

## CAPÍTULO 33

# LA OBLIGACIÓN DE OBEDECER EL DERECHO

Juan Francisco IOSA \*

SUMARIO: I. *Cuestiones preliminares*. II. *El alcance de la pregunta*. III. *Los problemas de la norma moral*. IV. *El nivel conceptual: correlativismo vs. No-correlativismo*. V. *Argumentos relativos a la existencia de una obligación de obedecer al derecho*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

### I. CUESTIONES PRELIMINARES

¿Debemos obedecer el derecho?

Quienes niegan la existencia de deberes propiamente dichos (i.e., las variadas formas del escepticismo normativo) tienen una rápida respuesta a la pregunta: no. La pregunta tiene sentido entonces sólo para aquellos que consideran hay algo que debemos hacer. En todo caso, como modo de evitar compromisos ontológicos excesivos, asumiré aquí que la pregunta presupone alguna forma de cognitivismo moral.<sup>1</sup>

Supone también la hoy comúnmente aceptada tesis de la unidad del razonamiento práctico. Bien puede que los criterios de identificación de las normas jurídicas difieran de los de las morales, pero la fuente de normatividad ha de ser una sola: la idea de dos fuentes de normatividad con exigencias potencialmente contradictorias destinadas al mismo agente racional no parece viable. La tesis no niega entonces la independencia conceptual del derecho: éste se puede identificar de acuerdo a la tesis de las fuentes sociales. Sí niega su independencia normativa: sólo cabe considerar al de-

\* Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, y profesor de Teoría de la Argumentación Jurídica e investigador de la Universidad Empresarial siglo 21 de Córdoba, Argentina.

<sup>1</sup> El cognitivismo, como tesis que afirma que es posible conocer nuestros deberes morales, es compatible al menos con el realismo y con el constructivismo como tesis ontológicas respecto de la moral.

*Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, pp. 1193-1245.

recho como un conjunto de normas genuinas, i.e., de razones categóricas para la acción, si hay razones morales para ello. Si esto es así entonces la inquisición es sobre la existencia de una obligación *moral* de obedecer el derecho.<sup>2</sup>

Nuestra pregunta no se refiere a un supuesto DERECHO NATURAL, cualquiera sea la forma como se lo identifique. En general el derecho natural es concebido como un conjunto de principios morales jurídicamente vinculantes, de modo que de referirse a ese derecho la pregunta sería tautológica. Por el contrario, lo que estamos inquiriendo es si existe una obligación moral de obedecer el derecho *positivo*.

En tanto la pregunta por la obligación de obedecer el derecho tiene por objeto el derecho positivo, en tanto este derecho emana de fuentes sociales y en tanto la mayor parte del derecho positivo actual lo hace de fuentes explícitas (la costumbre jurídicamente relevante es hoy una fuente menor) la pregunta puede ser considerada *prácticamente* equivalente a la de la existencia de AUTORIDADES legítimas, i.e., moralmente fundadas.<sup>3</sup> Quien pretende autoridad pretende que sus mandatos deben ser obedecidos. Quien goza de autoridad legítima debe, moralmente, ser obedecido.<sup>4</sup>

Igualmente, en tanto inquiriere respecto del derecho positivo, en tanto éste emana mayormente de fuentes explícitas y en tanto estas fuentes no son sino actos de otros seres humanos (legislación, jurisdicción), nuestra pregunta es equivalente a la pregunta por la normatividad del derecho positivo, i.e., la respuesta debe dar cuenta de cómo actos humanos (hechos) pueden cambiar deberes. Es más, se debe dar cuenta de cómo actos *ajenos* pueden cambiar deberes *propios*.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Para una defensa de la tesis de la unidad del razonamiento práctico véase, Nino, Carlos, *La Validez del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.

<sup>3</sup> Sobre la equivalencia práctica entre el problema de la existencia de una obligación general de obediencia y el de la autoridad legítima *general*, ver Raz, Joseph, "The obligation to obey: revision and tradition", en Edmundson, William, (ed.), *The duty to obey the law*, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, 1999, p. 166. Ahora bien, tal vez haya, tal como afirma Raz, casos en que hay un deber de obedecer el derecho aún cuando no haya autoridades legítimas. Raz está pensando en aquellas situaciones en que de desobedecer los mandatos autoritativos se minaría la capacidad del gobierno de promover fines valiosos. En todo caso la obligación parecería aquí condicional a la obtención de esos fines valiosos, no categórica.

<sup>4</sup> *cf.* Wolff, Robert Paul, *In defense of anarchism*, Nueva York, Harper Torchbooks, 1971, p. 4; Edmundson, William, "State of the art: the duty to obey", *Legal Theory*, vol. 10, 2004, p. 218.

<sup>5</sup> Cabe notar que la pregunta por existencia de una obligación de obedecer el derecho es formalmente idéntica a la pregunta por la existencia de una obligación de cumplir las promesas. Quizás la única diferencia que hace, al menos aparentemente, que el caso de las

Su ámbito de sentido es el espacio entre dos extremos. Por un lado una concepción iusnaturalista tal que afirmara que sólo es derecho lo que es justo, i.e., que hiciera del contenido (moral) de las normas jurídicas un criterio de identificación de las mismas, implicaría una respuesta afirmativa a la pregunta por razones conceptuales. Y como suele suceder aquí los extremos se tocan. Así el positivismo ideológico, la doctrina que sostiene que el derecho positivo es necesariamente valioso y por lo tanto debe ser obedecido con independencia de la calidad moral de cada una de sus normas, también vuelve necesaria la respuesta afirmativa.<sup>6</sup> La pregunta entonces tiene sentido sólo si no se identifican los criterios de pertenencia de las normas al sistema jurídico con los criterios de vinculatoriedad de esas mismas normas, es decir, cuando se mantienen separados estos dos sentidos de validez normativa.

---

promesas resulte menos intrigante (todos damos por descontado que existe tal obligación) es que las promesas cambian la *propia* situación normativa de modo que no entran en conflicto con nuestra autonomía personal. El hecho de que *otro* pueda cambiar nuestros deberes es como mínimo más preocupante. Pero la cuestión de cómo dar relevancia a los actos (de prometer o de mandar), de cómo acomodarlos en el razonamiento práctico, es idéntica.

<sup>6</sup> Bobbio definía el POSITIVISMO ideológico en estos términos. “Como ideología, el positivismo jurídico representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal. Esta atribución de un valor positivo al derecho existente se realiza a menudo a través de dos tipos diversos de argumentación: 1) El derecho positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, de ser la emanación de una voluntad dominante, es justo; o sea, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coincide perfectamente con el que se adopta para juzgar su validez o invalidez; 2) el derecho, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una determinada sociedad, sirve con su misma existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables, tales como el orden, la paz, la certeza y, en general, la justicia legal. De ambas posiciones se deduce la consecuencia de que las normas jurídicas deben ser obedecidas por sí mismas, en cuanto tales; con otras palabras, la obediencia a las normas jurídicas es un deber moral...”, *cf.* Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 5a. ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1997, pp. 46 y 47. Obsérvese que la segunda versión descrita por Bobbio ya incluye un argumento a favor de la vinculatoriedad de las leyes positivas al que podríamos calificar como argumento de la coordinación, de modo que la tesis ya no es meramente conceptual. La primera versión de Bobbio sí lo es. A su entender esta versión “tiene que sostener una obligación incondicionada de obedecer las leyes desde el momento en que no reconoce valores diversos y superiores a aquellos recogidos por las leyes, y hace de estas el criterio último e insuperable del bien y del mal.” Pero él mismo preguntaba “¿existe algún jurista positivista que haya sostenido alguna vez doctrina semejante?” (Bobbio, Norberto, *Ibidem*, 53). Quizás como sospechaba Ross, lo que él denominaba *quasi-positivismo* no sea más que una forma del iusnaturalismo. Ver Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 3a. ed. Trad. de Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, México, Fontamara, 1997, p. 19 y ss.

## II. EL ALCANCE DE LA PREGUNTA

Para tener chances de llegar a obtener una respuesta adecuada a nuestro problema es necesario precisar el alcance de la pregunta. Para ello conviene despejar primero cualquier confusión que pueda oscurecerla. Si bien no es cierto que todos los problemas filosóficos (menos aun el problema de la obligación de obedecer el derecho) sean seudoproblemas que se disuelven una vez que disipamos las confusiones envueltas en la pregunta, sólo hay posibilidades de llegar a una respuesta adecuada si se la plantea con claridad.

Comencemos estudiando las siguientes exposiciones de la tesis cuyo valor de verdad estamos investigando:<sup>7</sup>

La obligación política es la doctrina según la cual todo el mundo tiene una razón moral para obedecer todas las leyes de su propio Estado, y que esta razón lo vincula independientemente del contenido del derecho. Esto no implica que la obligación de obediencia sea absoluta, ni que se aplique en circunstancias radicalmente injustas. La doctrina de la obligación política se supone relativa a una vinculatoriedad *prima facie*, en estados razonablemente justos.<sup>8</sup>

Durante siglos, los teóricos políticos y jurídicos se han preguntado si cada persona tiene la obligación general de obediencia a las normas jurídicas de la sociedad en la que él o ella vive. La obligación bajo examen en estas discusiones teóricas se entiende por lo general *prima facie*, relativa a todas las personas y todas las normas, e independiente de su contenido...<sup>9</sup>

Nos preguntamos entonces si existe una norma moral tal que impone a todos los ciudadanos de un estado razonablemente justo la obligación de otorgar un peso normativo *prima facie* a todas las normas de su sistema jurídico, independientemente de cuál sea el contenido de esas normas. Conviene desagregar estas calificaciones.

<sup>7</sup> Presentaciones similares de esta tesis pueden verse en Edmundson, *op. cit.*, nota 4, p. 218; Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 3, p. 159; Green, Leslie, "Legal Obligation and Authority", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), 2012, en <<http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/legal-obligation/>> y Malem, Jorge, "Obediencia al derecho", en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (ed.), *El derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 521.

<sup>8</sup> Green, Leslie, "Who believes in political obligation?", en Edmundson, William, (comp.), *The duty to obey the law*, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, 1999, p. 309.

<sup>9</sup> Kramer, Matthew, "Legal and moral obligation", en Martin P. Golding y William A. Edmundson (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, Blackwell Publishing, 2005, p. 179.

### 1. *Primera calificación: el problema del carácter general de la supuesta obligación*

En la teoría política contemporánea la pregunta que aquí se explora se ha formulado en los siguientes términos: ¿Existe una obligación *general* de obedecer el derecho positivo? La obligación por la que se pregunta parece ser general en dos sentidos: respecto de todas las personas a quienes el derecho requiere obediencia y respecto de todas las leyes que forman el derecho objetivo, i.e., todas las normas de obligación identificadas como tales por los criterios de identificación de normas del sistema jurídico en cuestión.

Sin duda debemos concederle a la formulación canónica del problema que el derecho (o la autoridad) pretende obediencia general para todas sus normas y respecto de todos los ciudadanos incluidos en su alcance. Pero nuestra pregunta no pone en cuestión cuál sea el alcance de la *pretensión* del derecho. En todo caso lo que preguntamos es hasta qué punto esta pretensión está justificada.<sup>10</sup>

Centrándonos en la vinculatoriedad del derecho es claro que el problema se puede plantear de dos modos distintos. La forma canónica hace énfasis en la generalidad y pregunta en los siguientes términos:

(a) “¿existe una obligación *general* de obedecer el derecho?”.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> John Finnis parece confundir las dos cuestiones al afirmar que “el derecho se presenta como un tejido sin costuras. Los súbditos no tienen permitido escoger entre las prescripciones y estipulaciones del derecho.” Finnis, John, “The authority of law and the predicament of contemporary social theory”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy*, núm. 115, 1984, p. 120. Pero como bien indica Raz del hecho de que el derecho se presente a sí mismo de determinado modo no se sigue nada respecto de cómo nosotros debemos tomarlo. *cf.* Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 3, p. 169.

<sup>11</sup> Así Raz: “Las prohibiciones del asesinato, la violación, la esclavitud, el encierro y prohibiciones legales similares son fundamentales en las leyes de todo sistema jurídico justo. Su existencia no puede ser descartada como marginal o controversial. Si estas leyes no hacen una diferencia en nuestras obligaciones morales, entonces no hay obligación general de obedecer el derecho. Puede haber una obligación moral de obedecer algunas leyes, pero esto nunca estuvo en disputa.” *cf.*, Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 3, p. 162. Igualmente M. B. E. Smith: “...la cuestión de si existe una obligación *prima facie* de obedecer el derecho es claramente sobre una obligación genérica. Todos, incluso los anarquistas, estarían de acuerdo que en muchas circunstancias los individuos tienen obligaciones *prima facie* específicas de obedecer leyes específicas. Puesto que es evidente que existe en la mayoría de las circunstancias una obligación específica *prima facie* de abstenerse de cometer actos de asesinato, violación o incumplimiento de contrato, es evidente que en estas circunstancias cada uno de nosotros tiene una obligación *prima facie* específica de no violar las leyes que prohíben estos actos. Una vez más, desobedecer el derecho a menudo tiene consecuencias seriamente adversas y, cuando esto es así, casi todo el mundo estaría de acuerdo en que hay una obligación *prima facie* específica para obedecer. Por lo tanto, la pregunta interesante sobre nuestra obligación frente al derecho no es ‘¿Tienen los ciudadanos individuales obligaciones *prima*

Pero hay quienes consideran que el modo correcto de plantear la cuestión es más amplio y preguntan:

(b) “¿existe *alguna* obligación de obedecer el derecho?”<sup>12</sup>

---

*facie* específicas de obedecer leyes particulares?” sino más bien ‘¿es la relación moral de un gobierno con sus ciudadanos tal que estos tienen una obligación *prima facie* de hacer ciertas cosas simplemente porque tienen un requerimiento legal de hacerlo?’ Esto por supuesto es equivalente a preguntar ‘¿existe una obligación *prima facie* genérica de obedecer el derecho?’” Smith, M. B. E., “Is there a *prima facie* obligation to obey the law?” *Yale Law Journal*, vol. 82, 1973, p. 951. La falta de claridad de la pregunta por la obligatoriedad y, consiguientemente, la necesidad de un trabajo elucidatorio, se deja observar en la confusión que comete aquí Smith entre la cuestión de la generalidad de la obligación y la cuestión de su carácter independiente del contenido. Que el derecho sea obligatorio *porque* es derecho, i.e., su carácter de vinculante con independencia del contenido, es algo que se ha de decidir independientemente de si todas las normas son vinculantes para todos. Puede que sólo algunas normas sean vinculantes para algunos individuos (negación de la tesis de la generalidad) pero que aquellas que sean vinculantes lo sean meramente en razón de su carácter jurídico (afirmación de la tesis de la independencia del contenido). Sin duda Smith está pensando que si una norma es obligatoria *porque* es derecho, lo es para todos los alcanzados por dicha norma. Ahora bien, por esta frase se entiende que la obligatoriedad de una norma no depende de la moralidad de su contenido. Pero al afirmar esto nada se dice respecto de cuál sea la fuente de vinculatoriedad el derecho (obviamente no se afirma que el mero hecho de que algo sea derecho lo hace vinculante: el derecho, en tanto emanado de fuentes sociales, no puede considerarse fuente de su propia vinculatoriedad sin realizar un salto injustificado entre ser y deber ser). Ahora bien, no hay razón para pensar que, dada una fuente de normatividad, ésta alcance necesariamente a todas las normas del sistema. Por el contrario, bien puede otorgar poder normativo a algunas normas y a otras no. De tal modo el afirmar que hay normas vinculantes con independencia de su contenido no nos compromete con afirmar que todas las normas son vinculantes para todas las personas, i.e., no nos compromete con la tesis de la generalidad.

Amén de esta última cuestión, es curioso que los dos autores aquí citados afirmen que si bien no hay obligaciones genéricas sí hay obligaciones particulares, i.e., que a veces el derecho es obligatorio para algunas personas. Así por ejemplo Raz: “Mi posición básica no es que nadie tiene razón moral alguna para tener en cuenta la existencia del derecho. Yo sostengo que el alcance de la obligación de obedecer varía de persona a persona. En ningún caso la obligación moral es tan extensa como la obligación jurídica.” *cf.* Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 3, p. 165, también Smith, M. B. E., *Ibidem*, p. 950. Es decir, si bien al preguntar lo hacen en términos generales, su respuesta es también compatible con la concepción más amplia de la pregunta aquí sostenida.

<sup>12</sup> En este sentido Simmons: “A menudo se asume que si no podemos dar cuenta de la obligación política en el sentido de que todos en, por ejemplo, un estado particular, están obligados, entonces no podemos dar cuenta de la idea de obligación política aplicable a personas específicas en ese estado.... La exigencia común a estos autores es que la obligación política sea lo que M.B.E. Smith ha denominado una ‘obligación genérica’, se supone que la obligación sea tal que todos los ciudadanos, o todos los ciudadanos de un estado particular, la deban a su gobierno. Si la obligación no es ‘genérica’ en este sentido, entonces debe ser una ficción. Sugiero que esta actitud todo o nada es equivocada en primer lugar

Es claro que una respuesta negativa a la primera pregunta aún deja abierta la cuestión de la existencia de alguna obligación. En otras palabras, la obligación *general* de obedecer el derecho se puede negar tanto afirmando que ninguna persona tiene obligación de obedecer ninguna norma de derecho positivo, i.e., de obedecerla porque es derecho (la postura anarquista), como afirmando que hay una obligación pero que no es general. Esta última tesis puede implicar que aunque típicamente o en muchas situaciones debe obedecerse el derecho, bajo determinadas circunstancias (que la teoría debe explicitar) puede que haya algunas personas que no tengan la obligación de obedecer las normas que otros sí deben acatar. O bien, puede que haya algunas normas pertenecientes al sistema que sin embargo no requieran legítimamente obediencia por parte de algunas o de todas las personas comprendidas en su ámbito de personal de aplicación.<sup>13</sup> Observemos las alternativas desplegadas analíticamente:

- Todos tienen obligación de obedecer todas las normas positivas pertenecientes al sistema.
- Todos tienen la obligación de obedecer algunas normas positivas (y otras no).
- Algunos (y algunos no) tienen la obligación de obedecer todas las normas positivas.
- Algunos (y algunos no) tienen la obligación de obedecer algunas normas positivas (y otras no).
- Ninguno tiene la obligación de obedecer ninguna norma positiva (anarquismo filosófico).

