

Curso de verano Derecho y Conciencia

**LA OBLIGACIÓN  
MORAL DE OBEDECER  
AL DERECHO**

*Andrés OLLERO*

*Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

## LA OBLIGACIÓN MORAL DE OBEDECER AL DERECHO<sup>1</sup>

Andrés OLLERO

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

La arrogante afirmación positivista de que sólo es derecho el derecho positivo resulta, a mi modo de ver, asumible también desde puntos de partida que no tengan inconveniente en reconocer la existencia de exigencias jurídicas derivadas de la propia naturaleza humana. Jugando con el relativo acercamiento hacia esta postura que caracterizaría al llamado *positivismo incluyente*, cabría recurrir para identificarla al término *iusnaturalismo incluyente*. Habrá quien, dada mi resistencia a negar validez jurídica a la ley injusta, considere que tal postura sería más bien, a fin de cuentas, positivista. Mantengo que, tanto el derecho positivo como su inevitable proceso de positivación, reposa sobre una triple referencia -a la justicia objetiva, a la institucionalización formal y al arraigo social-, pero reconocer identidad jurídica a una norma sea cual sea su referencia a la justicia, podría equivaler a privilegiar el segundo aspecto hasta convertirlo en decisivo. Tendrían razón los positivistas, que reducen la validez jurídica a un formalismo institucionalizado; mientras, la vigencia fáctica se limitaría a detectar una cuestión -el impacto sociológico de la norma- tan metajurídica como lo sería el posible enjuiciamiento de su justicia, que no implicaría a su vez sino una evaluación moral.

Me parece más acertado sugerir, por el contrario, que negarse a identificar como jurídica una ley injusta, pese a reunir los exigibles requisitos de formalización institucional, sería tan absurdo como negarse a identificar como jurídicos los derechos derivados de la naturaleza humana, por el hecho de no reunir cumplidamente tales requisitos. La ley injusta es derecho, pésimo derecho quizá; como los derechos humanos son jurídicos, pírricamente jurídicos quizá, si carecen de toda institucionalización formal.

---

<sup>1</sup> Estas reflexiones encuentran su contexto en nuestro libro *El derecho en teoría* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, The Global Law Collection, 2007.

## 1. LEY INJUSTA E INCONSTITUCIONALIDAD FÁCTICA

La situación examinada dista de ser insólita, por más que pueda parecerlo desde el prejuicio formalista del positivismo jurídico; o, también, desde un planteamiento iusnaturalista tan ajeno a la realidad como para afirmar que ni las leyes divorcistas, ni las despenalizadoras del aborto en determinados supuestos, ni las que reconocen la existencia de nupcias homosexuales serían jurídicas, por mucho que se hayan publicado en un Boletín Oficial. Si ello fuera cierto, al final no sabríamos si, al hablar del derecho, nos referimos a las normas jurídicas realmente en vigor o a las que idealmente deberíamos haber positivado; esto nos retrotraería a un debate tan anticuado como de escaso fundamento. Para el poco sospechoso Tomás de *Aquino*\*, "la ley humana tiene razón de ley sólo en cuanto se ajusta a la recta razón" -lo que le permitía afirmar "que procede de la ley eterna"-, al ocuparse luego de una "ley inicua", que no tendría "carácter de ley, sino más bien de violencia", no duda en aceptar que "conserva alguna semejanza de ley, ya que está dictada por una potestad constituida, y en ese sentido también emana de la ley eterna"<sup>2</sup>.

Aún más fácil de asumir será nuestra propuesta si comparamos ese reconocimiento de identidad y validez jurídica a la ley injusta con el reconocimiento similar que recibiría una ley que de hecho (pero no formalmente) vulnerara la Constitución.

Para cerciorarse de que esta hipótesis no es extravagante, basta armarse de impasibilidad estoica y releer la sentencia del Tribunal Constitucional español, que aborda la reforma del originario sistema de elección de los jueces miembros del Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ). Que dicha sentencia no ha contribuido demasiado a prestigiar al citado Tribunal está fuera de discusión; pero no por ello es menos jurídica que las demás. Se plantea si el artículo 112 (entre otros) de la española Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial vulnera o no la Constitución; lo que equivale a preguntarse si tal norma goza de validez en todos sus extremos, que habrían de verse en consecuencia reconocidos como jurídicos.

---

<sup>2</sup> *Summa Theologica* I.II, q. 93, art. 3, ad 2. Cito por la edición de Madrid, BAC, 1956, t. VI, págs. 95-96.

La polémica reforma consistió en evitar que los doce jueces que -de acuerdo con la Constitución- acompañarán a otro ocho juristas Vocales del Consejo, fueran elegidos por sus compañeros, para transferir tal prerrogativa a las Cortes Generales. El Tribunal considera claro el designio de la Constitución española de que "la composición del Consejo refleje el pluralismo existente en el seno de la sociedad y, muy en especial, en el seno del Poder Judicial. Que esta finalidad se alcanza más fácilmente atribuyendo a los propios Jueces y Magistrados la facultad de elegir a doce de los miembros del CGPJ es cosa que ofrece poca duda". Indica a la vez que con la reforma propuesta "se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atienden sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial"<sup>3</sup>.

