se ha podido determinar la manera de funcionar los preceptos morales, y que al parecer consiste en reavivar y vigorizar los condicionamientos preexistentes en su receptor. Así, por ejemplo, para quien haya recibido una educación católica, el mandato «estamos en la iglesia, ¡haz la señal de la cruz!» tiene algún efecto, con independencia del hecho de que tras recibirlo pueda o no dar rienda suelta al impulso volitivo que experimenta; la misma expresión imperativa recibida por un taoísta, que no por serlo deja de comprender perfectamente lo que se le pide que haga, no le produce el mismo efecto que se le pudo provocar al receptor formado en el catolicismo, aunque por razones de educación o conveniencia se atenga a ella signándose.

Preceptos idénticos desde el punto de vista lingüístico, constituidos por los mismos términos usados en función preceptiva, y con una reiterada capacidad estimulante, como «¡debes!», «¡es tu deber!», «¡tienes la obligación!», etc., pero diferentes en cuanto al comportamiento al que se refieren, pueden tener sobre nosotros un efecto distinto, en función de que los comportamientos representados y prescritos se encuentren o no se encuentren ya asociados en nosotros (a través de los condicionamientos sufridos) con un impulso volitivo.

Por ello entendemos que, a diferencia de lo que ocurría con los mandatos (órdenes), los preceptos morales no tienen una eficacia

originaria, aun cuando presuponen una moral, es decir, una cierta disposición psíquica ya formada en el destinatario. Por ello la condición originaria de la moral no es propiamente moral. Es decir, la moral no nace nunca como tal moral. Originariamente los comportamientos que luego nos resultarán morales (es decir, debidos en cuanto tales porque se nos presentan asociados con el sentido del deber a través de un impulso volitivo inmotivado) se nos inculcan con algún medio que en sí mismo no es un precepto moral.

La actitud moral (es decir, la asociación entre determinados comportamientos y el impulso volitivo a observarlos o a evitarlos) se forma originariamente en nosotros a través de órdenes, de amenazas, de representaciones colectivas (rituales), de sanciones, o mediante la fuerza del ejemplo o la persuasión. Es decir, a través del conjunto de todos estos medios coercitivos en sentido amplio de los que disponen todas las unidades sociales (familia, grupo étnico, comunidad...). La moral se inculca por medio de preceptos que no son morales; y una vez que ha sido inculcada funciona por sí misma (sola) o con la ayuda de estímulos apropiados como los preceptos morales, entre los cuales tiene su importancia el uso de expresiones como «es tu deber», «es mi deber», «estás obligado», «debemos hacer», «tienes la obligación», etc., con lo que se facilita su cumplimiento.

Una norma es una noción-idea en el sentido de que consiste en la convicción socialmente difundida de que ciertos comportamientos «son debidos». Con todo, el «ser debido» no es una característica empírica de un comportamiento. Es sólo la racionalización subjetiva, aun cuando propia de la mayoría de los miembros del grupo, del hecho de experimentar (a causa de los condicionamientos a que ha sido sometido) impulsos volitivos inmotivados a observar el comportamiento en cuestión. El precepto moral o remisión a una norma es un precepto que provoca en el destinatario una sugestión, ya que le hace «creer», «sentir», en la existencia de una norma (que verdaderamente sólo tiene realidad en su mente). Es, en definitiva, un impulso volitivo que denominamos «sentido del deber» y que se encuentra íntimamente asociado en la mente del destinatario a la idea del comportamiento que se le prescribe. Deber, decía John Stuart Mill, es «todo lo que puede ser exigido a una persona, como

cuando se exige una deuda. A menos que pensemos que se le puede exigir no consideramos que nadie tiene un deber de algo» (96).

