

Obligación jurídica y obligación moral*

Herbert Lionel Adolphus Hart¹

Los filósofos de la moral, tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos de Norteamérica, han hablado y escrito desde hace mucho como si el fenómeno por investigar fuera de modo principal, si no exclusivo, la obligación o deber moral. Muy pocos han cuestionado la idoneidad de las expresiones "obligación" y "deber" para describir el objeto principal de su estudio. Sin embargo, como sus ejemplos lo demuestran, esos filósofos han estado muy interesados en acciones tales como la inflicción inmerecida de dolor a los niños y a los animales, el asesinato de seres humanos, el abandono o desamparo inhumano de los amigos, el mentir y otras formas de engaño. Espero que sea algo más que un ciego deseo de adhesión a nuestro discurso habitual lo que origina la protesta de que es absurdo hablar de tener un deber moral de no matar a otro ser humano, o de una obligación de no torturar a un niño. Indudablemente que cuando nos mueve la repugnancia moral y nos apartamos de alguna acción mezquina, la situación está mal expresada si se dice que en ese caso estamos reconociendo un deber; y seguramente que por lo menos produce confusión decir que hemos aceptado o reconocido una obligación cuando, en circunstancias difíciles, no previstas por nada que pudiera razonablemente ser denominado una regla, imaginamos las consecuencias de cursos alternativos de conducta y decidimos cuál es, en general, el mejor.

El sentido de tal protesta no es, o no es meramente, el de que "deber" u "obligación" son demasiado débiles, demasiado endeble en su fuerza condenatoria, respecto de las faltas morales más atroces. "Obligación" y "deber" no son inapropiadas en este caso por estar reservadas a las cuestiones relativamente menores, según una escala moral única a la cual pertenecen también elementos más graves (los crímenes morales). La cuestión es, más bien, que "deber" u "obligación" no pertenecen a la misma escala, y que la extensión de estos términos a todo el campo de la moral nos obscurece la variedad de los elementos de éste y su complejidad.

* Esta es la traducción mejor lograda, en versión castellana, realizada por los profesores mexicanos Javier Espinoza y L. Alfonso Ortiz.

¹ Nace en Harrogate el 18 de julio de 1907 y fallece en Oxford el 19 de diciembre de 1992, es uno de los filósofos del derecho más importantes. Publicó, junto con A. M. Honoré, *Causation in Law*; mientras que en 1961 publica su trabajo más importante: *The concept of law*. Hart se inscribe en la corriente del positivismo, llamada jurisprudencia analítica, para la cual el análisis del lenguaje resulta un elemento fundamental a fin de una mejor la comprensión del derecho.

Dos consideraciones pudieran quizá ponernos alerta respecto de este hecho. La primera es que entre los ejemplos utilizados por los filósofos de la moral, ciertamente existen algunos en los que las expresiones "obligación" y "deber" se adecúan muy felizmente. Las obligaciones morales surgen de las promesas, de roles como el de padre, e incluso puede haber una obligación moral de obedecer al derecho. Los deberes morales provienen también de posiciones de confianza, como la de sirviente de confianza o de las situaciones o roles reconocido en un grupo social como son los de huésped, vecino, esposo o padre. Tales casos, en los que la terminología de obligación y deber es tan obviamente apropiada, tienen, creo, características comunes discernibles o relacionadas y contrastan con el tipo de cosas que se consideran cuando insistimos en que no debemos infligir daño innecesario. Lo que tiende a oscurecer la diferencia es que "deber" ["ought"] (y en algunos contextos tanto "tener que" ["must"] como "debería" ["should"]) puede ser usado para instar a otros a abstenerse tanto de no cumplir con sus promesas, como de no torturar a los niños, y para hacer la crítica moral de esas faltas cuando sean cometidas.

No obstante, éste no es un criterio mejor para identificar segmentos de la moral que son diferentes, aunque relacionados, que el criterio que sería el hecho de que, dados contextos apropiados, "deber", "tener que" y "debería" puedan ser usados cuando es evidente que nada moral está implicado. Así, por ejemplo, cuando se dice: "debes, tienes que, deberías cambiar tus ropas mojadas".

La segunda y más importante consideración es la de que existe todo un mundo en el que los deberes y las obligaciones están realmente en sus dominios. Éste es el mundo jurídico, pues aquí ambas expresiones son casi siempre idóneas para cualquier cosa que prohíben las reglas de un sistema jurídico realmente existente. Si una ley prohíbe la crueldad con los niños y los animales, entonces tenemos un deber jurídico de abstenernos de tal crueldad. Al hablar de la obligación jurídica de hacer lo que, por contrato, nos hemos obligado a hacer, no hacemos un uso más feliz de la palabra "obligación" que cuando hablamos de la obligación jurídica de mantenernos alejados de las propiedades de otras personas, o de abstenemos de asaltarlas o de calumniarlas. Sin embargo, en el discurso ordinario no jurídico y en el moral la cosa es diferente. Por lo mismo, en las secciones subsiguientes de este artículo me propongo, en primer lugar, investigar la naturaleza de la obligación jurídica y, después, determinar por qué al referirnos a ciertas situaciones morales hacemos uso, de modo natural, de conceptos de matiz jurídico como obligación y deber.

I.

Quizá pueda ayudar a la comprensión de la obligación y del deber jurídico no empezar de golpe con la definición de los mismos, sino ir distinguiendo algunas de las cosas notorias que pueden hacerse y, por tanto, decirse acerca de ellos

en cualquier sistema jurídico desarrollado. Primero y sobre todo, es el caso (y quizá es más obviamente verdadero tratándose de las obligaciones que de muchos otros elementos de un sistema jurídico) que las obligaciones jurídicas son muy frecuentemente, aunque no siempre, artefactos humanos en el sentido de que pueden ser deliberadamente creadas por medio de la adecuada acción de seres humanos, y sujetas a varios modos de cambio y manipulación. Su status como obligaciones puede ser independiente de su contenido, pues nosotros no sólo podemos tener deberes u obligaciones jurídicos, sino que también podemos crearlos, imponerlos (p. ej., por legislación), contraerlos o asumirlos (p. ej., celebrando contratos); se los puede cambiar, modificar y extinguir, y las personas pueden (en especial cuando las obligaciones son creadas por contrato) ser liberadas o exentas de ellos.

Por supuesto que en cualquier sistema jurídico desarrollado no sólo las obligaciones o deberes, sino otras entidades jurídicas (derechos subjetivos, poderes o potestades, inmunidades e incapacidades) pueden también ser creadas, modificadas o extinguidas de manera similar. Así, por ejemplo, los derechos subjetivos pueden ser transferidos cuando la propiedad es transmitida por medio de una compraventa. El ejemplo más destacado e importante de la creación deliberada de deberes u obligaciones jurídicos es la creación de una obligación jurídica por medio de un acto legislativo.