A mi entender una respuesta acabada al problema debe dar cuenta de cuál de estas opciones es la verdadera, por ello concuerdo con Simmons en que el segundo es el modo adecuado de plantear la cuestión.<sup>14</sup>

---

porque no puedo ver objeciones obvias a la teoría que permite que algunas personas tengan obligaciones políticas y a la vez permite que otras, incluso dentro del mismo estado, no las tengan. Una teoría de la obligación política debe decirnos qué clase de personas están vinculadas a sus gobiernos y por qué; si nos dice que sólo ciertas personas están vinculadas, personas que, por suponer, han realizado cierto acto, la teoría no es obviamente defectuosa por decirnos esto.” *cf.*, Simmons, John, *Moral principles and political obligations*, Princeton, Princeton University Press, 1979, p. 35 y 36.

<sup>13</sup> En este sentido Raz, Joseph, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 74.

<sup>14</sup> *cf.* Simmons, *op. cit.*, nota 12, p. 35 y ss.

2. *Segunda calificación: la obligación de obedecer las normas emanadas de estados razonablemente justos*

La calificación excluye del alcance de la pregunta a las normas jurídicas de estados groseramente injustos. Ahora bien, es claro que los estados groseramente injustos pueden tener al menos algunas normas justas e igualmente, de un estado razonablemente justo pueden emanar al menos algunas normas injustas. Y no es obvio por qué no debieran obedecerse las normas justas de estados injustos ni por qué debieran obedecerse las normas injustas de estados justos. No es obvio entonces por qué deberíamos preguntar por la obligatoriedad de las normas de estados razonablemente justos y no por si sólo deben obedecerse las normas justas (y no las injustas) de cualquier estado, justo o injusto. Claro que esta última pregunta equivale a la negación de la tesis de (y a la respuesta negativa a la pregunta por) el carácter de vinculantes con independencia del contenido de las normas jurídicas. Si se han de sostener como cuestiones separadas —cosa que aquí no afirmo categóricamente—, la pregunta debe ser por la obligatoriedad de las normas (justas o injustas) de estados razonablemente justos. El grado suficiente de justicia de un estado impondría un umbral a partir del cual tendría cabida la pregunta. Ahora bien, un estado razonablemente justo es uno que dicta en general normas justas, por lo que no cabe dar mayores precisiones sobre el punto.

En todo caso, dadas estas ambigüedades, cabe distinguir las siguientes preguntas:

(1) Si y en qué medida existe una obligación de obedecer las normas de un estado injusto. En tanto la pregunta por el estado injusto se suele hacer en sentido amplio, tal que incluya la cuestión de la legitimidad, se puede preguntar también por la obligación de obedecer las normas de un estado ilegítimo. Esta pregunta, i.e., la cuestión de la existencia de un derecho moral de rebelión, el locus clásico de la filosofía política, no es el tema de este trabajo. La pregunta por la obligación de obediencia no se hace aquí respecto de, por ejemplo, dictaduras o tiranías (por más justas que puedan ser algunas normas particulares).<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Sin duda es cierto que la pregunta debe desdoblarse en tanto entendamos legitimidad en un sentido débil, i.e., como ausencia de tiranía. Nadie supone que deban obedecerse las normas de un estado tiránico (tal vez la excepción sea Finnis en tanto parece considerar a la conquista de un territorio por un poder con capacidad de imponer un esquema de coordinación como título suficiente para justificar el dominio —*cf.*, Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1988, p. 252). Ahora bien, si entendemos la idea de legitimidad en sentido fuerte, la pregunta se vuelve tautológica pues un

(2) Si y en qué medida existe una obligación de obedecer las normas de un estado en líneas generales justo y legítimo. Esta es la pregunta moderna y la explorada en este trabajo. Ahora bien, aquí hay dos cuestiones que cabría deslindar:

(a) ¿Existe una obligación general de obedecer incluso las normas *injustas* de un estado en líneas generales justo y legítimo? En general, y en contradicción con la intuición de que las normas son obligatorias con independencia del contenido, en esta discusión se supone que la obligación de obediencia no alcanza a las normas groseramente injustas. Pero dado que se supone la justicia general del estado respecto del cual se hace la pregunta, estas normas se supone que serán escasas. El problema se acentúa cuando estamos frente a una norma que si bien es injusta o injustificada a nuestros ojos, no es groseramente injusta. ¿Se supone que debemos obedecerla?

(b) ¿Existe una obligación general de obedecer las normas *justas* de un estado en líneas generales justo y legítimo? Aquí la pregunta es si la obligación existe con independencia del carácter de justicia de las normas. Es decir, si dichas normas tienen un peso normativo aparte de su justicia. De ser éste el caso, de ser afirmativa la respuesta a esta pregunta, entonces parece que también es afirmativa la respuesta a la pregunta anterior. En todo caso, estas últimas preguntas parecen ser reducibles a la cuestión de si el peso normativo del derecho sería independiente de su contenido. En otras palabras, no podríamos responder a la vez que la obligación de obediencia es sólo relativa a las normas justas de estados justos y que es una obligación independiente del contenido.

### 3. *Tercera calificación: la obligación de obedecer es independiente del contenido*

En las formulaciones arriba presentadas la independencia del contenido calificaba a la obligación de obediencia. La idea sin embargo es ambigua: se predica tanto de (la norma que impone) la obligación general de obedecer el derecho (pues ‘derecho’ aquí funciona como una variable a llenar por los específicos mandatos del legislador empírico) como de las normas jurídicas

---

estado legítimo es aquel cuyas normas deben ser obedecidas. De modo que la pregunta por la existencia de una obligación de obedecer el derecho se torna equivalente a la pregunta por las condiciones de legitimidad de un estado. En este trabajo entonces se asume que el derecho respecto del cual se hace la pregunta es el de un gobierno justo y legítimo en el sentido de no tiránico. Sobre el punto puede verse. Wasserstrom, Richard, “Disobeying the Law”, *The Journal of Philosophy*, vol. 58, núm. 21, 1961.

específicas.<sup>16</sup> Como no alcanzo a observar ninguna consecuencia práctica para esta distinción, y para facilitar el orden expositivo, imputaré la calificación en cuestión a las normas que son el objeto de la obligación, i.e., al derecho. Respecto de estas normas la idea de independencia del contenido es negativa: predica que las normas jurídicas son obligatorias cualquiera sea (la calificación moral de) su contenido. Esto es lo que se quiere decir cuando se predica que se debe obedecer lo que el derecho manda *porque es derecho*.<sup>17</sup> Lo que de ninguna manera afirma esta tesis es que el mero carácter jurídico de una norma garantice su relevancia moral. Esto sería equivalente a afirmar el positivismo ideológico. Por el contrario, siempre se supone que hay algún argumento, alguna teoría moral, que da cuenta de la relevancia moral del derecho. Las normas jurídicas (y el derecho en su conjunto) tendrán el peso normativo que este argumento les provea. Lo que sí afirma positivamente quien afirma que las normas jurídicas son vinculantes independientemente de su contenido es que dicho argumento existe y que, por consiguiente, al menos algunas normas jurídicas tienen peso normativo en tanto normas jurídicas (y no en tanto normas justas).

Si, tal como sugerí, la idea de que la pregunta por la obligación de obediencia es sólo relativa a las normas justas de estados justos entra en tensión con la idea de que la obligación es independiente del contenido de las normas, entonces para que la pregunta pueda ser respondida habrá que desechas una tesis o la otra.

#### 4. Cuarta calificación: la obligación moral de obediencia es *prima facie*

¿Qué se quiere decir cuando se sostiene que la supuesta obligación de obediencia al derecho es *prima facie*?

Observemos que la frase “existe una obligación moral *prima facie* de obedecer el derecho positivo” puede entenderse en sentido asertivo o en sentido prescriptivo. En el primer sentido puede significar o bien la descripción del hecho de que existe una norma moral que impone tal obliga-

<sup>16</sup> Para deshacer la ambigüedad contenida en la expresión “obligación de obedecer el derecho” bien podemos seguir la propuesta de Green de distinguir entre obligaciones hacia el derecho (obligations to the law) y obligaciones en el derecho (obligations in the law). *cf.* Green, Leslie, *op. cit.*, nota 8, p. 1.

<sup>17</sup> Al respecto ver Kramer, Matthew, *op. cit.*, nota 9, p. 180 y Edmundson, William, *op. cit.*, nota 4, p. 217. La idea de una razón (una norma, una obligación) independiente del contenido, en los términos de la discusión contemporánea ha sido formulada por Hart. *cf.* Hart, Herbert, *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 254 y 255.

ción (i.e., estaríamos frente a una proposición normativa moral) o bien una afirmación del hecho de que las normas pertenecientes a determinado derecho positivo son moralmente vinculantes en sentido *prima facie*. Ambas afirmaciones serían descripciones de estados de cosas y por lo tanto susceptibles de verdad o falsedad. En el segundo sentido la frase es expresión de un estándar moral (una razón de algún tipo, una norma por ejemplo) que impone que “debe obedecerse *prima facie* el derecho positivo”.<sup>18</sup> Aquí podríamos hablar de una conexión normativa o justificatoria: Sólo si existe un estándar tal (que siguiendo a Caracciolo llamaremos N0) podremos afirmar fundadamente que el derecho positivo es normativo *prima facie*.<sup>19</sup> Aquí lo que estamos tratando de determinar es el alcance de dicho estándar (qué normas positivas incluiría y a qué personas alcanzaría en qué situaciones). La determinación de su supuesto alcance y, por consiguiente, la precisión de la tesis cuyo valor de verdad estamos investigando, es condición necesaria para adentrarnos en la cuestión de su existencia.<sup>20</sup>

Nótese que aquí se da la misma ambigüedad que resaltamos en el punto anterior. El carácter *prima facie* lo podemos imputar tanto a (la norma moral que impone) la obligación de obedecer el derecho cómo a las normas jurídicas. Ambas ideas, hasta donde alcanzo a ver, son equivalentes a los fines prácticos. Si afirmamos que existe una norma que manda prestar obediencia *prima facie* ya a una parte, ya a todo el derecho entonces ya algunas, ya todas las normas jurídicas son obligatorias *prima facie*.

He aquí otro problema: responder afirmativamente a la pregunta por la obligación *general* de obediencia supone afirmar que *todas* las normas jurídicas son *prima facie* obligatorias. Pero si ampliamos la pregunta e inquirimos

<sup>18</sup> Aquí la cuestión central es la segunda. Sólo si damos cuenta mediante un argumento normativo de la existencia de un estándar moral que imponga el deber *prima facie* de obedecer el derecho se podrá afirmar la verdad de la proposición que afirma la existencia del deber de obediencia. Y ello en los dos sentidos de la proposición arriba explicitados.

<sup>19</sup> Al respecto, Caracciolo sostiene que la existencia de una obligación general de obedecer el derecho depende de la existencia de una metanorma moral —N0— que imponga esa obligación y que se refiera a todas las normas que componen cada sistema jurídico (Caracciolo, Ricardo, *El derecho desde la filosofía*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009, p. 206; *La obligación general de obedecer el derecho. Análisis de alternativas*, —manuscrito— p. 1.). Caracciolo se compromete con que nuestro estándar es una norma. Por mi parte quisiera dejar ese punto indeterminado al menos por ahora. Pues hasta aquí nada indica que no pueda ser un principio o un valor moral.

<sup>20</sup> Sin duda una vez comprometidos en la búsqueda de fundamentos morales para afirmar la existencia o no del estándar en cuestión, bien puede ser que debamos modificar su alcance. Pero si hemos de inquirir respecto de los fundamentos de determinado estándar primero hemos de tener una idea aproximada de aquello cuyos fundamentos estamos investigando.

sobre la existencia de alguna obligación de obediencia no hay por qué suponer que la respuesta afirmativa implique que todas las normas jurídicas sean *prima facie* obligatorias. Por el contrario, la respuesta positiva bien podría sostener que algunas normas jurídicas (aquellas que cumplan con las condiciones de vinculatoriedad previstas en la teoría moral que justifica N0) son *prima facie* obligatorias.

Ahora bien, la imputemos a la norma moral o a las normas jurídicas, la idea de una obligación *prima facie* de obedecer el derecho puede entenderse en dos sentidos.<sup>21</sup>

En un sentido, débil y subjetivo, el estándar requiere meramente que toda persona alcanzada por determinada norma jurídica legítima la tenga seriamente en cuenta en su razonamiento psicológico-práctico (en este sentido es que podemos hablar del carácter subjetivo del estándar), que se esfuerce por determinar qué le exige la norma y que sólo la deje de lado si tras una evaluación concienzuda entiende que hay razones morales más poderosas que apuntan en dirección contraria a la obediencia. En otras palabras, N0 impondría una presunción derrotable a favor del derecho.<sup>22</sup> Si éste fuera el caso, la persona que deja de lado el derecho en el caso concreto lo hace por razones dominantes: la norma jurídica específica fue analizada pero se determinó que para el caso no contaba en absoluto, que en la situación no tenía ningún peso. Bajo estas circunstancias no hay nada que lamentar a nivel moral, no hay nada que el agente debió hacer y no hizo. Lo que N0 mandaría no es obedecer el derecho en sentido literal, sino tenerlo en cuenta en el razonamiento práctico: analizar si en el caso cuenta o no. Quien evaluó el derecho y concluyó que este carecía de fuerza normativa para el caso, satisfizo todo lo que N0 requeriría de él.

En un segundo sentido, fuerte y objetivo, el estándar requeriría que siempre se otorgue, ya a todo el derecho positivo, ya a las normas alcanzadas por (la justificación de) N0, algún peso normativo x. Esto en virtud de que el derecho objetivo en cuestión tendría objetivamente tal peso norma-

<sup>21</sup> Tal como reconoce Simmons una de las preguntas centrales alrededor de ésta cuestión es qué acción satisface lo requerido por la supuesta obligación de obediencia, i.e., qué es obedecer. Al respecto ver Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, p. 3. La distinción aquí presentada es una elaboración sobre la propuesta por Smith. Ver Smith, M.B.E., *op. cit.*, nota 11, p. 952. Está implícita en la negativa de Simmons a utilizar la distinción *prima facie*-actual, para referirse a las obligaciones. Ver Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 24–28. En el mismo sentido Christie, George, “On the moral obligation to obey the law”, *Duke Law Journal*, *Durham*, vol. 1990, núm. 6, 1990, p. 1312.

<sup>22</sup> En este sentido Simmons, *op. cit.*, nota 12, p. viii.

tivo.<sup>23</sup> Sin dudas puede que éste sea menor que otras consideraciones que apunten en sentido contrario. Si éste es el caso el agente, todas las cosas consideradas, deberá actuar en contra de lo que el derecho prescribe. Pero ante esta situación no podremos dejar de reconocer que algo se ha perdido, que no se ha hecho plenamente lo que se debía hacer y, por lo tanto, que hay algo que lamentar.

### III. LOS PROBLEMAS DE LA NORMA MORAL N0

Luego de esta tarea de clarificación volvamos a la pregunta principal. Inquirimos tanto por el valor de verdad de la tesis que afirma la existencia de una obligación de obedecer el derecho como por la existencia de un estándar de conducta que impone tal obligación. La verdad de la tesis asertiva depende de la existencia de este estándar que siguiendo a Caracciolo denominaré N0.<sup>24</sup> De modo que la investigación puede centrarse en esta última cuestión.

¿Existe entonces una norma moral que impone que todas o algunas personas tienen la obligación de otorgar un peso normativo *prima facie* e independiente del contenido a todas o a algunas normas de los sistemas jurídicos de estados suficientemente justos?

N0) *Todas o algunas personas tienen la obligación de otorgar un peso normativo prima facie e independiente del contenido a todas o a algunas normas de los sistemas jurídicos de estados suficientemente justos.*

La exigencia moral de obediencia al derecho equivale a la exigencia de tomar al derecho como normativamente relevante. A su vez, y dado que prácticamente todo nuestro derecho positivo emana de fuentes explícitas, entonces afirmar que el derecho positivo es normativamente relevante equivale a afirmar que se debe otorgar peso normativo (es decir, capacidad de incidir en lo que, todas las cosas consideradas, debemos hacer) a las normas jurídicas emanadas de mandatos autoritativos. Por su parte esta idea, que (el contenido de) los mandatos autoritativos es normativamente

<sup>23</sup> El peso normativo del derecho aunque objetivo (el agente debe reconocerlo como reconoce cualquier hecho sobre el que no puede disponer) sería derivado: conferido por el estándar moral que transferiría a las normas jurídicas su propio peso normativo (sin esta conexión normativa o justificatoria, las normas jurídicas —productos de actos humanos contingentes— carecerían de esa cualidad). En este sentido la tesis de la obligación *general* estaría afirmando que N0 otorga peso normativo (aunque derrotable) a todas y cada una de las normas pertenecientes al sistema jurídico.