Hemos identificado así dos tipos de preceptos en sentido estricto (esto es, directamente operativos en cuanto tales): el *mandato* (u orden) y el *precepto moral* (o remisión a una norma). Si nos sirviéramos para analizar esta temática de la psicología aún podríamos identificar otros, aunque para el objeto de nuestro estudio nos bastará con estos dos. Hemos admitido la posibilidad de que en ocasiones las disposiciones jurídicas (por ejemplo, las voces de mando en el campo militar) puedan ser mandatos (u órdenes). Preguntémonos ahora si pueden darse disposiciones jurídicas que a la vez sean preceptos morales.

Con esta pregunta vamos a toparnos con el problema de la relación entre el derecho y la moral como dos órdenes normativos de la conducta humana. Se trata de uno de los temas más tradicionalmente propios de la filosofía del Derecho, y de cuyo tratamiento bien pocos autores se han abstenido, pese a haber sido llamado por Jhering «Cabo de Hornos» de la filosofía jurídica (aludiendo a las tormentas doctrinales que se suscitan en su entorno), y hasta «Rompecabezas» en la terminología de B. Croce.

Nosotros lo estudiaremos en esta ocasión tan sólo de pasada, en la medida en que nos sea necesario para responder a nuestro interrogante acerca de la existencia o no de disposiciones jurídicas que participen de la condición de preceptos morales.

Con frecuencia se ha objetado la misma denominación «deberes jurídicos» por entender que constituía más bien que un término preciso una fuente de equívocos entre las exigencias que procederían de las normas morales y las que nacen de las normas jurídicas. Por

(96) John Stuart Mill, *Utilitarianism* (Indianápolis, Indiana, Bobbs-Merrill, 1957, la 1.^a ed. es de 1861), pág. 60, voz «Deber», por H. L. Hart en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales* (dirigida por David L. Sills, vol. 3, Ediciones Aguilar, Madrid, 1977 —1.^a reimpresión de la 1.^a ed. que fue de 1974—). Se trata de la ed. cast. de la *International Encyclopedia of the Social Sciences* (The Macmillan Company and the Free Press, New York, el director de la ed. cast. fue V. Cervera). La voz citada ocupa las págs. 399-402 del volumen citado. El propio H. L. A. Hart ha realizado en el mismo *Diccionario* (volumen 1, págs. 637 y sigs. la voz «John Austin»); vid. Salvador Giner, *Historia del pensamiento social* (2.^a ed., ampliada y revisada, 1975, Ed. Ariel, Barcelona, libro cuarto, cap. cuarto, «El utilitarismo inglés» (págs. 370 y sigs.). *El Utilitarismo* ha sido trad. al cast., Madrid, Edit. Aguilar, 1955. (N. del T.)

ello, al hablarse de «deberes jurídicos», suelen proponerse criterios de diferenciación con los «deberes morales»; se afirma en este sentido que la violación del «deber moral» no es castigada con sanciones coactivas actuales y terrenas (lo que sucede en los supuestos de violación del «deber jurídico») sino futuras y ultraterrenas. Según este criterio, el concepto de sanción nos serviría para distinguir los deberes jurídicos (que estarían provistos de sanción) y los deberes morales (que o no lo estarían, o ésta sería de un tipo peculiar: ultraterrena, «interna», o apreciable sólo *in foro conscientiae*, variando según las diversas concepciones morales) (97).

Sin embargo, la mayoría de los autores no aceptan esta reducción del concepto (*rectius*: la noción-idea) de deber jurídico al concepto de riesgo, temor o probabilidad de incurrir en una sanción, ya que en el caso de hacerlo no podrían establecerse diferencias entre el ordenamiento jurídico y las órdenes de un criminal o de una banda

(97) Marsilio de Padua (aproximadamente 1280-1343), «Defensor Pacis», I, 10, 3-4. Ediciones latinas de Previtte-Orton (Cambridge, 1928) y R. Scholz (2 vols., Hanovre, 1932).

