



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

## La obligatoriedad moral en H. Kelsen y H.L.A. Hart

Presentado por:

***Sandra Bratos Nuevo***

Tutelado por:

***Enrique Marcano Buenaga***

*Valladolid, 6 de abril de 2022*

## RESUMEN

La problemática en torno a la determinación de la existencia, definición y fundamento del deber jurídico u obligatoriedad jurídica ha sido una cuestión fundamental para la Filosofía del derecho a lo largo de la historia, en particular, a partir de la irrupción del positivismo, que trata de desvincular al deber jurídico de cualquier connotación moral. Las diferentes corrientes filosóficas, por lo general, han encontrado el fundamento de este tipo de deberes en la existencia de normas jurídicas vigentes, hallando una gran dificultad para establecer cuál puede ser la naturaleza de estas normas y el significado de tal validez. Tanto H. Kelsen como H.L.A. Hart consideran el deber jurídico como algo totalmente diferenciado e independiente del deber moral, y tratan de darle soporte en función de la pertenencia de una norma jurídica a un ordenamiento jurídico determinado, el primero a través de la *norma fundamental (grundnorm)*, y el segundo a través de la *regla de reconocimiento (rule of recognition)*.

**Palabras clave:** deber, deber jurídico, moral, norma, validez jurídica, norma fundamental, regla de reconocimiento.

## ABSTRACT

The problem around the determination of the existence, definition and basis of the legal duty or legal obligation has been a fundamental issue for the Philosophy of Law throughout history, in particular since the emergence of positivism, which tries to disassociate the legal duty from any moral connotation. The different philosophical currents have generally found the foundation of this type of duties in the existence of current legal norms, finding it very difficult to establish what the nature of these norms may be and the meaning of their validity. Both H. Kelsen and H.L.A. Hart consider legal duty as something totally differentiated and independent of moral duty, and try to support it based on the belonging of a legal norm to a specific legal system, the first through the *fundamental norm (grundnorm)*, and the second through the *rule of recognition*.

**Key words:** duty, legal duty, morality, norm, legal validity, fundamental norm, rule of recognition.

# ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA DEL DEBER JURÍDICO Y LA OBLIGACIÓN MORAL DE OBEDER AL DERECHO. ....	6
2. LOS ORÍGENES DE LA IDEA MODERNA DE OBLIGACIÓN JURÍDICA.....	7
2.1. LA IDEA ROMANA DE LA OBLIGATIO. ....	7
2.2. LA DISTINCIÓN KANTIANA DE LEGALIDAD Y MORALIDAD.....	8
3. PRINCIPALES CONCEPCIONES DEL DEBER JURÍDICO. ....	9
3.1. TEORÍAS QUE CONCIBEN EL DEBER JURÍDICO COMO SUSTANCIALMENTE IDÉNTICO AL DEBER MORAL .....	10
3.2. TEORÍAS QUE DEFIENDEN UN CONCEPTO DE DEBER JURÍDICO COMPLETAMENTE DESVINCULADO DE LA MORAL .....	15
3.2.1. La polémica en torno al concepto de obediencia al derecho del profesor González Vicén. ....	18
3.3. HANS KELSEN .....	22
3.3.1. La Teoría Pura del Derecho .....	22
3.3.2. Derecho y Moral .....	23
3.3.3. La coactividad como nota distintiva del Derecho.....	27
3.3.4. Deber jurídico como vinculación normativa .....	29
3.3.5. Imputación.....	32
3.3.6. Validez y eficacia.....	35
3.3.7. La norma fundamental presupuesta.....	37
3.3.8. El carácter dinámico del Derecho.....	42
3.3.9. Críticas a Kelsen .....	42
3.3.10. La influencia kelseniana en el pensamiento posterior .....	45
3.4. H.L.A. HART .....	47
3.4.1. La obligación jurídica como vinculación normativa.....	47
3.4.2. Normas primarias y normas secundarias .....	51

3.4.3. Análisis general de las normas.....	53
3.4.4. La norma secundaria fundamental o regla de reconocimiento.....	54
3.4.5. La validez jurídica.....	59
3.4.6. Críticas a Hart .....	60
4. CONCLUSIONES .....	62
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	66

# 1. INTRODUCCIÓN AL PROBLEMA DEL DEBER JURÍDICO Y LA OBLIGACIÓN MORAL DE OBEDER AL DERECHO.

El objeto principal del presente trabajo es el estudio, a grandes rasgos, del significado de la noción de *deber jurídico* u *obligatoriedad* del Derecho para la Filosofía del Derecho moderna para, posteriormente, pasar a examinar más de cerca las teorías de H. Kelsen y H.L.A. Hart al respecto.

Por lo general, decir que una persona tiene una obligación jurídica nos remite a una o varias normas jurídicas vigentes. El verdadero problema surge cuando se trata de establecer la naturaleza de las normas jurídicas y el significado de esta validez. Frente al entramado de normas que regulan la vida social, se plantea el problema de si estamos *obligados* a cumplirlas y, de ser así, el fundamento o por qué de esta *obligación*. En particular, trataremos el concreto problema del fundamento de la obediencia al Derecho, y de si esta obligatoriedad jurídica existe como tal.

En el desarrollo de este trabajo me he basado principalmente en el trabajo de José Delgado Pinto recopilado en *Estudios de la Filosofía del Derecho*<sup>1</sup>, donde hace hincapié en el escaso tratamiento que ha recibido por parte de los filósofos del derecho el tema específico del deber jurídico y que él considera esencial. Para la Filosofía del Derecho, ha tenido una especial importancia la cuestión del deber jurídico o del carácter obligatorio de las normas jurídicas. Si el Derecho es un conjunto diferenciado de normas sociales, la consecuencia de su existencia es imponer deberes u obligaciones, determinando qué conductas deben o no tener lugar.

Como veremos, la principal dificultad para la Filosofía del Derecho ha sido determinar en qué consiste el deber en general, y el estudio deber jurídico en particular, como algo diferenciado del deber moral, teniendo en cuenta que el concepto de deber en nuestra tradición cultural tiene una intensa connotación moral.<sup>2</sup> Es precisamente de la respuesta que demos respecto a qué es el deber jurídico, lo que determina la respuesta a la pregunta filosófico-

---

1 José DELGADO PINTO: *El deber jurídico y la obligación moral de obedecer el Derecho* en sus *Estudios de Filosofía del Derecho* (x ed.), Madrid, CEPC, 2006, p.p. 329-352.

2 *Ibidem*, p. 152.

moral acerca de si existe obligación moral de obedecer al derecho. Esto mismo es aplicable a la inversa, es decir, la concepción de obligación o deber jurídico que sostengamos va a condicionar nuestra postura acerca de la obediencia al derecho. Delgado Pinto dice al respecto que: *“no es posible sostener un determinado concepto de obligación o deber jurídico sin aceptar al mismo tiempo que los enunciados de obligación jurídica presuponen el deber moral de obedecer al derecho”*<sup>3</sup>.

Aunque con anterioridad ya se habían dado intentos de establecer una noción de deber jurídico autónoma de la moral, no es hasta la irrupción del positivismo jurídico que la distinción y separación del derecho y la moral se configura como fundamental en la elaboración de una teoría jurídica.

## **2. LOS ORÍGENES DE LA IDEA MODERNA DE OBLIGACIÓN JURÍDICA**

En el *Diálogo Criton*, Platón expone que cuando Sócrates es condenado por los jueces atenienses a beber cicuta, recibe una visita de su discípulo Criton que le ofrece la posibilidad de fugarse. Sócrates se niega pues: *“¿qué Estado podría subsistir, le dice al discípulo, si los fallos dictados por los jueces carecen de fuerza y los particulares hacen caso omiso de ellos?”*<sup>4</sup> Para Legaz, la noción de ley de Platón, ya plantea el problema de la obligatoriedad jurídica identificando el obrar justamente con el obrar conforme a las leyes. *“La sumisión a la ley es total en el pensamiento platónico: es de conciencia obedecer a las leyes”*.<sup>5</sup>

### **2.1. LA IDEA ROMANA DE LA OBLIGATIO.**

Los juristas romanos no dejaron ninguna palabra que recogiese el significado del deber ante la ley. El término *obligatio* ha sido comúnmente interpretado como una situación puramente material de vinculación del sujeto, para algunos una mera *servidumbre*, responsabilidad de los miembros de una *gens* hacia los de otra nacida de una ofensa. Por ello, era una institución

---

3 *Ibidem*, p. 331.

4 PLATÓN: *Diálogo Criton*, XI, 50, b). Citado por Luis LEGAZ: *La obligatoriedad jurídica*, en AFD, I, 1953, p. 6.

5 *Ibidem*, p. 8.

completamente condicionada por la vida gentilicia, y ya en la época de Augusto ninguna relación contractual de deber era denominada *obligatio*.

El germanismo acogió el término *obligatio* del romanista Binz, que consideraba que integraba dos elementos diferentes: uno espiritual (*debitum, Schuld*) y otro material (*responsabilidad, Haftung*). “La *obligatio* propiamente dicha es el hecho de hallarse obligada una persona, o sea el estar expuesta con su cuerpo y patrimonio a responder de la prestación que el deudor espera; el *debitum* en cambio es el deber de realizar la prestación.”<sup>6</sup>

En opinión de Legaz es correcto afirmar que los romanos conocieron la idea de deber jurídico y que la *obligatio* constituye una forma de este deber.<sup>7</sup>

## 2.2. LA DISTINCIÓN KANTIANA DE LEGALIDAD Y MORALIDAD.

La teoría de Kant tiene como punto de partida la idea de la autonomía moral del hombre. Las preferencias e inclinaciones del hombre pueden entrar en conflicto con las de otros, por ello se hace necesaria la existencia del Derecho, que no tiene como fin la justicia sino el mantenimiento de la paz. Lo principal es el ejercicio de la libertad trascendental en la convivencia y, secundariamente, la seguridad jurídica que lo hace posible.<sup>8</sup>

La doctrina moderna del deber jurídico se la debemos a Kant, que en la introducción a su obra *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho* formula de modo clásico la distinción entre legalidad y moralidad. Kant nos dice que toda legislación consta de dos partes: la primera es una ley que convierte una acción en deber; la segunda es un motivo. Es en el motivo en lo que difieren las legislaciones. En la legislación moral, la ley hace del deber el motivo. La legislación jurídica, en cambio, admite un motivo distinto a la idea misma del deber, como las inclinaciones y aversiones propias del arbitrio.<sup>9</sup>

Una acción conforme a la ley es legal y una acción no conforme a la ley es ilegal. Con independencia de los motivos, legalidad e ilegalidad expresan conformidad y disconformidad con la ley respectivamente. Por el contrario, una

---

6 *Ibidem*, p. 22.

7 *Ibidem*, p. 23.

8 Felipe GONZÁLEZ VICÉN: *La obediencia al derecho en Estudios de Filosofía del Derecho* (x ed.), Santa Cruz de Tenerife, Universidad de La Laguna, 1979, p.p. 379-380.

9 LEGAZ, op. cit., p. 24.



acción es moral no sólo cuando es legal, sino que el motivo de la legalidad es la idea del deber. Además, los deberes pueden ser externos o internos al sujeto. La legislación jurídica es siempre externa y la legislación moral es siempre interna.

Tanto el orden del Derecho como el de la Moral derivan de la razón.<sup>10</sup> Para Kant no se diferencia el deber jurídico del deber moral por su contenido, sino por el motivo de obrar. Todo el contenido de los deberes jurídicos puede ser objeto de los deberes morales o, al menos, de un deber indirectamente moral que es el que obliga a cumplir el Derecho.

La coactividad es una imprescindible característica de la concepción kantiana del Derecho, sin embargo, Kant se ocupa de despojar al concepto de coacción de cualquier signo de inmoral brutalidad y de definirlo en función de la libertad.<sup>11</sup>

### **3. PRINCIPALES CONCEPCIONES DEL DEBER JURÍDICO.<sup>12</sup>**

De acuerdo con L. Legaz, debemos destacar dos aspectos de la teoría del deber jurídico que, aunque distintos, son interdependientes. El primero, que alude a su estructura y a sus relaciones con otros tipos de deberes, como deber el moral y; el segundo, que alude a su fundamento,<sup>13</sup> contestándose al primero en función del segundo.<sup>14</sup> Del mismo modo piensa J.M. Rodríguez Paniagua, que apoya a Legaz en este tema, y afirma que las cuestiones de estructura y fundamento se influyen mutuamente.<sup>15</sup>

Respecto al problema relativo al fundamento del deber jurídico, es decir, a las razones que se pueden aducir para probar el carácter obligatorio del Derecho y, por tanto, la existencia de deberes jurídicos, en opinión de Delgado Pinto, decir que una persona tiene una obligación jurídica nos remite a una o

---

10 José M<sup>a</sup>, RODRÍGUEZ PANIAGUA: *Ley y Derecho*. (1<sup>a</sup> ed.), Madrid, Tecnos, 1976, p.p. 39-40.

11 José M<sup>a</sup> DÍEZ ALEGRÍA: *Ética, Derecho e Historia*. (2<sup>a</sup> ed.), Madrid, Razón y Fe, 1963, p. 13.

12 En este punto he seguido a Luis LEGAZ: *La obligatoriedad jurídica*, en AFD, I, 1953, p.p. 5-57.

13 LEGAZ: *La obligatoriedad...* op. cit., p.p. 5-57.

14 LUIS LEGAZ, Y LACAMBRA: *Filosofía del Derecho* (4<sup>a</sup>ed.), Barcelona, Bosch, 1975, p. 432.

15 RODRÍGUEZ PANIAGUA, op. cit., p. 37.

varias normas jurídicas vigentes, y lo que plantea el verdadero problema es determinar la naturaleza de las normas jurídicas y el significado de validez.

En general, por lo que se refiere a la cuestión del fundamento, se ha considerado a las normas jurídicas el fundamento del que derivan las obligaciones o deberes, entendiendo las normas jurídicas como preceptos heterónomos y coactivos que sólo difieren de otros imperativos respaldados por la fuerza en aspectos como el carácter organizado de la coacción.<sup>16</sup>

El primer problema surge al tratar de determinar qué entendemos por deber jurídico o qué significa que un sujeto tenga el deber jurídico de realizar una determinada conducta. Siguiendo a J. Delgado Pinto<sup>17</sup> las diferentes teorías del deber jurídico pueden clasificarse conforme a tres grupos: las que lo identifican con el deber moral, las que lo contraponen al deber moral, y las que consideran que, aunque distintos, tienen ciertos rasgos básicos comunes.

### **3.1. TEORÍAS QUE CONCIBEN EL DEBER JURÍDICO COMO SUSTANCIALMENTE IDÉNTICO AL DEBER MORAL**

En gran medida es gracias a la distinción kantiana entre legalidad y moralidad que la doctrina jurídica ha formado el concepto de deber jurídico como plenamente diferente y autónomo al deber moral. Aunque, como veremos a continuación, algunos juristas construyen su doctrina de deber jurídico sobre el modelo del deber moral. Estas teorías defienden que cuando hablamos de una obligación jurídica o deber jurídico en realidad nos estamos refiriendo a un deber moral, entendido éste como una *vinculación interna de la voluntad o restricción de la voluntad libre*, es decir, mantienen la noción tradicional de obligación o deber.

Desde esta idea, admiten sin discusión que la Moral es obligatoria, en cambio, entienden el Derecho como algo totalmente separado de la Moral, como un puro mandato externo y coactivo. Dado que el Derecho es un sistema normativo que se impone heterónoma y coactivamente, para estas teorías ha supuesto un problema concretar cuál pueda ser el fundamento del deber jurídico, y en general han recurrido a resumir las normas jurídicas a meros

---

16 DELGADO PINTO: op. cit. p. 332, 335.

17 *Ibidem*, p. 332.

preceptos morales. El Derecho no produce una verdadera obligación, sólo puede ser considerado como fuente de verdaderos deberes en la medida en que aparece respaldado por la Moral.

Para fundamentar el deber jurídico, estas teorías tratan de demostrar que el Derecho sólo vale como verdadero Derecho en tanto se apoya en la moralidad subjetiva. De igual modo, el deber jurídico tampoco cuenta con una estructura propia sino que presenta una estructura análoga a la del deber moral.<sup>18</sup>

Kirchmann es uno de los primeros en intentar buscar una fundamentación autónoma de la idea de deber jurídico, pero finalmente se limita a trasponer la estructura y contenido del deber moral al anterior. Para Kirchmann es impensable la existencia del deber moral en un sujeto que no lo reconoce. Bajo el nombre de respeto (*Achtung*) que los súbditos experimentan ante las normas que amenazan con sanciones<sup>19</sup> traslada esta exigencia al campo jurídico como un sentimiento moral o conciencia desde el interior del hombre. A un mandato no le basta con la voluntad de serlo, sino que precisa también generar un sentimiento de respeto por parte del sujeto. El deber se trata entonces de un hecho psíquico. El poder de la autoridad de la que emana la voluntad expresada en la ley no es más que el respeto ante ella. Norma y deber son lo mismo porque tienen base en el mismo hecho: la dirección moral de la voluntad.