<sup>24</sup> *cfr.* Caracciolo, Ricardo, *op. cit.*, nota 19, p. 206.

relevante, puede entenderse en dos sentidos distintos: o bien el derecho (en todo o en parte) es un conjunto de deberes o bien (en todo o en parte) es un conjunto de hechos relevantes para la determinación de nuestros deberes. A su vez estos dos modos de concebir la relevancia práctica del derecho se reflejan de modo distinto en el razonamiento práctico de un agente racional. O bien debemos considerar las normas como un conjunto de razones operativas o bien como un conjunto de razones auxiliares.<sup>25</sup> Comencemos por analizar esta última alternativa.

### 1. *El derecho como un conjunto de razones auxiliares*

Si el derecho positivo emana de fuentes sociales entonces es un hecho. Luego no podemos considerarlo directamente fuente de deberes sin cometer la falacia naturalista. Entre nosotros Nino ha sostenido este argumento con particular énfasis.<sup>26</sup> Si aceptamos que este es el caso una estrategia para sostener la relevancia práctica del derecho es considerarlo como fuente indirecta de deberes. Según esta estrategia las normas serían razones auxiliares y como tales relevantes para determinar lo que debe hacerse. El razonamiento práctico debería reconstruirse, sostiene esta estrategia, en los siguientes términos:

1. N0: Es justo o debido moralmente obedecer a la autoridad L (por ejemplo, porque es democrática).
2. L ha prescripto que debe pagarse como impuesto el 30 % de las ganancias.
3. Debo pagar el 30% de mis ganancias.<sup>27</sup>

Aquí N0 serviría para asegurar la relevancia normativa del derecho positivo que, pese a ser un conjunto de razones auxiliares, sería no obstante, relevante para la determinación de nuestros deberes finales. Así, solo en

<sup>25</sup> Nino, (*cf.*, Nino, Carlos, *op. cit.*, nota 2, p. 131) simplificando en alguna medida a Raz, afirma que una razón operativa consiste en una premisa de deber ser que en sí misma podría constituir una razón completa para alguna acción y una razón auxiliar consiste en un juicio fáctico que indica un medio para satisfacer una razón operativa. Sobre la distinción ver Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 37–39. Aquí, por supuesto, lo que es relevante no es el juicio ni la premisa sino el hecho que tanto el juicio como la premisa reflejan. Por cierto, los hechos relevantes como razones auxiliares no serían propiamente normas sino más bien actos de mandato.

<sup>26</sup> Ver Nino, *Ibidem*, pp. 125–143.

<sup>27</sup> El ejemplo está extraído de Nino, Carlos, *Derecho Moral y Política*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 122.

virtud de la existencia de N0 y de que el legislador ha realizado un acto de promulgación en el sentido de que debemos pagar el 30% de nuestra ganancia en concepto de impuesto, es que debemos pagar ese dinero.

Pero Caracciolo ha mostrado que esta propuesta no carece de problemas. Al respecto ha sostenido las tesis que transcribo a continuación y que a mi entender refutan todo intento de dar cuenta de la normatividad de los mandatos autoritativos en términos de razones auxiliares:

1) La fuerza persuasiva del argumento se sustenta en un equívoco, producto de un cambio de significado en los términos claves “derivar” y “razón auxiliar”. Ello es así porque en ningún caso una norma jurídica cualquiera N se deriva de N0, más la descripción del acto de promulgar N. Más bien, N0 se refiere a N y, en este sentido es metalingüística con respecto al lenguaje que se use en los eventuales actos de promulgación. Por lo tanto, ninguna inferencia es posible entre ambas normas y los actos de promulgación no son hechos que puedan determinar la aplicación de N0, i.e., no pueden funcionar como razones auxiliares.

2) N0 no es otra cosa que el resultado de una cuantificación universal sobre cualquier clase de circunstancias y cualquier clase de conductas, con respecto a los actos de promulgación de una autoridad legítima. De manera que la norma general dice

$N0 = \text{“Para todas las circunstancias } C \text{ y para todas las acciones } p, \text{ si } C \text{ se debe hacer } p \text{ si, y sólo si, la autoridad legítima dice que se debe hacer } p \text{ si ocurre } C\text{”}$ .

Pero esta formulación no puede funcionar como una razón operativa simplemente porque no menciona acción alguna que deba llevarse a cabo: las letras C y p sólo son variables que tienen que ser reemplazadas por descripciones de hechos y de acciones para obtener una norma dirigida al comportamiento, i.e., para obtener una “razón operativa” para la acción. Cuáles sean esos hechos y cuáles esas acciones se determina, en verdad, en cada acto de promulgación de acuerdo a la propuesta de Nino. Ello significa que, como estos actos obran como criterios de sustitución, en relación a una específica circunstancia C y a una específica clase de comportamiento p, el hecho de que la autoridad legítima enuncie “si C entonces se debe realizar p” es una condición necesaria y suficiente para la existencia del deber de realizar p en caso de que C, esto es, para que el contenido de esa enunciación adquiera el estatus de una norma válida, i.e., de una razón objetiva para realizar p, con prescindencia de cuál sea su contenido. Antes que algún acto de ese tipo se lleve a cabo no hay acción que deba ser realizada y el término “obediencia” se refiere de manera elíptica al conjunto de descripciones que pueden sustituir a las variables de acción.<sup>28</sup>

<sup>28</sup> *cf.* Caracciolo, *op. cit.*, nota 19, pp. 221-224. Bien dije arriba que la objeción de Caracciolo precluye todo intento de concebir los mandatos en términos de razones auxiliares. Ahora bien, esto debe entenderse como precuyendo todo intento de concebir los mandatos como los hechos que constituyen las razones auxiliares. Pero, a mi entender, si las autoridades tienen mayor conocimiento (creencias verdaderas justificadas) sobre los hechos que deben figurar como premisas fácticas en nuestros razonamientos prácticos, entonces los agentes tienen buenas razones para utilizar como premisas auxiliares de dichos razonamientos no sus propias creencias sobre los hechos sino las creencias presupuestas en los mandatos

## 2. *El derecho como un conjunto de razones operativas*

La supuesta norma general de obediencia, i.e., la exigencia de otorgar peso normativo al derecho, no puede reconstruirse como una razón operativa que tomara a los específicos actos de promulgación (y al contenido de las normas jurídicas) como razones auxiliares. Si el derecho ha de tener peso normativo ha de ser en virtud de que constituye directamente un conjunto de razones operativas i.e., de deberes. La norma moral N0 debería reconstruirse entonces como la formulación resumida de la idea de que todas o algunas normas jurídicas de estados razonablemente justos imponen deberes *prima facie* e independientes del contenido. Existiría una obligación de obedecer el derecho porque éste sería (al menos en parte) un conjunto de deberes. De ahí que nuestra pregunta por la existencia de una obligación moral de obedecer el derecho sea equivalente a esta otra:

(a) ¿Es el derecho positivo (ie, las normas de obligación del derecho objetivo), un conjunto de *deberes*?

La respuesta afirmativa a esta pregunta supone que se ha ofrecido una particular respuesta a los problemas básicos de la legitimidad estatal. Los estados requieren determinadas conductas de los ciudadanos en la mayoría de los casos respaldando dichos requerimientos con la amenaza de sanciones. Pretenden además que tienen derecho a realizar estas acciones. La filosofía política siempre ha intentado dar cuenta del fundamento de este supuesto derecho que los estados reclaman. Tal como afirma Seleme “la pregunta por la legitimidad política se refiere a qué condiciones debe satisfacer una estructura política estatal para poseer el derecho moral que los estados de modo característico reclaman poseer sobre sus ciudadanos”.<sup>29</sup> Para responder acabadamente a esta pregunta se deben entonces responder dos cuestiones de distinta índole. Por un lado está el problema conceptual de en qué consiste el derecho moral que un estado legítimo característicamente pretende sobre sus ciudadanos, i.e., qué debe entenderse por “legitimidad política”. Por otro está la cuestión normativa relativa al conjunto de condiciones bajo las cuales se puede considerar a alguien como autoridad legítima, i.e., como poseedor del conjunto de derechos sobre los

---

de la autoridad. Al respecto ver Iosa, Juan, “Reconsiderando el argumento de las razones auxiliares”, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, año I, núm. 2, 2012, pp. 219–231.

<sup>29</sup> Seleme, Hugo, “La legitimidad como autoría”, *Revista Brasileira de Filosofia*, año 59, volumen 234, 2010, p. 75.

ciudadanos característicos de tal autoridad.<sup>30</sup> Abordaremos primero el problema en el nivel conceptual para luego adentrarnos en el normativo.

#### IV. EL NIVEL CONCEPTUAL: CORRELATIVISMO VS. NO CORRELATIVISMO.

Quien supone que el derecho positivo es un conjunto de deberes supone, en el nivel conceptual, la siguiente respuesta a la pregunta por la autoridad legítima: es autoridad quien tiene derecho a mandar y, correlativamente, derecho a ser obedecido. El derecho a mandar es, en otras palabras, correlativo al deber de los súbditos de obedecer los mandatos. De aquí que se conozca a esta idea como correlativismo.<sup>31</sup> Es también conocida como tesis de la inseparabilidad: “la autoridad política es legítima sí y sólo sí impone un deber moral de obediencia sobre aquellos a ella sujetos”.<sup>32</sup> Por último ha sido también denominada tesis de la diferencia práctica: el mandato de una autoridad legítima hace una diferencia, cambia en algún sentido los deberes del sujeto normativo.<sup>33</sup> Hay entonces deberes dependientes de la emisión de mandatos. Estos deberes, justamente en virtud de ser derecho

<sup>30</sup> *cfr.* Coop, David, “The idea of a legitimate state”, *Philosophy and Public Affairs*, Princeton, Princeton University Press, vol. 28, núm. 1, 1999, p. 5.

<sup>31</sup> *cfr.*, Wolff, Robert Paul, *op. cit.*, nota 4, p. 4; Kant, Immanuel, *Metafísica de las Costumbres* (1797), traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Barcelona, Altaya, 1996, p. 31. (MC. 6:224); Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 13 p. 23; Raz, Joseph, *The Authority of Law*, 5a ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 12; Selemé, Hugo, *op. cit.* nota 29, pp. 75 y 76. Siempre me ha resultado particularmente esclarecedora la definición de John Lucas. Al respecto sostiene que “un hombre o cuerpo de hombres tiene autoridad si de su dicho ‘que ocurra X’ se sigue que x debe ocurrir”, *cfr.* Lucas, John, *The Principles of Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1966, p. 16.

<sup>32</sup> *cfr.* Durning, Partrick, “Political legitimacy and the duty to obey the law”, *Canadian Journal of Philosophy*, vol. 33, núm. 3, 2003, p. 375; Edmundson, William, *op. cit.*, nota 4, p.220; Edmundson, William, *Three anarchical Fallacies*, Cambridge, Cambridge University press, 1998, p. 38; Wyckoff, Jason, “The inseparability thesis: why political legitimacy entails political obligations”, *Southwest Philosophy Review*, vol. 26, núm. 1, 2010, p. 51. Habitualmente esta tesis se presenta ligada a la tesis de la obligación general. Tal como aquí uso los términos “correlativismo” y “tesis de la diferencia”, no tienen este vínculo conceptual con la idea de “generalidad”. Pueden afirmar la generalidad pero también pueden afirmar que sólo típicamente los mandatos están asociados a la creación de deberes, i.e., los mandatos de una autoridad dentro del límite de su legitimidad. Al respecto ver Raz, *op. cit.*, nota 13, p. 74.

<sup>33</sup> *cfr.* Coleman, Jules, “Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis”, en Coleman, Jules (ed.), *Hart’s postscript: essays on the postscript to the concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 101; Verbeek, Bruno, “The authority of norms”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 44, núm. 3, 2007, p. 245.

objetivo, son razones para guiar nuestra conducta, tienen derecho a intervenir en nuestro razonamiento práctico.

Es importante destacar que la respuesta afirmativa a la pregunta por si el derecho es un conjunto de deberes implica una respuesta afirmativa a estas otras:

(b) ¿Es el derecho positivo un conjunto de deberes *categóricos*?<sup>34</sup>

Cuando nos preguntamos por la existencia de un deber de obedecer el derecho descartamos cualquier interpretación que lo reduzca a un conjunto de imperativos hipotéticos, i.e., que entienda el derecho básicamente en términos de coerción justificada o injustificada. Por cierto, la respuesta negativa a la pregunta por el carácter categórico de los deberes jurídicos puede llevarnos a verlos como meros imperativos de prudencia, pero esta posición sólo puede ser adoptada al final, nunca al principio, de la indagación.

(c) ¿Es el derecho positivo un conjunto de deberes *genuinos*?

Los deberes genuinos se oponen a los deberes entrecomillados, relativizados, o desde un punto de vista. Los deberes entrecomillados son enunciados de deber, pero no necesariamente deben ser tenidos en cuenta por un agente racional en su razonamiento práctico, i.e., aquél por el que determina lo que finalmente debe hacer. Supongamos que usted es un adulto y su abuela le dice “debes ir a misa el domingo”. Usted no tiene ningún deber de ir a misa el domingo, al menos no porque su abuela se lo diga. Pensemos ahora en el deber de no dañar a otros. Debemos abstenernos de esa conducta aún cuando nadie nos lo indique. Este es (supongamos aquí) un deber genuino, uno que debemos tomar en cuenta. Dejando de lado la obvia diferencia entre el deber jurídico en tanto dependiente de la emisión de mandatos y el deber de no dañar a otro en tanto deber natural, la pregunta aquí relevante es ¿los deberes jurídicos se parecen más a su deber de ir a misa según el mandato de su abuela o al deber de no dañar a otro? (véase, *NORMATIVIDAD JURÍDICA*)

Estos dos puntos no son mayormente controvertidos, la indagación entonces continuará con el primero.

En cuanto al correlativismo, la tesis de la inseparabilidad o de la diferencia práctica, cabe insistir en la necesidad de distinguir el nivel conceptual del sustantivo (dependiente por cierto de consideraciones normativas). Pues una cosa es decir que la emisión de mandatos está conceptualmente ligada a la pretensión de crear deberes en los súbditos y otra cosa es decir

<sup>34</sup> Ello en virtud de que la idea de deber categórico y deber genuino están presupuestas en el uso común de “deber”.

que los mandatos generan de hecho esos deberes. Igualmente, una cosa es decir que la idea de un estado legítimo está conceptualmente ligada con la idea de que los súbditos deben cumplir sus mandatos y otra cosa es afirmar que existen estados legítimos. Así por ejemplo Robert Paul Wolff, el anarquista filosófico por excelencia, adhiere a las tesis conceptuales aquí presentadas negando a su vez que exista alguna autoridad legítima, i.e., negando que alguien tenga algún deber de obedecer los mandatos estatales.<sup>35</sup> Es claro que quien afirma que existe una obligación de obedecer el derecho debe afirmar las tesis aquí expuestas tanto en el nivel conceptual como en el sustantivo.

Detengámonos en el nivel conceptual. Aquí creo que hay que hacer un nuevo distingo. Pues una cosa es afirmar que quien tiene autoridad legítima necesariamente tiene un derecho a mandar y a ser obedecido (versión fuerte) y otra cosa es afirmar que quien pretende autoridad legítima necesariamente pretende el derecho a mandar y a ser obedecido (versión débil). Quienes niegan que la autoridad legítima tenga derecho a mandar y que sus súbditos tengan un deber de obediencia pueden aun conceder que quien pretende autoridad necesariamente pretende ese derecho. En todo caso me interesa centrarme en la versión fuerte de la tesis en cuestión. Quienes niegan esta versión de la tesis niegan que la legitimidad de un estado deba analizarse necesariamente en términos de su capacidad de imponer deberes.<sup>36</sup> En este sentido Ladenson, por ejemplo, afirma que un estado es legítimo cuando sus actos de coerción hacia sus súbditos están moralmente justificados. Revisemos primero esta idea para pasar luego al análisis de los argumentos en favor de la tesis de la inseparabilidad.

### *1. Argumentos en contra de la tesis de la inseparabilidad: autoridad como coerción justificada*

En general los esfuerzos realizados por desligar el derecho a mandar de la autoridad del deber de obediencia por parte del sujeto normativo son in-

<sup>35</sup> Wolff, Robert Paul, *op. cit.*, nota 4, p. 4.

<sup>36</sup> La negación de la tesis de la inseparabilidad asume diversos modos que no es posible analizar aquí (sobre el punto puede verse Durning, Patrick, *op. cit.*, nota 32, 374 y 375. Particular interés ha despertado la tesis que, negando que exista un deber de los súbditos de obedecer el derecho, afirma no obstante la existencia de un deber de no interferencia con los mandatos y la aplicación de la fuerza por parte de las autoridades. Al respecto principalmente Edmundson, William, *op. cit.*, nota 32, pp. 48–61. Acuerdo sin embargo con Christiano en que al menos la mayoría de los actos de desobediencia son actos de interferencia. *Cfr.* Christiano, Thomas, “Justice and Disagreement at the Foundations of Political Authority” *Ethics*, vol. 110, núm. 1, 1999, p. 170.

tentos de anular el orden de prioridad establecido al definir la autoridad como derecho a dictar normas vinculantes y, subsidiariamente, como derecho a imponer sanciones.<sup>37</sup> Toda la tradición hobbesiana de pensamiento político afirma que sólo este segundo elemento es el importante y el que define la autoridad. Dentro de esta tradición, Robert Ladenson ha sostenido que el concepto de derecho implicado en el derecho a mandar es un derecho como justificación (justification-right).<sup>38</sup> Estos derechos (a diferencia de los derechos como pretensiones (claim-rights), no son derechos a que otro haga algo y por lo tanto no implican, como sí implican aquellos, un deber por parte del sujeto pasivo de la relación. Como señala Juan Carlos Bayón, el ‘derecho a mandar’ en la concepción de Ladenson implica meramente la pretensión de que la autoridad tiene una justificación moral para ejercer el poder (entendido como capacidad de hacer que otros cumplan con su voluntad, no como poder normativo).<sup>39</sup> Así, las normas emanadas de quien pretende autoridad deben ser interpretadas como amenazas de usar la fuerza en caso de no correspondencia con la conducta ordenada. Una autoridad legítima tiene derecho a mandar si el ejercicio de la fuerza por su parte está justificado. Esta situación no implica sin embargo que aquellos a ella sometidos tengan un deber de obedecerla.