En toda sociedad moderna la legislación es una operación muy compleja. El proceso legislativo implica no sólo la cooperación de varias personas determinadas por reglas jurídicas existentes para tomar parte en él, sino también el sometimiento de aquéllas a un complejo procedimiento determinado por las reglas jurídicas relativas, las cuales existen y son aceptadas como rectoras del mencionado proceso. Normalmente el paso decisivo es un voto en favor o en contra de un proyecto de ley presentado por lo común en forma escrita. Dadas tales circunstancias el resultado final del voto (favorable) y de ciertas formalidades subsecuentes, (la aprobación de la Reina, la firma o rúbrica del presidente, o el transcurso de un cierto lapso sin noticia de desaprobación) es el de que una ley ha sido hecha o creada o expedida, la cual establece, digamos, la obligación para todos los varones cuyas edades fluctúen entre los veintiún años y los treinta y cinco de prestar dos años de servicio militar; o la prohibición de vender bebidas embriagantes. De esta manera los legisladores crean obligaciones y las imponen a otros (y a sí mismos en su capacidad personal), quienes, en consecuencia, están jurídicamente obligados a hacer o a abstenerse de hacer ciertas cosas.

Las autoridades subordinadas pueden también, por medio de una ley que les confiera un poder o potestad jurídico derivado, crear más obligaciones o deberes dentro de un área determinada.

Quizás sea útil comparar y contrastar esas operaciones legislativas con aquellas operaciones mediante las cuales una persona crea obligaciones también, pero imponiéndolas no a otros, sino únicamente a sí misma. El ejemplo más notable de ellas es, desde luego, el contrato bilateral o consensual, que es el análogo jurídico de la promesa moral, en el cual, un hombre se obliga, por ejemplo, a entregar una tonelada de ladrillos en una fecha determinada, tomando en consideración que otra persona se obliga a pagar cien libras esterlinas por ese material. Pero existen también otras formas de autoimposición de obligaciones: tanto en el sistema inglés como en el norteamericano una persona puede constituir [declare] un fideicomiso de propiedad, quizá para personas aún no nacidas, e inmediatamente, por virtud de ese acto, estar bajo la obligación o el deber de no negociar con dicha propiedad en determinadas maneras que antes de ese momento le estaban permitidas [opened].

¿Cómo son posibles la creación, imposición, modificación y extinción de las obligaciones, así como otras operaciones respecto de otras entidades jurídicas tales como los derechos subjetivos? ¿Cómo pueden hacerse tales operaciones? Esta pregunta, que evoca a Kant, sólo puede ser respondida describiendo pormenorizadamente cómo son hechas en realidad esas operaciones. El jurista, acostumbrado a este tipo de asuntos, contestaría en su propia terminología: "estas operaciones pueden hacerse porque el derecho confiere poderes o potestades a ciertas personas para hacerlas; dichas personas las hacen en ejercicio de poderes jurídicos". Pero el filósofo bien puede inquirir: ¿qué son esos poderes? ¿qué significa que una ley confiere un poder y que alguien ejerce tal poder? "Poder" [power] no significa aquí capacidad para efectuar un cambio físico observable, y ciertamente que a algunos les han parecido esas operaciones un tipo de alquimia jurídica (y moral), no susceptible de explicación alguna. Hågerstrom², al enfrentarse a las dificultades del análisis de la más simple de tales operaciones, a saber, la transferencia de la propiedad, concluyó que el carácter de todas esas operaciones puede ser elucidado sólo por referencia a una creencia ampliamente aceptada en los poderes mágicos de las palabras para producir cambios en un mundo suprasensible de derechos y deberes jurídicos.

Hågerstrom desarrolló sus teorías principalmente en relación con el derecho romano, partiendo de la aguda observación de que las palabras decisivas usadas por el adquirente en la mancipado —la transferencia formal de la propiedad en Roma ("Digo que este esclavo es mío conforme al derecho")— no podían significar lo mismo que un enunciado acerca de un hecho ordinario, ya

² Véase Axel Hågerstrom, *Inquiry into the Nature of Law and Morals*, ed. por Kart Olivecrona, trad. de C. D. Broad (Stockholm: Almqvist & Wiksell, 1953), y la reseña del mismo libro, hecha por el autor de este artículo, en *Philosophy*, xxx (1955), pp. 369-73.

que las palabras, si fueran tratadas así, serían falsas en el momento que fueran pronunciadas, pues la propiedad no "pasó" al adquirente sino más tarde.

Indudablemente que esto fue un chispazo genial, pero el enfoque de Hågerstrom adolecía de la falla de no advertir que la teoría según la cual la creación, la transferencia o la modificación de las obligaciones son "mágicas" tenía tanta (así como tan poca) fuerza con respecto a las palabras operativas centrales usadas en la promulgación de una ley moderna que impone obligaciones, o con respecto a las palabras operativas (palabras de concesión o aceptación) en un documento privado tal como una escritura de traslación de dominio o un testamento. Las modernas fórmulas legislativas ("Quedando ahora, por medio de este acto, debidamente promulgada esta ley") y las palabras operativas ("X transfiere por este acto a Y", "Lego en testamento, por este acto, a B"), consideradas como enunciados de hechos, son también falsos, pues los "actos", "hechos" o "actas" o "escrituras" en que aparecen no "tienen efectos" sino después de ser completadas por formalidades ulteriores (como son las de firmar, sellar, atestiguar, realizar la entrega, etc.), o, frecuentemente, hasta acaecer un hecho muy posterior, tal como la muerte del testador en el caso de un testamento.

De modo, pues, que Hågerstrom nos deja así con un problema residual: ¿Cómo pueden las palabras tener efectos jurídicos, y cuáles son los efectos que ellas tienen? Nuestro interés se centra aquí sólo en una parte especial de este problema, a saber: ¿Cómo pueden las palabras crear obligaciones jurídicas y cuáles son las obligaciones jurídicas que crean?

Sin embargo, aun esto implica, necesariamente, la consideración del fundamento de cualquier sistema jurídico, y de parte de lo que está implicado por la aserción de que un sistema jurídico existe; ya que cualquier respuesta insuficiente respecto de esto, dejará en nuestras manos el problema original.

De modo que podríamos, o mejor, deberíamos, empezar diciendo que 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 ellas estarán jurídicamente obligadas o tendrán una obligación de hacer o de abstenerse de hacer ciertas acciones.

Es fácil advertir que tanto detrás de las palabras usadas por un cuerpo legislativo nacional al establecer una ley local que impone a quienes ocupan tierras la obligación de desecarlas por medio de zanjás y canales de desagüe, o de cercarlas para dividir las respecto de la carretera que pasa por ahí; como detrás de las palabras usadas en un contrato de arrendamiento según el cual el arrendatario tiene una obligación de pagar la renta, debe haber reglas del

sistema que determinen que si ciertas palabras son usadas de esa manera, entonces quienes ocupan las tierras en el primer caso, y el arrendatario, en el segundo, tendrán tales obligaciones.

Pero ¿qué significa decir que aquellas reglas existen y que establecen que las personas tendrán tales obligaciones?

En el caso de reglas subordinadas del sistema, tales como las leyes que confieren poderes o potestades legislativos a una provincia o estado miembro, la afirmación de que las reglas existen significa que ellas pertenecen a una clase de reglas, caracterizadas como reglas válidas de ese sistema particular por criterios especificados en las reglas fundamentales del propio sistema, tal como la regla inglesa según la cual lo que la Reina promulga en el Parlamento es derecho, o, en los Estados Unidos de Norteamérica, la regla constitucional (sujeta a ciertas restricciones) de acuerdo a la cual lo que el Congreso determina es derecho en ciertas áreas.