El penalista Heinze también abordó el problema, con una teoría que acoge las ideas de Binding sobre la ley penal y que parte del análisis de la idea de culpa. Interpreta el deber como el estado subjetivo de una norma distinta de la ley penal. El deber, y más concretamente el deber jurídico, es la conciencia innata o adquirida de la norma por un ser racional. Cuando esta conciencia no existe tampoco existe el deber o la culpa. El deber consiste en la conciencia de la pertenencia a una sociedad determinada, como un *sentimiento de la norma*.<sup>20</sup>

---

18 *Ibidem*, p.p. 154-155.

19 LEGAZ: *Filosofía...* op. cit., p. 433.

20 *Ibidem*, p. 433.

De manera similar, el civilista Schlossmann sostiene una teoría de la norma jurídica plenamente imperativista. Toda norma contiene un imperativo que no radica en el mandato, pero la obligatoriedad del Derecho no se encuentra en el mismo Derecho sino en la moralidad. Esta doctrina no diferencia entre deber jurídico y deber ético, el Derecho obliga porque la moral lo hace obligatorio. Sólo cuando coincide con la moral tiene el Derecho fuerza obligatoria.

Georg Jellinek en su teoría de la autolimitación desarrolla un concepto de deber jurídico que, al igual que ocurría con Kant, se identifica con un ligamen de la voluntad, y que presenta como una “fuerza normativa de lo fáctico”. El deber jurídico derivaría de la necesidad psicológica del hombre de adaptarse a las exigencias de la vida social, pero sin un contenido ético, pues esto lo reduciría a un deber moral; sino puramente empírico, similar a lo que Kant calificaría de “*astucia*”. En opinión de Legaz, esta construcción de deber jurídico finalmente presenta la misma estructura que la del deber moral, y vincula su validez a la de una determinada concepción de la moral, identificando explícita o implícitamente el deber jurídico y el deber moral.<sup>21</sup>

También el método psicologista de Alexander Hold-Ferneck le lleva a identificar el deber jurídico con el deber moral cuando llega a la conclusión de que el deber es la coacción psicofísica<sup>22</sup> ejercida por el poder motivador del orden jurídico. Para éste, el deber es el resultado de la coacción ejercida por el orden jurídico a través de la amenaza con un perjuicio.

Max Ernst Mayer también sitúa la obligatoriedad de las normas jurídicas en algo ajeno al Derecho que él denomina normas de cultura, cuyas prescripciones protegen las normas jurídicas<sup>23</sup> y cuya fuerza vinculatoria conoce y acepta el individuo. También para este filósofo del Derecho y penalista el deber es un estado psíquico de vinculación de la voluntad.

La corriente neoescolástica sólo considera verdaderas normas jurídicas obligatorias aquellas que, tanto por origen como contenido, derivan de la ley o el Derecho natural. En la escolástica, todo el Derecho está bajo control de la

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 433.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 433.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 433.

ley natural, en definitiva, de la moral.<sup>24</sup> En este sentido, J.M. Díez-Alegría afirma que: “*el Derecho Natural no excluye el Derecho Positivo, sino que lo postula y fundamenta*”; “*Es el mismo Derecho Natural quien postula la exigencia de una sociedad civil y de una estructuración jurídica positiva*”.<sup>25</sup> Díez-Alegría parte de la normatividad del Derecho, para él, la esencia de la normatividad no puede ser más que un valor moral o una fuerza espiritual de tipo ético,<sup>26</sup> y fundamenta la validez de la norma jurídica en relación con una obligatoriedad ética de justicia.<sup>27</sup>

Legaz considera que el hombre forma parte de la comunidad política por naturaleza, y que esa comunidad no puede existir sin una autoridad que la rija y fije sus preceptos de Derecho conforme a su propio ideal de justicia. En cuanto estos preceptos han emanado de aquel legitimado para ello, obligan a su cumplimiento. Todo poder viene de Dios y, si aquello que ha dictado la autoridad es justo y honesto, constituye no sólo un deber jurídico sino moral. La obligatoriedad pertenece a la ley misma, pero la obligatoriedad le adviene a esta desde la moral, solo surge si la ley es justa y conveniente al bien común. Es decir, proviene de su conformidad con el Derecho natural, que requiere que haya leyes humanas. Legaz entiende que existe un deber fundamental en el hombre de obedecer al Derecho, es un deber ético pero con sentido jurídico porque su fundamento inmediato radica en la potestad del legislador de estatuir “materia justa”, y en la relación de justicia que se establece entre el legislador y el súbdito. El deber jurídico no coincide con el deber moral en cuanto a su contenido. Hay dos fundamentos del deber, el primero pertenece a una esfera ética que en última instancia es Dios; el segundo, el fundamento inmediato del deber jurídico está en el Derecho mismo, en su necesidad para la convivencia.<sup>28</sup> El fundamento de los deberes jurídicos es el mismo Derecho en cuanto es necesario para la vida social, a la que el hombre no puede renunciar.<sup>29</sup> En cuanto a la estructura, Legaz opina que el derecho es una

---

24 RODRÍGUEZ PANIAGUA, op. cit., p. 46.

25 DÍEZ-ALEGRÍA, op. cit., p.p. 11-12.

26 *Ibidem*, p. 19.

27 *Ibidem*, p. 27.

28 LEGAZ. *La obligatoriedad...*, op. cit., p.p. 69 y ss.

29 LEGAZ. *Filosofía...*, op. cit., p. 434.

categoría de la vida social de estructura normativa que contiene deberes distintos de los morales, y que precisamente pueden ser incumplidos por razones morales. Ahora bien, considera que son deberes con una estructura diferente a la de los deberes morales, como expresión de una realidad distinta que son.<sup>30</sup>

En el siglo XIX, surge en Alemania una escuela de pensamiento que se extiende hasta principios de siglo XX. Las teorías del reconocimiento, que adoptan una versión individualista de la ética kantiana, ven en el “reconocimiento” por parte del sujeto la vía para que la moral normativice el Derecho.<sup>31</sup> El Derecho es válido y obligatorio, porque y en tanto es aceptado y reconocido por la comunidad.<sup>32</sup>

El máximo representante de la teoría del reconocimiento es Bierling, que considera que el reconocimiento del Derecho objetivo es un acto con dos vertientes. Bajo su vertiente intelectual “aprueba” el juicio emanado de otro, y en su vertiente de voluntad acepta el contenido del mandato que se le dirige. Considera que sólo cuando esto ocurre, hay una subordinación válida de la voluntad al imperativo jurídico. Pero no es necesario el reconocimiento de cada una de las normas, basta con que se reconozca la norma general de que las leyes del Estado deben vincular al individuo.<sup>33</sup> Para Legaz es evidente que este reconocimiento general alude al trasplante en el orden jurídico del orden moral, y opina que para que una norma sea obligatoria, antes de aceptarse debe conocerse.<sup>34</sup>

Estas teorías del reconocimiento, que identifican deber jurídico y deber moral han recibido numerosas críticas de, entre otros, H. L. Schreiber y H. Kelsen. En particular se cuestiona si es necesario que todos los sujetos reconozcan todas las normas jurídicas o, en caso contrario, quién debe reconocer qué normas o qué norma. También plantea el problema de si se trata de un reconocimiento expreso o tácito. Las críticas ponen además de relieve

---

30 *Ibidem*, p. 435.

31 DELGADO PINTO: *op.cit.* 333.

32 LEGAZ: *La obligatoriedad...*, *op. cit.* p. 59.

33 *Ibidem*, p. 60.

34 *Ibidem*, p. 62.

que no se puede hablar de un orden vinculante de carácter general, pues aunque el reconocimiento pueda ser un motivo de obediencia, no puede fundamentar el deber de obedecer. Especialmente, si sólo algunos reconocen la norma, ¿por qué se impone el deber de obedecer a aquellos que la rechazan expresamente? Por último, se subraya su incapacidad para dar un concepto de deber jurídico que sea consecuencia normativa de los preceptos jurídicos, y que lo desvinculen de la moral.<sup>35</sup>

Dentro de la corriente neokantiana, G. Radbruch y R. Laun sostienen que el Derecho positivo solo es fundamento de verdaderos deberes en la medida en que sus normas son asumidas por la conciencia individual.<sup>36</sup>

En su primera época, el filósofo del Derecho Julius Binder había negado la existencia de deberes jurídicos llegando a afirmar que el Derecho no obliga jurídicamente a nada. El deber, para el filósofo, solo tenía cabida en el ámbito moral. Es precisamente la moral la que obliga a obedecer el Derecho. Binder fue posteriormente rectificando esta posición debido a un cambio filosófico del neokantismo a la influencia de la filosofía hegeliana en la que prevalece la idea de “comunidad” frente a la de “individuo”.<sup>37</sup> Precisamente, las posiciones neohegelianas proponían la sustitución del Derecho natural por la idea del Derecho nacional, como manifestación del espíritu del pueblo.<sup>38</sup>

### **3.2. TEORÍAS QUE DEFIENDEN UN CONCEPTO DE DEBER JURÍDICO COMPLETAMENTE DESVINCULADO DE LA MORAL**

A rasgos generales, estas teorías consideran que cuando en el ámbito jurídico nos referimos a la noción de obligación o deber, nos referimos a la situación en la que se encuentra el sujeto cuando le es aplicable una norma jurídica vigente. Norma que conecta a una determinada conducta una consecuencia que, generalmente, le es perjudicial. En este caso, la validez del Derecho es totalmente independiente de cualquier tipo de apoyo o respaldo por la moralidad subjetiva.

---

35 DELGADO PINTO, op. cit., p. 333.

36 *Ibidem*, 333.

37 LEGAZ: La obligatoriedad... op. cit., p. 38.

38 J. M<sup>a</sup> DÍEZ-ALEGRÍA: op.cit. p. 26.

Al ser el Derecho una legislación heterónoma, su existencia no depende de su reconocimiento por los súbditos. Los deberes jurídicos son, igualmente, totalmente distintos e independientes de los deberes morales. La noción del deber jurídico gira en torno a la idea de compulsión producida por la posibilidad de una sanción. El deber jurídico es el sometimiento de los súbditos a las normas del Derecho y está determinado por la amenaza de una coacción organizada.

Desde esta postura, el problema que se plantea es si se puede seguir hablando de la existencia de deberes jurídicos, dado que la coacción puede ser un motivo para observar una conducta pero no para fundamentar el deber de observarla, llevando a J. Binder a afirmar que el Derecho no obliga jurídicamente a nada, que el deber no es un concepto jurídico, y que cuando hablamos de deberes jurídicos nos estamos refiriendo a meras responsabilidades.<sup>39</sup>

Para Ihering, el derecho subjetivo significa que algo está a nuestra disposición, mientras que el deber significa que nosotros estamos a disposición de otro. En concreto, cuando se afirma que una persona tiene un deber jurídico significa que está sujeta al poder coactivo del Estado. Es decir, el deber designa una relación de sometimiento de la persona a los fines u objetivos de la sociedad, que está dotada de poder de coacción.

Representantes del realismo americano y otros, como Betham y Austin, expresan el deber en términos de probabilidad o riesgo de que la persona que tiene la obligación sufra un castigo o un mal a manos de otros en caso de desobediencia: que alguien tiene el deber (jurídico) de hacer X significa que, en caso de realizar la conducta contraria a X, probablemente sufrirá consecuencias desfavorables.<sup>40</sup> El iniciador del movimiento denominado como realismo americano, el magistrado Oliver Wendell Holmes, afirmó que *“el llamado deber jurídico no es nada más que la predicción de que si un hombre*

---

39 DELGADO PINTO: op. cit. p. 155.

40 *Ibidem*, p.p. 334-335.



*hace o deja de hacer ciertas cosas se verá obligado a padecer de esta o de aquella manera en virtud de la decisión de un Tribunal”.*<sup>41</sup>

La objeción fundamental de Hart a esta interpretación predictiva, es que las desviaciones a estas reglas no suponen tan sólo fundamentos para prever una reacción desfavorable, sino que tales desviaciones son también percibidas como una razón o justificación para dichas reacciones y sanciones.<sup>42</sup>

Otros, como Alf Ross, formulan la conexión “o haces X o sufrirás Y” a modo de alternativa. A. Ross sostiene que no basta con esta conexión de probabilidad, sino que además es necesaria la concurrencia de un hecho psicológico de vinculación, una autocompulsión o autovinculación. Para Ross, cuando hablamos de deberes u obligaciones lo decisivo no es la existencia de una consecuencia dañosa, sino que estas consecuencias sean percibidas precisamente como sanciones.<sup>43</sup> El Derecho es un medio de persuasión que tiene sus raíces en una relación de dependencia o poder entre las partes que condicionan originariamente en el dependiente o subordinado un interés en obedecer. Igual que la conciencia moral, la conciencia jurídica es una actitud desinteresada de aprobación o desaprobación frente a una norma social. La diferencia entre uno y otro orden es que mientras la moral apunta a la relación directa entre el hombre y el hombre, el Derecho mira a la vida en común. El legislador está limitado por la conciencia jurídica predominante en la comunidad.<sup>44</sup>

Antecedentes inmediatos a Ross los constituye la Escuela de Upsala o escuela del realismo escandinavo, que investiga qué representación psicológica corresponde a la categoría de deber jurídico, analizando este último en términos de experiencias psíquicas, de impulsos o sentimientos. Hägerström lo consideraba un vínculo místico equivalente a una ilusión que hace al sujeto

---

41 Oliver, WENDELL HOLMES: *Collected Legal Papers*, 1920, p.p.168 y ss. Citado por RODRÍGUEZ PANIAGUA. Op. cit. p. 43.

42 H. L. A. HART: *El Concepto de Derecho*, (trad. Genaro R. Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990, (2a ed. reimp), p. 105.

43 DELGADO PINTO: op. cit. p. 340.

44 Alf ROSS: *Sobre el Derecho y la Justicia* (5ªed.; trad. Genaro R. Carrió), Buenos Aires, EUDEBA S.E.M., 1994, p.p. 354 y ss.

sentirse sometido. Sobre esta base, su discípulo Lundstedt llegó a la conclusión de que no existe el deber jurídico.<sup>45</sup>

### **3.2.1. La polémica en torno al concepto de obediencia al derecho del profesor González Vicén.**

Cuando Felipe González Vicén trata de dilucidar qué pueda significar la palabra “obligación” hace referencia a la existencia de, al menos, dos acepciones. La primera es aquella en que se utiliza como alternativa de comportamiento, y que expresa el siguiente esquema de conducta: *a no ser* que se quiera incurrir una sanción, sea moral o jurídica, realizaré una determinada conducta. La segunda acepción es en cambio la que él considera en sentido riguroso “obligación”. En este sentido, la obligación es una exigencia absoluta referida a imperativos de la conciencia ética individual que precede a toda experiencia. González Vicén asevera que no existe tal problema de la obediencia jurídica, puesto que no hay obligación de obedecer al derecho si se toma la palabra “obligación” en su sentido estricto o ético, por lo que el Derecho no obliga jurídicamente a nada.

Vicén diferencia entre obligaciones jurídicas y obligaciones éticas. Las obligaciones jurídicas derivan su validez de actos formales voluntarios y son independientes de su contenido, a diferencia de las segundas. Considera que al ser el Derecho un orden heterónimo y coactivo no puede crear obligaciones, el término “obligación” e imperativo procedente de una voluntad ajena y revestido de coacción son términos contradictorios. Vicén afirma que el Derecho es un producto de la dinámica de los grupos y clases sociales, en concreto, un instrumento técnico de dominación de unos sobre otros. El filósofo niega la existencia de un concepto autónomo de deber jurídico. El derecho no obliga a nada porque la noción de obligación es un término exclusivo del ámbito moral.

Lo anterior nos traslada a la contradicción inherente a todo Derecho que, aun siendo expresión de intereses muy determinados, aspira a tener validez general, y cuyas prescripciones se hacen parecer como algo *debido* como si de una obligación ética se tratara.