Si éste es el caso, podemos pensar la existencia de un derecho de amenazar con sanciones independiente de un derecho a dictar o crear normas. Las sanciones justificadas se aplicarían, en esta interpretación, a la acción que falla en conformarse a normas independientes de la emisión de mandatos, i.e., morales. Bajo este esquema podríamos pensar que la autoridad es meramente el derecho a respaldar con la fuerza pública el cumplimiento por parte de los ciudadanos de deberes preexistentes, por ejemplo su deber de no dañar a otros. Aún más, podemos pensar que hay ciertos casos de coacción justificada aún cuando la persona que la sufre no se encuentre bajo un deber moral de comportarse de determinada manera. Pensemos en el caso de quien ha perdido el juicio y se comporta violentamente. La autoridad pretende tener un derecho a encerrarlo en un manicomio pese a que

<sup>37</sup> Sobre el punto puede verse Green, Leslie, *op. cit.*, nota 8, p. 5.

<sup>38</sup> Ladenson, Robert, “In Defense of a Hobbesian Conception of Law”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 9, núm. 2, 1980, p. 139, reimpresso en J. Raz, (ed.), *Authority*, Basil Blackwell, Oxford, 1990. Para los conceptos aquí expuestos véase p. 35 y siguientes de esta última edición. En el mismo sentido Reiman, Jeffrey, *In defense of political philosophy*, Nueva York, Harper Torchbooks, 1972, p. 18.

<sup>39</sup> Bayón, Juan Carlos, *La Normatividad del Derecho. Deber Jurídico y Razones para la Acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 629.

no supone que esa persona ha violado ningún deber. Si el derecho a mandar no es correlativo con un deber de obediencia, lo único que puede reclamar para sí la autoridad es un derecho (una justificación moral) a imponer coactivamente sanciones bajo determinadas circunstancias. De hecho la teoría política moderna de cuño hobbesiano sostiene la tesis de que el estado surge cuando los agentes en estado de naturaleza se restringen en el uso de la fuerza para crear así un monopolio de la coacción legítima en manos del estado. Esta teoría no requiere afirmar que la autoridad pueda cambiar los deberes del agente.

Bayón destaca una idea que, a mi juicio, resulta muy esclarecedora respecto de la diferencia entre la concepción del derecho a mandar como justificación para usar la fuerza y la concepción de la diferencia práctica:

...decir que alguien tiene una justificación para usar el poder es decir que hay razones morales que amparan la realización de actos que pueden modificar las razones prudentiales de otro (y sólo esa clase de razones). Por el contrario, pretender que –en tanto que autoridad legítima– uno cuenta con un poder normativo equivale a sostener que mediante la emisión de directivas se puede modificar el conjunto de razones para actuar dominantes sobre las meramente prudentiales del destinatario de las normas.<sup>40</sup>

Pero si la concepción del derecho a mandar en términos de justificación moral para usar la fuerza fuera correcta, se seguiría que debería negarse que las normas jurídicas emanadas de los poderes públicos sean razones que puedan justificar una decisión institucional. La deliberación debería hacerse sobre bases morales y luego aplicarse la sanción. Sin embargo por lo general suponemos que la norma que puede legítimamente fundar una decisión jurisdiccional de aplicar una sanción es una norma positiva. Por ello buena parte de la doctrina actual considera que este intento de separar el derecho a mandar del deber de obedecer no conduce por buen camino. Raz, por ejemplo, nos señala que una sociedad en que la autoridad funcionara como Ladenson pretende sería una sociedad cuyas prácticas nos resultarían irreconocibles. Así las cortes no impondrían penas o mandarían pagar indemnizaciones en virtud de que las personas han violado un deber jurídico de comportarse de determinado modo. En dicha sociedad los tribunales sólo afirmarían que a las personas que se comporten de ciertos modos se las hará sufrir y se tendrá dicho sufrimiento por moralmente justificado.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Bayón, Juan Carlos, *Ibidem*, p. 632.

<sup>41</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 13, p. 27; en el mismo sentido Simmons, John, “Political obligation and Authority” en Simon, Robert (ed.), *The Blackwell Guide to social and political philosophy*, Malden, Blakwell Publishers, 2002, p. 19.

Por otra parte, indica Bayón,<sup>42</sup> esta doctrina implicaría que toda coerción justificada debería contar como un caso de autoridad legítima, lo que evidentemente confunde las ideas de actuar como autoridad y estar moralmente autorizado a usar la fuerza sobre otro. Joseph Raz también se ha manifestado en este sentido:

Parece claro que el uso justificado de la fuerza coercitiva es una cosa y la autoridad es otra. No ejerzo autoridad sobre personas que sufren de enfermedades peligrosas si las pongo fuera de combate y las encierro para proteger al público, a pesar de que estoy, dadas las circunstancias, justificado en hacerlo. No tengo más autoridad sobre ellos que la que tengo sobre perros rabiosos.<sup>43</sup>

Si bien los sostenedores de la teoría en cuestión podrían replicar que la autoridad legítima es sólo *un* caso de coacción justificada, deberían poder mostrar en qué se diferencia la autoridad del resto de los casos de la clase. Sin embargo ahora esta diferencia sería la marca definitoria de la autoridad y no el hecho la mera capacidad de coaccionar justificadamente.

La tesis de la inseparabilidad en general da por sentado que normalmente la autoridad legítima goza del monopolio de la fuerza legítima. Lo que sucede es que considera que la relación entre autoridad y fuerza es meramente empírica, no la marca definitoria de la autoridad. Bien puede concebirse autoridades que imponen deberes sin necesidad de respaldarlos con sanciones.

## 2. Argumentos a favor de la tesis de la inseparabilidad

Para avalar la tesis de la inseparabilidad es común apelar a la idea de que sólo podemos forzar a los demás a comportarse de cierta manera si ellos ya tienen el deber de comportarse de esa manera. Así, un estado no tendría el derecho de imponer por la fuerza sus leyes a los ciudadanos si éstos no tuvieran ya el deber de obedecerlas. Pues en este caso estaría forzando a la gente a hacer lo que no tienen deber de hacer.<sup>44</sup>

Pero esta línea argumentativa no carece de problemas. Primero observemos que aun si fuera cierto que el estado no puede forzarnos a hacer lo

<sup>42</sup> Bayón, Juan Carlos *op. cit.*, nota 39, p. 629.

<sup>43</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 13, pp. 25 y 26.

<sup>44</sup> En este sentido Klosko, George, *The principle of fairness and political obligation*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1992, pp. 38-45. Aquí sigo la exposición y crítica de Durning en Durning, Patrick, *op. cit.*, nota 32, p. 376 y ss.

que no tenemos deber de hacer, esto no implicaría que sus sanciones presupongan un deber de obediencia *a sus normas*. Ello porque carecer del deber de obedecer el derecho es carecer del deber de hacer lo que el derecho requiere, *porque* lo requiere. De modo que aun si careciéramos del deber de obedecer el derecho podríamos tener, por razones morales, el deber de actuar conforme al contenido del derecho. Si fuera el caso que una norma jurídica impone la misma conducta que una norma moral entonces el estado podría sancionar nuestra infracción y hacerlo justificadamente, pues tenemos un deber (moral) de comportarnos de determinado modo. Sin embargo esto no muestra que el estado, al sancionar, esté presuponiendo un deber de obedecer el derecho. Teorías como la de Ladenson son, entonces, inmunes a este argumento.

En segundo lugar, el principio mismo sobre el que reposa este argumento tiene problemas. En este sentido Durning afirma que no es cierto que sólo esté justificada la coerción sobre quien ya tiene un deber de comportarse en el sentido requerido. A su entender si alguien está justificado en emitir mandatos respaldados por la fuerza y si alguien tiene el deber de seguir esos mandatos, es algo que depende de las condiciones subjetivas de los respectivos agentes, tales como la información o la falta de información de cada uno.

Por ejemplo, un gobierno podría tener el permiso moral de poner en cuarentena a todos los que habiten un área donde cunde una enfermedad mortal, incluso si algunos residentes saben —hecho que no es conocido ni posible de determinar ni por las autoridades ni por la policía— que ellos no son portadores y que no implican peligro para los demás. En este caso las personas que saben que no son portadores pueden no tener el deber de someterse a la cuarentena, aun cuando la policía estaría justificada en ordenarles que permanezcan en cuarentena y en forzarlos a ello.<sup>45</sup>

Sin embargo el argumento de Durning es, a mi entender, cuestionable: no distingue entre un sentido subjetivo y un sentido objetivo de justificación. Los funcionarios están subjetivamente justificados en imponer la cuarentena a los que no son portadores pues no saben ni pueden saber este hecho. Pero desde el punto de vista de los hechos relevantes y de las normas que justifican la imposición de la cuarentena, no se sigue la justificación moral de la imposición: no es cierto que la imposición de la cuarentena por la fuerza esté justificada aun cuando de parte de los no portadores no haya deber de respetarla. Los funcionarios creen que están justificados y ello puedes servirles de excusa. Pero de hecho no lo están.

<sup>45</sup> Durning, Patrick, *op. cit.*, nota 32, p. 377.

Durning trae a cuento un segundo ejemplo.<sup>46</sup> Con vistas a prevenir los graves daños resultantes del efecto acumulativo de muchas acciones individualmente insignificantes, un gobierno puede estar justificado en imponer a los ciudadanos el seguir ciertas reglas. Por ejemplo, el gobierno podría estar justificado en imponer la reducción de la polución ambiental. Consideraciones de equidad y facilidad en la administración pueden justificar que este objetivo se lleve a cabo requiriendo a cada uno que instale dispositivos de control de polución en sus vehículos. Sin embargo, aun cuando cada individuo puede tener un deber de limitar la polución que causa, puede no tener el deber de hacerlo precisamente del modo que el gobierno lo requiere. Puede ser que determinada persona pueda hacer su parte en recortar la polución reduciendo en dos tercios el tiempo de uso de su auto en lugar de instalando el dispositivo antipolución. El gobierno puede estar, sin embargo, justificado en imponerle por la fuerza la regla en cuestión.

Sin duda es discutible si Durning logra mostrar con estos ejemplos lo que pretende, i.e., que hay casos de imposición justificada de la fuerza sin que el que sufra la imposición tenga un deber de realizar la acción requerida. Consideraciones relativas a la bondad de contar con un esquema adecuado de coordinación, por ejemplo, podrían justificar la existencia de un deber para todo ciudadano de instalar el dispositivo anti-polución en el último ejemplo de Durning. Pero aún si no todo caso de imposición justificada de la fuerza supusiese la existencia de un deber de comportarse de determinado modo, el primer argumento en contra de esta versión del correlativismo (la fundamentación de Klosko) ya es bastante fuerte. Por ello es que la idea de que el estado sólo puede forzar a los demás a hacer aquello que ya tienen el deber de hacer suele ser dejada de lado como argumento a favor de la tesis de la inseparabilidad.

Un segundo argumento a favor del correlativismo es el que ya hemos esbozado al criticar las tesis de Ladenson: el derecho de hacer mandatos y respaldarlos con la fuerza (sin suponer un deber por parte de los ciudadanos) no nos permite distinguir al estado de sus ciudadanos. En este sentido Wolff indica, por ejemplo, que todo aquel que al llegar a su casa encuentre en ella un ladrón tiene derecho a ordenarle salir y a respaldar esa orden con la fuerza. Pero no por ello es una autoridad.<sup>47</sup> Raz por su parte afirma, tal como vimos, que tener autoridad requiere más que tener una autorización moral para usar la coerción. Si éste fuera el único criterio entonces la

<sup>46</sup> Durning, Patrick, *op. cit.*, nota 32, pp. 377 y 378.

<sup>47</sup> Wolff, Robert Paul, *op. cit.*, nota 4, pp. 95 y 96.

amenaza de mi vecino de quemar basura al lado de mi casa si no podo mis arboles (asumamos que está justificado en requerirme la poda en virtud de que las hojas de mis arboles tapan sus desagües o algo parecido) lo convertiría en autoridad mía. Pero, sostiene Raz no es el caso que la capacidad de afectar mi comportamiento junto con la justificación de esta capacidad, convierta a mi vecino en mi autoridad.<sup>48</sup>

Como bien indica Durning,<sup>49</sup> tanto Wolff como Raz consideran que un estado legítimo tiene un estatus moral especial con respecto a los ciudadanos en general. Si no podemos encontrar este estatus apelando a la idea de una justificación para el uso de la fuerza (pues tanto el estado como los ciudadanos gozan de las mismas justificaciones para el uso de la fuerza) entonces se sigue que este estatus moral especial debe recaer en su capacidad de crear deberes, i.e., se sigue la verdad de la tesis de la inseparabilidad.

En contra de este último argumento Durning apunta que los intentos de Wolff y Raz de excluir cualquier opción a la tesis de la inseparabilidad, de hecho no logran su cometido: aun hay alternativas.<sup>50</sup> A su entender un estado puede tener un derecho *especial* a emitir mandatos respaldados por las fuerza incluso si todos tienen algún derecho a realizar esta acción. Por ejemplo, afirma, los estados pueden tener derechos para emitir este tipo de mandatos sobre un ámbito de acciones más amplio que el de de los demás grupos o individuos. Igualmente podrían hacerlo sobre la base de un grupo más amplio de razones. Así el estado podría tener derecho a forzar a las personas a sostener económicamente las actividades estatales o a expropiar la propiedad privada, mientras que los individuos no tendrían esos derechos. Asimismo, sostiene, aun si fuera cierto que los individuos tienen derecho a emitir mandatos coercitivos sobre los mismos ámbitos que el estado, todavía podríamos distinguir al estado “afirmando que, en un estado legítimo, las autoridades estatales tienen un derecho excluyente para usar la fuerza y regular la conducta.”<sup>51</sup> Para visualizar esta idea imaginemos un grupo de individuos que ante la ausencia de las autoridades se ponen a regular el tráfico. Tienen derecho a ello pues en vista de las consecuencias están justificados. Pero, afirma Durning, cuando los funcionarios asumen la tarea, los demás tienen el deber de dejar en sus manos el uso de mandatos y la imposición de la fuerza. Durning parece considerar obvio que los ciudadanos comunes deben dejar su derecho justificado a mandar en manos de los funcionarios cuando estos reasumen su tarea, pues de hecho no ofrece

<sup>48</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 13, p. 25.

<sup>49</sup> Durning, Patrick, *op. cit.*, nota 32, p. 378.

<sup>50</sup> *cf.* Durning, Patrick, *Ibidem*, p. 380.

<sup>51</sup> Durning, *idem*.

ningún argumento que avale esta posición. Particularmente no queda claro aquí el criterio de distinción entre funcionarios y particulares. En todo caso, concluye Durning que cualquiera de estas posibilidades da al estado un estatus moral especial sin poner en cabeza de sus súbditos un deber de obediencia.

A mi entender sin embargo estos últimos ejemplos de Durning, sobre todo el del derecho especial del estado a imponer sus mandatos sobre ámbitos a los que los demás no tienen acceso, cubrirán un ámbito muy limitado de casos, muchos menos que aquellos sobre los cuales el estado pretende autoridad.

## V. ARGUMENTOS RELATIVOS A LA EXISTENCIA DE UNA OBLIGACIÓN DE OBEDECER EL DERECHO

Asumamos, por amor del argumento, la verdad del correlativismo, la tesis de la inseparabilidad, etc. Para que a partir de estas tesis podamos dar cuenta de la existencia de un deber moral de obedecer el derecho o, en otras palabras, del derecho como un conjunto de deberes categóricos, debemos afirmar que existen estados legítimos. Para ello a su vez necesitamos contar con un argumento sustantivo que establezca las condiciones que un estado debe satisfacer para ser legítimo y además algún estado empírico debe satisfacer esas condiciones. Aquí analizaremos brevemente algunas de las principales justificaciones del estado así como las críticas por ellas sufridas, críticas que al no encontrar respuesta categórica han llevado a que la tesis de la inexistencia de una obligación de obediencia sea hoy dominante.<sup>52</sup>

<sup>52</sup> Como bien apunta Edmundson “Las teorías positivas generalmente reconocen la influencia del libro *Moral Principles and Political Obligations* que en 1979 publicara John Simmons, que ofreció un argumento negativo tan impresionante que no es exagerado decir que la literatura del último cuarto del siglo XX consistió en gran parte en los esfuerzos realizados para superar o desviar las objeciones de Simmons” (Edmundson, William, *op. cit.*, nota 4, p. 228). La crítica ofrecida por Simmons está siempre presente en este trabajo. Reconstrucciones bien elaboradas de las diversas justificaciones y sus críticas pueden verse también en Edmundson, William, *idem*; Smith, M. B. E., *op. cit.*, nota 11; Green, Leslie, *op. cit.*, nota 8; Malem, Jorge, *op. cit.*, nota 7 y Dagger, Richard, “Political Obligation”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2010, Edward N. Zalta (ed.), en <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/political-obligation/>>.