Que es esto lo que *de hecho* ha ocurrido no creo que esté fuera de duda. El Tribunal tampoco parece opinar lo contrario, al dejar sentado que "la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la Norma constitucional, parece aconsejar su sustitución". La afirmación no deja de ser notable, ya que sugerir que una ley deba ser sustituida va bastante más allá de la competencia de mera *legislación negativa* que se atribuye al control de constitucionalidad. El Tribunal sí satisface de modo escrupuloso el *principio de conservación de la norma*. De ahí que afirme respecto a ella que incluso un riesgo tan probable "no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución. Ocurriendo así en el presente caso". Que la tal interpretación resulte realmente sicodélica es otra cuestión...

El Tribunal Constitucional español entra pues de lleno en el debate teórico,

---

<sup>3</sup> STC 108/1986, de 29 de julio, F.13.

patentando inopinadamente una novedosa circunstancia: la *inconstitucionalidad fáctica*, que podemos considerar equivalente a la de la ley injusta. En ésta, nos encontramos ante una norma que, pese a su desconocimiento de exigencias materiales de la justicia objetiva, reúne los requisitos formales capaces de institucionalizarla; en el nuevo supuesto, la dimensión fácticamente consolidada de una norma le atribuye un contenido que fue institucionalmente declarado rechazable por vía de hipótesis, aunque no llegara a verse formalmente invalidado.

Afirmar que la fáctica vigencia, en términos inconstitucionales, del contenido de una norma formalmente no invalidada por el responsable institucional de enjuiciarla, sería razón suficiente para considerarla falta de validez jurídica, supondría privilegiar la dimensión sociológica de modo tan extremo como cuando negamos tal validez a la ley injusta. Pero pretender que la actual regulación del CGPJ español es derecho tan positivo como cualquier otro aspecto de su ordenamiento jurídico equivale a defender un concepto de derecho positivo para el cual resulta irrelevante que una ley, al desarrollar la Constitución, respete o no de hecho su contenido. A la luz de tal concepto, no tendría mayor importancia que un juez, públicamente promovido por un sector de dicho Consejo, se vea en adelante acompañado por un halo de vinculación política que arruinaría su *independencia objetiva*. Y ello pese al énfasis con que la defienden tanto el Tribunal Constitucional español como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Que no se haya atendido adecuadamente la llamativa sugerencia de sustitución, supone una notable falta de lealtad constitucional por parte del Legislativo español. De hecho, cuando posteriormente retocó el sistema, no subsanó tan grave deficiencia, sino que simplemente complicó el proceso, de modo que el resultado resultara similar pero por vías menos provocativas. Desterró así una larga y enconada polémica interpartidista, pero los jueces continúan tan lastimados en su independencia objetiva como antes. Considerar todo ello jurídicamente irrelevante convertiría en papel mojado nuestros encomiados sistemas constitucionales. No tiene mucho sentido esforzarse por evitar que la conexión entre el Poder Judicial y el Ejecutivo pueda restar apariencia de independencia a los jueces, que es lo que justifica en España la existencia del CGPJ como órgano constitucional, si se acaba

luego desfigurando de tal modo el procedimiento previsto para elegir a sus miembros que el, fácilmente previsible, reparto en cuotas entre los partidos mayoritarios agudiza aún más esa imagen de dependencia.

## 2. UN MISTERIOSO CONCEPTO DE OBLIGATORIEDAD JURÍDICA

Consideraciones similares cabría desarrollar, si vamos evocando situaciones en las que lo jurídico se ve privado de alguno de los tres elementos ya señalados.

El intento de la opción formalista institucional por erigirse en elemento decisivo y suficiente para homologar al derecho positivo tiende a apoyarse en un autosatisfecho concepto de *obligatoriedad*. La validez jurídico-formal generaría una obligación propiamente jurídica; al margen de que uno u otro código moral la suscriba o no, y con independencia del eco que tales códigos puedan tener en la vida social. Tan rotunda afirmación parece producir efectos tranquilizadores, que una notable figura positivista española ha atribuido a "la configuración mental de la burguesía capitalista; una clase que, al perder la fe en su destino histórico, ha perdido también el hábito de las decisiones éticas". El rigor y la racionalidad invitarían a analizar en qué puede consistir dicha obligación.

Para el mismo Felipe González Vicén<sup>4</sup>, remitiéndonos al "aparato coactivo del Estado" se nos brindará una explicación factual de "las causas de este cumplimiento", pero no una justificación. Si se sugiere que esa actitud "acarrea más ventajas", estaríamos ante "una razón final disfrazada de utilidad o conveniencia". En realidad "no hay *obligación* en su sentido estricto, es decir en su sentido ético". "El derecho no puede crear obligaciones, porque el concepto de obligación y el de un imperativo procedente de una voluntad ajena y revestido de coacción son términos contradictorios". De ahí que, en sentido estricto, no habría obligación de obedecer al derecho; no porque no haya fundamento para ello, sino porque no consistiría en una "obligación ética". "El esquema de conducta exigido en la norma jurídica lo que nos dice son las consecuencias que tiene para

---

<sup>4</sup> *La obediencia al derecho*, en "Estudios de filosofía del derecho" La Laguna, Facultad de Derecho, 1979, págs. 397, 366 y 386 a 388.

la persona o para el patrimonio su infracción, pero no, en un sentido ético, que debamos cumplirlo; como no hay una obligación ética de cumplir los usos y convencionalismos sociales". En resumen, "mientras que no hay un fundamento ético para la obediencia al derecho, sí hay un fundamento ético absoluto para su desobediencia", desde determinadas perspectivas morales.