N. del T. El profesor Sánchez de la Torre va a publicar en el Centro de Estudios Constitucionales (Madrid) la ed. crítica de la ob. cit. También de interés es la obra de Marsilio *Defensor minor*, de la que tenemos una edición crítica debida a C. K. Brampton (Birmingham, 1922). Sobre el tema de la relación moral-derecho, vid. L. Legaz, «Influencia del espíritu religioso en la formación de los conceptos jurídicos y la estructura económica» (en *Estudios de la doctrina jurídica y social*, Barcelona, Ed. Bosch, 1940); W. Weischedel, «El problema del Derecho y la ética» (*A.F.D.*, t. VI, 1958, págs. 59-71); Hans Kelsen, «Recht und Moral» (en *Estudios jurídico-sociales en homenaje a Legaz*, Univ. de Santiago de Compostela, 1960, vol. I, págs. 135 y sigs.); Díez Alegría, «Juridicidad y eticidad» (en *Pensamiento*, 1950) y «La forma en la vida moral y jurídica» (en *Pensamiento*, 14, 1958); S. Lisarrague, *Introducción a los temas centrales de la Filosofía del Derecho* (Ed. Bosch, 1948, páginas 109 y sigs.); R. Maciá Manso, *Juridicidad y moralidad en Suárez* (Oviedo, 1967); Aurelio Kolnai, «La función moralizadora del Derecho» (*A.F.D.*, vol. XVIII, 1973-4, págs. 203 y sigs.); L. García San Miguel, «Moral y Derecho en la filosofía existencialista (Un estudio sobre Heidegger y Sartre)» (*R.G.L.J.*, nov. 1965); J. Brufau Prats, *Moral, vida social y derecho en Jean Paul Sartre* (Universidad de Salamanca, 1967); Juan F. Porres Rengel, *Metafísica del conocimiento y de la ciencia* (prólogo de Juan García Bacca, F.C.E. Universidad central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Caracas, 1976, 3.^a parte, «Fenomenología de la acción»; sección II, «Aporética de la acción», cap. XXIX, «El orden jurídico», págs. 586-626b; «La ley moral, las reglas y el juego jurídico», págs. 591 y sigs.—); J. L. de los Mozos, *Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno* (Ed. Edersa, Madrid, 1977, «Moral y Derecho» —págs. 58-63—); J. Leclercq, *El Derecho y la*

de ladrones para que le entreguemos el dinero (con la amenaza de consecuencias negativas en el caso de que la entrega no se produzca y la probabilidad de que éstas se actualicen); y no deja de parecer inadmisiblemente confundir (aunque sólo fuera conceptualmente) las disposiciones del Derecho y las imposiciones de una banda de ladrones. De aquí que en las distintas teorías jurídicas y estudios sobre el Derecho se haga un uso frecuente de la noción-idea de «deber jurídico». Y no sólo por ello, sino también porque, como se comprueba en la práctica, el sentido del deber actúa con cierta frecuencia como determinante del cumplimiento del Derecho (98).