Un problema aparte es cómo deben ser clasificadas las diversas teorías sustantivas de la legitimidad estatal.<sup>53</sup> Por mi parte dividiré primero entre aquellas que niegan y aquellas que afirman (la posibilidad de fundar) la existencia de una obligación de obedecer el derecho. Entre las primeras, i.e., las posturas anarquistas, distinguiré a su vez entre anarquismos *a priori* y anarquismos *a posteriori*, siguiendo, aunque críticamente, la clasificación de Simmons.<sup>54</sup> Entre las segundas distinguiré entre teorías voluntaristas y no voluntaristas (en general racionalistas) según conciban la naturaleza del deber moral.<sup>55</sup> En tanto todas las teorías aquí expuestas son intentos de mostrar que los deberes jurídicos por una u otra razón son deberes genuinos, intentos, en otras palabras, de dar cuenta de la fuerza normativa moral de (el contenido de) los mandatos autoritativos y de las normas jurídicas en general, no va desencaminada una clasificación que los ordene en virtud de las diversas concepciones que asumen respecto de la naturaleza de la moralidad.

<sup>53</sup> Diversos criterios clasificatorios pueden verse en Simmons (*cf.* Simmons, John, *op. cit.*, nota 41, p. 24-27) quien distingue entre teorías transaccionales, asociativistas y las que apelan a un deber natural de justicia; Smith, (*op. cit.*, nota 11, p. 953), distingue tres grupos: “En primer lugar, aquellas que se apoyan sobre los beneficios que cada individuo recibe del gobierno, segundo, las que se basan en el consentimiento implícito o promesa, en tercer lugar, aquellas que apelan a la utilidad o al interés general; Edmundson, (*op. cit.*, nota 4, p. 228), distingue entre teorías primitivas y derivadas: “Las teorías derivadas buscan justificar el deber vinculándolo a un principio moral más amplio y tal vez menos controversial o un conjunto de principios morales. Las teorías primitiva, por el contrario, tratan de defender el deber de obedecer el derecho como moralmente autónomo.”

<sup>54</sup> Simmons, John, *Justification and Legitimacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 104 - 105.

<sup>55</sup> Para una clasificación bajo un criterio similar. ver Green, Leslie, *op. cit.*, nota 8. Green, de quien me he servido en buena medida en esta reconstrucción, entiende que “los voluntaristas sostuvieron que esto (la existencia de una obligación moral de obedecer el derecho) requiere algo así como un sometimiento voluntario al estado de derecho a través, por ejemplo, del consentimiento. Los no voluntaristas lo negaron, insistieron en que el valor de un sistema jurídico justo y efectivo es en sí mismo suficiente para validar las pretensiones del derecho.” Conuerdo con Green en el criterio de distinción. Sólo cabe resaltar que el requerimiento o no de una sujeción voluntaria (un acto o estado subjetivo del agente) se debe en última instancia a los diversos presupuestos que las diversas teorías sobre la existencia de un deber de obedecer el derecho tienen sobre la naturaleza de todo deber categorico. Con particular atención a este último punto (aunque haciendo referencia a concepciones epistémicas antes que a racionalistas o no voluntaristas) clasifiqué las justificaciones de la autoridad en Iosa, Juan, “La estructura del conflicto entre autoridad y autonomía”, *Análisis e Derecho*, Madrid, 2011, pp. 38 y 39. Allí muestro la estrecha conexión entre teorías acerca del contenido de los mandatos (producto de la voluntad vs. vs producto de la razón), teorías acerca de la justificación de la autoridad (voluntarismo-racionalismo), teorías acerca del carácter veritativo o no de los juicios de deber moral (no cognitivismo-cognitivismo) y, por último, teorías acerca de la naturaleza del deber moral (antirrealismo-realismo).

### 1. Teorías negativas: Anarquismo

Si bien cuestionable y mejorable,<sup>56</sup> ya es clásica la distinción de Simmons entre anarquismo *a priori* y anarquismo *a posteriori* y por ella me guiaré aquí.<sup>57</sup> Por oposición al anarquismo político,<sup>58</sup> el compromiso práctico del anarquismo filosófico se limita a afirmar que no hay ningún deber de obedecer los mandatos estatales. Esta tesis suele basarse en dos tipos de argumentos. Por un lado los anarquistas *a priori* afirman que nunca puede haber deberes dependientes de la emisión de mandatos estatales en virtud de que no pueden existir autoridades legítimas. Ello porque, a su entender, el concepto de autoridad legítima sería o bien internamente contradictorio o bien contradictorio con un concepto más central en nuestro discurso moral como el de autonomía o el de racionalidad. Por su lado el anarquismo *a posteriori*, tal y como Simmons ha construido la categoría, puede ser de dos tipos. Primero tenemos los anarquistas empíricos por llamarlos de algún modo: tienen una teoría de la legitimidad estatal, i.e., creen que existen un conjunto de condiciones tales que de satisfacerlas un estado sería legítimo, pero no creen que haya ningún estado actual que las satisfaga. En segundo lugar tenemos los anarquistas teóricos: no están convencidos por los argumentos anarquistas *a priori* pero a la vez consideran insatisfactorias a todas las teorías positivas de la legitimidad estatal de modo que no consideran que se les haya ofrecido buenos argumentos para considerar autoritativos a los mandatos estatales.<sup>59</sup>

#### A. Anarquismo *a priori*

El argumento *a priori* más contundente en contra de la posibilidad misma de existencia de autoridades legítimas lo ha dado Robert Paul Wolff en su clásico *In Defense of Anarchism*.<sup>60</sup> Allí afirma que no puede haber autoridades legítimas y, por lo tanto, no hay ningún deber de obedecer los mandatos de quienes pretenden autoridad. Ello porque existe una contradicción conceptual entre autoridad legítima y autonomía moral. A su vez, dado que el

<sup>56</sup> Para la reconstrucción y crítica del distingo simmoniano véase Iosa, Juan, “Anarquismo Filosófico y Anarquismo Político”, *Revista de la Facultad UNC*, vol. 4, núm. 1, Nueva Serie II, 2013.

<sup>57</sup> *cf.* Simmons, John, *op. cit.*, nota 54, pp. 104 y 105.

<sup>58</sup> El anarquismo político considera que, en virtud de su ilegitimidad, todos tenemos un deber moral de hacer lo que esté a nuestro alcance para destruir el estado.

<sup>59</sup> *cf.* Simmons, John, *Idem*.

<sup>60</sup> Wolff, Robert Paul, *op. cit.*, nota 4.

concepto de autonomía goza de preeminencia normativa en razón de su vínculo conceptual con nuestras ideas de moralidad y racionalidad, el concepto de autoridad legítima resulta vacío: es imposible que haya algún elemento perteneciente a esa clase.<sup>61</sup>

Para evaluar esta afirmación hay que entender primero los conceptos de autonomía y de autoridad en juego. En otro lugar he intentado demostrar que en Wolff se cueban solapadamente dos concepciones —epistémica y voluntarista— de la autoridad y dos concepciones—epistémica y voluntarista— de la autonomía.<sup>62</sup> Si ello es así entonces el conflicto postulado por Wolff debe ser desdoblado.

(a) El conflicto entre autoridad y autonomía es irresoluble porque la autonomía moral requiere que siempre seamos los autores de las normas que hemos de obedecer mientras que la autoridad pretende que su voluntad sea la fuente de tales normas.

(b) El conflicto entre autoridad y autonomía es irresoluble porque la autonomía moral requiere que siempre juzguemos por nosotros mismos sobre qué razones categóricas deben guiar nuestra acción y que obremos en consecuencia, mientras que la autoridad pretende que renunciemos a actuar sobre la base de nuestro propio juicio para descansar en el suyo.

Bajo concepciones voluntaristas de la autoridad y de la autonomía no es cierto que el conflicto sea conceptual, tal como el mismo Wolff lo reconoce.<sup>63</sup> Si un agente autónomo es aquel que se da leyes a sí mismo entonces una sociedad de agentes autónomos puede vincularse a leyes colectivamente legisladas: la democracia directa y por unanimidad es una solución al supuesto conflicto entre autoridad y autonomía. Sin duda las democracias de este tipo son improbables, existen grandes dificultades prácticas para su concreción. Pero el problema ahora es empírico y no conceptual.<sup>64</sup>

Si, por el contrario, nos centramos en concepciones epistémicas de la autoridad y la autonomía, la tesis del conflicto conceptual parece ser más defendible: para que sean posibles las autoridades prácticas deberíamos afirmar que existen sabios morales, tesis incompatible, al menos en principio, con los postulados básicos de la moralidad moderna: todos tenemos igual acceso a la

<sup>61</sup> Ver Wolff, Robert Paul, *Ibidem*, pp. 3–19; Iosa, Juan, “Wolff entre autoridad y autonomía”, *Doxa*, Madrid, núm. 33, 2010, p. 516; Iosa Juan, *op. cit.*, nota 55, pp. 32 y 33.

<sup>62</sup> Iosa, *op. cit.*, nota 55, pp. 31–57. Para ser exactos, en el ámbito de la autonomía, la distinción es entre autonomía como juicio propio y autonomía como autolegislación. La concepción voluntarista (wolffiana) de la autonomía como autolegislación es una entre otras, e.g., realistas, constructivistas.

<sup>63</sup> Wolff, Robert Paul, *op. cit.*, nota 4, pp. 21–23.

<sup>64</sup> Para un análisis detallado de la versión voluntarista del problema ver Iosa, Juan, *op. cit.*, nota 61.

ley moral.<sup>65</sup> Aunque tal vez los candidatos apropiados para desempeñar el papel de sabio que justifica el abandono del juicio propio en cuestiones morales sean las instituciones democráticas y no las personas.<sup>66</sup>

### B. *Anarquismo a posteriori*

Como afirmé arriba deben distinguirse los anarquismos *a posteriori* por razones empíricas de aquellos que adoptan esta posición por razones teóricas. Los argumentos empíricos pueden ser suficientes para rechazar que debamos obediencia a los estados actuales. Pero suponen una teoría de la legitimidad que dichos estados no logran satisfacer. De modo que lo interesante es estudiar si dicha suposición es acertada. El anarquista *a posteriori* por razones teóricas es justamente aquel que niega que éste sea el caso, i.e., que haya alguna teoría que debamos aceptar como fundamento suficiente de la legitimidad estatal. En lo que sigue presentaré la mayoría de las teorías de la legitimidad discutidas por la filosofía política contemporánea. Todas las que aquí presento tienen problemas. No pretendo ser exhaustivo pero sí, en todo caso, indicar una tendencia que de confirmarse apuntaría en la dirección del anarquismo filosófico *a posteriori* por razones teóricas.

## 2. *Teorías positivas*

### A. *Teorías no voluntaristas*

Una teoría de la legitimidad estatal o de los fundamentos de la obligación política es no voluntarista si la justificación del deber de obediencia al derecho está vinculada a hechos independientes de cualquier tipo de actos, actitudes o disposiciones de los sujetos normativos. Dichas teorías están vinculadas, en otras palabras, a algún tipo de realismo moral: conciben los

<sup>65</sup> Un desarrollo de los problemas implicados por la versión epistémica del conflicto puede verse en Iosa, Juan, “Reconsiderando el argumento de las razones auxiliares”, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, año I, núm. 2, 2012, pp. 219–231. Un análisis de los supuestos básicos de la moralidad moderna en el sentido de la tesis de la igual capacidad epistémica en cuestiones morales puede verse en Schneewind, Jerome, *The Invention of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998, p. 4. Para defensas de concepciones epistémico-prácticas de la autoridad ver Raz, *op. cit.*, nota 13, pp. 38–80.

<sup>66</sup> Para justificaciones epistémicas de la autoridad democrática ver Nino, Carlos, *The constitution of deliberative democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996; Estlund, David, *La autoridad democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores 2001; Martí, José Luis, *La república deliberativa*, Madrid–Barcelona, Marcial Pons, 2006.

deberes morales, y específicamente la normatividad moral de los deberes jurídicos, como dependientes de hechos objetivos.

#### a. Asociativismo

Quizás el asociativista más destacado de la actualidad sea Ronald Dworkin. A su entender “la asociación política, al igual que la familia, la amistad y otras formas de asociación más locales e íntimas, está saturada de obligación.”<sup>67</sup> A su entender pareciera ser que el mero hecho de ser miembro de una asociación conlleva ciertos deberes. En un sentido algo parecido Seleme afirma que

...las justificaciones asociativas... derivan el derecho que todo Estado legítimo posee del hecho que los ciudadanos se encuentren relacionados con una asociación de personas que posee cierto carácter -la comunidad política- de una manera específica. El *derecho* que todo estado legítimo posee se deriva de la mera membresía de los ciudadanos a dicha comunidad o del rol que ocupan en ella”.<sup>68</sup>

Una de las objeciones centrales al asociativismo es aquella que señala que el hecho de que uno pertenezca a determinada comunidad política, incluso por azares tales como el nacimiento en determinado lugar, no puede dar cuenta por sí mismo de la existencia de deberes para con la estructura institucional de esa comunidad. Habría que acudir a otros principios morales más familiares como el hecho de que la asociación promueve la justicia, la utilidad general, etc. Otra objeción vinculada indica que si bien es cierto que la gente que pertenece a ciertas asociaciones suele tener sentimientos de deber hacia los demás miembros en tanto tales y hacia la asociación en general, resulta claro que tener un sentimiento de deber no es lo mismo que tener un deber.<sup>69</sup>

Dagger señala otras dos objeciones al Asociativismo.<sup>70</sup> Primero, que la analogía que suelen establecer los asociativistas entre la comunidad política (y

<sup>67</sup> Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, p. 206. En el mismo sentido Horton, John, *Political Obligation*, Atlantic Highlands, Palgrave Macmillan Limited, 1992, pp. 150 y 151.

<sup>68</sup> Véase Seleme, Hugo, *op. cit.*, nota 29, p. 77. Una reconstrucción prolija de diversas teorías asociativistas derivadas (Juego Limpio, Gratitud, Asociativismo Liberal) puede verse en Edmundson, William, *op. cit.*, nota 4, pp. 242-249. El tema también está tratado en Simmons, John, “Associative Political Obligations”, *Ethics*, vol. 106, núm. 2, Jan., 1996, pp. 247-273 y en Horton, John, “In defense of associative political obligations”, parte uno en *Political Studies*, vol. 54, 2006 y parte dos en *Political Studies*, vol. 55, 2007.

<sup>69</sup> *cf.* Green, Leslie, *op. cit.*, nota 8, p.6; y Dagger, Richard, *op. cit.*, nota 52.

<sup>70</sup> Dagger, Richard, *op. cit.*, nota 52.

particularmente entre la estructura institucional de la comunidad política, i.e., el estado) y asociaciones más próximas como la familia no se sostiene: no es ni persuasiva ni atractiva. No convence pues la cercanía de relación entre los miembros de una familia evita cualquier traslación de la naturaleza de sus vínculos a relaciones mucho más distantes como las que se establecen entre los ciudadanos y los funcionarios de un estado. Además resulta políticamente objetable en virtud de las resonancias paternalistas con que dotaría a la autoridad estatal. Segundo, está la cuestión de la caracterización moral de la asociación de la que estamos hablando. Si la mera pertenencia a una asociación genera deberes esto implica que estamos vinculados a asociaciones con independencia de su carácter moral. ¿Pero estamos dispuestos a predicar obligación respecto de asociaciones injustas?<sup>71</sup>

#### b. Teorías instrumentalistas

En sentido amplio, las teorías instrumentalistas son aquellas que justifican la autoridad sobre la base de algún supuesto beneficio que brindan. El beneficiario bien puede ser el individuo particular o la comunidad en general (teorías del bien común). Dejaré para el capítulo de las teorías voluntaristas aquellas concepciones de la autoridad que, como la teoría del juego limpio (fair play), la justifican en la *aceptación* del beneficio en cuestión.

*b.1.* La autoridad como servicio normativo: el argumento epistémico y el argumento de la coordinación.

Según Raz la autoridad está justificada cuando presta un servicio típico a sus súbditos: les facilita el actuar correctamente, i.e., conforme a deber.<sup>72</sup> A su entender éste es el caso cuando se dan tres condiciones. Primero la tesis de la justificación normal:

<sup>71</sup> Pese a su no correlativismo, puede leerse en clave de respuesta a estas objeciones la idea de Seleme de dar cuenta de la obligación política como implicada por determinado rol social considerado valioso. En este sentido Seleme afirma que para que generen obligaciones, “lo que se requiere es que las instituciones estatales coloquen a los ciudadanos en un determinado rol, el de autor” (cf. Seleme, Hugo, *op. cit.*, nota 29). Si las instituciones posibilitan que los ciudadanos se conciban a sí mismos como autores i.e., si satisfacen los intereses que estos en tanto autores tienen, esas instituciones son suyas y por lo tanto legítimas. Esto a su vez garantizaría en un esquema correlativista la obligación de los ciudadanos de obedecer los mandatos institucionales. También intenta batallar contra estas críticas Horton en las dos partes de su artículo “In defense of associative political obligations”. Ver Horton, John, *op. cit.*, nota 68.

<sup>72</sup> Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 13, pp. 55 y 56.