---

45 RODRÍGUEZ PANIAGUA: op. cit. p. 44.

Esto lleva a González Vicén a considerar que no hay obligación en sentido ético de obediencia al derecho. La norma jurídica nos dice las consecuencias que derivan de su infracción pero nada habla del deber de cumplirlo en sentido ético. Apunta asimismo a la posibilidad de que existan razones prudenciales para obedecer las normas jurídicas como, por ejemplo, el evitar sufrir un perjuicio en tu persona o en tu patrimonio. En cualquier caso, no niega que no existan fundamentos para obedecer al derecho, sino que esta obligación pueda ser ética. Aunque el Derecho, igual que hacen otros usos o convencionalismos sociales, hace posibles ciertas expectativas de comportamiento necesarias para la vida en común, no es en los órdenes sociales donde encontramos la obligatoriedad ética. Esta obligatoriedad tiene que ver con la autonomía de la individualidad moral o los imperativos de la conciencia. Por todo ello, Gonzalez Vicén considera que en cuanto el Derecho entra en contradicción con una exigencia absoluta de la obligación moral carece de vinculatoriedad y debe ser desobedecido: *“Mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al Derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia”*<sup>46</sup>.

A juicio de Delgado Pinto, si entendemos así el Derecho, como una forma de organizar el poder a través del cual una clase social mantiene bajo su dominio al resto, y este concepto de deber jurídico como alternativa: “o haces X o sufrirás Y”, llegaremos a la conclusión de que: *“no existe un deber moral de obedecerlo, salvo que se esté dispuesto a sostener una concepción moral que incluya el precepto de que es obligatorio cooperar al mantenimiento del dominio de unos hombres sobre otros”*<sup>47</sup>.

De forma similar a González Vicén, Elías Díaz distingue entre obligación jurídica y obligación ética. La obligación jurídica tiene un carácter hipotético, se debe obedecer si no se quiere asumir las consecuencias previstas por el legislador ante el incumplimiento de la norma. El deber ser moral implica en cambio, que cada uno a través de su razón, emotividad o conciencia individual se impone a sí mismo. Coincide igualmente con Vicén acerca de la pregunta de si se debe obedecer al Derecho, considerando que se está aludiendo a un

---

46 GONZÁLEZ VICÉN, op. cit., p.p. 385-388, 391.

47 DELGADO PINTO: op. cit., p. 330.

*deber ser* ético sobre las conductas impuestas por normas jurídicas, es decir, si se está obligado o no éticamente a cumplir las normas jurídicas. Pero discrepa con la afirmación del anterior sobre la inexistencia de obligaciones que no sean éticas, y con que no exista fundamento ético para obedecer al derecho. En concreto, señala la contradicción en la que incurre Vicén al considerar que un fundamento ético pueda servir para fundar la desobediencia al derecho pero no, al contrario, su obediencia. Y añade que si afirmamos la posibilidad de que un fundamento ético sirva para justificar la desobediencia, esto implica que sí existe un fundamento ético para obedecerlo, que sería la no contradicción del Derecho con los imperativos éticos.

Por el contrario, E. Díaz considera que la ética puede justificar tanto la desobediencia como la obediencia a unas determinadas normas jurídicas, y defiende la existencia de un fundamento ético para obedecer un determinado Derecho o unas determinadas normas jurídicas: *“puede ser también ética la ordenación y limitación por el Derecho de ciertas expresiones éticas individuales”*. Afirma, además, que sí puede existir la obligación moral de obedecer al Derecho en aquellos órdenes jurídicos que se basan en la libertad del individuo, pues sería ético obedecer y obligar a obedecer a un Derecho que protege y potencia la libertad.<sup>48</sup>

Otra concepción diferente es la de Eusebio Fernández, que coincide en la crítica que hace E. Díaz a la postura de Vicén acerca de su concepción del derecho. E. Fernández considera que si Vicén llega a la conclusión de que no existe obligatoriedad moral de obedecer al derecho es debido, principalmente, a dos presupuestos: el primero es la consecuencia a la que llega a partir de su concepto de obligación moral, y es que considera que obligación es sólo aquella que no se presenta como alternativa de comportamiento sino como una exigencia absoluta, es decir, imperativos de la conciencia ética individual. Así entendida la obligación, el Derecho no puede crear obligaciones por ser un orden heterónomo y coactivo que procede de la voluntad ajena y está revestido de coacción; el segundo presupuesto, y en el que se centra la crítica a Vicén,

---

48 Elías DÍAZ: *De la maldad estatal y la soberanía popular* (1ª ed.), Madrid, Debate, 1984, p.p. 77, 81-84, 89-91.

es en su concepción del Derecho como fenómeno social e instrumento técnico de dominación de una clase social sobre otra.

E. Fernández ve esto último como un reduccionismo de las muchas funciones que tiene el Derecho en un sistema político democrático y que, más o menos perfecto, precisamente por su cualidad de democrático permite el acceso a la participación y al poder de todos los ciudadanos. El filósofo apunta que sí puede existir una la obligación moral de obedecer al derecho, que existe si éste es justo y legitimado según el modelo contractualista y respetuoso de los derechos humanos.

E. Fernández distingue entre obligación moral, obligación política y obligación jurídica. Considera obligación legal la que deriva de la existencia de una norma jurídica y que impone ésta a sus destinatarios. La obligación moral es la originada en la conciencia moral, autónoma y voluntaria. Por último, la obligación política, de la que afirma que contiene algo de cada una de las anteriores porque se centra en la obligación de obedecer las leyes y es debida a una motivación moral. La obligación política es un tipo de obligación moral, las razones morales de obediencia al Derecho conectadas con el sistema jurídico. *“La obligación política presupone la vida en sociedad, la convivencia política y la necesidad de leyes y de una autoridad que las mantenga”*<sup>49</sup>

Fernández asevera que la obligatoriedad jurídica aparece desde que existe un Estado con autoridad soberana, pues los ciudadanos tienen el deber u obligación de obedecer las leyes de su Estado.

Seguidamente, pasa analizar las razones que puedan tener los ciudadanos para reconocer la autoridad del Estado y el deber de obedecer sus leyes. Estas razones pueden ser de tres tipos: legales, prudenciales y morales. En las razones morales es donde se encuentran los fundamentos de la obligación política de obedecer al Derecho. Las razones prudenciales son aquellas que nos llevan a obedecer al Derecho por temor a las consecuencias de no hacerlo. Por último, las obligaciones morales son aquellas que invocan conceptos como la justicia, la libertad, la igualdad o el consenso de la población para obedecer al Derecho, y cuando aparecen convierten a la obligación

---

49 Eusebio, FERNÁNDEZ GARCÍA: *La obediencia al Derecho* (1ª ed.), Madrid, Civitas, 1987, p. 61.

política y a la obligación jurídica en obligación moral. “Por tanto, existe una obligación moral de obedecer al Derecho desde el momento en que pueden hallarse justificaciones o razones morales que fundamentan la obligación política”<sup>50 51</sup>.

Adela Cortina señala que E. Fernández pasa por alto el verdadero problema al que lleva su teoría sobre la conexión de la obligación jurídica y la obligación moral de obedecer al derecho: ¿qué sucede si una norma jurídica válida no es plenamente justa con nuestras convicciones morales?<sup>52</sup>

### 3.3. HANS KELSEN

#### 3.3.1. La Teoría Pura del Derecho

Hans Kelsen, jurista y filósofo austriaco de origen judío del siglo XX, elaboró la que él denominó *Teoría Pura del Derecho*, defendiendo en su estudio el análisis formalista del derecho como fenómeno autónomo e independiente de consideraciones ideológicas, psicológicas o morales. Construida en torno al concepto de deber jurídico en sentido estricto, esta teoría supuso para el positivismo jurídico moderno el primer gran intento de sentar una versión coherente y sistemática sobre el estudio de la Ciencia jurídica, y no es hasta entonces que no ha surgido un concepto de deber jurídico totalmente desvinculado de la moral.

Bajo influencia neokantiana, Kelsen intenta fundamentar la ciencia jurídica sólo en su mismo objeto, el Derecho.<sup>53</sup> Afirma el jurista que la pretensión de la Teoría Pura del Derecho es obtener un conocimiento orientado únicamente hacia el derecho, que excluya todo aquello que no pertenece al objeto precisamente determinado como jurídico, y liberar así a la ciencia jurídica de todos los elementos que le son extraños como la psicología, la sociología o la ética.<sup>54</sup> De esta forma, considera Kelsen, la Teoría Pura obtiene

---

50 *Ibidem*, p. 71.

51 *Ibidem*, p.p. 58-61, 69-71, 94-95, 97.

52 Adela, CORTINA: *Sobre “La Obediencia al Derecho” de E. Fernández*, en AFD, V, 1988, p.p. 515-516.

53 José Antonio RAMOS PASCUA: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart: un intento de configuración del Derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, Tecnos, 1989, op. cit., p. 26.

54 Hans KELSEN: *La Teoría pura del Derecho* (2ª ed., 2ª reimp.; trad. Roberto J. Vernengo), México, UNAM 1982, p. 15. Inicialmente publicada en 1934 (*Reine Rechtslehre. Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke, Leipzig und Wien), tal edición sufrió modificaciones importantes en 1944, según sabemos por el

el concepto fundamental de todo conocimiento jurídico, que es el concepto de norma. Todo lo jurídico es norma positiva, lo que le sitúa entre los normativistas y positivistas. Para Kelsen la Ciencia del Derecho positivista, en oposición al iusnaturalismo, no puede ejercer funciones prescriptivas, reformadoras o conservadoras, sino descriptivas de la realidad del Derecho.

Kelsen modificó varios puntos de su obra la *Teoría pura del Derecho* en su segunda edición, con el objetivo de corregir contradicciones teóricas que se le habían criticado.

La *Teoría pura del Derecho* de Kelsen tendrá gran importancia tanto respecto a su desarrollo por la escuela de Viena como en su influencia en la Filosofía jurídica de muchos países europeos, incluyendo nombres españoles como L. Recaséns y L. Legaz, que deberán a él su concepto de deber jurídico<sup>55</sup>.

Kelsen respecto a la pregunta de por qué obedecer al Derecho dijo: *“Por derecho se entiende el Derecho positivo, nacional o internacional. Por validez se entiende la fuerza que obliga a obedecerlo, o sea, la idea según la cual una ley debe ser obedecida por las personas cuya conducta regula. La pregunta que se plantea es por qué estas personas deben obedecer al Derecho. No nos preguntamos si el Derecho positivo es válido, ya que de hecho la teoría del Derecho positivo presupone que lo es y ello constituye un rasgo esencial del Derecho positivo”*.<sup>56</sup> E. Fernández considera que esto supone la presunción de que el Derecho positivo constituye ya un orden supremo y soberano, a diferencia de las posturas iusnaturalistas.<sup>57</sup>

### 3.3.2. Derecho y Moral

Para Kelsen, el Derecho y la moral constituyen sistemas normativos distintos que no se deben mezclar en el estudio de la ciencia jurídica. Dado que el Derecho positivo suele requerir una justificación moral para legitimar su

---

propio autor, todas ellas substancialmente dirigidas a presentar un esquema teórico que comprendiera también a los sistemas de derecho inglés y norteamericano.

55 José DELGADO PINTO: op. cit 159.

56 HANS KELSEN. *¿Qué es justicia?* Edición española a cargo de Albert Calsamiglia. (7ª ed.), Barcelona. Ariel, 1991, p. 183.

57 E. FERNÁNDEZ GARCÍA. op. cit. p. 59.

obligatoriedad, Kelsen centró su esfuerzo en establecer la obligatoriedad del Derecho en el mismo orden jurídico, sin recurrir a la moral.

Kelsen afirma que en su teoría el deber jurídico no posee ningún sentido ético y es algo totalmente diferenciado del deber moral. Para distinguir la naturaleza de la norma jurídica el autor la contrapone a la norma moral, del mismo modo que hará respecto al deber jurídico y el deber moral. *“Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia debe seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra debe ninguna significación moral”*.<sup>58</sup> Que una conducta esté prescrita por el derecho no significa que lo esté también por la moral, de lo que Kelsen desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos.

En *Hauptprobleme*, su primera obra sistemática, sostiene que la normatividad moral se caracteriza por el principio de autonomía. La legislación moral es la autolegislación del individuo. En consecuencia, el deber moral se manifiesta como un impulso o sentimiento ético. Y señala que, con independencia de que en ocasiones la norma moral se presente como una norma objetiva y exterior al sujeto, en cuanto norma moral sólo vale en la medida en que es reconocida por el individuo o coincide con su propio sentimiento ético. Es por esto que en el ámbito de la moral no es posible separar “ser” y “deber ser”, como sí ocurre en el ámbito del Derecho en que las normas son heterónomas y su existencia no depende de su aceptación o reconocimiento por los sujetos sometidos a ellas.<sup>59</sup>

Esta distinción entre Moral y Derecho se va a ver reflejada en la distinción entre deber moral y deber jurídico. El deber moral es definido como un fenómeno psíquico, una vinculación de la voluntad del sujeto debido al imperativo ético en la conciencia o sentimiento. Como el deber moral es una vinculación propia del sujeto se trata de una autovinculación o un *“estado psíquico-real de sujeción interna de la voluntad”*. En consecuencia, norma y deber moral son la misma cosa.

---

58 KELSEN: op. cit. p. 79.

59 *Ibidem*, p. 162.



El Derecho, en cambio, es un orden heterónomo por lo que el deber jurídico es la propia norma jurídica referida o aplicada al sujeto concreto, es decir, la subjetivización de la norma.

En sus obras posteriores, Kelsen modifica esta concepción sobre la Moral, lo que provoca que esta distinción entre deber jurídico y deber moral, que seguirá realizando, se vea afectada.

Aunque en alguna ocasión Kelsen admite que en su origen el significado de deber u obligación es ético o moral, ello no impide que siga manteniendo que el deber jurídico es completamente distinto al deber moral: *“La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral”*.<sup>60</sup> *“El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con la noción de deber moral.”*<sup>61</sup> *“El concepto de deber es originariamente un concepto específico de la moral...”*<sup>62</sup>

Como hemos dicho, Kelsen modifica en sus obras posteriores su concepción de la Moral, a la que califica, al igual que el Derecho como un orden normativo o un conjunto de normas sistemáticas que regulan las conductas que deben ser. Es decir, la Moral igual que el Derecho pertenece al mundo del deber ser o la idealidad, diferente del ámbito del ser o la realidad. *“Los sistemas morales positivos son, al igual que el derecho, órdenes normativos...”*<sup>63</sup> *“El derecho y la moral... son sistemas de normas creadas por una voluntad humana o sobrehumana...”* *“La naturaleza es, pues, lo que es; el derecho y la moral, lo que debe ser”*.<sup>64</sup>

Por lo que se refiere a sus diferencias, parece que Kelsen atribuye a la Moral un valor absoluto y al Derecho, en cuanto Derecho positivo un valor relativo. *“Se insiste en la idea de que las normas jurídicas no son idénticas a las normas morales, pero no se pone en duda que la moral constituye un valor*

---

60 KELSEN: op. cit. p. 79.

61 *Ibidem*, p. 121.

62 Hans KELSEN: *Teoría General del Derecho y del Estado* (2ª ed., 2ª reimp.; trad. Eduardo García Máynez), México, UNAM, 1979, p. 68.

63 KELSEN: *Teoría Pura...*, op. cit., p. 70.

64 *Ibidem*, p. 104.

*absoluto. Aunque parece que esta posición tiene por único fin hacer resaltar mejor el valor puramente relativo del derecho...*".<sup>65</sup> Delgado Pinto señala que Kelsen no deja claro si el que atribuye un valor absoluto a la Moral es él mismo, si se refiere solamente a la pretensión de valor absoluto que tienen algunas morales o a una característica atribuida a la Moral por algunas doctrinas éticas.<sup>66</sup>

En obras posteriores Kelsen deja clara su postura a este respecto: tanto Moral como Derecho constituyen un conjunto de normas sociales, positivas y de valor relativo; y señala hacia la coactividad como la característica distintiva del Derecho. *"El orden social que denominamos moral está compuesto de normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria. Decimos que hay obligación moral de conducirse de la manera prescrita por la moral..."* *"Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria"*.<sup>67</sup> *"El derecho es el único que tiene el carácter de orden coactivo"*.<sup>68</sup> *"Al reconocer al derecho como la técnica social específica de un orden coactivo, podemos distinguirlo netamente de otros órdenes sociales que en parte tienen los mismos fines que el derecho, si bien los persiguen por medios enteramente diversos"*.<sup>69</sup>

Esta diferencia entre Moral y Derecho se verá reflejada en su concepción de deber moral y deber jurídico. Con esta nueva concepción de la Moral, el deber moral ya no puede ser entendido como un fenómeno psíquico o autovinculación de la voluntad. Kelsen ya había afirmado en sus obras que el deber jurídico es una vinculación normativa, y ahora también concibe el deber moral como una vinculación de esta naturaleza: como la propia norma en relación al sujeto cuya conducta ordena.