Sin embargo, decir de esas reglas fundamentales (mismas que establecen y especifican la competencia legislativa de la autoridad legisladora) que ellas existen, es decir algo diferente. "Existe" no puede significar aquí "válido, dados los criterios de validez del sistema", como por lo general sí significa cuando se trata de reglas subordinadas del sistema. En este caso "existe" debe referirse a la práctica efectiva del grupo social particular cuyo sistema jurídico está en consideración. Aun en el caso del más simple de los sistemas jurídicos imaginables, en el cual un monarca tiene irrestricta autoridad legislativa para expedir normas jurídicas, imponiendo obligaciones jurídicas al pronunciar o escribir lo que él ordena que sea hecho, la práctica efectiva del grupo presupuesta por la aserción de que dicho monarca tiene esa autoridad es compleja y no susceptible de ser descrita brevemente.

Tal práctica fue descrita demasiado brevemente por Austin³ como un hábito general de obediencia a una persona o a un grupo de personas, que no tenían tal hábito de obediencia respecto a otros. Kelsen⁴, advirtiendo lo inadecuado de las inexactitudes de esos dos extremos han llevado a otros autores a insistir en que lo que está en la base de todo sistema jurídico es un reconocimiento

³ Véase John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. por H. L. A. Hart (London: Weidenfeld & Nicolson, 1954). Lecture VI. pp. 198-205.

⁴ Véase Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1949). [Existe traducción española hecha por Eduardo García Maynez con el título de *Teoría General del Derecho y del Estado* (México: UNÁM, 1949), N. del 7*.]: "... una hipótesis jurídica, esto es, una norma básica que es establecida por un análisis lógico del efectivo pensamiento jurídico" (p. xv; p. vil de la trad. esp.); "La norma básica de un orden jurídico es la norma última postulada de acuerdo a la cual las normas de este orden son establecidas y anuladas, es decir, adquieren y pierden su validez" (p. 113; p. 133 de la trad. esp.); "Que la norma básica existe real-mente en la conciencia jurídica es el resultado de un simple análisis de los efectivos enunciados jurídicos" (p. 116; p. 137 de la trad. esp.).

general de una obligación moral de obedecer al derecho, por lo cual dicen que existe una conexión necesaria⁵ o analítica, y no meramente empírica, entre el enunciado de que un sistema jurídico existe y el enunciado de que la mayoría de la población reconoce una obligación moral de obedecer al derecho.

Es necesario considerar esas inexactitudes de la teoría jurídica para ver, primero, por qué "hábito" y "obediencia" no son suficientes para caracterizar la situación en la que decimos que se crean obligaciones jurídicas por medio de la legislación.

Si los miembros de un grupo tienen meramente un hábito de obediencia a un individuo, X, quien los amenaza y es capaz de producirles daño en caso de desobediencia, esta situación podría ser descrita diciendo que esos individuos se ven obligados o forzados a obedecer a X o a hacer lo que él les dice, pero no diciendo que tienen o reconocen una obligación de hacer lo que dice X. Si hemos de hablar de que los miembros de ese grupo tienen o reconocen una obligación de hacer lo que X dice, su actitud en relación con las palabras de X debe ser más que la de obediencia habitual. El mínimo requerido en adición a la obediencia general, si hemos de hablar de que el grupo reconoce o tiene una obligación jurídica de hacer algo especificado por X, es: (1) que las palabras de X deben ser generalmente aceptadas como constitutivas de un patrón de conducta, de tal manera que las desviaciones respecto de éste (diferentes del mero dejar de seguir un hábito común y corriente en la sociedad como es el beber té o café) son tratadas como ocasiones susceptibles de recibir críticas de varios tipos; (2) que las referencias a las palabras de X son hechas generalmente como razones para hacer o haber hecho lo que X dice; como apoyando las órdenes de que otros deben hacer lo que X dice; y para interpretar, al menos como permisible, la aplicación de medidas represivo-coercitivas a personas que se desvían del patrón de conducta constituido por las palabras de X.

Cuántos miembros del grupo social (órganos o súbditos) deben hacer esas cosas, cuan continuamente y por cuánto tiempo, para constituir la obediencia "general" y el uso "general" de las palabras de X de esa manera, no admite una

⁵ Véase, por ejemplo, A. L. Goodhart, *English Law and the Moral Law* (London: Stevens & Sons, 1953): "Al sugerir sutilmente que esta norma básica debe ser presupuesta como obligatoria, Kelsen alude el problema más importante de la filosofía jurídica" (p. 18); "Si... consideramos el derecho como una regla que es reconocida como obligatoria, entonces el elemento de la fuerza viene a ser de menor importancia. Nos damos cuenta entonces que la naturaleza obligatoria de esas reglas está basada en otros fundamentos, que uno de los más importantes entre ellos es la ley moral. Es por esta razón que el sentido moral es una de las fuerzas dominantes no solo al establecer la eficacia del derecho, sino también en su misma existencia. El jurista no puede ignorar a la ley moral considerándola como irrelevante para el objeto de su estudio, pues si lo hace así, estará ignorando entonces uno de los fundamentos en que se basa la idea básica de obligación" (p. 28).

respuesta determinada, del mismo modo que no podemos decir exactamente qué edad debe tener un hombre para que sea un hombre de mediana edad.

Sin embargo, en cualquier grupo social en el que las obligaciones son creadas por legislación y en el que las expresiones "tengan una obligación jurídica de hacer esto", "él tiene una obligación jurídica de hacer aquello", tienen la fuerza que tienen, debe haber una práctica social, tan compleja al menos como la que he descrito, y no meramente una obediencia habitual por parte de los miembros del grupo. Cualquiera que use formas de expresión tales como "yo (tú) tengo (tienes) una obligación de", implica que su propia actitud respecto de las palabras del legislador es ésta que se ha descrito, pues tales enunciados de obligación son usados para inferir conclusiones de las reglas jurídicas, partiendo de la base de que estas reglas están revestidas de autoridad para quien formula tales enunciados. Alguien que rechazara por completo la autoridad podría reconocer, desde luego, que se le podría hacer sufrir si desobedeciera las reglas, pero la expresión natural para este punto de vista no sería "yo (tú) tengo (tienes) una obligación de", sino "yo me vi (tú te viste) obligado a" o "de acuerdo a este sistema yo (tú) sufriré (sufrirás) si no lo obedezco (obedeces)".

Lo anterior demuestra quizá suficientemente las inexactitudes de la caracterización del fundamento de un sistema jurídico en términos de un hábito de obediencia. Kelsen estaba en lo correcto cuando señalaba que debe haber más que hábitos o regularidades de conducta en el limitado sentido de hacer regularmente lo que la autoridad dice. Sin embargo, su concepción de la norma básica como una regla, "hipótesis" o "axioma" cuya "validez" es "asumida" o "postulada"⁶ introduce un conjunto de expresiones cuasi-matemáticas totalmente inapropiadas, mismas que ciertamente podríamos adoptar si fueran las únicas alternativas a describir los hechos relevantes en términos de "hábitos de obediencia".