El modo normal de establecer que una persona tiene autoridad sobre otra persona requiere mostrar que la persona aludida tiene mayores probabilidades de cumplir con las razones (subyacentes o dependientes) que se le aplican si acepta las directivas de la supuesta autoridad como autoritativamente vinculantes y trata de seguirlas, en lugar de intentar seguir directamente las razones que se le aplican.<sup>73</sup>

Ahora bien, esta tesis supone a su vez la tesis de la dependencia:

Todas las directivas autoritativas deben estar basadas en razones que ya se aplican a los sujetos, independientemente de las directivas, y que son relevantes para su acción en las circunstancias cubiertas por las directivas.<sup>74</sup>

Si la autoridad tomó en cuenta estas razones subyacentes y además está justificada en los términos de la tesis de la justificación normal, entonces el agente tiene buenas razones para actuar conforme lo requiere la tesis de la exclusión:

El hecho de que una autoridad requiera la realización de una acción es una razón para su realización que no ha de ser sumada a todas las demás razones relevantes al evaluar qué hacer, sino que debe excluirlas y tomar el lugar de algunas de aquellas.<sup>75</sup>

De lo contrario estaríamos contando la misma razón dos veces, una cuando la tomamos como razón subyacente y otra cuando tomamos como razón el mandato que refleja aquella razón subyacente.

La tesis de la justificación normal se satisface básicamente en dos tipos de situaciones:<sup>76</sup>

(i) Cuando la autoridad conoce mejor que los ciudadanos las razones aplicables a una clase de situaciones.

(ii) Cuando la autoridad tiene capacidad para asegurar la coordinación social.

-El argumento epistémico: En lo que hace a la primera causa de justificación debemos observar que la pretensión de mayor conocimiento de la autoridad puede darse respecto de dos tipos de casos:<sup>77</sup> Por un lado la autoridad puede tener un mayor conocimiento empírico. Así la autoridad puede conocer más sobre qué drogas son seguras para vender al público<sup>78</sup> o

<sup>73</sup> Raz, Joseph, *Ibidem*, p. 53.

<sup>74</sup> Raz, Joseph, *Ibidem*, p. 47.

<sup>75</sup> Raz, Joseph, *Ibidem*, p. 46.

<sup>76</sup> Raz, Joseph, *Ibidem*, p. 75; Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 25, pp. 71–73 y 185. Raz, Joseph, “Introduction” en Raz, Joseph (ed.) *Authority*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, p. 6.

<sup>77</sup> Ofrezco un análisis detallado de los problemas de la justificación epistémica en Iosa, Juan, *op. cit.*, nota 55, pp. 43 y 44 y en Iosa, Juan, *op. cit.*, nota 65, pp. 222-230.

<sup>78</sup> Este es el ejemplo de Raz, en *op. cit.*, nota 13, p. 74.

sobre cómo preservar los bancos de pesca o sobre cómo evitar el calentamiento global. Pero este tipo de conocimiento no nos permite diferenciar la autoridad práctica de la teórica.<sup>79</sup>

La autoridad puede también pretender mayor conocimiento moral: de existir hechos morales susceptibles de ser conocidos, nada impediría, al menos *prima facie*, que éste fuera el caso. Sin embargo el problema con esta justificación epistémica es que va en contra de los supuestos básicos del pensamiento moral moderno. En otras palabras, para poder darla por buena hay que suponer que hay personas con mayor conocimiento moral que otras. Pero nosotros pensamos y actuamos moralmente bajo el supuesto de que todos tenemos la misma capacidad de conocer lo que está bien y lo que está mal (y por ende la misma responsabilidad por nuestras acciones).<sup>80</sup> Es más, aún si hubiera personas con mayor conocimiento moral esto no las convertiría inmediatamente en autoridades prácticas (i.e., con capacidad de cambiar las razones para la acción conforme a la tesis de la diferencia) sino en autoridades epistémicas sobre cuestiones prácticas.

-El argumento de la coordinación: El argumento de la coordinación, presente ya en textos clásicos como el *Leviatán* de Hobbes, ha recibido particular atención en los últimos años.<sup>81</sup> En su versión normativista afirma que la autoridad está justificada y, por lo tanto, debe ser obedecida si puede resolver satisfactoriamente los problemas de coordinación que los ciudadanos no pueden resolver por su cuenta. Un típico problema de coordinación que parece poder resolver la autoridad es el del tránsito vehicular. No hay ninguna razón para conducir por un lado u otro de la calle a menos que todos hagan lo mismo. Y los mandatos de una autoridad efectiva pueden lograr este resultado. Por lo tanto uno tendría buenas razones, en tanto tiene buenas razones para resolver el problema de coordinación, para tomar los mandatos de la autoridad como deberes.

<sup>79</sup> Ver Green, Leslie, *op. cit.*, nota 8, p. 7.

<sup>80</sup> Sobre el punto ver Kant, *Inmanuel, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, (1985), trad., de Roberto Aramayo, Madrid, Alianza, 2002, pp. 4:411, 4:404, 4:391; Schneewind, Jerome, *op. cit.*, nota 65, p. 4; Iosa, Juan, *op. cit.*, nota 65, p. 226.

<sup>81</sup> Sobre el punto, que no puede aquí abordarse con la profundidad que se merece, puede verse: Finnis, John, "Law as Co-ordination", *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 1, 1989, pp. 97-104; Green, Leslie, "Authority and Convention" *The Philosophical Quarterly*, vol., 35, núm. 41, 1985, pp. 329-346; Gams, Chaim, "The Normativity of Law and its Coordinative Function", *Israel Law Review*, núm. 16, 1981, p. 333-355; Postema, Gerald, "Coordination and Convention at the Foundations of law", *Journal of Legal Studies*, núm. 11, 1982, pp. 165-203; Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 13, pp. 30, 49, 50, 56; Lewis, David, *Convention, A Philosophical Perspective*, 3a. ed., Malden, Blackwell Publishers, 2002.

En contra se ha sostenido que la autoridad no es necesaria para resolver estos problemas. Que lo que hace falta es una práctica generalizada de obediencia (en nuestro caso una práctica de conducir por la derecha). Si los mandatos no logran instaurar la práctica no hay ninguna razón para tomarlos en cuenta. Y si la práctica tiene lugar, eso es lo que hace falta y no los mandatos, que en todo caso pueden ser una causa explicativa, entre otras, del surgimiento de la práctica.<sup>82</sup>

### b.2. El argumento de la gratitud

Calificaré el argumento de la gratitud dentro de las teorías instrumentalistas dado que, si bien no requiere explicitar cuál es el beneficio que brinda la autoridad, al justificar el deber de obediencia como un deber de gratitud supone que el ciudadano ha recibido algún beneficio de la autoridad. Sin duda esta clasificación es cuestionable: como el término lo indica, la gratitud se debe en virtud de un acto de gracia (i.e., hecho sin una intencionalidad instrumental). Pero las teorías empíricas de la gratitud no siempre han supuesto una autoridad graciosa.

Si bien el argumento es conocido desde el Critón de Platón,<sup>83</sup> su formulación moderna se debe a A. D. M. Walker<sup>84</sup> quien lo reconstruye en estos términos.

1. La persona que se beneficia de X tiene una obligación de gratitud de no actuar en contra de los intereses de X.
2. Todo ciudadano recibe beneficios del estado.
3. Todo ciudadano tiene una obligación de gratitud de no actuar de modos contrarios a los intereses del estado.
3. Desobedecer el derecho es contrario a los intereses del estado.
5. Todo ciudadano tiene una obligación de gratitud de cumplir con el derecho.

Contra semejante argumento se ha sostenido que no se puede tener deberes de gratitud hacia las instituciones sino sólo hacia las personas.<sup>85</sup> Se ha remarcado también que sólo los beneficios conferidos por la razón de que se desea beneficiar a una persona generan un deber de gratitud, no aquellos que, si bien lo benefician, no fueron conferidos con ese interés sino en virtud de otros intereses propios del causante, aquí el estado. Que en mu-

<sup>82</sup> En este sentido Raz, Joseph, *op. cit.*, nota 31, pp. 249; Dworkin, Gerald, "Reasons and Authority", *The Journal of Philosophy*, vol., 69, núm. 20, 1972, pp. 716-718; Caracciolo, Riccardo, *op. cit.*, nota 19, p. 214; Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, nota 37, pp. 654 y ss.

<sup>83</sup> Platón, *Critón*, 48b-52d.

<sup>84</sup> Walker, A. D. M., "Political obligation and the argument from gratitude", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 17, núm. 3, 1988, pp. 205.

<sup>85</sup> *cfr.* Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 187 y 188.

chos casos las leyes que los estados dictan están fundadas en intereses de este último tipo, e.g., el interés de los políticos de perpetuarse en el poder.<sup>86</sup>

En segundo lugar hay que remarcar que, aun si fuera el caso que los ciudadanos deban estar agradecidos con sus gobiernos, esto no implica necesariamente que ese agradecimiento deba expresarse mediante la obediencia a sus leyes. No hay argumentos que muestren que el deber de gratitud es tan requirente, sobre todo cuando las leyes exigen grandes sacrificios a los individuos.

Una persona con padres demandantes y dominantes puede expresar mejor su gratitud asintiendo a cada capricho, pero sin duda no tiene una obligación *prima facie* de hacerlo. [...] es claro que el mero hecho de que una persona me haya conferido incluso los mejores beneficios no establece su derecho a determinar todo mi comportamiento; tampoco establece que yo siempre tenga la obligación de considerar sus deseos al decidir qué hacer.<sup>87</sup>

### b.3. Teorías utilitaristas.

Smith ha planteado en términos sencillos el atractivo de una teoría utilitarista de la legitimidad estatal:

Obviamente hay una obligación *prima facie* de realizar actos que tienen buenas consecuencias. Ahora bien, el estado es absolutamente necesario para asegurar el bienestar general: la alternativa es el estado de naturaleza en donde cada persona es miserable, en donde la vida es ‘solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve.’ Pero ningún gobierno puede mantenerse en pie frente a una desobediencia generalizada, por el contrario el gobierno sólo puede promover el bienestar general en tanto sus leyes son obedecidas. De aquí que la obediencia al derecho garantice la existencia continuada del gobierno y, por lo tanto, tenga buenas consecuencias. Se sigue que existe una obligación *prima facie* de obedecer el derecho.<sup>88</sup>

Pese a su inicial apariencia de plausibilidad, el UTILITARISMO ha recibido escasa atención entre los interesados por encontrar un fundamento sobre el cuál afirmar la existencia de una obligación de obedecer el derecho. Ello porque, en virtud de su estricto consecuencialismo, los utilitaristas tienen problemas a la hora de argumentar a favor de la existencia de obligaciones de cualquier tipo. Si bajo cualquier circunstancia tenemos razón para actuar en pro de la mayor felicidad del mayor número, o a favor de maximizar la utilidad general, entonces nunca parece haber espacio para las obligaciones. Supongamos que, todas las cosas consideradas, produci-

<sup>86</sup> *cfr.* Smith, M. B. E., *op. cit.*, nota 11, p. 953.

<sup>87</sup> Smith, M. B. E., *Ibidem*, pp. 955 y 956.

<sup>88</sup> Smith, M. B. E., *Ibidem*, p. 965.

remos mayor bien total donando nuestros bienes a los pobres que cumpliendo con nuestras obligaciones, e.g., pagando nuestras deudas. Entonces debemos, según el utilitarismo, donar nuestro dinero a los pobres. Lo mismo se aplica respecto de las deudas que tengamos para con el Estado.<sup>89</sup>

### c. El deber natural de justicia

En “*Teoría de la Justicia*” Rawls abandona el principio de fair play (que, tal como veremos, sostuvo en “Legal Obligation and the duty of fair play”)<sup>90</sup> como fundamento adecuado del deber de obedecer el derecho. Recordemos asimismo su distinción entre obligaciones y deberes: sólo las primeras estarían fundadas en actos voluntarios. De ahí que, al dejar de lado lo que consideraba un fundamento voluntarista adecuado de la obligación de obediencia, se viera obligado a concluir que no existe, “estrictamente hablando, una *obligación* política para los ciudadanos en general”.<sup>91</sup>

Pero que no haya obligación política no significa que no haya vínculo político: el ciudadano está requerido de obedecer las leyes de un estado justo en virtud de la existencia de un deber natural de justicia. Este deber a su vez requiere “apoyar y obedecer a las instituciones justas existentes que nos son aplicables”.<sup>92</sup>

Quizás la principal objeción que se haya hecho a esta concepción sea que no supera el requisito de la particularidad de Simmons.<sup>93</sup> Dicho brevemente, el deber de justicia y su derivado, el deber de apoyar y obedecer instituciones justas, parece serlo respecto cualquier institución justa. Pero nos parece que el vínculo de los ciudadanos para con las leyes de su país es diferente, más especial y requirente, que para con las leyes del país vecino.<sup>94</sup> El deber de

<sup>89</sup> Ver Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 47- 54; Dagger, Richard, *op. cit.*, nota 52, p. 5; Smith, M.B.E., *op. cit.*, nota 11, pp. 964-969. Dada la escasa atención que, a partir de la crítica de Simmons, la teoría de la legitimidad ha dado al utilitarismo de las reglas, para su análisis remito al trabajo recién citado de Smith.

<sup>90</sup> Rawls, John, “Legal obligation and the duty of fair play”, en Sidney Hook, (ed.), *Law and Philosophy*, Nueva York, New York University Press, 1964.

<sup>91</sup> Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, trad. de María Dolores González., México, Fondo de Cultura Económica, 1979, p. 137.

<sup>92</sup> Rawls, John, *Ibidem*, p. 138.

<sup>93</sup> Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, p. 31.

<sup>94</sup> Aunque la fuerza de la intuición detrás del requisito de la particularidad puede haber sido exagerada. Tal como indican Waldron y Edmundson, puede que luego de la reflexión debamos conceder que nuestras obligaciones políticas son mucho más cosmopolitas de lo que pensábamos. ¿Acaso no pensamos que tenemos el deber de obedecer el derecho del país vecino al menos cuándo estamos en él? Para esta objeción ver Edmundson, William, *op. cit.*, nota 4, p. 232; también Waldron, Jeremy, “Special Ties and natural duties”, *Philosophy* &

justicia, en tanto fundamento del deber de obediencia, no da cuenta de esta intuición compartida, no permite, en otras palabras, distinguir el vínculo de los nacionales para con el estado del de los extranjeros.<sup>95</sup>

## B. *Teorías voluntaristas*

### a. Consentimiento

Todo aquel que considere que no hay deber moral sin algún tipo de acto (e.g. promesa) o actitud (e.g. aceptación) por parte de la persona obligada, ha de considerar que no hay deber de obedecer el derecho sino gracias a algún acto o actitud de los súbditos. Así por ejemplo Hobbes, quien considera que en el estado de naturaleza no hay deberes propiamente dichos,<sup>96</sup> los hace emanar de un acto de los súbditos: el contrato social.<sup>97</sup> A su entender "...el derecho de todos los soberanos se deriva originariamente del consentimiento de cada uno de los que han de ser gobernados".<sup>98</sup> En el mismo sentido Locke, en el *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, afirma que "siendo...los hombres libres, iguales e independientes por naturaleza, nin-

---

*Public Affairs*, vol. 22, núm. 1, 1993. En contra, negando que sea posible satisfacer conjuntamente todas las posibles exigencias de más de un estado, Simmons, John, *op. cit.*, nota 41, p. 29.

<sup>95</sup> Lo mismo puede predicarse según Simmons de todas las teorías no voluntaristas hasta aquí desarrolladas. La única que escapa a esta objeción es la asociativista. Para una defensa del deber natural de justicia en contra del argumento de Simmons ver Waldron, Jeremy, *idem*.

<sup>96</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán*, 2a. ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 103 y 104.

<sup>97</sup> Por supuesto esta afirmación puede ser rápidamente puesta en entredicho. Según una larga tradición de lectura de los clásicos —tradición que no desconoce las diferencias existentes entre sus respectivas teorías— la libertad propia del estado de naturaleza no implica ausencia de deberes morales sino simplemente libertad de coerción estatal legítima (en este sentido Simmons, John, *op. cit.*, nota 11, p. 63). Ahora bien, aún siendo éste el caso, hay toda otra línea de lectura que entiende que en el estado de naturaleza no hay deberes de ningún tipo, ni siquiera naturales, sino sólo potestades de los hombres libres. En todo caso lo que aquí afirmo es que una teoría consensualista o contractualista de la autoridad política es consistente con una concepción internalista de la moralidad y no con una teoría externalista o realista. Argumento en detalle sobre el punto en Iosa, Juan, *op. cit.*, nota 55. Simmons apunta en la misma dirección cuando advierte que la doctrina de los derechos inalienables (y por lo tanto, al de los deberes naturales) no se adecúa cómodamente a la teoría del consentimiento. Al respecto ver Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 67 y 68.

<sup>98</sup> *cf.* Hobbes, Thomas, *op. cit.*, nota 96, p. 474.

gundo de ellos puede ser arrancado de esa situación y sometido al poder político de otro sin que medie su propio consentimiento”.<sup>99</sup>

No es aquí el lugar de discutir si Hobbes o Locke son correctamente interpretados como postulando un contractualismo expreso, tácito o hipotético. Basta con explicitar el hecho de que toda una corriente de pensamiento que los considera sus precursores afirma que un gobierno legítimo es aquel que cuenta con el consentimiento de sus súbditos. De hecho la teoría del consentimiento es quizás la teoría canónica en materia de obligación de obedecer el derecho. De aquí la especial atención que aquí le brindaremos.