Desde un punto de vista formal, una norma jurídica lo único que establece es que a la realización de una determinada conducta corresponderá una determinada respuesta del ordenamiento jurídico: de modo frecuente, una reacción inmediata o mediatamente sancionadora. Ahí queda todo; lo que las más de las veces querrá decir que todo quedó en nada. La obligatoriedad del semáforo en rojo a las cuatro de la mañana para el peatón que tiene la precaución de otear el horizonte en zona despejada, salvo que se llame Immanuel Kant, es perfectamente describable. Se nos podrá decir que esa evanescencia ocasional de un ordenamiento periódicamente fuera de servicio no lleva consigo mayores consecuencias.

Quizá no quepa decir lo mismo cuando el ordenamiento jurídico contempla en términos formales la sanción de comportamientos que puedan resultar discriminatorios, por razón de sexo, religión u otra circunstancia equivalente. Una interpretación neutra de la norma llevaría a limitarse a descartar cualquier propuesta de trato injustificadamente desigual, en términos jurídico-formales; ni la valoración moral que dicho trato merezca ni el impacto sociológico real de la desigualdad tendrían relevancia jurídica. Está archicomprobado que ello llevaría a privar de toda eficacia al modelo que, por vía institucional, se pretende establecer con carácter obligatorio. Como el derecho no es mera forma, los propios textos normativos acaban provocando vías de entrada para exigencias propiamente jurídicas, aunque no formalizadas de modo explícito; ello llevará a que se vean impropriadamente calificadas como *morales*. Lo mismo ocurrirá cuando datos sociológicos denuncian, con obvia relevancia jurídica, una desigualdad formalmente inadvertida. Sirva de arquetipo el mandato del artículo 9.2 de la Constitución Española (en adelante CE), con su incitación a promover condiciones (no expresamente establecidas en la norma) y remover obstáculos (no explícitamente identificados por ella) para poner freno

a una desigualdad previamente existente pero formalmente inexpresable.

La prestación para guarderías, establecida en su día para toda mujer con hijo menor de seis años, resultó elocuente al respecto. Desde un punto de vista formal -artículo 14 CE mediante- parecía netamente discriminatoria para el varón con hijos a su cargo, al privársele de tal apoyo. Si se argumentara que sólo la mujer tenía *derecho* a recibirla, por ser ella la encargada de cuidar a los vástagos, surgiría inevitablemente no sólo una condena moral sino también el reproche (obviamente jurídico-constitucional) que merece todo intento de consolidar un rol sociológico de la mujer netamente discriminatorio.

Tras descartar estas dos vías de respuesta, el Tribunal Constitucional español acabará apoyándose en algo tan escasamente jurídico-formal como la Encuesta de Población Activa, para reconocer la relevancia jurídica (y no meramente sociológica) de que "la tasa de actividad de la población femenina mayor de dieciséis años sea de un 29,1 por 100 considerablemente inferior a la de la población masculina (68,4 por 100, mucho más del doble)"<sup>5</sup>. Lo hace pese a que la norma no indicaba nada al respecto. Descartando neutros formalismos, considera jurídicamente preceptivo -buenos deseos morales aparte- neutralizar esa desigualdad efectivamente existente, con el convencimiento de que es a eso a lo que el derecho positivo (aunque no explícitamente puesto) obligaba. Empeñarse en que el derecho obliga a lo formalmente puesto, sin relevancia alguna de aspectos ético-materiales -por vía directa o por su emergencia en una metasociológica *realidad social*- es condenarse a desfigurar el derecho positivo, describiéndolo como no es.

Cuando se califica como *obligatoriedad jurídica* lo que no sería sino *capacidad de hacerse obedecer*, la presunta obligatoriedad queda reducida a mero cálculo estratégico racio-finalista. Nadie estaría realmente obligado a cumplir la norma, si no lo animan a ello estrategias pragmáticas que puedan derivar de un cálculo sobre la *probabilidad de verse afectado* por su acompañamiento sancionador. Para superar este planteamiento, habrá que admitir la entrada en juego de elementos ético-materiales, que -como hemos visto- no tienen un contenido meramente moral sino estrictamente jurídico.

Asunto distinto es que, si bien lo que se nos exige es jurídico, por plantearse en

---

<sup>5</sup> STC 128/1987, de 16 de julio, F.5.

razón de estricta justicia, precisamente por esto llegará a generar una *obligación moral*. El derecho positivo no se expresa como tal sin asumir exigencias -jurídicas- de justicia; ello le llevará a verse positivamente reforzado por una auténtica obligatoriedad que no puede ser sino moral. El derecho en su dimensión meramente *formal* no genera en realidad obligación alguna; los *contenidos* jurídicos, incluso si no llegan a verse formalmente homologados, sí activan una obligatoriedad, moral por supuesto. La clásica 'opinio iuris', capaz de hacer reconocer como jurídico un contenido no formalmente homologado como tal, no era sino expresión de la obligatoriedad moral asumida socialmente a la hora de cumplir determinadas exigencias, en razón precisamente de reconocerlas fácticamente como jurídicas. Empeñarse en descartar elementos de justicia no formalizados, o convertirlos en acaecimientos ocasionales, equivaldría a defender una presunta obligatoriedad jurídica de ignoto contenido. Las exigencias de justicia nos ayudan pues a expresar interpretativamente el derecho positivo y lo convierten a la vez en obligatorio, del único modo en que puede serlo. Esa obligatoriedad moral alimentará una eficacia social que evitará que el derecho positivo se convierta en letra muerta.