Pero existe una tercera alternativa que es la de describir los hechos relevantes, no en términos de hábitos de obediencia, sino de las reglas efectivamente aceptadas por un grupo social. La pregunta de si un grupo acepta una regla dada es diferente, en los modos ya indicados, de la pregunta de si ese grupo obedece habitualmente a una persona, aunque las dos son semejantes en que son preguntas acerca de hechos, y ha de dársele preferencia a Austin en relación con Kelsen por advertir que lo que se encuentra presupuesto en cualquier enunciado de que alguien tiene una obligación jurídica es un

⁶ Véase Kelsen, op. cit., lo citado anteriormente y lo que a continuación cito: "La validez de esta primera constitución es el presupuesto último, el postulado final de que depende la validez de todas las normas de nuestro orden jurídico" (p. 115; p. 135 de la trad. esp.); "La norma básica es una presuposición indispensable porque, sin ella, el carácter normativo del evento histórico básico no podría ser establecido" (p. 396, en el apéndice que no aparece en la traducción española).

enunciado de hecho, y no una "presuposición de validez". Si un grupo de personas se conduce de la manera que hemos descrito, esto es, aceptando lo que dice un legislador como constitutivo de un patrón de conducta, entonces dicho grupo acepta la regla de que el legislador debe ser obedecido, y, por lo tanto, existe la regla según la cual su palabra es derecho. La regla que dice que lo que la Reina promulga en el Parlamento es derecho, existe de este modo. Una vez que se ha descubierto que tal regla existe en la práctica efectiva de un grupo, es absurdo hablar de ella como una regla válida, así como es igualmente absurdo hablar de ella como inválida o de que se asume o postula su validez. Igualmente podríamos hablar de postular o asumir la validez de una regla social realmente existente, según la cual debemos quitarnos el sombrero al entrar a una casa. Por supuesto que podemos formular un número de diferentes preguntas acerca de tales reglas, por ejemplo, la de si es algo bueno o deseable el que los miembros de un grupo social debieran aceptarlas o tener una obligación de seguirlas; pero sería de lo más confuso discutir esta pregunta en términos de "validez".

La tercera tesis equivocada, a saber, la de que si un sistema jurídico existe, entonces tiene (lógicamente) que existir un reconocimiento general de una obligación moral de obedecer al derecho, es una reacción excesiva contra la caracterización geométrica que Kelsen hace de la norma básica. Por supuesto que es probablemente verdadero que, a menos que una mayoría coopere voluntariamente a obedecer las reglas de un sistema jurídico coactivo, éste no podrá perdurar. Inclusive puede ser verdadero que a menos que un gran número de esos individuos crea que tanto ellos mismos como los demás están moralmente obligados a obedecer ese orden, el sistema podría ser muy inestable. Pero esto es insuficiente para demostrar la pretendida conexión lógica entre "existe un sistema jurídico en Inglaterra" y "en Inglaterra existe un reconocimiento general de una obligación moral de obedecer al derecho", aun cuando el primero de estos enunciados sea ciertamente verdadero y el segundo probablemente lo sea.

Igualmente irrelevante al presente asunto es el hecho indudable de que el desarrollo del derecho por los tribunales y la legislatura ha sido y siempre será influido poderosamente por las convicciones morales de la población. Esto no muestra que un sistema jurídico exista a menos que la obediencia esté motivada por una convicción de que existe una obligación moral de obedecerlo.

La afirmación de que existe un sistema jurídico en Inglaterra (o en cualquier otro lugar) implica que existe realmente la aceptación general de una regla fundamental como la regla de que lo que la Reina promulga en el Parlamento es derecho, aunque su forma pueda ser mucho más compleja que la de ésta. La aceptación general de esta regla consiste en algo más que la obediencia

habitual,. pues incluye el uso ulterior así como la actitud respecto del derecho promulgado que ya he descrito.

Pero tanto la obediencia general como el posterior uso y las actitudes respecto al derecho pueden estar motivados por el miedo, la inercia, la admiración a la tradición, o por un cuidadoso cálculo de intereses egoístas, así como también por el reconocimiento de la obligación moral de obedecerlo.. Mientras la práctica social compleja exista, eso es suficiente para responder de modo afirmativo la pregunta de si un sistema jurídico existe. La pregunta de qué es lo que motiva esa práctica social, si bien importante, corresponde a una investigación independiente.

Una vez que la práctica social compleja es establecida y que, en virtud de ella, las palabras de una persona son aceptadas como constitutivas de un patrón de conducta para el grupo, la autoridad legislativa constituida por este hecho no necesita (aunque puede) estar limitada al simple caso de la creación directa de obligaciones mediante legislación, ordenando o prohibiendo acciones o clases de acción específicas. El legislador puede tener autoridad para dictar ulteriores reglas que confieran a otros una autoridad similar a la propia, para la regulación de áreas limitadas de conducta (legislación subordinada), o para dictar reglas que confieran potestades privadas a los individuos para crear obligaciones para sí mismos, por ejemplo, por contrato.

Sin embargo, las obligaciones creadas de esas maneras derivadas, según reglas promulgadas, 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, y sólo pueden ser entendidas si entendemos el simple caso fundamental de la creación de obligaciones por un acto legislativo directo y su dependencia de la práctica social compleja que constituye a esa autoridad básica.

Podemos ahora considerar, brevemente, aquellos casos en los que las obligaciones jurídicas no son creadas en modo alguno, sino que surgen de manera directa, no según reglas que han sido deliberadamente puestas en vigor por legislación, sino conforme a reglas consuetudinarias, y también aquellas obligaciones que son creadas en ejercicio de una potestad o poder conferido por esas reglas consuetudinarias.

Hasta ahora hemos concentrado nuestra atención en aquellas obligaciones jurídicas que existen en virtud de la legislación deliberada, a fin de demostrar ciertas características importantes. Es verdad, sin embargo, que en la mayoría de los sistemas jurídicos muchas reglas de las que surgen obligaciones no son creadas deliberadamente, sino que tienen un origen consuetudinario. La "costumbre" es comúnmente considerada como un criterio de validez

subordinado en los sistemas jurídicos modernos, en el sentido de que las reglas consuetudinarias pueden ser privadas de su validez por medio de un acto legislativo, en tanto que lo contrario, en la mayoría de los casos, no es verdadero. Pero no existe una razón lógica (aunque sí todas las razones prácticas) por la cual un sistema jurídico no pudiera tener como criterio de validez único la regla según la cual sólo son válidas aquellas reglas que representen la práctica consuetudinaria largamente establecida del grupo en ciertas materias, o la práctica de algún subgrupo. En tales casos la autoridad no es atribuida al titular de cargo alguno y las obligaciones no son concebidas como creadas por actos deliberados, sino como debiendo su status al hecho de la práctica tradicional; esta práctica es considerada como el patrón de conducta.