Siguiendo a Simmons asumiré una definición amplia para “teorías del consentimiento”. Son tales todas aquellas teorías que fundan la obligación política de los ciudadanos en la realización personal de un acto voluntario que implica la asunción deliberada de una obligación.<sup>100</sup> Así las teorías del consentimiento son teorías liberales: respetan nuestra creencia de que sólo el propio afectado tiene derecho a decidir el curso que ha de seguir su vida, en otras palabras, que su vida y el marco (e.g. las instituciones) en que ella transcurre debe ser objeto de su decisión y diseño en la mayor medida posible.<sup>101</sup>

Las teorías del consentimiento difieren en relación a quiénes deben prestar el consentimiento, a cómo deben hacerlo y respecto de qué.

Una forma extrema de la teoría requiere consentimiento de todos los súbditos para cada acto de gobierno: la democracia directa y por unanimidad sería el único gobierno legítimo.<sup>102</sup> Claro que es tan poco probable que una democracia tal se sostenga en el tiempo que exigir democracia directa y por unanimidad como condición de legitimidad de un gobierno, a los efectos prácticos (aunque no a los teóricos) es equivalente a afirmar el anarquismo.<sup>103</sup>

La forma más divulgada y más plausible requiere que todos los ciudadanos vinculados por el derecho (no sus ancestros, no basta con que ellos hayan firmado un contrato originario)<sup>104</sup> presten consentimiento a la cons-

<sup>99</sup> Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Amando Lazaro Ros, Buenos Aires, Aguilar, 1955, p. 113.

<sup>100</sup> *cf.* Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, p. 57.

<sup>101</sup> *cf.* Simmons, John, *Ibidem*, p. 69.

<sup>102</sup> *cf.* Wolff, Robert Paul, *op. cit.*, nota 4, pp. 22 y 23.

<sup>103</sup> Para un análisis detallado de la postura de Wolff y particularmente de su tesis de que la democracia directa y por unanimidad es una de las formas de solucionar el conflicto entre autoridad y autonomía ver Iosa, Juan, *op. cit.*, nota 61.

<sup>104</sup> Ello porque el consentimiento de un individuo no puede vincular a otro salvo que éste último le haya otorgado su representación, lo que por razones obvias no puede pasar con los descendientes de los firmantes del contrato originario. Ésta sin embargo, y tal como hace

titución de un gobierno i.e., que adhieran al contrato social. La obligatoriedad de las leyes dictadas por dicho gobierno se derivaría aquí de la fuerza vinculante de la promesa de obediencia implicada en el acto colectivo de constitución.

El contraargumento clásico contra las teorías contractualistas es que nadie o, en el mejor de los casos, muy poca gente, ha dado el consentimiento expreso, el acto que requiere la teoría como condición de legitimidad del gobierno. Éste en todo caso es un argumento en contra de la existencia de estados legítimos, no en contra de la teoría de la legitimidad. Claro que como en general nos preocupa el estatus moral de nuestros gobiernos, el hecho de que el acto que la teoría requiere como condición de legitimidad sea altamente improbable, la vuelve mucho menos interesante.

Para obviar esta dificultad ya los clásicos apelaron a la idea de consentimiento tácito. En particular, Locke afirmó que la mera residencia en el territorio de un estado es expresión suficiente de consentimiento a su gobierno:

Todas aquellas personas que tienen bienes o el disfrute de una parte cualquiera de los dominios territoriales de un gobierno, otorgan con ello un consentimiento tácito y se obligan a obedecer desde ese momento las leyes de tal gobierno mientras sigan disfrutando de esos bienes y posesiones... En efecto, ese consentimiento puede consistir simplemente en el hecho de vivir dentro del territorio de dicho gobierno.<sup>105</sup>

Para evaluar la potencia de la idea de consentimiento tácito como fundamento de la autoridad legítima y, particularmente, para evaluar si los hechos que siguiendo a Locke se suelen considerar como indicadores de consentimiento tácito (e.g., posesión, residencia) son tales, es importante que definamos previamente su alcance. Al respecto hay que resaltar que lo ‘tácito’ del consentimiento se refiere sólo al modo en que es expresado: permaneciendo callado o inactivo. Podríamos decir entonces que el consentimiento tácito es un consentimiento expresado mediante el silencio en situaciones apropiadas. De aquí que suponga los mismos requisitos que el consentimiento expreso. Así, para que haya consentimiento tácito quien consiente debe conocer el valor de su silencio y querer vincularse mediante el silencio. Según Simmons las condiciones que deben darse para tener por vinculante al consentimiento tácito, condiciones que de algún modo aseguran que se den los requisitos de conocimiento y voluntad son las siguientes:

---

constar Simmons, era la posición de Richard Hooker en su *Of the laws of Ecclesiastical Polity*, E. P. Dutton & Co., 1925 [1527]. Al respecto ver Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, p. 60.

<sup>105</sup> *cf.* Locke, John, *op. cit.*, nota 99, p. 135, párrafo 119.

1) La situación debe ser tal que quede perfectamente claro que el consentimiento allí prestado es relevante y además la persona que consiente debe estar al tanto de esto. 2) Debe darse un período apropiado para expresar el disenso y los medios de expresarlo deben ser comprendidos por el potencial disidente. 3) Debe quedar claro el momento a partir del cual ya no cabe disentir. 4) Los medios apropiados para indicar disenso deben ser razonables y fácilmente utilizables. 5) Las consecuencias de disentir no pueden ser extremadamente gravosas para quien ha de consentir.<sup>106</sup> Un consentimiento tácito que satisfaga estas condiciones tiene la misma fuerza vinculante que un consentimiento expresado por actos positivos.

Ya podemos ver que ni la posesión de bienes ni la residencia son hechos que indiquen ni la intención de consentir ni el conocimiento de que por ellos se está consintiendo. A menos que le concedamos a Locke que el consentimiento tácito no requiere intención de consentir debemos rechazar que estos actos sean indicadores de consentimiento tácito.

Apelar a hechos como la residencia implica además afirmar que *todos* los estados son legítimos. Pues los ciudadanos deben necesariamente vivir en el ámbito de algún estado.<sup>107</sup> De modo que todo el énfasis puesto en requerir consentimiento como garantía de que ha de respetarse el plan de vida de la persona se pierde si lo que se postula como indicador es un hecho necesario. Así vivir dentro del territorio de la peor tiranía equivaldría a consentir (y consecuentemente a estar vinculado a) a esa tiranía.<sup>108</sup>

Pero quizás la residencia no sea el hecho adecuado para expresar consentimiento tácito. John Plamenatz ha apuntado a un hecho, un acto, mucho más plausible: el voto.

Si Smith fuera de hecho elegido, sería extraño decir de cualquiera que lo haya votado que no consiente a su autoridad... Donde hay un proceso establecido de elección de autoridades, entonces, supuesto que la elección sea libre, cualquiera que toma parte en el proceso consiente a la autoridad de quienquiera que sea elegido para el cargo.<sup>109</sup>

En el mismo sentido, en “Man and Society”, afirma que

<sup>106</sup> *cf.* Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 80 y 81.

<sup>107</sup> *cf.* Simmons, John, *Ibidem*, pp. 73 y 74.

<sup>108</sup> Para un desarrollo de la filigrana del argumento del consentimiento tácito más acabado que el aquí posible ver Simmons, John, *Ibidem*, núm. 4, 1965; Pitkin, Hanna, “Obligation and Consent” partes uno y dos, en *The American Political Science Review*, vol. 59, núm. 4, 1965 Dec., y vol. 60, núm. 1, 1966 (Mar., 1966) respectivamente; Smith, M. B. E., *op. cit.*, nota 11.

<sup>109</sup> Plamenatz, John, *Consent, Freedom and Political Obligation*, Oxford, Oxford University Press, 1968, pp. 168–170.

Incluso si no te gusta el sistema y deseas cambiarlo, cuando votas te pones a ti mismo bajo la obligación (*prima facie*) de obedecer cualquier gobierno que legalmente alcance el poder... Porque el propósito de una elección es dar autoridad a la gente que gana y si votas sabiendo lo que haces y sin sufrir compulsión, tu voluntariamente tomas parte en un proceso que da autoridad a esas personas.<sup>110</sup>

Pese a que consideramos a la democracia como la forma de gobierno con pretensiones más plausibles de legitimidad, el argumento de Plamenatz no ha convencido a los críticos. Tanto Smith como Simmons lo consideran insuficiente. Trataré de reconstruir sus críticas para luego evaluarlas.

Según Smith la estructura del razonamiento de Plamenatz es la siguiente:

1. El propósito de (participar en) una elección es conferir autoridad a los que ganan sobre los votantes (esto implicaría a su entender que las elecciones efectivamente confieren autoridad a los ganadores).
2. Si alguien tiene autoridad entonces los demás tienen la obligación *prima facie* de obedecer sus mandatos (esta premisa está implícita en el razonamiento de arriba).
3. Quienes han participado como votantes en una elección tienen la obligación *prima facie* de obedecer los mandatos autoritativos.

Respecto de este argumento Smith afirma que Plamenatz comete una petición de principio. “Porque para estar justificado en afirmar que el propósito de una elección es conferir autoridad y que las elecciones tienen éxito en lograr esto, él debe primero mostrar que todos los sometidos a un gobierno electo tienen una obligación *prima facie* de obedecer sus leyes, tanto aquellos capaces de votar como los incapaces”.<sup>111</sup>

A decir verdad se me escapa el alcance de la objeción de Smith. No veo por qué para poder afirmar que el propósito de una elección es conferir autoridad hay primero que mostrar que todos los sometidos a un gobierno electo tienen la obligación de obedecer el derecho. Sin duda forma parte del concepto de autoridad el pretender de los demás un deber de obediencia *prima facie* (y si alguien es autoridad entonces se le debe esa obediencia). Y también me resulta claro que un gobierno electo pretende por definición autoridad. Pero quizás esté errando el punto. A lo mejor lo relevante del argumento de Smith sea su última parte, donde afirma que según Plamenatz los que quedan sometidos son tanto los capaces de votar como los incapaces. No veo por qué esto estaría implicado por las afirmaciones de Plamenatz. Pero así lo entiende Smith. De hecho continúa afirmando que

<sup>110</sup> Plamenatz, John, *Man and Society*, London, Longmans, Green & Co., 1963, pp. 239–240.

<sup>111</sup> Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 962.

tal vez “Plamenatz esté usando ‘autoridad’ en un sentido más débil, uno que no implique que todos los a ella sujetos tienen una obligación *prima facie* de obediencia. Si esto es así sus premisas tal vez serían aceptables, pero entonces debe mostrar que aquellos que tienen capacidad de tomar parte en conferir autoridad tienen una obligación *prima facie* de obedecerla”.<sup>112</sup> Lo que parece estar diciendo es que el voto podría vincular en principio sólo a los participantes de la elección. Pero luego concluye que “votar no es necesariamente consentir en sentido ‘directo’ o usual, y tener meramente derecho a voto no es, más claramente aun, equivalente a consentir. Por lo tanto la supuesta obligación *prima facie* de obediencia asumida por aquellos capaces de consentir no es consecuencia de su consentimiento directo”.<sup>113</sup>

Claramente votar no es equivalente a expresar consentimiento al sistema. No tiene ese fin, el contenido de la intención del votante es por lo general diferente al de quien consiente a ser gobernado por una autoridad. Y tener derecho a votar no es equivalente a realizar ningún acto que pueda equipararse al consentimiento. Pero quién vota en elecciones generales, ¿no está expresando de algún modo su adhesión a este sistema de gobierno? ¿Y no puede ser esa adhesión equivalente a un acto de consentimiento (una promesa) en cuanto fuente de obligaciones?

Simmons explora y descarta esta vía. Veamos su análisis.

Comienza distinguiendo entre actos que son ‘signos de consentimiento’ de actos que ‘implican consentimiento’<sup>114</sup>. Los primeros son aquellos que, dado el contexto en que el acto tiene lugar, cuentan como expresión de la intención del actor de consentir. Aquí van todos los actos típicos de consentimiento: la promesa, el contrato, etc. Por el contrario, cuando decimos que un acto implica consentimiento nos referimos no a que el actor haya tenido la intención expresa de consentir por ese acto ni que el acto sea normalmente tomado como un intento de dar consentimiento. Lo que sucede en este tipo de actos es que si bien no incluyen la intención de consentir tienen la peculiaridad de que vinculan al actor o bien a consentir o bien a realizar los mismos actos a los que estaría vinculado si de hecho hubiera consentido. Aquí interesan particularmente estos últimos actos. Simmons pone el ejemplo de una persona que se suma a jugar al baseball. Parece que aun cuando al sumarse al juego esta persona no hace nada que pueda ser entendido como un acto de consentimiento, ni siquiera tácito, a ser gobernado por las decisiones del árbitro (recordemos que el consentimiento tácito requiere tanta intención de vincularse como el expreso) esta persona, por el

<sup>112</sup> Smith, M. B. E., *op. cit.*, nota 11, p. 962.

<sup>113</sup> Smith, M. B. E., *Ibidem*, pp. 962 y 963.

<sup>114</sup> Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, p. 88.

mero hecho de participar en el juego, está obligada por las decisiones del árbitro, igual que si hubiera consentido.<sup>115</sup>

Ahora bien, según Simmons el fundamento de la vinculatoriedad de tales actos no está en el consentimiento, pues no existe la adecuada intención, sino, por ejemplo, en el hecho de se aceptan los beneficios derivados de unirse al esquema en cuestión. En el caso del juego, los beneficios serán la diversión propia del juego o los posibles premios para el ganador. Similar es el análisis del argumento lockeano de la residencia. La residencia es un caso claro de acto que implica consentimiento pero no es signo de consentimiento. De aquí que no sea un caso de consentimiento tácito sino que debe ser analizada bajo el argumento del juego limpio.

Lo mismo sucede, según Simmons, con el ejercicio del voto. El acto no es un signo de consentimiento pues no implica intención de consentir. “Uno puede, y esta es probablemente lo que hace el hombre medio, registrarse y votar sólo con una mínima conciencia de la propia participación, y sin ninguna intención de consentir a nada. Hablar de consentimiento en tales situaciones puede no ser más que metafórico.”<sup>116</sup> En todo caso puede ser un acto que “implique consentimiento”. Pero estos actos no son casos de consentimiento y habrá que evaluar su fortaleza en cuanto fuente de obligaciones en otro apartado, quizás en el que evalúa la posibilidad de fundar el deber jurídico en los beneficios de unirse a determinado esquema institucional.

Pero antes de pasar a evaluar el argumento del juego limpio quisiera llamar la atención sobre un último punto relativo al voto como acto de consentimiento. Simmons nos habla de que quizás la idea que está atrás del argumento del voto tiene que ver con la idea de consentimiento como una actitud de aprobación. Al respecto concede a Plamenatz que sin duda sería extraño decir tanto de aquél que se postula a un cargo como de aquél que lo vota que no consienten al sistema político en este sentido actitudinal. Pero, afirma, este sentido de consentimiento es irrelevante para la presente discusión, en donde nos concierne el consentimiento como acto concreto.

Una actitud de aprobación es completamente irrelevante para los derechos y obligaciones del ciudadano que la tiene. Cuando una persona consiente, ha consentido y

<sup>115</sup> Simmons, John, *Ibidem*, p. 89.

<sup>116</sup> Simmons, John, *Ibidem*, p. 93.

puede quedar vinculada en esa medida, independientemente de cómo se siente en relación a aquello sobre lo que ha consentido.<sup>117</sup>

La respuesta de Simmons me parece un poco apresurada. ¿Por qué la actitud de aprobación al sistema, actitud que se expresa en algo mucho menos difuso como es el acto del voto, no podría servir como fuente de obligaciones? ¿Porqué solo cabe preguntarse respecto de actos concretos si son o no signos de consentimiento? Admitamos que quien vota expresa mediante ese acto su aprobación del sistema, aprobación que no se limita a ese acto sino que permea todos los actos que el individuo realiza dentro del sistema, i.e., es una actitud constante. ¿Puede ser esta actitud fuente vinculatoriedad? ¿Puede ser interpretada como signo de consentimiento? Creo que esta última pregunta debe responderse negativamente: aceptemos que quien vota no tiene necesariamente la intención de consentir. Pero mediante su voto expresa una actitud de aprobación al sistema. En términos hartianos podríamos decir que quien vota expresa mediante este acto su aceptación de las reglas secundarias del sistema. Y quien acepta se concibe a sí mismo, desde el punto de vista interno, como vinculado a sus reglas. Sin duda el acto del voto no es signo de consentimiento. Pero lo que hasta aquí tenemos es sólo que la actitud de aprobación expresada en el voto no puede ser estudiada dentro de las teorías del consentimiento, no que no pueda concebirse como la fuente de la obligación de obedecer el derecho.

#### b. Fair Play

Las teorías del juego limpio pueden analizarse como teorías no voluntaristas si lo que se concibe como fuente de obligaciones es directamente el hecho de que el sujeto normativo se ha beneficiado (independientemente de si ha aceptado esos beneficios) o como teorías voluntaristas si entiende que la fuente de la obligatoriedad del derecho es la *aceptación* de determinados beneficios derivados del esquema institucional. Hart es el exponente clásico de la primera versión de la teoría mientras que Rawls lo es de la segunda. Hecha esta aclaración su ubicación dentro de las teorías voluntaristas obedece sólo a que no deseo duplicar innecesariamente el análisis.

La versión Hartiana del principio afirma:

Cuando un número de personas llevan a cabo alguna empresa en común de acuerdo con reglas, restringiendo así su libertad, quienes se han sometido a estas res-

<sup>117</sup> Simmons, John, *Ibidem*, p. 93.

tricciones cuando ha sido menester, tienen derecho a un sometimiento similar de parte de quienes se han beneficiado de aquel sometimiento.<sup>118</sup>

Es importante destacar que la obligación de obediencia de las reglas del sistema es debida a los demás ciudadanos, no al estado. La condición de su surgimiento es que se trate de una empresa cooperativa común, que imponga reglas cuya satisfacción por (al menos la gran mayoría de) los participantes produzca beneficios comunes. Hart entonces no requiere que el esquema cooperativo sea justo, basta con que satisfaga la exigencia (por cierto menos requirente) de que el esquema produzca beneficios mutuos.