---

65 *Ibidem*, p. 67.

66 DELGADO PINTO: op. cit., p. 164.

67 KELSEN: *Teoría Pura...*, op. cit., p. 79.

68 *Ibidem.*, p. 81.

69 KELSEN: *Teoría General...*, op. cit., p. 23.

Dado que para Kelsen, al menos al final de su obra, el deber moral también significa una vinculación normativa de la voluntad, parece que hay algo común a ambos tipos de deberes. Pero, ¿en qué consiste esta vinculación normativa de la voluntad?

Kelsen acaba concibiendo la Moral, al igual que el Derecho, como un sistema de normas, y el deber moral, de forma semejante al deber jurídico, como una vinculación normativa, la norma subjetivizada. *“El concepto de deber es originariamente un concepto específico de la moral y designa la norma moral en su relación con el individuo a quien se prescribe o prohíbe determinada conducta”*.<sup>70</sup> *“La noción de obligación moral coincide, pues, con la de la norma moral que prescribe una conducta determinada”*.<sup>71</sup>

La moral es un orden social compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, y la noción de obligación moral coincide con la de norma moral que prescribe una conducta determinada. La diferencia entre un orden normativo y otro radica en la coactividad de sus normas.<sup>72</sup>

### **3.3.3. La coactividad como nota distintiva del Derecho**

El Derecho tiene por objeto regular la conducta humana, constituyendo un sistema de normas o reglas. En palabras de Kelsen: *“El derecho es un orden de la conducta humana. Un orden es un conjunto de normas... que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema”*.<sup>73</sup>

Este sistema tiene por objetivo la eliminación de situaciones consideradas perjudiciales para la sociedad que regula, y consta de un método característico como sistema normativo: el empleo de la fuerza. Este empleo de la fuerza no tendrá consideración de ilícito en cuanto está autorizado por órganos especialmente encargados de esta tarea. En este sentido Kelsen se refiere al monopolio de la fuerza.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>71</sup> KELSEN. *Teoría Pura...*, op. cit., p. 79.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p.p. 79-80.

<sup>73</sup> KELSEN, *Teoría General...*, op. cit. p. 3.

<sup>74</sup> José María RODRÍGUEZ PANIAGUA: *“Hans Kelsen: La Teoría pura del Derecho”*, en *Historia del pensamiento jurídico 2. Siglos XIX y XX* (6ª ed.), Madrid, UCM, 1988, pp. 570-571.

Es precisamente en el recurso al uso de la fuerza física socialmente organizada donde establece Kelsen la distinción entre Moral y Derecho. Con todo, Kelsen concibe el Derecho como "*sistema de normas que prescriben o permiten actos coactivos bajo la forma de sanciones socialmente organizadas*".<sup>75</sup>

Para Kelsen, una norma jurídica es un juicio de "deber ser" en que se imputa a una sanción jurídica una determinada conducta humana. Esta sanción además es un elemento distintivo del Derecho.

De acuerdo con esto, define el concepto de "delito" o "acto antijurídico" como la conducta del sujeto a la que la norma jurídica enlaza una sanción. La conducta a la que se imputa la sanción es el acto antijurídico. Kelsen se opone así a la visión iusnaturalista en la que el delito es una conducta *mala in se* (intrínsecamente disvaliosa) y seguiría constituyendo delito aunque no lo dispusiera así una norma positiva. El autor considera el acto antijurídico como una conducta *mala prohibita* (disvaliosa porque así se establece en una norma jurídica como condición para la sanción). De esta forma es posible que en los sistemas jurídicos no se contemplen sanciones para conductas consideradas socialmente inmorales o que, por el contrario, constituyan delito conductas no consideradas inmorales.

Por lo que respecta al concepto de "*deber jurídico*" u "*obligación jurídica*" lo define como la conducta opuesta a la que constituye el acto antijurídico. Un sujeto está obligado o debe comportarse de determinada manera si existe una norma que enlaza una sanción a la conducta opuesta. Define "*derecho subjetivo*" como un mero reflejo de la obligación jurídica, decir que un sujeto tiene determinado derecho subjetivo equivale a decir que un tercero tiene que realizar una conducta determinada en relación con él.

La sanción jurídica constituye un acto coercitivo de fuerza actual o potencial consistente en la privación de algún bien, ejercida por un individuo autorizado al efecto y consecuencia de una conducta.<sup>76</sup> Pero según Kelsen lo

---

75 KELSEN: *La Teoría Pura...* op. cit., p.71.

76 Carlos Santiago NINO: *Introducción al análisis del Derecho* (9a ed.) Barcelona: Ariel, 1999, p. 82.

que caracteriza la sanción no es la aplicación de la fuerza sino la *posibilidad* de aplicarla si el reo no colabora.

#### **3.3.4. Deber jurídico como vinculación normativa**

Lo cierto es que gran parte de esta teoría kelseniana la ocupa la crítica a las anteriores teorías del deber jurídico, que se habían construido en torno a la noción de derecho subjetivo relegando a un segundo plano la de deber u obligación. Frente a ellas, Kelsen reitera en sus obras que la función primordial del derecho no es establecer derechos subjetivos sino la de obligar o imponer deberes jurídicos.<sup>77</sup>

En concreto, Kelsen acusa a las doctrinas tradicionales pecar de iusnaturalistas en el estudio específico del deber jurídico. A su juicio, la no separación entre el Derecho y la moral las hace recurrir al Derecho natural. Las normas del Derecho positivo valen con independencia de la moral y, en consecuencia, tiene que existir un deber jurídico diferente del deber moral. No se puede dejar de admitir un deber jurídico sólo porque la conducta contraria a la sancionada no está prescrita por la moral.

La crítica de Kelsen más importante al iusnaturalismo es su no distinción entre el mundo del *ser* y el mundo del *deber ser*. El autor considera que existen dos tipos de leyes. Por una parte están las leyes de la naturaleza, que regulan el mundo físico. Estas tienen carácter descriptivo. Por otro lado están las leyes que regulan las conductas humanas, cuyo carácter es prescriptivo. La función de estas últimas es dirigir el comportamiento humano indicando lo que se debe y lo que no se debe hacer. A diferencia de las leyes de las naturales no son ni verdaderas ni falsas sino válidas o inválidas.

El deber jurídico, según Kelsen, no puede ser un estado psíquico de sujeción interna de la voluntad, los seres humanos no se abstienen de realizar una conducta por sentirse coaccionados psíquicamente por el orden jurídico, y existen deberes jurídicos que tienen como contenido esta abstención. Además considera una ficción insostenible achacar el deber jurídico al temor a la sanción jurídica. De hecho, para Kelsen, no es una función esencial del

---

77 JOSÉ DELGADO PINTO: op. cit., p. 159.

Derecho el motivar psíquicamente a los sujetos para que realicen o no determinada conducta sino sólo la de reaccionar contra la conducta antijurídica ya consumada. Precisamente cuando los sujetos realizan una conducta antijurídica es cuando se manifiesta la existencia del deber jurídico.

Para el jurista, el deber jurídico representa una vinculación normativa. Aunque concibe el Derecho como un conjunto de preceptos heterónomos y coactivos, niega que las normas jurídicas ordenen ciertas conductas bajo la amenaza de una sanción, pues esto nos hace obviar el carácter normativo del Derecho. Afirma que cuando alguien incumple un deber no es que cierta sanción tendrá o probablemente tendrá lugar, sino que “*debe*” tener lugar. Es una conexión normativa, no una conexión fáctica o causal. “*El que alguien esté jurídicamente obligado a determinada conducta significa que un órgano debe aplicarle una sanción en el caso de que se comporte de manera contraria*”.<sup>78</sup>

El punto de partida de su teoría del conocimiento es la separación radical entre el “*ser*” y el “*deber ser*”, de la realidad natural y la norma.<sup>79</sup> Según el filósofo, el Derecho o las normas jurídicas pertenecen al mundo del “*deber ser*” o lo ideal, distinto del mundo del “*ser*” o lo que efectivamente sucede en la realidad. Por ello, el estudio de la ciencia del Derecho se realizará mediante un análisis sobre el deber ser de un sistema de juicios hipotéticos que enlazan a una determinada condición, una determinada consecuencia que debe producirse si se da la primera.

En este aspecto, Kelsen se separa de la teoría imperativista, tanto ley jurídica como natural conectan condiciones con consecuencias. El Derecho no es un conjunto de imperativos dirigidos a determinadas personas sino un conjunto de normas que expresan la voluntad del Estado. Por ello, no necesitan ser recibidas y reconocidas por su destinatario para ser eficaces, sino que son válidas objetivamente.

Esto supone que Kelsen niegue que el derecho subjetivo sea un objeto distinto e independiente del Derecho objetivo, reconociendo eso sí una “*derivación*” del derecho subjetivo desde el Derecho objetivo. El derecho

---

78 KELSEN: Teoría General... op. cit. p. 70.

79 LEGAZ: *Filosofía*... op. cit. p. 121.

subjetivo aparece bien como el mero reflejo de un deber jurídico de otro individuo con respecto al que tiene el derecho, o bien como un “poder jurídico” que coopera ya sea directa o indirectamente en la producción de la norma jurídica particular o general.<sup>80</sup> El derecho subjetivo es la relación en que alguien se encuentra con una norma que establece deberes cuando esta norma está puesta a su disposición.

El derecho subjetivo es expresión del derecho objetivo, forma parte de la norma jurídica y del Derecho objetivo. Desde el punto de vista jurídico sólo existe la norma jurídica objetivamente válida, o lo que es lo mismo, el Derecho. La Ciencia del Derecho no puede permitir la admisión de elementos extrajurídicos, lo único que existe jurídicamente es la norma jurídica y, por tanto, el deber. Como vemos, el concepto de deber en Kelsen supone el elemento central del estudio de la Ciencia del Derecho.

Para Kelsen, deber jurídico es la norma jurídica cuando se ve concretada en un sujeto determinado, es decir, el deber jurídico es la norma jurídica individualizada. *“Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado”*.<sup>81</sup> El hombre está obligado a seguir una determinada conducta si la conducta contraria ha sido estatuida por la norma como condición para un acto coactivo o sanción. *“El deber jurídico es, pues, la norma jurídica individualizada, y por este hecho no tiene ninguna relación con el deber moral. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción”*.<sup>82</sup>

Kelsen señala la distinción entre el “ser” o lo que sucede en realidad, y el “deber ser”, lo jurídico. El deber jurídico es la norma jurídica en cuanto su finalidad es imponer una sanción a determinadas conductas. Será un deber jurídico del juez el aplicar la norma y, con ella, la sanción.

El jurista dice que el Derecho desde un punto de vista objetivo se presenta como una norma que establece una conducta como debida. El deber

---

80 Karl LARENZ: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (2ª ed., 4ª imp.), Barcelona, Ariel, 2010, p. 98.

81 KELSEN: *Teoría Pura...*, op. cit. p. 121.

82 *Ibidem*, p. 121.

es esta misma norma tomada desde el punto de vista subjetivo, la norma aplicada al sujeto cuya conducta ordena o prescribe. Esto supone que el deber es la norma misma subjetivizada o concretada en un sujeto determinado. “*Para la Teoría pura el deber jurídico no es otra cosa que la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado*”.<sup>83</sup> “*El concepto de deber jurídico no es sino la contrapartida del concepto de norma jurídica*”.<sup>84</sup>

### 3.3.5. Imputación

Como acabamos de ver, para Kelsen el deber, ya sea éste moral o jurídico, es la misma norma referida al sujeto cuya conducta ordena o prescribe. Es decir, el deber (*Pliftch*) hace referencia a la subjetivización, o la aplicación al sujeto determinado, del deber ser objetivo (*Sollen*) de una conducta que establece toda norma válida. Este “*deber ser*” objetivo, es una categoría lógica que designa el modo en que las reglas o leyes sociales conectan una consecuencia a una conexión. Este modo de conexión es la “*imputación*” que, aunque análogo, es diferente al de “*causalidad*” que en las leyes de las ciencias naturales conecta fenómenos como causas y efectos.

En *¿Qué es la justicia?*, Kelsen compara las Ciencias Físicas o Naturales con las Ciencias Morales o Jurídicas. Mientras que las Ciencias Naturales se rigen en función del principio de causalidad, "si se da A, entonces se dará B"; las reglas de las Ciencias Morales o Jurídicas se rigen en función del principio de imputación, "si se da A, entonces debe darse B". Aquí señala también la diferencia entre el "ser" y el "deber".<sup>85</sup>

Las leyes de la naturaleza tienen carácter descriptivo, informan de las realidades sobre su objeto de estudio, por ello, pueden ser verdaderas o falsas. En cambio, las leyes que regulan las conductas humanas tienen carácter prescriptivo, informan sobre comportamientos de los hombres indicando si se deben hacer o no. Sobre las últimas sólo caben juicios de valor, en conclusión, no pueden ser verdaderas o falsas.

---

83 *Ibidem*, p. 121.

84 KELSEN: *Teoría General...* op.cit., p. 68.

85 HANS KELSEN. *¿Qué es justicia?*... op. cit., p.p. 66-67.



En los dos casos, se trata de una conexión funcional de determinados fenómenos que no admite juicios de valor hacia la conducta humana, la noción de deber ser es una categoría puramente formal, por lo que no posee ningún significado valorativo o ideológico. *“El deber ser simplemente expresa el sentido específico en el cual la conducta humana se encuentra determinada por una norma”*.<sup>86</sup> *“Cuando en una regla de derecho expresamos que la consecuencia “debe” seguir a la condición, no adjudicamos a la palabra “debe” ninguna significación moral”*.<sup>87</sup> *“Esta expresión debe ser está desprovista de todo sentido moral. Tiene un sentido puramente lógico”*.<sup>88</sup> *“La noción de imputación tiene el mismo carácter lógico que la de causalidad”*.<sup>89</sup>

A lo largo de su teoría, Kelsen mantendrá la distinción entre el mundo del ser (*Sein*) y el del deber ser (*Sollen*). Dirá que el primero se rige por las relaciones naturales causales, causa y efecto, al que pertenecen las ciencias de la naturaleza. El segundo, en el que se encuentra el derecho, son las ciencias sociales, que se rigen por el principio de imputación.

Según el Kelsen, el Derecho o las normas jurídicas pertenecen al mundo del deber ser. Por ello, el estudio de la ciencia del Derecho se realizará mediante un análisis sobre el deber ser de un sistema de juicios hipotéticos que enlazan a una determinada condición, una determinada consecuencia que debe producirse si se da la primera. *“Por imputación Kelsen entiende el nexo entre el delito y la sanción a través de la cópula deber ser”*<sup>90</sup>

Un orden social regula la conducta humana atribuyendo a determinada conducta una sanción. En el caso del orden jurídico esta sanción es un acto coactivo que tiene en cuenta lo que debe ser, no lo que es. Por ejemplo, el que mata *debe* sufrir una pena. Mientras que el principio de causalidad supone una cadena infinita de causas y efectos, el principio de imputación considera a la conducta humana condición de la sanción, como causa que no es consecuencia de una condición anterior. La sanción, por su parte, es la

---

86 KELSEN: *Teoría General...* op.cit., p. 43.

87 KELSEN: *Teoría Pura...* op. cit., p. 55.

88 *Ibidem.*, p. 68.

89 *Ibidem.*, p. 68.

90 Alf ROSS: *El concepto de validez y otros ensayos* (1a ed.; trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero), Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, p. 44.

consecuencia de la conducta determinada, pero no condición a la que haya que imputar otra consecuencia.<sup>91</sup>

Kelsen recalca que en el lenguaje jurídico “*deber ser*” puede significar que una conducta está *ordenada, autorizada o permitida*. Es sólo cuando se trata de normas que ordenan cierta conducta referidas a un sujeto determinado, cuando es correcto afirmar que esa conducta constituye el contenido de un deber para ese sujeto. Es decir, que una persona tiene el deber, ya sea moral o jurídico, de realizar cierta conducta, significa que a esa persona le es aplicable una norma válida que establece que esa conducta debe ser (*ordenada*). En el caso de las normas morales, éstas ya van dirigidas en abstracto al sujeto, por lo que coincide el contenido de su obligación con la conducta que según la norma “*debe ser*”.