Es preciso deslindar pues el *contenido* de la conducta obligada, que será siempre jurídico, de la *razón* que facilitará que logre *obediencia*, que será las más de las veces moral; sin perjuicio del acompañamiento de ocasionales estrategias pragmáticas. Quien se considera moralmente obligado a ejercitar la virtud de la justicia, pretenderá dar a cada uno lo suyo; será el derecho el que le indique el contenido de la conducta obligada. Tal indicación será más o menos acertada, en razón de consideraciones estrictamente jurídicas relativas al objetivo ajustamiento de las relaciones sociales. Tanto estas normas jurídicas como otras que no se traducen de modo directo en dictámenes tales merecen, en la medida en que se integran en un ordenamiento que los hace viables, una razón -al menos genérica- de obligatoriedad moral. El propio Tomás de Aquino, en línea con la doctrina aristotélica, señala cómo "el mero cambio de una ley es ya en sí mismo un perjuicio para el bien común, porque la costumbre ayuda mucho al cumplimiento de las leyes"; "de ahí que no deba modificarse la ley humana sino cuando se favorezca el bien común por una parte lo

que por otra se le perjudica"<sup>6</sup>.

La presunta obligatoriedad jurídica, desprovista de referencias a la justicia, acabaría reducida a un mero cálculo estratégico de escasa relevancia. Si el ordenamiento jurídico se viera compelido a suplir con el uso de la fuerza el vacío o resistencia moral generado por su jurídica injusticia, se condenaría a la autodestrucción. La llamada obligatoriedad jurídica aparece como un mero espejismo. Sólo cuando a la identificación formal se une la legitimidad ético-material que deriva de su vinculación a la justicia puede darse por existente una efectiva obligación, que encontraría el frecuente apoyo de una desinteresada obediencia social. Falta de esa legitimidad, que va mucho más allá de la mera validez formal, la norma tendrá que sustituir el *obligar* por un *forzar*, dando entrada a la sanción en términos suficientemente efectivos como para generar una siempre problemática obediencia social interesada.

### 3. DISCREPANCIA JURÍDICA Y DESOBEDIENCIA MORAL

Resulta obvio que el ciudadano no siempre verá reflejado en el ordenamiento su concepto de justicia. Lo que se produce con ello no es una discrepancia moral sino propiamente jurídica; es el concepto de justicia y la determinación de sus exigencias lo que está en juego. Asunto distinto es que, muy probablemente, tal discrepancia jurídica pueda generar una relevante reacción moral.

Una posible actitud será considerar que la injusticia que se ha establecido no es de grado tal como para doblegar la genérica obligatoriedad moral que el ordenamiento, por su global vinculación jurídica con la justicia, merece. Este *conformismo* moral, compatible con la discrepancia jurídica, puede acabar resultando coincidente con actitudes acomodaticias que inclinan sin más a inhibirse y eludir cualquier riesgo de sanción.

Puede, por el contrario, ocurrir que esa discrepancia jurídica -entre la captación subjetiva de la justicia objetiva y la llevada a cabo en el ámbito formalmente institucionalizado- sea tal que el ciudadano se considere moralmente obligado a negar obediencia a la ley. Podrá recurrir para ello a la *objeción de conciencia*, suscitando un trato

---

<sup>6</sup> *Summa Teologica* I.II, q. 97, art. 2; edición citada, t. VI, pág. 196.

excepcional que le permita satisfacer las exigencias morales que su conciencia le plantea en defensa de su jurídico concepto de justicia. El reconocimiento de ese *derecho* -a cuya deseable configuración legal ya me he referido- es una prueba más de en qué medida los planteamientos ético-materiales de justicia forman parte del derecho mismo. La ley se ve emplazada -en aras de la justicia y no de una mera tolerancia- a dejar espacio a diseños de bien común diversos del que ella misma ha asumido.

Todo ello constituye inicialmente una muestra saludable de implantación de la justicia, evitando extremar las exigencias éticas jurídicamente planteadas y esforzándose por asumir la mayor variedad de perspectivas. El incremento masivo de las peticiones de objeción, por vía más o menos formal, marcaría por el contrario una discrepancia jurídica tan notoria como para poner en riesgo el ordenamiento mismo. La excepción generalizada se convertiría en regla y las normas tropezarían con una falta de arraigo social, capaz incluso de generar una letal *desuetudo*. Puede incluso que, en defensa del ordenamiento, resultara obligada una ponderación que restringiera, por vía legal, el ámbito de objeción; esto no haría sino enconar la discrepancia jurídica y lesionar la legitimidad social del derecho puesto. Estimar que todo ello pertenece a un discurso metajurídico sería simplemente disparatado.