Algunas veces, incluso, puede no alcanzarse el grado de generalización implicado en el reconocimiento de la "costumbre" como un criterio general de validez. Pudiera no existir el reconocimiento de principio general alguno que hiciera a las acciones jurídicamente obligatorias, sino sólo un conjunto discreto de reglas, lo cual significa que el grupo social acepta simplemente ciertos distintos tipos de conducta como patrones de comportamiento y para criticar la conducta en el modo descrito. Esto estaría muy cerca de la situación en que el sistema jurídico desaparece.

Resta sólo dirigir la atención al hecho de que, aun cuando las reglas jurídicas sean consuetudinarias, los poderes (o potestades) para crear obligaciones pueden provenir de tales reglas. El poder de crear obligaciones por simple contrato en varias jurisdicciones angloamericanas proviene de reglas del common law que no fueron puestas en vigor por medio de legislación deliberada, sino que son concebidas como representativas de una "práctica consuetudinaria de los tribunales, establecida desde hace largo tiempo. Por supuesto que cuando existe un sistema jurídico que contiene entre sus criterios de validez una regla de precedente, esto es, una regla según la cual son válidas aquellas reglas que son extraídas de casos pasados mediante reglas de interpretación vagamente definidas, la línea entre aquellas reglas que deben su validez a un acto deliberado de autoridad y aquellas que no, llega a ser borrosa, aunque no inexistente (como algunos realistas han dicho).

II

Todavía tenemos que explicar en detalle lo que la mayoría de la gente consideraría la característica sobresaliente de una obligación y, en alguna medida, de los deberes: ella es la importante relación entre la obligación y la coacción o compulsión.

Si tenemos una obligación de hacer algo, hay algún sentido en el que nos vemos obligados [bound] a hacerlo, y cuando nos vemos obligados hay algún sentido en el que somos o podemos ser compelidos a hacerlo. Para probar estas nociones es importante distinguir tres cosas: (1) estar físicamente compelido a--hacer algo; (2) verse obligado a hacer algo, y (3) tener una obligación de hacer algo. La dificultad del asunto es la de enunciar, sin exageración, la relación entre el tercer miembro de ese trío y los otros dos, y Austin, quien en las secciones introductorias de su obra *The Province of Jurisprudence Determined* hizo el más exhaustivo esfuerzo para comprender la noción de obligación, exageró fatalmente esta relación.

Austin percibió correctamente que cuando un hombre es llevado a prisión, y, de ese modo, en algún sentido es compelido a entrar en ella, no es ése un caso de tener una obligación o deber de ir allí. Pero, aunque evitó caer en ese error, Austin definió la obligación y el deber en términos de la sanción o mal con el que quien manda (individuo que expresa su deseo a otro de que éste debiera hacer algo) amenaza infligir en caso de desobediencia.⁷ Tener un deber o una obligación es para Austin estar sujeto [liable] o expuesto [obnoxious] a un mal con que se amenaza, donde "sujeto" o "expuesto" significa "susceptible de recibir el mal o daño".

El defecto más obvio de esta definición es el de que sería satisfecha por el caso en el que un hombre armado me ordena entregarle mi cartera apuntándome con el arma que lleva. En este caso no diríamos "tuve la obligación de entregarle mi cartera". Lo que induce a error es que diríamos en dicho caso: "me vi obligado a entregarle mi cartera". Así, a primera vista, lo expresado por Austin se asemeja a una definición bastante exacta de "verse obligado" a hacer algo, y a una definición muy pobre de "tener una obligación" de hacer algo. Pero debemos tomar en cuenta las posteriores adiciones y afinaciones que Austin hizo a su tesis inicial. Su explicación de la obligación específicamente jurídica difiere en varios aspectos del ejemplo anterior del hombre armado. En lugar del hombre armado tenemos al soberano, definido como una persona o un grupo de personas a quien la mayoría de la sociedad obedece de manera general y quien no tiene un hábito semejante de obediencia frente a ningún otro. Además, los mandatos del soberano son para

⁷ Véase Austin, op. cit.: "Al estar sujeto a un mal por parte de usted si no cumplo con un deseo que expresa, estoy forzado u obligado por su mandato, o sujeto a un deber de obedecer éste" (p. 14); "...dondequiera que se esté sujeto a un deber, se ha manifestado un mandato; y dondequiera que se ha expresado un mandato, se lía impuesto un deber" (p. 14) ; "El mal que probablemente será causado en caso que sea desobedecido un man-dato o (para usar una expresión equivalente), en caso de que sea infringido un deber, es denominado comúnmente sanción o una compulsión de obediencia. O (expresándolo en un giro diferente) se dice que el mandato o deber está sancionado o coaccionado por la posibilidad de causar el mal" (p. 15); "Empleo el término deber o el término obligación... cuando hablo directamente de la posibilidad de causar el mal, o (cambiando la expresión) cuando hablo directamente de la condición o estado de estar sujeto o expuesto al mal" (p. 18).

procurar obtener cursos de conducta "generales"⁸, y por lo regular se dirigen a clases de personas. Aparte de esas modificaciones para el caso especial de la obligación jurídica, Austin insiste también en que su definición sería satisfecha aun cuando la posibilidad de causar el mal con el que amenaza fuera muy pequeña, y el mal mismo fuera muy pequeño: "la posibilidad más pequeña del más pequeño mal" es suficiente para constituir una obligación o deber.⁹ Por último, Austin, si bien con vacilación, sugiere que si una persona tiene una obligación o deber, debe estar "a la expectativa" del mal con el que se le amenaza, esto es, tener miedo de él,¹⁰ aunque ciertamente le da poco énfasis a este elemento psicológico.

Desafortunadamente esas adiciones y afinaciones hacen que el análisis de Austin sea insatisfactorio: deja de ser un análisis plausible de "verse obligado" [being obliged] a hacer algo, y continúa siendo un análisis inadecuado de "tener una obligación". Para determinar de modo preciso dónde falla su análisis debemos admitir algo que puede ser discutido: Austin no admitiría ningún sistema de reglas como un sistema jurídico a menos que sus reglas prescriban la inflicción de un mal en caso de desobediencia. Para el propósito de la controversia podemos convenir en que lo dicho es una parte de la definición de "lo jurídico", aunque haya sido deducida por Austin de proposiciones que podríamos desear rechazar y que son: su creencia de que las leyes son mandatos, y de que éstos son significaciones del deseo de alguien que tiene la intención y alguna capacidad para infligir algún mal en caso de desobediencia.

Sin embargo, aun cuando convengamos en la conexión analítica entre la noción de sistema jurídico y la noción de sanción en la forma de mal o daño, la definición de tener una obligación en términos de la posibilidad de incurrir en el mal con el que se amenaza y del estar el individuo a la expectativa de este mal, conduce a absurdos.

Podemos ocuparnos, en primer lugar, del elemento psicológico (la expectativa del mal), que Austin usa de manera muy incierta. El enunciado de que un ladrón tiene una obligación jurídica de no tomar la cartera (ajena) no es un enunciado psicológico acerca del mencionado ladrón. Este puede no tener miedo, en modo alguno, del mal con que se lo amenaza, y, sin embargo, su obligación continúa existiendo. Si es disuadido por el miedo, podríamos decir,

⁸ *Ibid.*: "Un mandato es una ley o regla cuando se obliga de manera general a hacer o a abstenerse de hacer actos de alguna clase" (p. 19).