societas. Sus fundamentos (trad. cast. Ed. Herder, Barcelona, 1965); J. M. Rodríguez Paniagua, *Derecho y ética* (Madrid, 1977, Ed. Tecnos, Parte I: «Las relaciones del Derecho con la moral», págs. 21-68); A. Fernández-Galiano, *Derecho natural. Introducción filosófica al Derecho* (Fac. de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1979, 2.ª ed., cap. XXIV: «Derecho y moral», páginas 371-383); Francesco Olgiatti, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino* (trad. cast. por J. A. Sardina Páramo, del original *Il concetto di giuridicità in San Tommaso d'Aquino* —1943, Soc. Edit. Vita e Pensiero—, Eunsa, Pamplona, 1977, cap. XV: «Derecho y ética», págs. 303 y sigs.); J. Ruiz Giménez, *Derecho y vida humana* («Algunas reflexiones a la luz de Santo Tomás»), 2.ª ed., Madrid, I.E.P., 1957 (II: *Derecho y plenitud de la vida humana*, págs. 105 y sigs.); F. Elías de Tejada, *Introducción a la ontología jurídica* (Madrid, 1942); Llambias Acevedo, *El sentido del derecho para la vida humana* (Buenos Aires, 1943); J. Iturmendi Morales, «En torno a la idea de Imperio en Alfonso X el Sabio» (*R.E.P.*, 1972, págs. 83-157); I. Ara Pinilla, «A propósito de la idea de derecho como realización de la justicia» (*A.F.D.*, 1978-1979); Morris R. Cohen, *Razón y naturaleza. Un ensayo sobre el significado del método científico* (ed. cast. con presentación por Gino Germani, y trad. de Eduardo Loedel, 1.ª ed. 1956, 2.ª ed. 1965, Ed. Paidós, ambas ediciones), se trata de una traducción del original *Reason and Nature. An Essay on the Meaning of Scientific Method* —The Free Press, Glencoe, Illinois, libro III, cap. IV: «Los derechos naturales y la ley positiva»—, págs. 494-524); John Rawls, *Teoría de la justicia* (trad. M. D. González, F.C.E., Madrid, 1978, la ed. original, *A Theory of Justice*, se publicó en 1971).

(98) Una serie de caracterizaciones del deber (jurídico, moral, político, etc.) de diferente signo en: H. L. A. Hart, «Obbligazione morale e obbligazione giuridica», en H. L. A. Hart, *Contributi alla analisi del diritto*, ed. a cargo de V. Frosini (Milano, 1964, págs. 167-199); el fascículo monográfico de la *Rivista di Filosofia* (vol. 2.º de 1966), dedicado a «Studi sull'obbligo giuridico», con aportaciones de H. L. A. Hart, Genaro R. Carrió, A. Passerin d'Entrèves, G. Gavazzi, P. M. Hacker, M. Kriele, N. Bobbio, G. Tarello; H. L. A. Hart, *Diritto, morale et libertà*, ed. a cargo de G. Gavazzi (Catania, 1968); G. Gavazzi, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo* (Torino, 1970); Enrico Opocher, «Diritto e morale nella scienza giuridica contemporanea», y Antonio Villani, «Apuntes in margine al tema: 'legge etica e giurisprudenza'», ambos estudios se incluyeron en las «Atti dell'VIII Congresso nazionale di Filosofia del diritto», edi-

Pese a las distinciones propuestas, realmente no cabe establecer (en cuanto fenómeno psicológico) una diversificación en dos especies del sentido del deber (sentido del deber jurídico y sentido del deber moral). Si nos decidimos a calificar (como hemos hecho antes) como actitud moral a la actitud que depende de un determinado fenómeno psicológico, sólo podemos concluir que con cierta frecuencia los comportamientos que se observan en cumplimiento de disposiciones jurídicas, son propiamente comportamientos morales, ya que no se han producido por el temor a la sanción jurídica (exista o no la amenaza), sino por un impulso volitivo inmotivado que se asocia en nuestra mente (a causa de los condicionamientos psíquicos) a la representación de aquellos comportamientos.

Esto nos lleva a constatar la amplitud de las zonas de contacto entre el Derecho y la moral. En el supuesto que nos ocupa se trataría de una coincidencia en la motivación del cumplimiento. Ya que

ción cuidada por R. Orecchia (Milano, 1971, respectivamente en las págs. 9 a 22, y 23 a 40); U. Scarpelli, «Dovere morale, obbligo giuridico, impegno politico» (en *Rivista di filosofia*, 1972, págs. 291-299); Natalio Irti, *Due saggi sul dovere giuridico* (Napoli, 1973); Alessandro Passerin d'Entrèves, «Obbligo politico e libertà di coscienza» (en *Atti del IX Congresso Nazionale di Filosofia del Diritto*, edición a cargo de R. Orecchia, Ed. Giuffrè, Milano, 1974, págs. 107-126); G. Tarello, *Diritto, enunciati, usi* (Bologna, 1974, págs. 273-328).