El efectivo bloqueo de la posibilidad de objetar llevaría inevitablemente a la *desobediencia civil*. Ésta puede entrar también en juego por un segundo motivo: cuando la discrepancia jurídica sea tal que el ciudadano se considere moralmente obligado, no sólo a incumplir personalmente la norma por vía meramente excepcional, sino a contribuir decididamente a su desaparición o reforma con carácter general, recurriendo para ello a vías exclusivamente jurídicas. En uno u otro caso, se considerará de modo paradójico moralmente obligado a asumir las consecuencias del incumplimiento de la norma. Exhibiéndose públicamente como sancionado en aras de una disposición injusta, contribuirá como mártir civil a cuestionar el concepto de justicia legalmente establecido, socavando su legitimidad. La actitud de los españoles *insumisos*, con su difundido rechazo del servicio militar y de sus alternativas, acabó resultando por vía de presión social claramente relevante, llegando a provocar al menos indirectamente su desaparición.

#### 4. LA SOCIEDAD COMO ESCENARIO DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA

Aunque entre los *realistas escandinavos* no faltó quien jugara esa carta, no resulta fácil intentar reducir lo jurídico al tercero de los elementos señalados. El *arraigo social* será sin duda relevante, pero el que una conducta llegue a hacerse habitual o cuantitativamente frecuente no sólo no la convertirá de modo necesario en jurídica sino que incluso podrá provocar el nacimiento de una norma jurídica capaz de contrarrestarla. La generalización de la evasión fiscal, por ejemplo, lejos de convertirla en norma jurídica, provocará la puesta en marcha de nuevas normas que le pongan freno. Una vez más, confluyen los tres elementos de lo jurídico. Es un determinado concepto de justicia lo que llevará a no asumir formalmente la evasión fiscal, como será también una *opinio iustitiae* (rotulada como *iuris*) la única capaz de convertir el mero uso social en costumbre jurídica. Por otra parte, el escuálido papel actual del derecho consuetudinario, si le falta un -directo o indirecto- refrendo formalmente institucionalizado, es de sobras conocido.

El influjo de la vigencia social de las normas resultará sin embargo particularmente relevante. La pregunta habitual de si una *norma* jurídica se halla o no *en vigor* desborda la mera validez formal. La perspectiva de justicia asumida por una norma formalmente válida se ve positivamente consumada cuando esa legitimidad resulta socialmente refrendada. Nos hallamos así ante un derecho plenamente positivo. Sólo los reparos procedentes de concepciones de justicia distintas de la que encierra podrían quebrar ese idílico cuadro, aunque siempre a condición de que una eventual desobediencia civil encuentre eco social. La mera objeción de conciencia, en la medida en que no se agudice hasta desembocar en desobediencia, no sólo no deteriora la legitimidad de la norma sino que incluso puede consolidarla; la haría aparecer en el ámbito social dotada de una flexible delimitación de las exigencias de justicia que elimina conflictos.

La mera validez formal, sin el refrendo de la vigencia social, convierte a la norma en letra muerta, al consumarse una derogatoria *desuetudo*. Pero tampoco basta el binomio

validez-vigencia para dar por consolidado el derecho positivo. Hans Kelsen lo intentó, a su modo, privando de todo papel en el ámbito jurídico a la justicia objetiva; para él, incognoscible y por ende irrelevante. No opinaba lo mismo sobre la vigencia, que cabría incluso verificar empíricamente. "La eficacia del orden jurídico total es condición necesaria de la validez de cada una de las normas que lo integran. Trátase de una *conditio sine qua non*, no de una *conditio per quam*. La eficacia del orden jurídico total es condición, pero no razón, de la validez de las normas que lo constituyen. Estas son válidas no en cuanto el orden total tiene eficacia, sino en cuanto son constitucionalmente creadas. Son válidas, sin embargo, sólo a condición de que el orden jurídico total sea eficaz. (...) El principio de legalidad es así restringido por el de eficacia". Y más tarde, en tono didáctico: "un hombre, para vivir, tiene que haber nacido; pero para permanecer en vida, debe satisfacerse otras condiciones, como, por ejemplo, debe recibir alimentos. Si esa condición no es cumplida perderá su vida. Pero la vida no se identifica ni con el nacer, ni con el alimentarse"<sup>7</sup>. No tiene, en cualquier caso, sentido ignorar el papel que la justicia juega en ese proceso de alimentación. El reconocimiento social de la legitimidad de la norma acabará resultando decisivo.

Es toda una muestra de realismo reconocer que, por muy formalmente institucionalizado que esté, empeñarse en considerar irrelevante que la norma jurídica goce o no de vigencia social supone un torpe dogmatismo. Es obvio que nos hallaríamos ante una norma identificable como jurídica, pero jurídicamente deficiente, hasta el punto de que resultaría obligado cuestionar el alcance de su validez en tales condiciones. No menos dogmático sería el empeño de ignorar la relevancia estrictamente jurídica de la legitimidad de esa misma norma, que no tendría sentido dependiera de criterios metajurídicos, como los estrictamente morales. Nos hallaríamos igualmente ante una norma jurídicamente deficiente. Sin que quepa descartar que el deterioro de su propia vigencia social lo confirmara, no es éste la más directa piedra de toque. Lo será la experiencia sociológica de

---

<sup>7</sup> *Teoría general del Derecho y del Estado*; citamos por la edición de México, UNAM, 1969, pág. 140; en tono didáctico: *Teoría pura del derecho*, versión en español de la 2ª edición en alemán, México, UNAM, 1979 (3ª), pág. 223.

graves desajustes sociales, afecten o no a la vigencia de la norma. Así la legislación que no acierta a la hora de regular justamente la familia mostrará sus deficiencias ante el incremento de la conflictividad juvenil; cuando Eurostat sitúa a España en 2050 con el mayor índice de mayores de 65 años (36 de cada 100 habitantes) no hace sino pronosticar el fruto de una normativa que concibe la natalidad más como enfermedad que como fenómeno socialmente positivo.