⁹ Pero cuando existe la más pequeña posibilidad de causar el mal más pequeño, la expresión de un deseo equivale a un mandato, y por consiguiente, impone un deber. La sanción, si usted quiere, es débil o insuficiente; pero existe todavía una sanción, y por lo tanto, un deber y un mandato" (p. 16).

¹⁰ *Ibid.*: "Si, no obstante aquel daño en perspectiva, yo no cumplo con el deseo que ha expresado usted, se dice que desobedezco su mandato o que violo el deber que él impone" (p. 14); "...superioridad significa poder: el poder de causar efectos en el ánimo de otros con el mal o daño, y de forzarlos, por medio del temor a ese mal o daño, a adecuar su conducta a los deseos de uno" (p. 24).

de manera más bien extraña, que dicho individuo estaba obligado a no tomar esa cartera.

En segundo lugar, el enunciado de que una persona tiene una obligación en una ocasión particular es totalmente independiente de cualquier estimación acerca de las posibilidades de que le ocurra el mal con que se le amenaza, no obstante que ellas sean muy importantes de considerar cuando esa persona pudiera haber dicho que fue obligada a hacer algo que hizo en una ocasión particular. No hay contradicción, ni es extraño, decir: "es tu deber presentarte para el servicio militar, pero dado que estás viviendo en Monte Carlo y no existe el tratado de extradición correspondiente, no existe la menor probabilidad de que te capturen".

En tercer lugar, hay algo completamente risible en el énfasis inicial de Austin sobre la importancia del mal con que se amenaza y la posterior reducción de éste a "la más pequeña posibilidad del más pequeño mal". Esto arruina el análisis de Austin incluso como un liso y llano análisis de verse obligado a hacer algo. Solamente cuando una elección se hace menos preferible por alguna desventaja real hablamos de verse obligado.

La crítica más general al análisis de obligación hecho por Austin es la de que sus inadecuadas nociones de probabilidad de acarrear un mal y expectativa del mal con que se amenaza, son equívocas porque oscurecen un elemento central que es, simplemente, la existencia de reglas del tipo apropiado. La opinión más benigna sobre las referencias de Austin a las probabilidades de acarrear un mal es la de considerarla como una explicación en que se expresan, con una inadecuada terminología predictiva, los dos hechos siguientes: (1) si ha de existir un sistema jurídico de acuerdo al cual sean creadas obligaciones, deberá haber en su base la práctica social compleja que ya hemos descrito; (2) el sistema debe contener reglas que determinen la aplicación de sanciones para los casos de desobediencia, aunque no todas las reglas necesitan tener sanciones "anexas" a ellas. Sin la noción de un sistema de reglas que se base en esa práctica social compleja, la diferencia entre "obligar" e "imponer o crear una obligación" no puede ser clarificada. De aquí que la importante conexión entre el concepto de coerción y el de obligación no pueda ser expresada claramente en la terminología de Austin con su pobre vocabulario de hábito y su inadecuado análisis del mandato en términos de la expresión de un deseo de que la gente debiera actuar de ciertas maneras, hecha por alguien que intenta y tiene algún poder para castigar la desobediencia con algún mal. La coerción en cuestión puede tomar realmente la forma de la inflicción de un mal, como lo hace en el caso de un sistema jurídico nacional; pero si es así, la aplicación de ese mal debe ser algo determinado por las reglas del propio sistema. No obstante lo evidente que fuera el poder efectivo de un legislador para castigar con males ciertas conductas, su amenaza, y aun el uso de la fuerza para coaccionar a la gente a

obedecerlo, no constituirían una obligación, a menos que fueran establecidos a través de las formas legislativas idóneas. En el mejor de los casos la mayoría de la gente sería obligada a hacer lo que el legislador dijo. El elemento esencial de la coerción no es, pues, el hecho (la posibilidad o la expectativa) de que el mal seguirá a la desobediencia, sino que debería haber un sistema de reglas existente que confiera autoridad a las personas para prohibir conductas y para castigar las violaciones de esas prohibiciones con las adecuadas técnicas coercitivas, represivas o punitivas del sistema.

Ciertas modificaciones, y no un abandono, deben hacerse respecto de este último punto. En todos los sistemas jurídicos nacionales existen algunos casos en los que no se encuentra prevista sanción alguna para el caso de inobservancia de una regla. Aunque quizá ningún vicio lógico ni un regreso al infinito estuviese vinculado con una regla auto-referente según la cual todos los funcionarios públicos deben aplicar sanciones a todos los ilícitos, incluida cualquier inobservancia de esta misma regla, es muy común que las reglas jurídicas ordenen a los funcionarios públicos a hacer ciertas cosas y que el sistema no provea sanción alguna para el caso de contravención a las mismas. Este es el caso, por ejemplo, de la obligación impuesta por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica al presidente de ese país de velar por la debida ejecución de las leyes. Sin embargo, no dudamos en referirnos a tales casos como casos de deber u obligación oficial de los funcionarios públicos.

Tales casos muestran que incluso dentro de un sistema jurídico los rasgos complejos que caracterizan el caso típico [standard] de obligación pueden estar separados. Esto se refleja en terminología jurídica como, por ejemplo, la de "deberes de obligación imperfecta", misma que los romanos inventaron precisamente para esos casos; y ello contribuye a generar las dudas escépticas acerca de si el derecho internacional es "realmente" derecho o de si no estaría mejor clasificado como una rama de la moral.

III

Dentro del vagamente limitado campo de la moral existe ciertamente un sector (sin duda vagamente limitado también) en el que hacemos uso de un concepto caracterizado por tres rasgos relevantes, característicos del concepto de obligación jurídica.

A tales rasgos me referiré mediante términos que espero se acepte que se explican por sí mismos. Ellos son: (1) dependencia respecto de la práctica efectiva de un grupo social; (2) posible independencia de contenido, y (3) coerción.

Fuera de la filosofía, las expresiones "obligación" y "deber" son usadas principalmente para la evaluación o crítica de las conductas por medio de los patrones que poseen esos tres rasgos, y no son usadas de modo indiferente para todas las formas de juicio moral. Pero, por cierto, aun el uso no filosófico de tales términos se extiende a veces más allá de esto, y mi interés no es el de legislar en favor de un uso más restringido de esas expresiones, sino sólo el de determinar las diferencias entre distintas clases de fenómenos morales obscurecidas por esta extensión. Vale la pena quizá hacerlo por dos razones: primera, la de que existe indudablemente una tentación permanente en la filosofía de asimilar todos los tipos de juicio moral a un tipo único; segunda, que podemos entender mejor otras áreas de la moral si enfocamos claramente primero los tres rasgos relevantes de la obligación, según aparecen en la moral efectiva de un grupo social. Caracterizar la moral (como lo hace, por ejemplo, R. M. Haré en su iluminante libro *The Language of Moráis*¹¹) de modo principal como un asunto de la aplicación a la conducta de aquellos principios últimos que el individuo acepta o a los cuales el mismo compromete la conducta de su vida, me parece un enfoque excesivamente protestante. Por importante que sea este aspecto o tipo de juicio moral, necesitamos entenderlo como un desarrollo del fenómeno primario de la moralidad de un grupo social.