N. del T. De H. L. A. Hart, vid., en castellano, *Moral y Derecho. Contribuciones a su análisis* (trad. por Genaro R. Carrió de *Positivism and Separation of Law and Moral* —1958— y *Are there any natural rights* —1955—); de Alessandro Passerin d'Entrèves, contamos con la trad. cast. de su *La dottrina del diritto naturale* (cd. di Comunità, Milano, 1962), con el título *Derecho natural* (Ed. Aguilar, Madrid, 1973). Sobre el tema en general, vid. L. Legaz y Lacambra, «La obligatoriedad jurídica» (*A.F.D.*, 1953), «La obligatoriedad política» (en *Humanismo, Estado y Derecho*, Barcelona, Ed. Bosch); «La obligatoriedad jurídica» (*A.F.D.*, 1953); «Être et devoir être dans les conceptions de la valeur et la validité», *A.R.S.P.*, 1970; J. M. Rodríguez Paniagua, *Ley y derechos* (Madrid, Ed. Tecnos, 1976, págs. 12 y sigs. y 35 y sigs.); L. R. Sotillos, «La obligatoriedad de las leyes civiles en conciencia» (*Rev. de Der. Canónico*, 1947, págs. 767 y sigs.); Norbert Hoersten, «Obligación moral y obediencia jurídica» (*Dianoia*, UNAM, 1976, págs. 142 y sigs.); Martín Diego Farrell, *Hacia un criterio empírico de validez* (Edit. Astrea, Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1972); E. Serrano Villafañe, «Problemas y tendencias de la filosofía del Derecho contemporáneo (cuatro conferencias del profesor Legaz y Lacambra)» —*R.E.P.*, núm. 178, págs. 199-208—; José María Rodríguez Paniagua, «La moral de la política» (*R.E.P.*, núm. 173, sept.-dic. 1970, páginas 5-17); Michael Walzer, *Obediencia y desobediencia civil en una democracia* (adaptación al cast., Edit. Distr. Argentina, B. Aires, 1976); G. R. Carrió, *Sobre el concepto de deber jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966.

en gran número de ocasiones ciertos comportamientos prescritos por el Derecho son, sin embargo, observados como comportamientos morales. En nuestra sociedad el incesto, el homicidio, el fraude o el falso testimonio no son practicados (en los casos en que así sucede), no tanto por el temor a las sanciones jurídicas como porque estos actos ilícitos se consideran moralmente reprobables; es decir, porque se siente el deber de no practicarlos, porque «se cree» o «se siente» que *existe una norma que obliga a no practicarlos*.

En ocasiones una conducta es regulada de modo coincidente por la moral y el Derecho, en cuyo caso la violación de la norma sentida por el agente como precepto moral constituirá un ilícito desde el punto de vista del ordenamiento jurídico. En este caso se dice que la moral y el Derecho tienen comportamientos en común. Estos comportamientos por regla general son observados (cuando lo son) a causa de un impulso de actuar típicamente moral, como es el sentido del deber. Es decir, en base a la noción-idea de norma, que no es una expresión lingüística, sino un fenómeno psicológico-social.

Es natural que el Derecho, como medio de control social, se beneficie en gran medida del auxilio de la moral. No en vano las épocas de crisis de los valores suelen corresponderse con épocas de crisis del Derecho, y es entonces cuando el Derecho muestra su característica peculiar de estar confiado al uso de la fuerza. Corresponde a la política de los medios de control social decidir si es oportuno o inoportuno que el Derecho continúe imponiendo por la fuerza valores morales que ya no son tales en la conciencia común del grupo. También la moral se sirve del Derecho: las disposiciones jurídicas, cuando reiteran preceptos morales, están reforzando la moral misma; es decir, están reforzando el condicionamiento psíquico en virtud del cual determinados comportamientos aparecen como «debidos» (exigibles) en cuanto tales. Sin duda que por esto, y por otras razones, las normas jurídicas pueden ser instrumentos importantes de la formación de nociones morales, ya que (como dice Olivecrona): «el uso regular de la fuerza con arreglo a las normas jurídicas unido a la educación y a la propaganda, producen el efecto de configurar y mantener ciertas ideas acerca del bien y del mal». En estos casos, el Derecho, que se apoya en cuanto a su propia eficacia en una acti-

tud moral, estará contribuyendo a reforzar a su vez, con sus propias disposiciones y sanciones, la actitud moral (99).