Debido a su carácter coactivo, la estructura de la norma jurídica es más compleja. La norma jurídica se dirige directamente a un órgano definido por el orden jurídico y la conducta que “*debe ser*” es, en realidad, la sanción coactiva. La persona sujeto del deber jurídico es aquella que puede realizar o no la conducta ilícita. El contenido del deber lo constituye la conducta contraria a la calificada como ilícita por la norma jurídica, es decir, a la que aparece como condición para que “*deba ser*” una sanción coactiva. Además, el órgano legitimado para imponer la sanción solo tendrá el deber jurídico de imponerla si existe otra norma en que la no imposición de la sanción sea la conducta que figura como condición para que otro órgano imponga una sanción. Cuando esto no ocurre, considera Kelsen que no existe tal deber de imponer la sanción por el primer órgano, sino que estaba meramente autorizado a hacerlo. “*La obligación de conducirse de una manera determinada existe solamente en el caso de que la conducta opuesta sea la condición de una sanción establecida por una norma jurídica*”. “*No hay, pues, obligación de ejecutar una sanción salvo en el caso de que la inejecución de esa sanción sea a su vez la condición de un nuevo acto coactivo*”.<sup>92</sup>

Un sistema social como el orden jurídico, exige una determinada conducta en cuanto enlaza el comportamiento opuesto a un perjuicio, de esta

---

91 KELSEN: *Teoría Pura...* op. cit., p.p. 80-86.

92 *Ibidem*, p. 84.

forma, una conducta sólo es considerada como jurídicamente ordenada en la medida en que el comportamiento opuesto es condición de una sanción. La conducta que es condición de la sanción se encuentra prohibida, y la contraria es obligatoria. El deber ser de la sanción implica que está prohibida la conducta que es su condición, y que es obligatoria la conducta opuesta, de manera que lo debido no es la conducta obligatoria sino la consecuencia de la conducta contraria, es decir, la sanción.

### **3.3.6. Validez y eficacia**

Según Kelsen que una norma sea válida significa simplemente que existe. Pero como hemos visto las normas existen de forma distinta a los fenómenos naturales por tener distinta naturaleza. La existencia específica de una norma es un *deber ser*. Por ello, afirmar la existencia de una norma implica afirmar su obligatoriedad o carácter vinculante.<sup>93</sup>

La Teoría pura del Derecho precisamente alude a su pureza en cuanto trata de determinar lo que el Derecho "es" y no lo que "debe o puede ser".<sup>94</sup> Para Kelsen, el contenido de la norma es un determinado comportamiento humano, algo que "debe ser". Además, para que exista este "deber ser" conforme a dicha norma, es necesario que tenga sentido objetivo, o lo que es lo mismo, que pueda ser reconocido por un tercero desinteresado y que no sea simplemente expresión de la voluntad del sujeto concreto que realiza el acto de creación normativa. En cuanto a lo que "es", alude a la realidad fáctica, lo que efectivamente ocurre. Kelsen formaliza un dualismo conceptual entre el "deber ser" y el "ser". El filósofo considera que ningún juicio de deber ser puede derivarse lógicamente de premisas que sean sólo juicios de ser, y a la inversa. Los juicios de deber ser sirven para interpretar los actos de voluntad cuya intención se dirige a la acción de otra persona.<sup>95</sup>

Como resultado Kelsen establece la diferencia entre la validez o "deber ser" de la norma y su eficacia o "ser". Kelsen realiza una separación tajante entre la "validez" y "eficacia" del Derecho. La eficacia de la norma supone que

---

93 RAMOS PASCUA, op. cit., p.p. 18-19.

94 KELSEN: *Teoría Pura*...op. cit., p. 15.

95 NINO, op. cit., p. 79.

ésta sea aplicada u obedecida de hecho. La eficacia no sólo hace referencia a la aplicación de la norma por los órganos jurídicos en un caso concreto sino también a que ésta sea acatada por los sujetos sometidos al orden jurídico, realizando los comportamientos que evitan la sanción. La eficacia requiere que ella sea aplicada y obedecida en los hechos. Es decir, que sea obedecida por los sujetos destinatarios y que las sanciones que prevea sean efectivamente aplicadas si se cumple la condición enlazada a la sanción.

A su vez, afirma la conexión de ambas puesto que una norma jurídica solamente será válida si el comportamiento humano que regula se adecua a ella, una norma que no se aplica o cumple no resultará eficaz y no podrá considerarse objetivamente válida.<sup>96</sup> De esta forma, a pesar de la distinción entre que una norma sea válida o eficaz, existe cierta relación entre ellas porque la norma jurídica sólo será considerada válida si cumple un mínimo de eficacia. Un orden jurídico sólo es válido si de una manera general los individuos a los que va dirigido conforman sus conductas a las normas que lo constituyen. Siempre que no traspase cierto límite, el desacuerdo no afecta a su eficacia.<sup>97</sup>

Aunque reconoce la necesidad de que un orden jurídico tenga un mínimo de eficacia para ser tal, su validez no depende del hecho de su aceptación. Una norma sólo se considera objetivamente válida cuando aquello que regula es cumplido, al menos hasta cierto grado, pero puntualiza que tiene que darse la posibilidad de que una conducta pueda no adecuarse a la norma pues si no ésta no tendría razón de ser. Una norma que prescribiera algo que se sabe de antemano que tiene que suceder necesariamente en virtud de las leyes de la naturaleza, sería para Kelsen tan absurda como aquella que prescribiera algo que no puede realizarse en absoluto.<sup>98</sup>

La validez y eficacia de una norma jurídica tampoco coinciden temporalmente. Una norma jurídica adquiere validez antes de ser eficaz dado que siempre hay un tribunal que la aplica por primera vez. A su vez, si una norma no es eficaz de forma duradera deja de ser considerada como válida.

---

96 *Ibidem*, p.p. 142-143.

97 *Ibidem*, p.p. 52-53.

98 RODRÍGUEZ PANIAGUA: *Historia...* op. cit. p. 569.

En palabras de Kelsen: “*La validez de una norma positiva no es otra cosa que el modo particular de su existencia. Una norma positiva existe cuando es válida*”.<sup>99</sup> Si se pregunta por el fundamento de validez de una norma jurídica perteneciente a un determinado orden jurídico, la respuesta sólo puede referirse a la norma fundante básica de ese orden.<sup>100</sup> La validez de una norma jurídica se refiere al modo de producción de la misma, de manera que su dictado ha sido autorizado por otras normas, o que ha sido sancionado por una autoridad competente dentro de los límites de su competencia.

La validez en el pensamiento kelseniano se funda en una norma primaria que ya no es positiva sino que funciona como hipótesis lógica sin la que no puede existir un orden calificado de jurídico.<sup>101</sup>

### **3.3.7. La norma fundamental presupuesta**

No todos los actos cuya significación subjetiva es la de prescribir o permitir una conducta tienen la significación objetiva de crear una norma jurídica. Por ejemplo, siguiendo a Kelsen, la orden de una banda de ladrones tiene la misma significación subjetiva que el acto del órgano creador de la norma jurídica. La cuestión de por qué uno y no otro tiene también significación objetiva apunta a la razón de validez de la norma individual. Sólo en uno de estos actos se puede interpretar como aplicación de una norma general. La validez de la norma individual se deriva de la validez de la norma general, y esta a su vez de la Constitución.

Según Kelsen, la validez es la existencia específica de las normas y constituye su fuerza obligatoria, cualidad que las diferencia de las meras órdenes. Las normas son juicios de deber ser que expresan el sentido objetivo de un acto de voluntad, las órdenes son expresión de la intención subjetiva del sujeto que las emite. Para que un juicio de deber ser suponga una norma válida será necesario que aquel que lo formule esté autorizado por otra norma que a su vez sea válida.<sup>102</sup> Estaremos ante una auténtica norma cuando el que una

---

99 KELSEN, *Teoría Pura...* op. cit., p. 35.

100 NINO, op. cit., p. 133.

101 LEGAZ: *Filosofía...* op. cit. p. 121.

102 NINO, op. cit., p. 80.

conducta deba ser realizada constituye no sólo el sentido subjetivo del acto de voluntad que la impone sino también su sentido objetivo.<sup>103</sup>

Para que el deber objetivo se produzca, es necesario que el acto que lo impone haya recibido sentido objetivo a través de otra norma, que haya sido autorizado por otra norma que Kelsen denomina “superior”. La diferencia entre el acto de creación de la norma del órgano legislador y la orden de una banda de ladrones radica en que el primero está autorizado por otra norma para realizar este acto. La orden del bandido no es una norma jurídica válida ya que no se funda en la Constitución.<sup>104</sup>

Que una norma autorice la creación de otra o que una norma derive de otra quiere decir que la conducta de dictar la norma inferior está permitida por la superior. Este permiso es concedido a sujetos concretos a los que denomina “*órganos competentes*”. A su vez, el permiso puede estar condicionado a cierto “*procedimiento*” de creación normativa y a que la norma tenga cierto “*contenido*”.<sup>105</sup>

Kelsen también se plantea la relación de validez de la primera Constitución histórica, del por qué tiene la significación objetiva de una norma jurídica. Al no haber sido creada por una autoridad jurídica de acuerdo a una norma jurídica precedente, Kelsen la considera una presuposición fundamental. Para poder interpretar el conjunto de las reglas del Derecho como un sistema de normas objetivamente válidas es necesario suponer el carácter jurídico al acto creador de la primera Constitución histórica. Kelsen defiende que esa presuposición es en sí misma una norma que significa que es preciso observar las reglas contenidas en la primera Constitución.<sup>106</sup> *“En otros términos, la validez de toda norma positiva, ya sea moral o jurídica, depende de la hipótesis de una norma no positiva que se encuentra en la base del orden normativo al cual la norma jurídica pertenece”*.<sup>107</sup>

---

103 RAMOS PASCUA, op. cit., p. 43.

104 KELSEN: *Teoría Pura...* op. cit., p. 39.

105 NINO, op. cit., p. 115.

106 RAMOS PASCUA, op. cit., p.p. 48-49.

107 KELSEN: *Teoría Pura...* op. cit., p. 41.

Para Kelsen, el fundamento de un deber jurídico es una norma jurídica válida, sólo podemos hablar de deberes jurídicos en el contexto de un sistema de normas válidas. Para que una norma jurídica sea válida no basta con la existencia efectiva de un mandato coactivo o imperativo respaldado por la fuerza, sino que necesita de un fundamento normativo. El fundamento normativo lo tiene que proporcionar otra norma anterior válida, que en último término nos remite a la denominada por el filósofo como norma fundamental, una norma que no pertenece al ordenamiento positivo y que tiene que ser presupuesta.<sup>108</sup> Suposición o hipótesis que hemos de aceptar necesariamente si queremos poder interpretar como normas jurídicas válidas determinadas reglas que dirigen la conducta humana.

Así establece Kelsen la fuente del “deber ser” o el porqué de la obligatoriedad de la norma en una norma superior cuya obligatoriedad, a su vez, deriva de otra norma superior. Esta cadena seguiría de forma sucesiva hasta el infinito, si Kelsen no resolviera esta imposibilidad situando el final en la que él denomina como “*norma hipotética fundamental*” (*grundnorm*), y a la que considera una norma ficticia o ficción necesaria.<sup>109</sup>

Esta norma fundamental tiene la función de integrar y suponer el vínculo del resto de normas de un sistema jurídico concreto. Una norma jurídica pertenecerá al sistema en la medida en que pueda ser referida en último término a la norma hipotética fundamental. Kelsen advierte de que no hay necesidad ni lógica ni empírica de presuponer esta norma en el análisis de la realidad jurídica, pero que los juristas de hecho y en forma implícita la presuponen cuando describen un sistema jurídico.<sup>110</sup>

El filósofo considera que cualquier sistema de derecho es un todo unificado en el que sus normas se encuentran en estrecha relación entre sí, jerarquizadas de tal modo que se establecen relaciones de supraordinación y subordinación. En este contexto, que Kelsen se está refiriendo exclusivamente al derecho objetivo y positivo.

---

108 DELGADO PINTO, op. cit. p.p. 335-337.

109 KELSEN: *Teoría Pura...* op.cit. p.p. 138-141.

110 NINO, op. cit., p. 121.

La validez de todas las normas de un sistema jurídico está referida en forma última a una norma fundamental, que supone la culminación y el término de esta pirámide normativa. La norma fundamental es la que confiere el principio supremo de validez, ya que no es posible encontrar en ninguna otra norma en todo el sistema que sea superior a ella: "*A la norma cuya validez no puede derivar de otra la llamamos fundamental. Todas las normas cuya validez puede ser referida a una y la misma norma fundamental constituyen un orden o sistema normativo. Esta norma fundamental representa, como fuente común, el vínculo entre todas las diversas normas que integran un determinado orden*"<sup>111</sup> Los diferentes sistemas se diferencian por estar originados en diferentes normas fundamentales.<sup>112</sup>

En este sentido, la Constitución en sentido lógico-jurídico representa la norma fundamental, es la que otorga unidad y plenitud a todo el sistema normativo jurídico, y no es posible encontrar una norma superior a ella a la que remontarse. En cambio, la función de la Constitución en sentido jurídico-positivo se dirige a la regulación de los órganos y el procedimiento de creación de normas positivas. La Constitución entendida de esta última forma sólo puede ser el escalón inmediatamente posterior a la norma suprema fundamental, y siempre debe ser conforme a la última.

Este proceso de creación normativa finaliza con la jurisdicción, que Kelsen considera la individualización en el caso concreto de la norma de derecho, y un acto de producción jurídica. La sentencia judicial es una norma jurídica individual, supone la individualización o concreción de la norma jurídica general o abstracta. La función de la sentencia judicial no es, por tanto, sólo declaratoria sino constitutiva.<sup>113</sup>

Con el planteamiento kelseniano, se relativiza la diferencia entre la creación y aplicación del Derecho. Tanto ley como sentencia se integran en el concepto de "norma", norma general la primera y particular la segunda, pero toda creación del Derecho implica una aplicación del mismo y viceversa.<sup>114</sup> Los

---

111 KELSEN: *Teoría General...* op. cit., pp. 130 y 131.

112 NINO, op. cit. p. 122.

113 LARENZ, op. cit., p. 100.

114 LEGAZ: *Filosofía...* op. cit. p. 123.



actos legislativos crean normas jurídicas generales, los actos aplicadores del derecho crean normas jurídicas individuales. El Derecho regula su propia creación y aplicación.

De acuerdo con Kelsen, para que una norma jurídica goce de plena validez y efectividad, debe haber sido emitida conforme al procedimiento establecido en una norma jurídica anterior de ese sistema, con independencia de la justicia o no de su contenido.

Como hemos dicho, Kelsen sostiene el fundamento de validez de las normas jurídicas en otras normas jurídicas en virtud de una delegación de autoridad por parte de las normas que son superiores en la jerarquía con respecto a las inferiores. En el punto superior del ordenamiento jurídico estaría la Constitución, considerando en último término la primera Constitución histórica, y finalmente la norma fundamental como fundamento último del ordenamiento jurídico.<sup>115</sup>

Esto supone que el contenido del Derecho se puede considerar totalmente irrelevante en términos de validez, cualquier contenido puede ser considerado Derecho. En su teoría se establece así la idea de unidad y estructura escalonada del orden jurídico mediante la siguiente jerarquía.

- 1º. La Constitución (primera y más antigua).
- 2º. Las leyes y las costumbres.
- 3º. Las sentencias judiciales.

La separación de órdenes normativos como el Derecho y la Moral tiene su origen en el método de Kelsen, en el que sólo lo jurídico puede fundar y validar lo jurídico, no otro orden como el moral. Kelsen no niega que puedan existir sistemas jurídicos justos o injustos, solo niega que sean relevantes para la ciencia del Derecho.<sup>116</sup> Además, considera la teoría del mínimo moral del derecho una forma “*bastarda*” de la doctrina del derecho natural para tratar de legitimar el derecho positivo.<sup>117</sup>

---

115 KELSEN: *Teoría Pura...*, op.cit., p. 151.

116 *Ibidem*, p. 55-56.

117 *Ibidem*, p. 66.