Al sugerir que distingamos un tipo de juicio moral de otro no deseo negar, en lo más mínimo, que la conducta que ellos exigen puede ser frecuentemente idéntica. Es común el caso de que una y la misma acción particular sea exigida por diferentes principios morales. Si yo prometo cuidar y proteger al niño de un vecino, tengo una obligación de hacerlo, misma que surge de mi promesa; pero puedo considerar también inconsistente con mis principios morales permitir que sufra innecesariamente tanto éste como cualquier otro niño, aunque naturalmente no expresaría mi reconocimiento de este último principio en términos del reconocimiento de una obligación. He aquí una manera en la que diferentes principios de conducta moral se sobreponen. Sin embargo, ellos pueden también coincidir de un modo diferente y más importante. Puede ser que el grupo social en el que vivimos y que acepta la institución de la promesa como creadora de obligaciones, apoye también el principio diferente y más amplio de que es incorrecto [wrong] infligir sufrimiento inmerecido. Aun en este caso, en tanto pensemos que la fuerza de este principio más amplio no depende de su efectiva aceptación por el grupo social (no obstante ser ella algo por lo que podemos juzgar la moral efectiva de los grupos sociales), tenemos que distinguir de nueva cuenta entre dos diferentes tipos de principios que ordenan la misma acción en una ocasión particular. El área de moralidad que estoy intentando describir es la de los principios morales que perderían su

¹¹ R. M. Haré, *The Language of Moráis* (Oxford: Clarendon Press, 1952). [Existe traducción española de Genaro R. Carrió y Eduardo A. Rabossi con el título *El Lenguaje de la Moral* (México: Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1975), /V. del T.]

fuerza moral a menos que fueran aceptados ampliamente dentro de un grupo social particular.

Las promesas constituyen el caso obvio de la obligación moral y aquí tenemos ciertamente las tres características fundamentales que hemos mencionado antes. Si hemos de contraer tales obligaciones debe haber algún procedimiento establecido, generalmente aceptado por algún grupo social específico, mediante el cual la proclama o la manifestación escrita de una cierta clase de expresiones sea suficiente para que las acciones-especificadas por ellas se tornen obligatorias para quien las profirió o escribió. Si no existen tales procedimientos, es lógicamente imposible prometer, así como dar el saludo militar sería lógicamente imposible si no hubiera convenciones aceptadas que especificaran los movimientos expresivos del reconocimiento formal dentro de un grupo militar. Cuando nosotros prometemos, hacemos uso de procedimientos específicos para cambiar la situación moral; expresado en el lenguaje del jurista, ejercemos un "poder" conferido por reglas para cambiar las relaciones morales.

Las promesas poseen de modo preeminente la característica que he denominado independencia de contenido: la obligación surge no de la naturaleza de la acción prometida, sino del uso del procedimiento hecho por la persona idónea en las circunstancias adecuadas. Esta independencia se manifiesta también en el hecho de que esta obligación deliberadamente creada puede ser extinguida deliberadamente también por el promisorio. Sin embargo, la independencia de contenido no implica que no haya restricción alguna respecto de las clases de acción que una persona pueda convertir en obligatorias para sí misma prometiendo hacerlas. La moral, como el derecho, puede tener principios de "política pública" ["public policy"] y hacer "nula" una promesa que desde el principio involucraba hacer algo patentemente inmoral.

Sin embargo, debemos distinguir tales casos de aquéllos en los que posteriormente descubrimos razones morales (quizá en distintas circunstancias) en contra de que se haga lo que hemos prometido hacer. En estos últimos casos tenemos una obligación moral que proviene de la promesa, pero es una obligación tal, que, a la luz de otros principios, consideramos que no debemos llevar a cabo.

El tercer elemento, la coerción, requiere de un cuidadoso análisis en éste y en otros casos de obligación moral. Tratándose de la obligación jurídica, las reglas determinan de manera típica que en caso de faltar o amenazar con faltar al cumplimiento de una obligación de hacer lo que ordenan otras reglas primarias, debe haber alguna determinación oficial del hecho de tal falta (sentencia de un tribunal) y, como consecuencia, una variedad de actos o medidas oficiales encaminados a castigar la falta o, en los casos civiles, tendientes a asegurar el

cumplimiento de la obligación o de su equivalente más cercano. Tales actos o medidas oficiales incluyen el encarcelamiento, usado como un castigo o, de manera diferente, como un medio para inducir a la obediencia en un caso particular; o, tratándose del apoderamiento forzoso de dinero o bienes (embargo), para efectos de compensación, existiendo muchas otras variantes.

En cambio (y ésta es una de las distinciones más importantes entre la obligación moral y la obligación jurídica), la coerción característica de la obligación moral toma la forma, no de la inflicción de daño o del uso de la fuerza, sino, principalmente, el de la exposición del individuo a los reproches de que él no ha cumplido con las reglas consideradas por el grupo social como asunto de seria importancia y a la exigencia de que debiera cumplir con ellas.

La presión moral típica toma la forma de una apelación, no al temor de las consecuencias dañinas o a la futilidad de rehusarse a hacer lo que al final uno estará forzado a hacer, sino al presunto respeto del infractor por las reglas que ha quebrantado. "No has cumplido tu promesa". "Esto implicaría incumplir tu promesa". El supuesto inherente en tal crítica es el de que lo que más se necesita es un recuerdo de lo que las reglas exigen y que la culpa o vergüenza producidas por la consideración de su inobservancia serán suficientes para inhibir, o al menos contribuirán a inhibir incumplimientos futuros (o persistentes). Desde luego que existen técnicas subordinadas como son la censura, la alabanza, la exhortación, la separación de las relaciones sociales, la exclusión temporal del grupo, mismas que pueden ser utilizadas y transformarse en algo muy semejante a las amenazas de daño y castigo.

Además, tan pronto como se recurra de modo principal al temor aun de sanciones "no organizadas", estaremos en el camino que conduce de la obligación moral a la obligación jurídica. El hecho de que la presión moral se ejerza de modo característico a través de una apelación al presunto respeto del infractor por la institución violada, junto con el hecho de que la disculpa "no puede evitar hacerlo", si es comprobada, sea siempre una excusa, constituyen conjuntamente la "interioridad" de la moral comparada con la "exterioridad" del derecho. Algunas veces esto ha sido descrito, grosera e inadecuadamente, mediante la pretensión de que, mientras las reglas jurídicas [laws] nos exigen efectuar ciertas acciones, la moral sólo nos exige estar en ciertos estados mentales (o anímicos).