Aparte ya de los supuestos en que existe identidad de contenido entre la moral y el Derecho, este último (como uno de los instrumentos o técnicas con las que se realiza el control social) se sirve del apoyo de la moral por otro motivo específico importante. Los ordenamientos jurídicos no siempre contienen disposiciones que prescriben la obediencia a las disposiciones emanadas de las autoridades jurídicamente constituidas. No obstante, existen teorías o ideologías que requieren la obediencia a la autoridad constituida en cuanto tal o con ciertos condicionamientos, por ejemplo, con tal de que las personas que ocupen el poder sean elegidas en competiciones electorales libres. A este respecto se habla de la obligación política de obediencia y de lealtad hacia las autoridades legítimamente constituidas. En cada uno de los posibles casos este tipo de obediencia responderá a razones de tipo diverso: podrá ser una obediencia dictada por el interés, o por el temor a la sanción, o por el conformismo, pero, en muchos supuestos, será una obediencia moral desinteresada, es decir, no basada en el cálculo o en las necesidades, sino dictada por un sentido del deber.

Las mismas cosas que se han afirmado respecto al deber jurídico son plenamente aplicables a la obligación política. No se pueden describir en términos psicológicos diferentes a los que describen lo que hemos denominado deber moral los temas de si existe o no obligación de ese género, cuando existe o, si ésta se funda en el sentido y en la noción-idea de deber.

Tanto el iusnaturalismo como el positivismo jurídico (en sus formulaciones más radicales) son teorías morales de la obediencia política. Desde esa perspectiva la moral ocuparía un lugar preferente al Derecho, ya que no sólo participaría de la condición de medio de control social propia del Derecho, sino que actuaría de legitimador

(99) La eficacia del Derecho es un tema fundamental de la teoría jurídica. Acerca de ello puede consultarse Lawrence M. Friedmann, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali* (trad. cast. de Giovanni Tarello, Bologna, 1978, págs. 133 y sigs. y 191 y sigs.).

N. del T. La cita de K. Olivecrona en *Law as fact* (trad. al cast. por José Julio Santa Pinter, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1959, *El derecho como hecho*, páginas 130-131); en general, vid. F. González Vicén, «La obediencia al Derecho», págs. 365 y sigs. de *Estudios de filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979.

de éste, con lo cual lo fundamentaría. La obediencia al Derecho puede ser el contenido de un precepto moral (es decir, de un precepto que se apoya en una idea de norma). Esto sucederá cuando se «cree» o «se siente» que *existe una norma que obliga a obedecer al Derecho*. Con ello, el Derecho adquiere una fuerza formidable, tanto el Derecho actual como el del futuro, ya que de antemano se nos estará predisponiendo de esta forma a su obediencia.