A través de la pureza del Derecho, la teoría de Kelsen busca la validez del Derecho en el mismo orden jurídico, el Derecho otorga validez al propio Derecho. Un sistema normativo distinto, como la moral, no puede ser el fundamento de validez del sistema normativo jurídico. Una norma jurídica debe elaborarse en función de una norma anterior, así sucesivamente hasta formar la cúspide de la pirámide kelseniana. Gracias a la norma fundamental el Derecho adquiere la unidad, independencia y coherencia necesarias para construir el objeto específico de una ciencia jurídica autónoma.<sup>118</sup>

### **3.3.8. El carácter dinámico del Derecho**

Kelsen distingue entre sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos, que se diferencian, básicamente, por el distinto fundamento de validez de sus normas. En un sistema estático las normas valen porque su contenido material deriva lógicamente de otras normas superiores. El Derecho por el contrario responde al carácter dinámico de un orden o sistema de normas, lo que supone, según Kelsen, que éstas no se fundamentan unas en otras en virtud de una deducción de su contenido, sino en virtud de una delegación de autoridad por las normas superiores a las inferiores, determinando el modo de producción con independencia del contenido. Una norma de un sistema jurídico vale por haberse establecido conforme a lo que dispone en último término la norma fundamental.<sup>119</sup>

### **3.3.9. Críticas a Kelsen**

Como positivista, Kelsen aborda el tema del deber dentro de la separación radical entre el Derecho y la Moral, tratando de diferenciar igualmente entre deber jurídico y deber moral. Sin embargo, algunos de sus críticos consideran que su concepción del Derecho como sistema de normas vinculantes obligatorias implica un concepto de deber jurídico todavía ligado al sentido tradicional o ético de deber como vinculación de la voluntad de los súbditos por la norma. Señalan en este sentido en dirección a su definición de validez entendida como la existencia como tal de una norma jurídica. Para

---

118 RAMOS PASCUA, op. cit. p. 38.

119 RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia...* op. cit., p. 577.

Kelsen declarar la validez de una norma equivale al reconocimiento como tal de su fuerza obligatoria frente a los sujetos a los que va dirigida.<sup>120</sup>

Consideran sus críticos que esta afirmación deriva de que el deber o deber ser implica la existencia de una norma que posee un sentido objetivo y no solamente subjetivo. Y es que, afirma Kelsen, todo imperativo o acto de voluntad dirigido a que alguien se comporte de una forma determinada posee el sentido subjetivo de un deber ser ya que para el emisor del imperativo esa conducta debe ser. Es por ello que le acusan de trasladar el objetivismo ético propio del iusnaturalismo al campo del Derecho positivo.<sup>121</sup>

Otra crítica señala a su afirmación de que es lógicamente imposible considerar simultáneamente válidas una norma jurídica y una norma moral que imponen conductas contradictorias. Según Kelsen, esta afirmación equivale a aceptar la existencia de un solo sistema que comprende los otros dos.<sup>122</sup> Esto hace pensar que no es posible la existencia de un deber jurídico si entra en contradicción con un deber moral, lo que apartaría su Teoría de una doctrina puramente positivista. Aunque Kelsen se encargue de advertir que la idea de validez es una idea ideológica y no científica sustentada en una norma presupuesta, Ross tampoco considera una solución adecuada recurrir a una norma básica como criterio de validez, pues las presuposiciones alejan la teoría de Kelsen del análisis lógico y científico que pretende.<sup>123</sup> Ross asegura que el concepto kelseniano de validez implica obligatoriedad moral en cuanto cuestiona la afirmación de Kelsen de que los individuos deben comportarse como la norma estipula, pues si la norma en sí misma ya expresa lo que los individuos deben hacer, se produciría una duplicación innecesaria: “¿Qué significa decir, entonces, que los individuos deben hacer lo que deben hacer?”<sup>124</sup>

Delgado Pinto señala que aunque Kelsen insiste en que el deber jurídico y el deber moral son distintos, no especifica cuál pueda ser esta diferencia, quedando como algo difuso o sobreentendido. Esta falta de claridad la atribuye

---

120 KELSEN: *Teoría General...*, op. cit. p. 35.

121 DELGADO PINTO: op. cit., p.p. 160-161.

122 KELSEN: *Teoría General...*, op. cit. p.p. 445-446.

123 ROSS: *El concepto de validez...* op. cit., p. p. 41-43.

124 *Ibidem*, p. 28.

a su falta de precisión en la definición del deber moral en particular y del deber en general.<sup>125</sup>

Asimismo, apunta a que la pretendida pureza de su método lleva a Kelsen a perder de vista que el Derecho es precisamente un fenómeno social, y que sostener que lo único científico es considerarlo como un sistema de normas objetivamente válidas, conduce a mantener una Ciencia jurídica marginada de la vida social. De igual forma, reducir el deber jurídico a la misma norma jurídica lleva al filósofo a no poder establecer de una forma satisfactoria en qué consiste dicho deber.<sup>126</sup>

Precisamente esta obsesión por la pureza del autor le ha llevado a numerosas críticas por obligarle a distanciarse de la realidad social a costa de un objeto puro muchas veces inservible por irreal. En este sentido Ross considera que no es posible llevar a cabo la idea de la pureza de la ciencia mediante la eliminación metodológica de todas las decisiones valorativas y de todas las actitudes emocionales.<sup>127</sup>

Por otro lado, K. Larenz llega a decir que: *“La objeción más importante que tiene que soportar la teoría pura del Derecho es la de que Kelsen no es capaz de mantener constantemente la completa disparidad entre ser y deber ser, de la que parte”*.<sup>128</sup> H. L. Schreiber considera que la Teoría Pura del Derecho, que postula la inderivabilidad del deber ser del ser, termina en la facticidad. De forma similar piensa J.M<sup>a</sup> Díez-Alegría, que acusa a Kelsen de reducir el Derecho a una estructuración lógica de nexos hipotéticos de “deber ser” que no alcanza especificidad jurídica.<sup>129</sup> Considera que pesar de su esfuerzos por desempirizar el Derecho y de considerarlo éticamente *neutro* “*al ir a buscar un último resolutivo a la validez puramente jurídica del sistema de normas cae en el empirismo de la facticidad*”.<sup>130</sup>

---

125 *Ibidem*, p. 165.

126 *Ibidem*, p. 168.

127 ROSS, *Sobre el Derecho...* op. cit., p. 328.

128 LARENZ, op. cit., p. 95

129 DÍEZ-ALEGRÍA: op.cit., p.14.

130 *Ibidem*, p.18.

La naturaleza de la norma fundante básica también ha sido discutida, en particular, debido a que Kelsen cambió su forma de concebirla. Este ha sido uno de los aspectos más cuestionados y debatidos entre los filósofos del derecho. Muchas de estas críticas hacen referencia a su carácter impreciso, debido, en parte, a las diversas calificaciones que recibe por parte del jurista, tales como: “*es supuesta*”; “*tiene un puro carácter formal*”; “*hipótesis científica*”; “*suprema razón de validez*”; “*existe en la conciencia jurídica*”; “*se dice que es válida*”; o “*se presupone*”.<sup>131</sup> En este sentido, Hart señala que la teoría de Kelsen es confusa y contradictoria, y considera un duplicación innecesaria hablar de una regla superior a una Constitución que ya es aceptada y existente como tal.<sup>132</sup>

Respecto a la norma básica, Joseph Raz sostiene que su contenido depende de las últimas normas positivas del sistema, antes de formular la norma fundamental ya hemos individualizado un sistema jurídico con normas jerarquizadas, por lo que la norma fundamental ya no cumple ningún papel identificador.<sup>133</sup>

Pero una de las críticas más contundentes a la teoría de Kelsen sobre la estructura de las normas jurídicas es la que realiza Hart en *El concepto del derecho*, donde señala a la concepción de las normas jurídicas como mandatos. Hart asegura que aunque la estructura de normas jurídicas, como las penales y algunas civiles, puede explicarse como órdenes respaldadas por amenazas, este esquema no recoge la estructura de otras normas jurídicas como aquellas que confieren potestades.<sup>134</sup>

### **3.3.10. La influencia kelseniana en el pensamiento posterior**

A pesar de todas sus objeciones, la noción kelseniana del deber jurídico ha ejercido una notable influencia, en particular en la Filosofía del Derecho española, como es el caso de dos de sus más destacados representantes

---

131 KELSEN: *Teoría Pura...* op.cit., p.p. 39, 41, 53; *Teoría General...* op.cit., p.p. 136, 137, 146.

132 HART: op. cit. p. 311.

133 NINO, op. cit., p. 123.

134 *Ibidem*, p.p. 89-90.

contemporáneos, L. Recaséns y L. Legaz, cuya noción de deber jurídico en sentido estricto es un trasunto de la de Kelsen.<sup>135</sup>

La teoría jurídica de L. Legaz es influenciada por Kelsen en cuanto considera que el deber jurídico es el mismo precepto jurídico individualizado, y que toda norma contiene la regulación genérica de una conducta mediante la aplicación de una consecuencia que sanciona la conducta contraria. Considera que existe un deber jurídico desde el momento en que la abstención o comisión de un acto contrario acarrea una sanción penal o civil, y que: *“Deber jurídico es, según eso, aquella situación en que está el sujeto de Derecho, en la cual y por virtud de la cual la aplicación de consecuencias desfavorables para una cierta conducta propia está a disposición de un órgano del Estado o de otra persona con la cual se está en relación jurídica”*.<sup>136</sup>

Bajo influencia kelseniana, Luis Recaséns Siches trata de elaborar un concepto de deber jurídico exclusivamente fundado en la norma jurídica. A su juicio, todas las normas, incluso las jurídicas, determinan la conducta que un sujeto “debe” llevar a cabo o, lo es lo mismo, crean deberes. Considera que la diferencia entre un tipo de normas y otras es la clase de deberes que crean, las normas jurídicas crean deberes externos a la conciencia del sujeto y las normas morales crean deberes internos. Reconoce que existe el deber moral de adecuar la conducta al Derecho pero hasta cierto punto, porque los valores morales cuyo contenido son deberes jurídicos no son del todo ajenos a lo jurídico sino que son precisamente deberes de justicia porque no necesitan de su confirmación por el Derecho positivo.

Además, remarca la diferencia entre deberes jurídicos y morales en que el desconocimiento de una norma jurídica no exime de su cumplimiento, pero no puede existir una norma moral que no es conocida y reconocida por el sujeto. El precepto objetivo vigente para todos se convierte en el deber jurídico subjetivo de una persona determinada en cuanto impone una sanción si su conducta es contraria a lo preceptuado en la norma.

---

135 DELGADO PINTO: op. cit., p. 159.

136 LEGAZ: *La obligatoriedad...*, op. cit., p.p. 86-88; *Filosofía...*, op. cit. p. 437.

Castro y Bravo considera que el deber jurídico es un reflejo inmediato de la norma jurídica<sup>137</sup> y, como veremos a continuación, el pensamiento kelseniano ejerció una notable influencia en la teoría de Hart.

### **3.4. H.L.A. HART**

Hart es uno de los filósofos del Derecho más importantes del siglo XX, representante destacado del positivismo jurídico contemporáneo, se encuentra en la tradición del utilitarismo y de la teoría analítica del Derecho, para la cual el análisis del lenguaje resulta un elemento fundamental a fin de una mejor comprensión del derecho.

#### **3.4.1. La obligación jurídica como vinculación normativa**

En la construcción de su teoría del deber jurídico, Hart analiza los “juegos del lenguaje”, y en el estudio de los enunciados jurídicos adopta la actitud de los que comparten la forma de vida que se manifiesta en un juego del lenguaje específico. Así, considera que expresiones o enunciados de obligación y deber tales como “tienes la obligación de hacer X” o “tu deber es no hacer Y”, constituyen una subclase especial de los enunciados característicos del lenguaje normativo. Y es que, el contexto de la vida social en que se usan es un contexto especial. Este tipo de expresiones tienen sentido donde existe un conjunto de individuos que interactúa conforme a unas reglas o normas, en concreto reglas o normas obligatorias o que imponen obligaciones.

La concepción de regla de Hart es una regla social, es producto de una práctica social. Dentro de las reglas sociales distingue entre las reglas que imponen deberes u obligaciones, entre las que se encuentran las jurídicas, de aquellas que no, por ejemplo, las reglas ortográficas.<sup>138</sup> Hart considera que las diferencias entre las reglas obligatorias y el resto, se encuentra en características tales como que la sociedad atribuye al cumplimiento de estas reglas una gran importancia o que se considera que salvaguardan bienes o valores especialmente apreciados. Debido a ello, se exige la conducta prescrita

---

<sup>137</sup> Federico de CASTRO Y BRAVO *Derecho civil de España. 1, Parte general. Libro preliminar, Introducción al derecho civil* / (2a ed.) Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949, p. 522.

<sup>138</sup> RAMOS PASCUA, op. cit., p. 117.

a todos, aunque pueda suponer un gran sacrificio para algunos por contradecir sus tendencias o intereses, y se ejerce una fuerte presión social por el grupo para garantizar su cumplimiento, que encuentra las sanciones justificadas para aquellos que las inobservan. De acuerdo con esto, el decir que una persona tiene la obligación de realizar una determinada conducta significa que, con fundamento en una regla compartida podemos exigir de esa persona esa conducta y consideramos justificada su sanción en caso contrario.

Hart señala que lo decisivo para el concepto de obligación es la existencia de ciertas reglas o normas que permiten enjuiciar la conducta del individuo obligado. Cuando decimos que un sujeto está obligado se está aplicando una norma general a ese individuo particular, destacándose que su caso queda comprendido en dicha norma.<sup>139</sup>

Decir de alguien que tiene una obligación supone en primer lugar la existencia de unas reglas sociales, y en segundo, que una de estas reglas generales es aplicable a una persona particular cuando su caso queda comprendido por ella.

Pero para el filósofo, estas anteriores son características compartidas tanto del deber u obligación moral como del jurídico, aunque considera que entre ambos también existen diferencias, como el tipo de presión social que se ejerce ante su incumplimiento. En lo que respecta al deber jurídico, decir que un individuo tiene la obligación jurídica de realizar cierta conducta, significa que es correcto exigirle que lleve la conducta a cabo y que, de no ser así, está justificado forzarle a que la realice de acuerdo con las normas jurídicas.

Pero aunque el enunciado de que alguien tiene una obligación implica sin duda la existencia de una regla, no siempre que hay reglas son éstas concebidas en términos de obligación, como es el caso de las reglas de etiqueta o del habla. Hart afirma que es correcto afirmar que una regla impone obligaciones *“cuando la exigencia general en favor de la conformación es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande”*.<sup>140</sup> Estas reglas pueden ser de origen puramente

---

139 NINO, op. cit., p.p. 191-192.

140 H.L.A. HART. op. cit., p. 107.



consuetudinario y puede ser complicado determinar si se trata de una regla moral o de una regla jurídica rudimentaria. Pero el factor primordial que determina que las reglas sean concebidas como dando origen a obligaciones es la importancia o seriedad de la presión social que se encuentra tras ellas.

Unida a esta primera característica de la obligación, Hart señala otras dos: las reglas sustentadas por esta presión social son consideradas importantes porque se cree que son necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de la misma al que se atribuye gran valor, y; se reconoce la posibilidad de que la conducta que es exigida por estas reglas esté en conflicto con aquella que la persona debe o desea hacer, de ahí que normalmente su cumplimiento implique sacrificio o renuncia.

Pese a ello, afirma que el hecho de que estas reglas están generalmente sustentadas por una presión social seria, no implica que estar sometido a una obligación establecida por ellas tenga que hacernos experimentar sentimientos de compulsión o presión.

El filósofo se refiere al aspecto interno de las reglas mientras realiza una crítica contra la teoría predictiva defendida por algunos teóricos como Bentham y Austin. En concreto, les acusa de definir la noción de obligación no en términos de hechos subjetivos sino en términos de *probabilidad* o *riesgo* de que la persona obligada en caso de desobediencia sufra una determinada consecuencia dañosa a manos de determinados funcionarios. Para esta teoría el aspecto más relevante al definir la obligación es precisamente la presión social que como castigo probable es subsiguiente a una conducta contraria a la regla. Pero Hart apunta a que, si bien las conductas irregulares enfrentan generalmente reacciones hostiles, lo que expresamos con un enunciado de obligación no es una predicción sino que una persona cae bajo tal regla. Hart opina que la posibilidad de sufrir consecuencias desfavorables no es una condición necesaria para afirmar la existencia de obligaciones jurídicas, y que fracasan al intentar explicar el significado de los enunciados de obligación.<sup>141</sup> Mientras que una obligación jurídica sería aquella surgida de la aceptación interna de las normas del Derecho.

---

141 *Ibidem.*, p.p. 104-105.