Si consideramos ahora no las promesas, sino los deberes morales ligados a una función o rol en la vida social, advertiremos que se distinguen muy especialmente en que los deberes particulares ligados a esos roles (el deber de un esposo de mantener a su oísllo, el del padre de cuidar de sus hijos) no se los concibe como creados realmente por la elección deliberada del individuo. La independencia de contenido que tienen esos deberes es, por tanto, bastante

diferente, ya que son concebidos como asumidos al ocupar el rol particular, siendo así que quien asume el rol se compromete por ello especialmente en cumplir con los deberes correspondientes. Tales deberes no son principios de aplicación universal para todas las sociedades, sino que son concebidos como algo que puede variar, junto con un grupo de instituciones asociadas, de sociedad a sociedad. De aquí que la obligación de mantener a la esposa o a los hijos puede no estar vinculada a esposos o padres en sociedades que consideran como normal que la esposa trabaje y que los hijos sean atendidos por la asistencia pública. Como expresamos arriba, aunque principios de moral muy amplios pueden exigir a un hombre que cuide de cualquier niño que lo necesite, el deber de un padre de hacer esto surge del hecho de que una sociedad particular confiere importancia moral a que las personas que ocupen tal posición hagan esto.

Si consideramos la noción de una obligación moral de obedecer al derecho, nos encontraremos con que hay un número de cuestiones que requieren ser separadas. Una de ellas ha sido discutida ya, a saber, la de la exigencia de que si un sistema jurídico existe, entonces se sigue de ello que debe (lógicamente) haber un reconocimiento general de la obligación moral de obedecer al derecho, de modo que si no existe tal reconocimiento sería un error decir que un sistema jurídico existe. Aparte de esto, empero, existe alguna ambigüedad en la noción de una obligación de obedecer al derecho. Probablemente, si consideramos que deberíamos obedecer sólo aquellas reglas jurídicas [laws] cuyos efectos sean semejantes a lo que es bueno (moralmente) o al menor de dos males (morales), esto no sería el reconocimiento de una obligación moral de obedecer al derecho, sino sólo la aplicación de algún principio general según el cual debemos maximizar lo bueno y minimizar lo malo. El reconocimiento de una obligación de obedecer al derecho debe implicar como mínimo el que exista cuando menos alguna área de conducta regulada por el derecho en la que no seamos libres de juzgar los méritos morales de particulares reglas jurídicas, ni de condicionar nuestra obediencia a este enjuiciamiento. En un Estado moderno parece más plausible sugerir que esta área es aquélla que incluye cuestiones de defensa y bienestar económico, pero que excluye, digamos, cuestiones de religión o de gusto estético.

¿Reconocemos realmente que estamos obligados dentro de tales áreas a obedecer al derecho como tal? Existe cuando menos un argumento plausible según el cual no reconocemos en realidad ninguna obligación semejante, sino que nuestros escrúpulos morales en contra de la desobediencia de aquellas reglas jurídicas cuyos efectos podemos considerar malos se debe a la consideración de que nuestra desobediencia podría fomentar el desorden general y sería, por consiguiente, el mayor de dos males. Pero, aunque plausible, este argumento no es convincente, pues, en primer lugar, ignora el hecho de que si estamos dispuestos a ir a prisión antes bien que a obedecer,

nuestras actitudes pudieran muy bien fortalecer el sistema como un todo y no debilitarlo; en segundo lugar, ignora el hecho muy importante de que la obediencia frecuentemente aparece para la mayoría, no como algo ordenado por un principio general de acuerdo al cual no debemos dañar innecesariamente a los seres humanos, sino como algo ordenado por la consideración de que los miembros particulares de nuestra propia sociedad han obedecido al derecho y esperan que sea obedecido. En donde la obediencia al derecho está motivada por tales consideraciones, existe el reconocimiento de una obligación moral de obedecer al derecho con los tres rasgos importantes que la caracterizan.

IV

Para concluir, consideraré brevemente ciertos motivos para extender el uso de "obligación" o "deber" a un campo mucho más amplio, de modo que incluya aquellos principios por referencia a los cuales criticamos la adhesión a la moral aceptada de un grupo social o las desviaciones respecto de la misma. En los pocos leídos capítulos segundo y tercero de *The Province of Jurisprudence Determined*, Austin describió el área de la moral de que me he venido ocupando como "moral positiva"¹¹; a ella oponía la ley de Dios, la cual constituía, en su opinión, el patrón o modelo idóneo para la crítica tanto del derecho positivo como de la moral positiva, y para la cual los principios de utilidad general son nuestro "índice". De acuerdo a esta tesis los principios últimos de la moral son los mandamientos de Dios y, de conformidad con ella también, no tendremos dificultad en considerar a todas las acciones que ellos exigen como obligaciones. Esto es así a causa de la fuerza de la analogía entre los principios fundamentales así concebidos y los tres rasgos fundamentales de la obligación; ya que, en primer término, los principios morales fundamentales, según la tesis de Austin, serían independientes de contenido, dado que ellos deberán su status no a lo que exigen, sino a que son los mandamientos de Dios. En segundo lugar, Dios tiene todo el poder y, en algunos casos, Hoda la intención de castigar la desobediencia o de volverla fútil. Pero la autoridad de Dios, según esta tesis, no está constituida por la práctica efectiva de un grupo social, y es esto lo que convierte a la analogía en imperfecta, de tal manera que la exigencia de que "tengo una obligación moral de hacer X" significa lo mismo que "Dios me ha ordenado hacer X" puede ser una fuente de confusión, aun entre aquellos que compartan esta misma tesis.

Un motivo muy diferente para la extensión del concepto de obligación se encuentra en la obra *Utilitarianism* de John Stuart Mill, y probablemente inspire todavía a la mayoría de aquellos que desean usar el término "obligación" de manera amplia. Mill dice que:

. . .la idea de la sanción penal, que es la esencia del derecho, entra no solamente en la concepción de injusticia, sino también en la de cualquier clase de lo incorrecto [wrong]. Nosotros no denominamos incorrecta a cualquier cosa, a menos que queramos implicar que una persona debe ser castigada de una u otra manera por hacerlo; si no por el derecho, sí por la opinión de sus semejantes; si no por opinión, sí por los reproches de su propia conciencia. Este, parece, es el verdadero punto decisivo en la distinción entre la moral y la simple utilidad. Es una parte de la noción de Deber en cualquiera de sus formas el que una persona pueda correctamente [rightfully] ser compelida a cumplirlo¹²

Me parece que aquí Mill destaca muy acertadamente la noción de coerción como esencial tanto para la obligación jurídica como para la obligación moral; pero esto es acertado cuando la coerción se refiere a las actitudes de las acciones de otros seres humanos y cuando compulsión tiene un significado semejante. Existe, sin embargo, una distancia de alguna magnitud entre la noción de ser castigado o compelido por “el derecho y la opinión de los semejantes” y la noción de “castigo o coacción por los reproches de la conciencia”. Es cierto que existe alguna analogía, pero puede percibirse que su utilidad es limitada, y que la línea entre toda “moral” y la “simple utilidad” es demasiado compleja como para trazarla de esta manera.

¹² Véase J.S. Mill, *Utilitarianism* (Everyman's Library; New York; E.P. Dutton & Co., 1910), cap, v,p. 45 (Existe traducción española de Ramón Castilla con título *El Utilitarismo*, volumen 34 de la colección Biblioteca de Iniciación Filosófica (Buenos Aires :Ed. Aguilar), cap. V. pp 98-99. Hemos corregido la traducción cuando nos pareció necesario. N del T.)