También existen morales que contrastan con el Derecho, o con determinados contenidos de éste (por entender que imponen conductas contrarias a sus principios), o incluso se oponen a la idea de que se deba obediencia a las autoridades legalmente constituidas. Estas morales se impondrán frente al Derecho cuando consigan que éste aparezca a los ojos de todos o de una gran parte de la sociedad simplemente como una gigantesca maquinaria represiva, o como un simple régimen de fuerza. Pero lo que sucede es que en ese momento no se puede decir que el Derecho continúe siendo tal: será tan sólo un conjunto de disposiciones odiosas emanadas por el consenso de una banda de delincuentes. Mientras subsiste como Derecho, el ordenamiento jurídico comporta una moral seguida como tal por un gran número de personas. Esta idea la vemos confirmada (entre otros) por K. Olivecrona y A. Ross. El profesor de la Universidad de Lund nos dirá al respecto: «en términos generales, la primera exigencia para que las normas jurídicas puedan ser asimiladas por todo el pueblo consiste en que las normas jurídicas han de presentarse como razonables para la mayoría, es decir, han de perseguir fines que comúnmente se admitan como deseables». La misma tesis la expresa el profesor de la Universidad de Copenhague cuando dice que el dominio sobre los seres humanos que se ejerce por los medios de compulsión (físicos e ideológicos) «puede estar parcialmente —pero nunca totalmente— basado en la fuerza. En último grado, tiene que haber normas para el ejercicio de la fuerza que a su vez no estén respaldadas por la fuerza, sino que son obedidas por virtud de un respeto exento de temor. Un hombre fuerte, mediante el mero uso de la fuerza física, puede dominar a un puñado de otros hombres. En las sociedades de mayor tamaño, que presuponen un aparato de poder organizado manejado por otros seres humanos, esto no es posible. Ningún Hitler puede aterrorizar a una población sin que por lo menos dentro del grupo que maneja

el aparato de fuerzas la obediencia sea en alguna medida voluntaria. En último análisis, todo poder tiene un fundamento ideológico... La fuerza ejercida por la policía y por las autoridades ejecutivas no está basada únicamente en factores físicos tales como el número de hombres de que disponen, su adiestramiento, las armas que poseen, etc. Si todos los particulares entraran en una conspiración, serían sin duda más fuertes que la policía. Pero esto no ocurre. El buen ciudadano, el que acata la ley, respeta a la policía...» (100). Tanto más cuando, como señala Bobbio, en la sociedad contemporánea el estado consigue la adhesión del ciudadano mediante un «control social cada vez más de tipo persuasivo y no coactivo, y cuya eficacia está asegurada no a través de la coacción física (como ocurre con cualquier ordenamiento jurídico), sino por medio del condicionamiento psicológico».

En conclusión, habrá que responder afirmativamente a la pregunta que nos habíamos planteado algunas páginas más atrás acerca de la existencia o no de disposiciones jurídicas que son preceptos morales (entendiendo por tales, de acuerdo con nuestra definición, a preceptos que se apoyan sobre una norma). Es más, existen preceptos morales (es decir, preceptos que se apoyan en una norma) que prescriben e inducen a obedecer a las disposiciones que se presentan como disposiciones jurídicas.

7. CONCLUSIONES ACERCA DE LAS PRESCRIPCIONES, LOS PRECEPTOS Y LAS NORMAS EN EL DERECHO. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO

Para criticar la teoría kelseniana del «deber ser», hemos adoptado una concepción del denominado Derecho objetivo y de las nor-

(100) Alf Ross, *Sobre el Derecho y la justicia* (ed. y trad. cit.), págs. 56 y 55 (respectivamente); K. Olivecrona, *Law as fact (El Derecho como hecho)*, Buenos Aires, 1959, págs. 120-121).

N. del T. Sobre el tema, vid. A. Ross, *El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el Derecho natural* (trad. de Genaro R. Carrió y O. Pachero, en *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, 1969); J. M. Rodríguez Paniagua, *Ley y Derecho. Interpretación e investigación de la ley*, primera parte: «Conceptos fundamentales: I.—La validez jurídica» (páginas 13-34, Edit. Tecnos, Madrid, 1976); L. Legaz, *La obligación internacional* (Santiago de Compostela, 1961) y «La lealtad política» (*R.E.P.*, número 210, nov.-dic. 1976, págs. 5-30). La cita de N. Bobbio en «Il diritto» (del volumen *Le scienze umane in Italia oggi*, Bologna, 1971, págs. 261 y sigs.).