Tampoco sería lógico suscribir un predominio de la justicia objetiva, que permitiera convertir en anecdótica la validez formal y la vigencia social. Es cierto que el concepto de justicia objetiva socialmente arraigado, si se ve contradicho por el contenido en la norma, puede erosionarla gravemente. No es menos cierto que puede darse un proceso inverso. El contenido de justicia propuesto por la norma formalmente institucionalizada puede beneficiarse de la genérica presunción de legitimidad que la moral positiva de la sociedad suele conferir al ordenamiento jurídico. Ello puede ocurrir también aunque no coincida con el concepto de justicia socialmente predominante, siempre que la discrepancia no sea tal como para generar una eficaz desobediencia civil. En tal circunstancia la norma formalmente válida acaba cumpliendo una función *normalizadora* de determinadas conductas, aun en el caso de que previamente se vieran netamente rechazadas en la vida social.

La norma jurídica puede acabar convirtiendo en socialmente *normal* el divorcio, el aborto o la unión homosexual, que no mucho antes la sociedad consideraba abiertamente rechazables. Pese a la discrepancia jurídica de quien propone otro concepto de justicia, el nuevo matrimonio civil de un divorciado acabará convirtiéndose en un acto social más, salvo que la conciencia moral del invitado le lleve a negarle normalidad, asumiendo una actitud implícita de *desobediencia social* ante el nuevo canon de conducta. Igualmente, el médico que se niega a considerar normal la práctica del aborto, sea cual sea el epígrafe legal que le dé cobertura, buscará en la objeción de conciencia la oportunidad de mantener su propio concepto jurídico de justicia, evitando a la vez un conflicto moral.

Por paradójico que resulte, la *presunción genérica de legitimidad* que la sociedad otorga al ordenamiento jurídico puede acabar resultando más efectiva que el particular

rechazo provocado por la contradicción entre uno u otro *concepto de justicia* respecto a ese caso concreto. Ello resultará particularmente frecuente en sociedades dominadas por un difuso conformismo, en el que pueden confluír factores diversos.

Influye sin duda -guste o no a sus patrocinadores- el tópico positivista que margina a la justicia del ámbito jurídico, para enclaustrarla en la conciencia individual como fenómeno meramente moral. Cuando se asume que el derecho no es *razón*, que capta una objetiva exigencia de justicia, sino *voluntad -de la mayoría*, para hacerla más digerible- que impone sus dictados, el rechazo social pierde todo fundamento. Influye igualmente el tópico que aparea democracia con relativismo; en medio de continuas loas a los derechos humanos, para mayor mérito. Quien admite la existencia de exigencias objetivas de justicia -sin perjuicio de ser consciente de la problematicidad de su captación y de la consiguiente necesidad de atenerse prudentemente a procedimientos intersubjetivos- puede verse tratado como un fundamentalista, simplemente por sugerir que si un derecho merece ser llamado fundamental será porque tiene algún objetivo fundamento. Quien no se pliegue a la función normalizadora de la norma formalmente institucionalizada, en una sociedad que tiende mansamente a asumirla en nombre de la tolerancia, podrá verse en ella marginado o condenado al ostracismo, sólo por continuar considerando como propio lo que ella misma hasta no hace mucho proclamaba.

Todo ello convierte al ámbito de la vigencia social en privilegiado escenario de la responsabilidad que al ciudadano compete en el logro y mantenimiento del *mejor derecho posible*. *Mejor* en términos jurídicos, por facilitar de modo acertado el ajustamiento de las relaciones sociales, sin perjuicio de los beneficiosos motivos morales de obediencia que ello pueda adicionalmente granjearle. *Posible*, en la medida en que encuentre apoyo en el marco del ordenamiento institucionalmente formalizado; bien por la vía de un texto legal tan terso que logra aparecer como unívoco, o bien por el reiterado juego de un principio interpretativo -jurídico, por supuesto- que dé a la norma el sentido más justo.

No hay duda de que la capacidad de presión del binomio validez-vigencia puede llegar a ser tal como para exigir un auténtico heroísmo al ciudadano que se esfuerza por ver positivado su concepto de justicia objetiva. Deberá enfrentarse en desigual combate a

quienes ni siquiera defienden legítimamente otro, sino que lo imponen sin necesidad de defenderlo, con el pretexto de que la justicia simplemente no existe. La afirmación no deja de resultar incongruente, toda vez que si quien la mantiene renuncia a imponerla por la fuerza bruta, será porque da por hecho que existe un compartido factor de legitimidad, que nadie imaginaría como injusto, meramente coyuntural o de sólo relativa validez. Tal discrepancia resultará aún más heroica si el ciudadano está profesionalmente involucrado en el proceso de positivación del derecho, al surgir posibles conflictos entre su concepción jurídica de la justicia y la formalmente institucionalizada.