La teoría de Hart consigue explicar la vinculación normativa de la conducta a que Kelsen aludía. A juicio de Delgado Pinto, Hart sitúa correctamente el problema en el ámbito de las relaciones intersubjetivas a partir de reglas obligatorias compartidas, y permite elaborar una explicación satisfactoria del concepto de obligación como una forma específica de exigencia intersubjetiva de conducta fundada en reglas comúnmente aceptadas.

Como hemos mencionado anteriormente, Hart trata de explicar la cuestión relativa al fundamento de la obligatoriedad desde el estudio de los enunciados en que se afirma la existencia de obligaciones jurídicas.

En cuanto a la distinción entre obligación jurídica y obligación moral, en *El Concepto de Derecho* de 1961, Hart señala algunas de sus diferencias: la presión social que respalda el cumplimiento de las normas jurídicas incluye la utilización de sanciones físicas; el contenido de las obligaciones jurídicas suele ser más preciso que el de las obligaciones morales; la falta de intencionalidad en el incumplimiento de una obligación moral constituye una circunstancia eximente de responsabilidad.

Hart se pregunta si entre las condiciones necesarias para poder afirmar la validez de las normas jurídicas está considerar que existe una razón moral para aceptarlas y obedecerlas. Responde negativamente, pues si admitimos esa condición, debemos admitir que existe una conexión entre el orden moral y el orden jurídico, lo que nos haría abandonar la estricta separación entre derecho y moral de las tesis positivistas. Sin embargo, admite que: “...*puede haber una obligación moral de obedecer al Derecho*”.<sup>142</sup> En cualquier caso, esta adecuación del Derecho y moral no es requisito de validez, porque Hart entiende que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral.<sup>143</sup>

El filósofo considera que para poder hablar de verdaderas normas jurídicas vinculantes de las que inferir obligaciones y deberes, es necesario que sean válidas conforme a los requisitos que establece la regla de

---

142 FERNÁNDEZ GARCÍA, op. cit., p. 26

143 RAMOS PASCUA, op. cit. p. 23.

reconocimiento del sistema. La regla de reconocimiento se manifiesta en la práctica institucionalizada dentro de una comunidad jurídica. Esta aceptación compartida entre jueces y otras autoridades es lo que le otorga su validez, y según Hart, no requiere esa práctica institucionalizada sea considerada moralmente aceptable.

En resumen, los deberes existen cuando existen normas sociales que tienen previstos tales deberes. Estas normas sociales existen cuando se satisfacen las condiciones prácticas para su existencia, que son satisfechas cuando los miembros de una comunidad se comportan de determinada manera. Este comportamiento constituye una norma social e impone un deber.<sup>144</sup>

Dworkin se opone a la tesis de que los deberes u obligaciones derivan en general de *reglas sociales* basadas en una práctica uniforme por parte de los miembros de un grupo. Dworkin señala que Hart no distingue entre dos clases de enunciados que se sirven del concepto de norma: El primero es el que se enuncia desde el punto de vista de un sociólogo que se limita a describir la regla; la segunda es la del miembro de la comunidad que apela a esa misma norma para criticar su comportamiento o el de otro. A este problema Hart se anticipa distinguiendo entre *existencia* y *aceptación* de la norma. En el primer caso, cuando el sociólogo describe una regla está afirmando que se cumplen las condiciones prácticas para su existencia. En cambio, cuando lo hace como miembro de una comunidad, además de reconocer que se cumplen las condiciones prácticas para su existencia, la acepta como estándar de su propia conducta y para juzgar la de otros.<sup>145</sup>

### **3.4.2. Normas primarias y normas secundarias**

Hart considera que las teorías que afirman que el derecho son simples órdenes coercitivos del soberano, fracasan por varias razones. La primera es que de entre todas las leyes las que más se parecen a este tipo de órdenes son las penales, que prohíben o prescriben ciertas acciones bajo castigo, pero difieren de ellas en que también son aplicables a quienes las sancionan. En

---

144 Ronald DWORKIN: Los derechos en serio (2ª ed.; trad. Marta Gustavino), Barcelona, Ariel S.A. 1989, p. 106.

145 *Ibidem*, p. 107

segundo lugar, destaca la existencia de otras variedades de normas y, en particular, aquellas que confieren potestades jurídicas que no pueden ser interpretadas como órdenes respaldadas por amenazas. En tercer lugar, la existencia de normas que no pueden ser órdenes por no haber sido creadas de ningún modo análogo a una prescripción explícita. Por último, el derecho explicado en términos del soberano no da razón de continuidad de la autoridad legislativa cuando éste desaparece y es sustituido por el siguiente.<sup>146</sup>

Para Hart, no todas las normas obedecen a la estructura kelseniana en la que equivalen a una prohibición respaldada por una sanción, a lo sumo presentarían esta estructura las que Hart denomina como reglas primarias. Aquellas a las que las teorías coercitivas no pueden dar explicación son de un lado las reglas cuya consecuencia jurídica sería una *recompensa*, y las reglas secundarias cuya consecuencia jurídica sería una *potestad* frente a reglas primarias, del otro.

El filósofo, sitúa la raíz del fracaso en las teorías anteriores no incluyen entre sus elementos la idea de regla, de las que defiende la existencia de dos tipos que, aunque diferentes, están relacionados. *“Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas”*.<sup>147</sup> O dicho en palabras de Dworkin: *“Las normas primarias son las que aseguran derechos o imponen obligaciones a los miembros de la comunidad”* *“Las secundarias son las que estipulan cómo y por obra de quiénes se pueden formar, reconocer, modificar o extinguir las normas primarias”*.<sup>148</sup>

- Reglas primarias.

Son las que prescriben a los individuos realizar ciertos actos, imponen obligaciones en cierto sentido puesto que tienen fuerza compulsiva y sirven de base para la crítica o el elogio en función de la conformidad o no con la regla.

- Reglas secundarias.

---

146 HART: op. cit., p.p. 99-100.

147 *Ibidem*, p. 100.

148 DWORKIN: op. cit., p. 68.

Son reglas que se ocupan de las reglas primarias. Hart a su vez distingue entre tres tipos de reglas:

- a) Reglas de reconocimiento. Sirven para identificar qué normas pertenecen a un determinado sistema jurídico, suponen criterios de identificación del derecho.
- b) Reglas de cambio. Establecen los procedimientos para que las reglas primarias de un sistema cambien.
- c) Reglas de adjudicación. Dan competencia a algunos sujetos para que establezcan si en una ocasión particular se ha infringido o no una regla primaria.

El jurista inglés da una explicación del Derecho como una unión de reglas primarias de obligación con las normas secundarias.<sup>149</sup>

### **3.4.3. Análisis general de las normas.**

Una norma difiere de una orden, entre otras cosas, en que es normativa, plantea al sujeto una exigencia que trasciende la amenaza capaz de hacerla cumplir. Para que una norma sea obligatoria, la persona que la dicta debe tener *autoridad*. Esta autoridad sólo puede provenir de otra norma que ya es obligatoria para aquellos a quienes se dirige. Hart considera que esta es la diferencia entre una ley válida y las órdenes de un prisionero.<sup>150</sup> Para Hart el derecho debe surgir de la conciencia de las personas para acatar motu proprio las normas, sin que tenga que subsistir una agresión psicológica o una amenaza para inducir a la obediencia. Las ideas de orden, hábito, obediencia y amenaza son adecuadas para explicar la situación del asaltante, pero no la práctica social de una comunidad regida por reglas jurídicas.

Teniendo todo esto en cuenta, junto con la existencia de normas secundarias y primarias, Hart ofrece dos posibles fuentes para la autoridad de una norma:

- a) Porque es aceptada. Una norma es obligatoria para un grupo de gente porque este grupo mediante sus prácticas, las acepta

---

149 NINO, op. cit. p, 92.

150 DWORKIN, op. cit., p. 69.

como normas de conducta. Para ello, es necesario que vean tal norma como obligatoria, y la reconozcan como razón o justificación de su propio comportamiento, y como razón para criticar el de aquellos que la incumplen.

- b) Porque es válida. Una norma es obligatoria por ser promulgada de conformidad con alguna *norma secundaria*, que estipule que las leyes así promulgadas son obligatorias. En este sentido utilizamos el concepto de *validez*, una norma es válida si ha sido creada como estipula una norma secundaria.

En las sociedades primitivas no existen más que normas primarias, son obligatorias debido a las prácticas de aceptación. Hart afirma que en estas comunidades no existe propiamente derecho ya que un sistema jurídico se caracteriza por incluir ciertas normas secundarias, y en este tipo de sociedades rigen sólo reglas primarias de tipo consuetudinario. Sus normas serían calificadas como pautas morales, tradiciones, usos sociales, etc., pero no de reglas jurídicas. Cuando una sociedad es más compleja tiende a recurrir a las normas secundarias, lo que dará origen a la *regla de reconocimiento*, necesaria para distinguir qué reglas pertenecen a ese sistema jurídico.<sup>151</sup>

Sólo cuando una sociedad ha llegado a tener una norma secundaria fundamental que estipula de qué manera han de ser identificadas las normas jurídicas nace un conjunto diferenciado de éstas al que se puede denominar derecho.<sup>152</sup>

#### **3.4.4. La norma secundaria fundamental o regla de reconocimiento**

La *regla de reconocimiento* (*Rule of Recognition*) es uno de los elementos más importantes de su teoría, ya que es el instrumento con el que pretende resolver el tema de la identificación del Derecho, es decir, el ordenamiento jurídico que rige en un determinado territorio y de las normas válidas que lo forman. La regla de reconocimiento propuesta por Hart para la identificación incontrovertible y precisa de un sistema de derecho suministra el criterio de autoridad necesario para la eventual aceptación y sumisión de los

---

151 NINO, op.cit., p.p. 105-106.

152 DWORKIN, op. cit., p. 70.

sujetos al conjunto de normas que se dirigen a la regulación de su vida en sociedad. Esta norma supone una profunda reformulación de la doctrina de la norma fundamental de Kelsen, a diferencia del último bajo el prisma de la filosofía analítica del lenguaje, y no del neokantismo.<sup>153</sup> Mientras que la norma fundamental era una hipótesis, la norma de reconocimiento es una norma positiva.

En resumen, el punto de partida de Hart es que los enunciados en que se afirma que alguien tiene un deber jurídico sólo poseen sentido en un contexto social en el que existen ciertas reglas obligatorias compartidas. Por esto, cualquier norma válida puede ser fundamento de un enunciado de deber, pero sólo un fundamento inmediato que remite a un fundamento mediato, ya que su validez deriva de la norma de reconocimiento.<sup>154</sup>

Una norma pertenece a un cierto sistema jurídico cuando su aplicación está prevista por la regla de reconocimiento de ese sistema. La regla de reconocimiento no puede ser válida porque es la norma superior del sistema, por lo tanto, no puede satisfacer las exigencias de validez de otra norma superior. Hart se acerca estrechamente a la concepción de Kelsen en tanto entiende que el criterio de validez jurídica viene de una norma superior en función cual podemos determinar si una norma jurídica pertenece a un sistema determinado y no a otro. Para Hart, la regla de reconocimiento es la única regla del sistema jurídico cuya fuerza obligatoria depende de su aceptación.<sup>155</sup> *"No puede presentarse una cuestión de este tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se le acepta como adecuada para ser usada de esta manera".*<sup>156</sup>

La regla de reconocimiento establece cuáles son las fuentes de producción normativa y cuál es el alcance de las reglas del sistema jurídico. Además, a la vez que dota de unidad y coherencia al sistema jurídico,

---

153 RAMOS PASCUA, op. cit. p. 28.

154 DELGADO PINTO, op. cit. p. 338.

155 DWORKIN, op. cit., p. 70.

156 HART, op. cit., p. 135.

determina cuáles son, en un momento dado, las obligaciones jurídicas válidas y exigibles dentro de la comunidad.

Hart considera que los enunciados de obligación han de fundamentarse en reglas obligatorias compartidas, no en mandatos o imperativos respaldados por la fuerza y reconoce que debe existir una razón suficiente para la existencia de una obligación jurídica. Como hemos dicho, Hart niega que esta razón sea de tipo moral, por ello recurre a las que llama “razones perentorias e independientes del contenido”. Perentoria hace referencia a que no necesita de ninguna otra razón, y es independiente de contenido porque será válida con independencia de la conducta que recoge. En el campo del derecho, las normas jurídicas son fundamento para inferir enunciados de obligación, y estas normas serán válidas por reunir los requisitos que recoge la regla de reconocimiento del sistema. Las normas jurídicas son razones perentorias e independientes del contenido para emitir enunciados de obligación.

La regla de reconocimiento descansa en la práctica convergente de los miembros de la comunidad, en especial jueces y autoridades, que recurren a ella para identificar normas válidas obligatorias.

En cuanto a las razones que pueda tener el juez para aceptar esta regla de reconocimiento, Hart considera que pueden ser de diversos tipos, entre ellas que la considere moralmente aceptable o lo haga para conservar su trabajo. Es, entonces, la práctica institucionalizada la que sustenta la vigencia de ciertos criterios de validez, y aquellas normas conformes a estos, constituyen razones perentorias para la imposición de deberes y obligaciones con independencia de la conducta objeto de su contenido.

Posteriormente, son aceptadas por la mayoría de miembros de un grupo social como guías de conducta y de crítica que se mantienen por las exigencias generales de presión del grupo sobre aquellos que se apartan de ellas. Esta teoría a lo sumo puede ajustarse a aquellas obligaciones que surgen de reglas de tipo consuetudinario en sociedades con sistemas de reglas primarias. No es así en aquellos sistemas jurídicos desarrollados en que existe un poder legislativo y unos tribunales, que es donde existen las reglas secundarias de reconocimiento y cambio. En este caso son reconocidas por los tribunales como reglas válidas del sistema jurídico, sean o no aceptadas por los



miembros de esa sociedad, por satisfacer los criterios de validez provistos por la regla secundaria de reconocimiento aceptada por los tribunales y funcionarios del sistema.

La respuesta que da Hart al interrogante del origen de la obligación de los jueces de aplicar ciertas normas es que surge de una práctica o regla social, desarrollada principalmente por ellos mismos, que establece que las normas que satisfacen ciertas condiciones (como ser dictadas de una forma determinada y por un órgano legislador concreto) son válidas o deben ser aplicadas. Esta práctica social de reconocimiento es a la que Hart denomina como regla de reconocimiento.<sup>157</sup>

### ***Punto de vista interno y punto de vista externo respecto de la regla de reconocimiento***

Hart distingue entre el punto de vista *interno* y *externo* respecto de la regla de reconocimiento. El punto de vista externo es el del mero observador que describe el hecho de que en cierto ámbito rige una determinada regla de reconocimiento que prescribe qué normas deben ser aplicadas. Se trata de un punto de vista descriptivo de las obligaciones desde el que Hart advierte que no se verá toda una dimensión de la vida social.

El punto de vista interno no hace simple referencia a la regla de reconocimiento sino que la usa, se adhiere a ella. Según el jurista este último es el punto de vista adoptado por los jueces y el que se manifiesta en el empleo del lenguaje normativo del derecho, en especial cuando nos referimos a la validez de una regla, en que se formula un enunciado interno que presupone la aceptación de la regla de reconocimiento.<sup>158</sup> El punto de vista interno descubre la normatividad o la validez propiamente dicha, no sólo contemplamos las regularidades de conducta e indicios de lo que sucederá, sino también guías o pautas de comportamiento de su propia conducta y de la del grupo como un todo, es decir, normas.<sup>159</sup> Quien adopta este punto de vista ante las reglas encuentra en ellas la razón o justificación no sólo de su propia

---

157 NINO, op. cit., p. 110.

158 *Ibidem*, p. 112.

159 RODRÍGUEZ PANIGUA, *Ley y Derecho...*, op. cit. p. 15.

conducta conforme a ellas, sino también de las críticas frente a quienes las incumplen.