Parece, sin embargo, más razonable intelectualmente -y más honesto éticamente- recordar que ser ciudadano puede en ocasiones obligar a ejercer un heroísmo cívico, no reservado en consecuencia a arcaicas asonadas militares. Optar por proclamar enfáticamente la no juridicidad de la ley injusta resulta una curiosa alternativa. Si lo que con ello se nos sugiere es que no debemos considerarnos obligados moralmente a obedecerla, se nos está recordando una obviedad: que no tenemos obligación moral de obedecer siempre al derecho, e incluso que más de una vez estaremos moralmente obligados a desobedecerlo. Siendo ello indiscutible, no acabo de ver qué necesidad hay de cambiar el concepto de derecho y dejarnos sin calificativo adecuado para caracterizar a leyes (así todo el mundo las llama y formalmente son...) que desconocen jurídicas exigencias de justicia. Son sin duda derecho; un pésimo derecho, que merecería verse civilmente desobedecido e incluso derogado por una eficaz *desuetudo*, si se contara con el preciso coraje cívico.

De ahí mi escepticismo ante el intento de conferir indulgencia plenaria a una sociedad, que -falta de dicho heroísmo- llegara a hacer implícitamente propia la negación de los derechos humanos. Recurrir a una legitimación retroactiva de su rechazable obediencia civil, condenando escrupulosamente a toro pasado al pastueño funcionario que le hizo el trabajo sucio, como si hubiera cometido un aislado exceso dentro de un marco de idílica justicia, me parece una chapuza jurídica de dudosa moralidad. Si olvidar la historia condena a repetirla, nada nos hace más olvidadizos que prescindir de la obvia realidad de que la historia la hacemos todos, y de que todos somos responsables de nuestra sociedad

por el mero hecho de vivir en ella y -en tantos aspectos- de ella.

## 5. LA DEONTOLOGÍA JURÍDICA, ASIGNATURA PENDIENTE

Después de lo dicho, no deja de resultar significativo que la Deontología Jurídica rara vez disfrute de local propio dentro del abigarrado edificio de los planes de estudios jurídicos españoles. Como asignatura optativa, o de libre configuración, va esperanzadoramente apareciendo en algunas Universidades, incluida la mía.

El emparentamiento de la realización práctica del derecho con el juego de las personales convicciones se evidencia en el variado ámbito de esta aún imprecisa disciplina. Derecho y moral, como dimensiones de la actividad humana, se verán particularmente entrelazados y mutuamente referidos en la prudente tarea cotidiana del jurista. Ello le obligará a tener siempre con claridad presentes las diferentes lógicas que derivan de la peculiar finalidad de uno y otra, sin pretender plantear ninguna inviable propuesta de mutua no contaminación. Característica de este doble gravitar de moral y derecho sobre el jurista como persona, y con ello del mutuo juego práctico de ambas perspectivas, será la deontología jurídica; como lo será también del papel que las expectativas sociales juegan en uno y otro caso. Resulta por ello sorprendente que se hable tan poco de ella a los futuros juristas; a diferencia de lo que ocurre hoy en el ámbito económico o sanitario, en los que la atención a la llamada *ética de los negocios* o a la bioética resulta creciente. No es extraño pues que, como asignatura de libre configuración, acabe también de propiciarse la impartición del Bioderecho<sup>8</sup> en mi Universidad...

La primera cuestión que se nos plantea es si el objetivo de la deontología jurídica es propiamente jurídico: imponer como obligado un determinado modelo profesional de jurista, o más bien moral: proponer a quien maneja el derecho que se comporte de modo moralmente modélico. Montesquieu, en su discurso al entrar en el Parlamento de Burdeos en 1725, anima a unir ambos extremos cuando asegura que "los que no son justos más que en los casos en que su profesión lo exige, los que pretenden ser equitativos en los asuntos

---

<sup>8</sup> De estos problemas biojurídicos me he ocupado en *Bioderecho. Entre la vida y la muerte* Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, The Global Law Collection, 2006.

de los otros cuando no son incorruptibles en lo que toca a ellos mismos, los que no han puesto la equidad en los más pequeños acontecimientos de su vida, corren el peligro de perder pronto esa justicia incluso cuando ellos actúan en el tribunal”<sup>9</sup>.

Parece claro, en cualquier caso, que lo uno no tiene por qué excluir lo otro, si bien nos plantearán exigencias muy distintas. Si no cumpliera las primeras, el jurista podría verse sometido a un expediente sancionador; mientras que si llevara a cabo con éxito las segundas podría ver abierto su proceso de canonización. En el primer caso, por deontología jurídica se entendería el estatuto profesional del jurista; en el segundo, la deontología incluiría el mapa de todos sus imaginables problemas de conciencia.

En este sentido más amplio, los primeros requerimientos deontológicos derivarían de la propia concepción *moral personal* que se asuma. No resultaría muy razonable -aunque no faltará quien lo haga- convertir en postulado profesional primario el abandono de los propios principios morales. Ello podrá incluso llevar al jurista, ante determinados problemas, a considerarse obligado a abandonar voluntariamente su función antes que traicionar su conciencia.

Una profesión implica siempre, sin embargo, un trabajo realizado para otros y -de alguna manera- con o junto a otros. De ahí que en el ejercicio profesional las exigencias éticas suelen ser, al menos, cuestión de dos. En consecuencia serán particularmente decisivos esos criterios morales que rigen la relación con los demás, a los que en razón de su objeto podríamos rotular como *moral social*.

Desde esta nueva perspectiva cabría, para eludir conductas derivadas de la propia profesión, recurrir a la ya aludida *objeción de conciencia*, esquivando una práctica que se considera éticamente repugnante. Cabría también, y más allá, ejercer incluso la *desobediencia civil*, planteando una negativa a cumplir la ley, a la vez que se asume la sanción correspondiente; esa hiriente situación podría servir de instrumento de denuncia pública del conflicto provocado por una deficiencia jurídica.

Cuando de moral social se habla suele, sin embargo, pensarse frecuentemente en

---

<sup>9</sup> *Oeuvres Complètes* Paris, Gallimard, 1964, t. I, pág. 48.

aquellos criterios éticos consolidados de hecho en una determinada sociedad, a los que suele identificarse como *moral positiva*. En este contexto, a las exigencias -autónomas- que puedan derivar de las personales convicciones se unen otras -heterónomas- vinculadas al específico rol social que una profesión lleva consigo. Serán esta vez los ciudadanos los que diseñen su contenido, atribuyendo al profesional determinadas responsabilidades. Convencidos de que esas expectativas se verán satisfechas depositarán en el profesional una confianza, que éste -deontológicamente- no deberá defraudar.

Significativo al respecto sería, por ejemplo, el concepto -tan exótico y problemático entre nosotros- de las llamadas *responsabilidades políticas*<sup>10</sup>, o, dentro de lleno ya en lo jurídico, el del respeto a las exigencias de la *buena fe*. Debemos considerarnos éticamente obligados a comportarnos como "se espera" que lo haga un profesional merecedor de confianza. Ello justifica, por ejemplo, el veto a la afiliación política y sindical de jueces y fiscales recogido por el art. 127.1 CE, en beneficio de una *independencia objetiva*, que les obliga no sólo a ser independientes sino también a no dejar de parecerlo. Ésta exige en efecto una apariencia de neutralidad, que se considera indispensable para merecer la confianza social. Sin perjuicio de dar por hecho que no por ello dejarán de tener los jueces subjetivos puntos de vista, sobre los que el art. 16.2 CE prohibiría indagar inquisitorialmente.

La moral social positiva no se identifica sin embargo con los usos sociales, ya que éstos se limitan a reflejar conductas cuantitativamente mayoritarias. Como también ocurre a nivel individual, no siempre las conductas fácticas presentes en la sociedad se identifican con el concepto de lo bueno que suscriben sus autores. Los usos nos remiten a una cierta *opinio*, que no sería propiamente *iuris*, porque no se considera específicamente vinculada a una perspectiva de justicia. Cuando ello sí ocurra, estaremos ya situados en el ámbito de la costumbre como fuente del derecho.

Al surgir el problema de si este decisivo ámbito de la deontología jurídica es

---

<sup>10</sup> Los vericuetos de las Responsabilidades políticas y razón de Estado los he analizado dentro de la obra colectiva "La criminalidad organizada ante la Justicia" (Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi dir.), Sevilla, Universidad, 1996, págs. 23-35.

meramente moral o propiamente jurídico, queda de relieve lo equivocado del intento de situar pacíficamente lo moral en el ámbito privado y lo jurídico en lo público. La deontología no se nos muestra como sólo privada ni como sólo pública, sino como social; o sea, ambas cosas a la vez. Esto explica la capacidad de autorregulación que se reconoce -en determinado ámbito- a los *colegios profesionales*, o a otros organismos y agencias de autocontrol independientes de los poderes públicos, que someten a una situación de sujeción especial a sus -no pocas veces obligadamente- afiliados. En razón de ello se produce, con relevancia jurídica, esta "delegación de potestades públicas en entes corporativos dotados de amplia autonomía para la ordenación y control del ejercicio de actividades profesionales"<sup>11</sup>. Es deseable que actúen con energía y transparencia, para neutralizar el imperativo antideontológico por excelencia: los trapos sucios se lavan en casa...

Habría por tanto que deslindar tres campos dentro de la deontología jurídica:

- exigencias éticas maximalistas, destinadas a dar paso a una persona modelo en el ejercicio de su profesión, con una relevancia inequívocamente moral.
- exigencias éticas capaces de preservar la confianza de los ciudadanos, mediante el respeto de sus justas expectativas sobre el desenvolvimiento de un modelo profesional; objeto preferente de la autorregulación de los colectivos profesionales, emparentada con la moral positiva social.
- exigencias éticas que, por hallarse más directamente vinculadas a valores y derechos constitucionales, se verían llamadas a gozar de la protección de las normas jurídicas, acompañadas incluso de sanción penal.

El segundo campo, que sería el deontológico por excelencia, no aparece pues como meramente moral. Se despliega dentro de un ámbito legal de delegación de competencias, sometido en consecuencia a ulteriores recursos procesales. La deontología jurídica da así entrada a unos elementos jurídicos en trance de positivación, presentes en las expectativas

---

<sup>11</sup> Ilustrativa sobre el papel de los colegios profesionales resulta la STC 219/1989 de 21 de diciembre, F.3.

ciudadanas. La moral positiva fruto de propuestas de moral social, alimentada por una pluralidad de morales personales, ayuda a emerger pre-legalmente a lo jurídico.