A su vez, los enunciados hechos desde el punto de vista externo pueden ser de dos tipos diferentes. El primero, cuando como observador sin aceptar las reglas se afirma que el grupo las acepta. El segundo tipo se manifiesta cuando como observador ni siquiera las reconoce para el grupo. Sin embargo, el punto de vista externo, al limitarse a las regularidades observables de conducta, lo que no puede es explicar la manera en que las reglas funcionan para quienes adoptan el punto de vista interno, que normalmente constituye la mayoría de la sociedad. *“Para los que la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una razón para esa hostilidad”*.<sup>160</sup>

Es en el aspecto interno de las reglas donde se encuentra la clave de la concepción de regla social de Hart, que le permite negar su carácter de orden o mandato así como que se trate de meras generalidades o predicciones del comportamiento humano.<sup>161</sup>

De todo ello se desprende la diferencia de enfoques para el intento de establecer la procedencia de la norma básica de Kelsen y la regla de reconocimiento de Hart. El primero realiza un análisis conceptual y abstracto, que supone un razonamiento lógico trascendental que se deriva al terreno histórico, mientras que en Hart se observa una interpretación rigurosamente fáctica que se aleja de explicaciones de carácter conceptual y radica el punto álgido en una mera práctica de aceptación continua y constante que ha supuesto un análisis previo de su conformidad con ciertas pautas establecidas previamente. Por otra parte, Hart excluye en forma radical la concepción de esta regla última y suprema en un plano exterior y alejado de las vicisitudes del sistema de derecho positivo al que fundamentan en su legitimidad y validez. Por el contrario, incluye a esta propia regla de reconocimiento, si no como una norma vigente más, sí como una muestra obvia y necesaria de facticidad en todo régimen de derecho. Kelsen, por su parte, desplaza y remonta la explicación finalística y suprema de la norma básica a un contexto superior y

---

160 HART, op. cit., p.p. 106-113.

161 RAMOS PASCUA, op. cit., p. 117.

ajeno, desprovisto de toda facticidad, que no integra el derecho en el sentido atribuido normalmente a una regla vigente y positiva.

Hart trata de completar su teoría, que dice no ofrecer ninguna explicación de cómo surgen las obligaciones jurídicas de las reglas jurídicas promulgadas. Señala que lo necesario para establecer obligaciones no es simplemente que las reglas sean apoyadas de hecho por una presión social sino que *se debería mayoritariamente* aceptar que estas reglas son respuestas legítimas a las desviaciones. De esta forma la presión social no es simplemente una consecuencia predecible sino una consecuencia normativa porque ha sido legitimada de este modo. *“En los términos de mi nueva teoría, las obligaciones jurídicas existen cuando las demandas y las presión social están legitimadas por reglas jurídicas positivas, mientras que las obligaciones morales existen cuando están legitimadas por reglas o principios morales. Aunque lo que es jurídicamente obligatorio puede ser también y es a menudo moralmente obligatorio, sus conexiones, cuando sucede así, no son necesarias ni conceptuales, sino contingentes”*.<sup>162</sup>

Hart afirma así la normatividad del derecho sin necesidad de recurrir al orden moral, y establece un concepto de obligación jurídica como verdadera obligación diferente de la obligación moral, pues carece de importancia la valoración moral que hagamos sobre la conducta que constituye el contenido de la obligación.

En definitiva, Hart concibe el Derecho como una estructura o combinación de reglas primarias y secundarias determinables a partir de fuentes sociales (la regla de reconocimiento) y discernible así de la moral. Las lagunas de esta estructura se ven completadas mediante el ejercicio por parte de los jueces de su poder de crear Derecho.<sup>163</sup>

#### **3.4.5. La validez jurídica**

Hart entiende por validez la existencia de las normas dentro del orden jurídico, su pertenencia al sistema jurídico por cumplir los requisitos o criterios previstos por la regla de reconocimiento. Igual que sucedía en la teoría de

---

162 J.R. de PÁRAMO: *Entrevista a H.L.A. HART*, “Doxa” (Cuadernos de filosofía del derecho) (1988), 5, p.p. 343-345.

163 RAMOS PASCUA, op. cit., p. 116.

Kelsen, validez y sistema jurídico son dos conceptos íntimamente vinculados.<sup>164</sup>

#### 3.4.6. Críticas a Hart

Esta construcción de Hart ha sido criticada por varios autores como N. Bobbio y H. Eckman, que señalan la ambigüedad de Hart respecto a la aceptación de la regla obligatoria.

Para Hart los enunciados de obligaciones sólo tienen sentido en un contexto de cooperación en el que se comparten unas reglas obligatorias. Este es un planteamiento similar al de Kelsen, que consideraba que el deber jurídico, en tanto representa una vinculación normativa, no puede fundamentarse en meros mandatos o imperativos sino que sólo puede derivar de normas objetivamente válidas que, en último término, se fundamentan en una norma básica presupuesta. Hart rechaza este concepto de norma básica presupuesta y lo sustituye en su teoría por la aceptación de la regla obligatoria, que es un hecho social que implica una actitud precisa de la conciencia de adoptar la regla como fundamento de derechos y obligaciones en la vida en común. Y para Hart, la prueba de que hemos aplicado una regla aceptada como obligatoria es que *si* nuestra conducta es impugnada estamos dispuestos a justificarla haciendo referencia a aquélla.<sup>165</sup>

A juicio de Delgado Pinto, parece necesario que la aceptación de esta regla obligatoria se base en razones con pretensión de validez intersubjetiva, algo que niega Hart, que considera que en el campo del derecho basta con que se trate de normas válidas. Como normas válidas que son, constituyen razones para la acción que son independientes de la concreta conducta que exigen, y son perentorias, porque excluyen la necesidad de otra razón ulterior.<sup>166</sup>

La aceptación de la regla básica nos vincula a considerar las normas válidas como fundamento de deberes y obligaciones sin necesidad de recurrir a otras razones, y sin necesidad de valorar la conducta que imponen como

---

164 *Ibidem*, p. 22.

165 HART: op. cit., p. 174.

166 DELGADO PINTO: op. cit., p. 347

obligatoria. Esto es así porque las normas jurídicas satisfacen los criterios de validez que integran la regla de reconocimiento.

En cuanto a la regla de reconocimiento, debemos delimitar las condiciones que deben darse para considerar que ésta es válida. Aquí Hart recurre a la aceptación que se manifiesta en la práctica de jueces y autoridades de utilizar criterios comunes de validez en su actividad como profesionales del derecho. Al respecto, Delgado Pinto opina que aunque esta práctica sea conscientemente asumida, no es más que un mero hecho sustentado en un acuerdo tácito, y un acuerdo tácito no puede ser suficiente fundamento para justificar conductas o convertir una práctica de hecho en una regla obligatoria como es la regla de reconocimiento. Debe existir una razón para aceptar esta práctica convergente de jueces y autoridades que permita considerarla una regla obligatoria. Hart considera que las razones que puede tener un juez para aplicar las normas pueden ser de muy diverso tipo, como considerar que puede beneficiar a su carrera profesional. Delgado Pinto señala que se equivoca Hart hablando de razones en el sentido explicativo y no justificativo. Una razón de tipo explicativo nos habla del motivo subjetivo, y los motivos subjetivos son irrelevantes a la hora de justificar conductas. Tampoco una razón meramente prudencial puede servir de fundamento a una conducta de los jueces que afecta a los derechos y deberes de otras personas, un juez no puede pretender justificar intersubjetivamente su conducta alegando a una de estas razones. Finalmente, al no haber razón jurídica a la que apelar, ya que la regla de reconocimiento es la regla última del sistema, considera Delgado Pinto que sólo se puede recurrir a una razón moral como fundamentación coherente de los jueces y autoridades al aceptar y usar la práctica común como regla vinculante para justificar esta conducta.

Hart también desarrolla su planteamiento en polémica con otros autores como R. Dworkin, que afirma que no hay distinción entre deberes jurídicos y deberes morales, y considera a los primeros una subcategoría de los segundos. Hart considera que el fundamento de este pensamiento en Dworkin se debe a su propia concepción del Derecho, que se ve influida por el orden moral. Los principios de moral política implícitos en las instituciones y normas válidas de un sistema jurídico constituyen parte integrante de éste.

Otro autor con el que polemiza es J. Raz, que construyó una teoría de las normas como razones para la acción. Respecto a su concepto de deber jurídico, decir que una persona tiene la obligación de realizar una determinada conducta implica la existencia de una razón para que esa persona lleve a cabo dicha conducta. Los enunciados de deber jurídico que lleva a cabo un juez cuando dice que una persona tiene el deber jurídico de realizar una conducta han de fundamentarse en una razón moral. Hart rechaza esta doctrina por considerarla un análisis cognitivista de los enunciados normativos de deber exigiendo una razón objetiva como fundamento de los mismos. También critica que como resultado no se pueda establecer una diferenciación entre obligaciones jurídicas y obligaciones morales, lo que implica apartarse del positivismo ya que abandona la separación conceptual entre moral y derecho.

#### **4. CONCLUSIONES**

A pesar de que la filosofía del Derecho ha realizado importantes esfuerzos por determinar la existencia, estructura y fundamento del deber u obligación jurídica, finalmente ha fracasado a la hora de elaborar una teoría que no dejara espacio a críticas fundamentales. Por un lado, las teorías que identifican deber jurídico y deber moral fallan a la hora de dotar de autonomía al primero y recurren a identificarlos. El derecho no produce verdaderos deberes si no está respaldado por la Moral. Siendo el Derecho un sistema normativo heterónomo y coactivo, acaban recurriendo a hechos psíquicos o a la conciencia para fundamentar su obligatoriedad, lo que en cierto modo equivale a defender la idea de la existencia de un deber moral o ético de obediencia al Derecho, y a la ausencia de un concepto de deber jurídico que sea consecuencia normativa de los preceptos jurídicos, y que esté totalmente desvinculado de la moral. Por otro lado, se encuentran aquellas corrientes filosóficas que cimientan su concepción de obligatoriedad jurídica sobre la base de la estricta separación entre Derecho y Moral, que encuentran problemas para justificar la propia existencia de deberes en el ámbito jurídico, al recurrir como fundamento a un mandato o imperativo normativo. Para éstas, la noción de deber jurídico gira en torno a la idea de compulsión producida por la

posibilidad de una sanción. Esta coactividad, según las objeciones de sus opositores, puede fundamentar la observancia de una conducta pero no el deber de observarla.

No es hasta la *Teoría Pura del Derecho* de Kelsen que no ha surgido un concepto de deber jurídico totalmente independiente de la moral. Kelsen logra establecer la obligatoriedad del Derecho en el mismo orden jurídico, sin necesidad de recurrir a otro orden normativo. El deber jurídico consiste en una vinculación normativa de la voluntad, es la propia norma jurídica subjetivizada. Decir que una persona tiene un deber de realizar cierta conducta, significa que a esa persona le es aplicable una norma válida que establece que esa conducta debe ser. A su vez, una norma será válida si deriva en último término de la norma fundamental del sistema. A través de esta norma, Kelsen fundamenta la validez del Derecho en el propio Derecho y consigue aislarlo de otros órdenes normativos como la moral. Esta separación de órdenes normativos como el Derecho y la Moral tiene su origen en el método de Kelsen, en el que sólo lo jurídico puede fundar y validar lo jurídico, no otro orden como el moral. Kelsen no niega la existencia de sistemas jurídicos justos o injustos, sino su relevancia para la ciencia del Derecho.

A pesar de esta separación radical entre el Derecho y la Moral, que trata de reflejar en sus nociones de deber jurídico y deber moral, se ha considerado que su concepción del Derecho como sistema de normas vinculantes obligatorias implica un concepto de deber jurídico todavía ligado al sentido tradicional o ético de deber como vinculación de la voluntad de los súbditos por la norma. En este sentido, señalan a su concepción de validez como la existencia como tal de la norma o el reconocimiento de su fuerza obligatoria por los sujetos cuyas conductas regula.

Además, precisamente el criterio último de validez normativo, la norma fundamental, ha sido una de las cuestiones que ha generado más debate entre sus críticos, y es que dice que ella es, entre otras, una “ficción necesaria” o “presupuesta”, con lo que deja en evidencia su carácter impreciso. Imprecisión que, por cierto, también se achaca a su concepto de deber en general y de deber jurídico en particular. Esta imprecisión a toda su teoría es la que ha

supuesto las mayores objeciones, en gran parte debido a la “*pureza metódica*” que le obsesiona en el estudio de la Ciencia jurídica.

La teoría de Hart, con claras influencias kelsenianas, también considera que el deber jurídico supone una vinculación normativa, en concreto, la existencia de una norma general aplicable a una persona particular cuando su caso queda comprendido por esta norma. A su vez, para que una norma sea válida debe cumplir los requisitos de la regla de reconocimiento del sistema, que surge de una práctica uniforme por parte del grupo o aceptación común. En este sentido, Hart se acerca a la concepción de Kelsen en tanto entiende que el criterio de validez jurídica viene de una norma superior en función de la cual podemos establecer si una norma jurídica es parte de un sistema jurídico determinado con independencia de la adecuación de su contenido a la Moral. Esta regla de reconocimiento descansa en la práctica convergente de los miembros de la comunidad, en especial jueces y autoridades, que recurren a ella para identificar normas válidas obligatorias.

Mientras que Kelsen desplaza la procedencia de la norma básica a un contexto superior y desprovisto de facticidad, Hart trata de solucionar con su teoría las objeciones que generaba la norma fundamental del anterior, e incluye la norma de reconocimiento como una norma vigente y positiva más, integrante del ordenamiento jurídico. Pero no logra librarse de controversia, principalmente respecto a su reconocimiento o aceptación por jueces y autoridades, en la que algunos ven la rendija por la que se filtra la moral.

En cualquier caso, lejos de estar superado, el debate en torno a sus respectivas doctrinas sigue siendo de gran importancia para la Filosofía del Derecho actual, ya que hasta la fecha ninguna teoría doctrinal ha conseguido dar una solución satisfactoria al problema de la validez del Derecho ni a la delimitación de este orden normativo con respecto a la moral.





## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- CASTRO Y BRAVO, Federico de: *Derecho civil de España. 1, Parte general. Libro preliminar, Introducción al derecho civil I*, (2ª ed.) Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1949.
- CORTINA, Adela: *Sobre “La Obediencia al Derecho” de E. Fernández*, en *AFD*, V, 1988, p.p. 513-522.
- DELGADO PINTO, José: *El deber jurídico y la obligación moral de obedecer el Derecho en Estudios de Filosofía del Derecho*, Madrid, CEPC, 2006.
- DÍAZ, Elías: *De la maldad estatal y la soberanía popular* (1ª ed.), Madrid, Debate, 1984.
- DÍEZ ALEGRÍA, José M.ª: *Ética, Derecho e Historia*. (2ª ed.), Madrid, Razón y Fe, 1963.
- DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio* (2ª ed.; trad. Marta Gustavino), Barcelona, Ariel S.A. 1989.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio: *La obediencia al Derecho*, Madrid, Civitas, 1987.
- GONZÁLEZ VICÉN, Felipe: *La obediencia al derecho en sus Estudios de Filosofía del Derecho*, Santa Cruz de Tenerife, Universidad de La Laguna, 1979, p.p. 365-398.
- HART, H. L. A.: *El Concepto de Derecho*, (2ª ed.; trad. Genaro R. Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- KELSEN, Hans: *¿Qué es justicia?* (7ª ed.; trad. A. Calsamiglia), Barcelona. Ariel, 1991.
- KELSEN, Hans: *La Teoría pura del Derecho* (2ª ed., 2ª reimp.; trad. Roberto J. Vernengo), México, UNAM 1982.
- KELSEN, Hans: *Teoría General del Derecho y del Estado* (2ª ed., 2ª reimp.; trad. Eduardo García Máynez), México, UNAM, 1979.
- LARENZ, Karl: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (2ª ed., 4ª reimp.), Barcelona, Ariel, 2010.

- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: *Filosofía del Derecho* (4ªed.), Barcelona, Bosch, 1975.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis: *La obligatoriedad jurídica*, en AFD, I, 1953, p.p. 5-90.
- NINO, Carlos Santiago: *Introducción al análisis del Derecho* (9a ed.) Barcelona: Ariel, 1999.
- PÁRAMO, J.R. de: Entrevista a H.L.A. HART, "Doxa" (Cuadernos de filosofía del derecho) (1988), p.p. 339-361.
- RAMOS PASCUA, José Antonio: *La Regla de Reconocimiento en la Teoría Jurídica de H. L. A. Hart: un intento de configuración del Derecho como sistema normativo autónomo*, Madrid, Tecnos, 1989.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M<sup>a</sup>: "*Hans Kelsen: La Teoría pura del Derecho*", en *Historia del pensamiento jurídico 2. Siglos XIX y XX* (6ª ed.), Madrid, UCM, 1988.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, José M<sup>a</sup>: *Ley y Derecho*. (1ª ed.), Madrid, Tecnos, 1976.
- ROSS, Alf: *El concepto de validez y otros ensayos* (1a ed.; trad. Genaro R. Carrió y Osvaldo Paschero), Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969.
- ROSS, Alf: *Sobre el Derecho y la Justicia* (5ªed.; trad. Genaro R. Carrió), Buenos Aires, EUDEBA S.E.M., 1994.