La objeción clásica a la propuesta de Hart la encontramos en Nozick:

Supóngase que algunas personas en su vecindario (hay otros 364 adultos) han establecido un sistema público de comunicación y deciden instituir un sistema de entretenimiento público. Hacen una lista de nombres, uno por cada día, el de usted entre ellos. En el día asignado (uno puede fácilmente cambiar de día) un persona tiene que dirigir el sistema de comunicación pública, tocar nuevos discos, dar nuevos boletines, contar cuentos entretenidos que ha escuchado, etc. Después de 138 días durante los cuales cada persona ha hecho su parte, llega el día de usted. ¿Está usted obligado a tomar su turno?... Tal y como están las cosas, ciertamente no. Aunque usted se haya beneficiado de los arreglos, puede saber todo el tiempo que 364 días de entretenimiento suministrado por otros no valen para usted ceder un día. Usted preferiría no tener nada de esto y no ceder un día que tenerlo todo y pasar uno de sus días en ello. Dadas estas preferencias ¿cómo puede ser que usted sea requerido cuando llega su turno previsto?<sup>119</sup>

La respuesta de Nozick parece intuitivamente correcta: los demás no pueden someternos a obligaciones mediante el simple expediente de beneficiarnos con sus acciones.<sup>120</sup> Sin embargo esta objeción no alcanza a la versión rawlsiana del argumento.

El principio de juego limpio puede definirse del siguiente modo: Supongamos que existe un esquema de cooperación social mutuamente benéfico y justo y que las ventajas que produce sólo pueden lograrse si todos o casi todos cooperan. Supongamos además que la cooperación requiere cierto sacrificio de cada uno, o al menos implica cierta restricción a su libertad. Supongamos por último que los beneficios producidos por la cooperación son, hasta cierto punto, libres: esto es, el esquema de cooperación

<sup>118</sup> Hart, H. L. A., "Are there any natural rights?", *Philosophical Review*, vol. 64 núm. 2, 1955, p. 185.

<sup>119</sup> Nozick, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. Rolando Tamayo, Buenos Aires, México, Madrid, 1988, pp. 98 y 99.

<sup>120</sup> En contra de imputarle esta tesis a Hart y, consecuentemente en contra de la adecuación del ataque de Nozick, ver Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 120–122.

es inestable en el sentido de que si cualquiera sabe que todos (o casi todos) los otros continuarán haciendo su parte, él podrá recibir su porción de beneficios aún si no hace su parte. Bajo estas condiciones la persona que ha aceptado los beneficios del esquema está comprometida por un deber de juego limpio a hacer su parte y no tomar ventaja de los beneficios libres absteniéndose de cooperar.<sup>121</sup>

La aceptación de los beneficios determina la calidad de participante en el esquema de cooperación y por lo tanto quiénes quedan incluidos en la clase de los obligados por el principio. Hay que destacar que la aceptación en cuestión no es una forma tácita de consentimiento (el contenido intencional no es el mismo) y por lo tanto merece un tratamiento separado en tanto potencial fuente de obligaciones.<sup>122</sup> Y justamente esta es su ventaja teórica más destacada. “No es necesario un compromiso deliberado para quedar obligado por el principio de juego limpio. Uno puede vincularse sin intentar e incluso sin saber que uno está realizando un acto generador de obligaciones”.<sup>123</sup> Basta con aceptar los beneficios en el contexto adecuado. El principio entonces permitiría ampliar la clase de los obligados en relación a la teoría del consentimiento. Es mucho más plausible sostener que todos o la mayoría al menos de los ciudadanos aceptan los beneficios derivados de la existencia del estado que afirmar que todos o la mayoría consienten deliberadamente.

¿Pero qué cuenta como aceptación de beneficios? ¿Bajo qué condiciones se puede afirmar de alguien que ha aceptado los beneficios del esquema y que, en consecuencia, es un participante y como tal tiene la obligación de compartir sus cargas? Sin duda no es fácil distinguir entre aquellos beneficios que uno acepta y aquellos que meramente recibe. Simmons propone como criterio de distinción que consideremos ‘aceptados’ a aquellos beneficios que 1) hemos intentado (exitosamente) conseguir o 2) hemos recibido —de los cuales nos hemos apropiado— intencional y conscientemente.<sup>124</sup>

<sup>121</sup> Rawls, John, *op. cit.*, nota 90, pp. 9 y 10.

<sup>122</sup> Simmons utiliza un buen ejemplo para distinguir entre aceptación de beneficios y consentimiento. Supongamos que ante la falta de agua potable el vecindario decide cavar un pozo para proveerse. Uno de los votantes, Jones, se opone a la empresa, vota en contra y de hecho no colabora en la construcción del pozo decidida por la mayoría. Cuando el pozo está funcionando Jones, deseoso del agua que provee, va por la noche y saca agua a escondidas. Ahora bien, más allá de cómo se comporta de hecho, habiendo aceptado los beneficios de la empresa colectiva Jones debe hacer su parte. El principio de juego limpio nos permite dar cuenta de esta obligación. Es claro que, por el contrario, el consentimiento no puede cumplir aquí con esta tarea. Jones no ha consentido a esa empresa (*cf.* Simmons, John, *op. cit.*, nota 12, pp. 126–127).

<sup>123</sup> Simmons, John, *Ibidem*, p. 117.

<sup>124</sup> Simmons, John, *Ibidem*, p. 129.

Bajo esta caracterización cabe preguntarse ahora si se puede decir que en general aceptamos los beneficios derivados de la existencia de estados. Sin duda estos beneficios son muchos y muy importantes. Entre otros la seguridad pública, la defensa exterior, el sistema de rutas y caminos, la existencia de tribunales donde dirimir nuestros conflictos. En algunos países el estado garantiza incluso cosas tan importantes como sistemas de salud y educación pública. Ahora bien, estos bienes pueden, siguiendo a Simmons, calificarse de “abiertos” por oposición a los “de inmediata disponibilidad”.<sup>125</sup> Los bienes abiertos son aquellos que aun cuando pueden ser rechazados no pueden serlo sin un considerable sacrificio de nuestra parte. Los bienes garantizados por el estado tales como los citados más arriba, típicamente son de este tipo. Los bienes de inmediata disponibilidad, por su parte, son aquellos que uno puede dejar de recibir sin mayor inconveniente. Supongamos el servicio de televisión por cable. Si uno lo desea lo paga y dispone del bien, pero si no lo desea puede decidir no disponer de ese bien sin mayores costos para la propia vida. De hecho, disponer del bien requiere en general de un esfuerzo activo, en nuestro ejemplo pagar la cuota mensual.

Respecto de los bienes de inmediata disponibilidad es natural tomar la disposición del bien como indicio de su aceptación. En general son casos en que se satisface la primera condición: son bienes que hemos intentado conseguir y hemos tenido éxito en ese intento.

No sucede lo mismo con los bienes abiertos. No podemos tomar su disposición como índice de aceptación ya que eso sería equivalente a exigirnos como índice de rechazo sacrificios que no tenemos por qué afrontar. Como cuestión de hecho por cierto no es cierto que sean bienes que la gente se esfuerce conscientemente por conseguir, no satisfacen la primera condición de aceptación. Si hemos de considerar que la gente los acepta ha de ser porque aún si no realiza actos positivos para obtenerlos, una vez recibidos se los apropia intencional y conscientemente, i.e., se satisface la segunda condición. Ahora bien, apropiarse intencional y conscientemente de un bien es incompatible con algunas actitudes y creencias sobre esos bienes, entre ellas considerar a esos beneficios como impuestos o como no valiendo el precio que hemos pagado por ellos. La apropiación consciente implica también entender que esos beneficios son derivados del esquema de cooperación (en nuestro caso el estado).

Estamos en condiciones ahora de entender por qué, sea cual sea la fuerza del principio de juego limpio en cuanto fuente de normatividad categó-

<sup>125</sup> Simmons, John, *Ibidem*, pp. 129 y 130.

rica, no funciona como fundamento de una obligación (al menos general) de obedecer los mandatos estatales. No es posible decir que al menos la mayoría de la población acepte los beneficios emanados del esquema institucional en el sentido de que todos o la mayoría se los apropie, los haga suyos, intencional y conscientemente. Tal como indica Simmons muchos ciudadanos no son ni siquiera conscientes de los beneficios derivados de la existencia del estado y muchos otros enfrentados a los impuestos, las multas, la cárcel, creen que los beneficios no valen esos costos y, consecuentemente preferirían no pagar estos a disfrutar aquellos. No se puede decir entonces que estas personas acepten los beneficios. De aquí que tampoco se pueda decir que el argumento del juego limpio fundamente a su respecto una obligación de obedecer el derecho.<sup>126</sup>

## VI. CONCLUSIONES

Como podemos ver todos los argumentos desarrollados enfrentan problemas que ponen en cuestión su pretensión de fundar la tesis de la existencia de una obligación de obedecer el derecho en los términos precisados al comenzar este trabajo. Por cierto, aquí sólo se han esbozado algunos argumentos a favor de la tesis de la obligación y algunas de las objeciones usuales que dichos argumentos han enfrentado. No he pretendido en absoluto agotar todos los argumentos existentes y la discusión interna a cada uno de ellos. Bien puede ser que un tratamiento acabado de alguna de estas líneas argumentativas, i.e., el desarrollo de las respuestas posibles a las objeciones aquí presentadas, o el desarrollo de alguna línea que no he presentado, nos lleve a concluir que existe una obligación de obedecer el derecho. Si éste no es el caso, si la tendencia aquí sugerida se mantiene, deberemos asumir la inexistencia de una obligación moral de obedecer el derecho.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- BAYÓN, Juan Carlos, *La Normatividad del Derecho. Deber Jurídico y Razones para la Acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, 5a. ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1997.

<sup>126</sup> Cfr. Simmons, John, *Ibidem*, p. 139. Para ulteriores desarrollos de la teoría del juego limpio ver Klosko, George, "The principle of fairness and political obligation", *Ethics*, vol. 97, núm. 2, 1987 Jan., y Klosko, George, *op. cit.*, nota 44.

- CARACCILO, Ricardo “La obligación general de obedecer el derecho. Análisis de alternativas”, manuscrito.
- , *El derecho desde la filosofía*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2009.
- CHRISTIANO, Thomas, “Justice and Disagreement at the Foundations of Political Authority” *Ethics*, vol. 110, núm. 1, october 1999.
- CHRISTIE, George, “On the moral obligation to obey the law”, *Duke Law Journal*, vol. 1990, núm. 6, 1990.
- COLEMAN, Jules, “Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis”, en Coleman, Jules (ed.), *Hart’s postscript: essays on the postscript to the concept of law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- COOP, David, “The idea of a legitimate state”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 28, núm. 1, 1999.
- DAGGER, Richard, "Political Obligation", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2010/entries/political-obligation/>.
- DURNING, Partrick, “Political legitimacy and the duty to obey the law”, *Canadian Journal of Philosophy*”, vol. 33, núm. 3, 2003.
- DWORKIN, Gerald, “Reasons and Authority”, *The Journal of Philosophy*, vol. 69, núm. 20, 1972.
- DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.
- EDMUNDSON, William “State of the art.: the duty to obey”, *Legal Theory*, vol. 10, 2004.
- , *Three anarchical Fallacies*, Cambridge, Cambridge University press, 1998.
- ESTLUND, David, *La autoridad democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores 2001.
- FINNIS, John, “Law as Co-ordination”, *Ratio Juris*, vol. 2, núm. 1, 1989.
- , “The authority of law and the predicament of contemporary social theory”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy*, vol. 115, 1984.
- , *Natural Law and Natural Rights*, 5a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1988.
- GAMS, Chaim, “The Normativity of Law and its Coordinative Function”, *Israel Law Review*, núm. 16, 1981.

- GREEN, Leslie, "Legal Obligation and Authority", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), en <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/legal-obligation/>.
- \_\_\_\_\_, "Authority and Convention" *The Philosophical Quarterly*, vol., 35, núm. 41, 1985.
- \_\_\_\_\_, "Who believes in political obligation?", en Edmundson, William, (comp.), *The duty to obey the law*, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, 1999.
- HART, H. L. A., "Are there any natural rights?", *Philosophical Review*, vol. 64, núm. 2, 1955.
- \_\_\_\_\_, *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon Press, 1982.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, 2a. ed, trad. de Manuel Sánchez Sarto, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- HOOKER, Richard, *Of the laws of Ecclesiastical Polity* (1597), E. P. Dutton & Co., 1925.
- HORTON, John, "In defense of asociative political obligations", Parte I, en *Political Studies*, vol 54, 2006 y parte dos en *Political Studies*, vol. 55, 2007.
- \_\_\_\_\_, *Political Obligation*, Atlantic Higlands, Palgrave Macmillan Limited, 1992.
- IOSA, Juan, "Anarquismo Filosófico y Anarquismo Político", *Revista de la Facultad UNC*, vol. 4, núm. 1, Nueva Serie II, 2013.
- \_\_\_\_\_, "La estructura del conflicto entre autoridad y autonomía", *Analisi e Diritto*, Madrid, 2011.
- \_\_\_\_\_, "Reconsiderando el argumento de las razones auxiliares", *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, año I, núm. 2, 2012.
- \_\_\_\_\_, "Wolff entre autoridad y autonomía", *Doxa*, Madrid, núm. 33, 2010, p. 516.
- KANT, Inmanuel, *Metafísica de las Costumbres* (1797), trad., de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Barcelona, Altaya, 1996.
- \_\_\_\_\_, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, (1985), trad., de Roberto Aramayo, Madrid, Alianza, 2002.
- KLOSKO, George, "The principle of fairness and political obligation", *Ethics*, vol. 97, núm. 2, 1987.
- \_\_\_\_\_, *The principle of fairness and political obligation*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1992.
- KRAMER, Matthew, "Legal and moral obligation", en Martin P. Golding y William A. Edmundson (ed.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, Blackwell Publishing, 2005.

- LADENSON, Robert, "In Defense of a Hobbesian Conception of Law", *Philosophy & Public Affairs*, vol. 9, núm. 2, Winter, 1980, reimpresso en J. Raz, (Ed.), *Authority*, Basil Blackwell, Oxford, 1990.
- LEWIS, David, *Convention, A Philosophical Perspective*, 3a. ed., Malden, Blackwell Publishers, 2002.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad., de Amando Lazaro Ros, Buenos Aires, Aguilar, 1955.
- LUCAS, John, *The Principles of Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1966.
- MALEM, Jorge, "Obediencia al derecho", en Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (ed.), *El derecho y la Justicia*, Madrid, Trotta, 1996.
- MARTÍ, José Luis, *La república deliberativa*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006.
- NINO, Carlos, *Derecho Moral y Política*, Barcelona, Ariel, 1994.
- \_\_\_\_\_, *La validez del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1985.
- \_\_\_\_\_, *The constitution of deliberative democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. Rolando Tamayo, Buenos Aires, México, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- PITKIN, Hanna, "Obligation and Consent" partes uno y dos, en *The American Political Science Review*, vol. 59, núm. 4, 1965, y vol. 60, núm. 1, 1966.
- PLAMENATZ, John, *Consent, Freedom and Political Obligation*, Oxford, Oxford University Press, 1968.
- \_\_\_\_\_, *Man and Society*, London, Longmans, Green & Co., 1963.
- PLATÓN, *Critón*.
- POSTEMA, Gerald, "Coordination and Convention at the Foundations of law", *Journal of Legal Studies*, vol. 11, 1982.
- RAWLS, John, "Legal obligation and the duty of fair play", en Sidney Hook, (ed.), *Law and Philosophy*, Nueva York, New York University Press, 1964.
- \_\_\_\_\_, *Teoría de la Justicia*, trad. de María Dolores González,, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.
- RAZ, Joseph, "Introduction" en Raz, Joseph (ed.) *Authority*, Oxford, Basil Blackwell, 1990
- \_\_\_\_\_, "The obligation to obey: revision and tradition", en Edmundson, William, (comp.), *The duty to obey the law*, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers, 1999.

- \_\_\_\_\_, *Razón Práctica y Normas*, trad. de Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- \_\_\_\_\_, *The Authority of Law*, 5a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.
- \_\_\_\_\_, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- REIMAN, Jeffrey, *In defense of political philosophy*, Nueva York, Harper Torchbooks, 1972.
- ROSS, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, 3a. ed., trad. de Genaro Carrió y Osvaldo Paschero, México, Fontamara, 1997.
- SCHNEEWIND, Jerome, *The Invention of Autonomy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- SELEME, Hugo, “La legitimidad como autoría”, *Revista Brasileira de Filosofia*, año 59, núm. 234, enero-junio, 2010.
- SIMMONS, A. John, “Associative Political Obligations”, *Ethics*, vol. 106, núm. 2, Jan., 1996.
- \_\_\_\_\_, “Political obligation and Authority” en Simon, Robert (ed.), *The Blackwell Guide to social and political philosophy*, Malden, Blakwell Publishers, 2002.
- \_\_\_\_\_, *Justification and Legitimacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001.
- \_\_\_\_\_, *Moral principles and political obligations*, Princeton, Princeton University Press, 1979.
- SMITH, M. B. E., “Is there a *prima facie* obligation to obey the law?” *Yale Law Journal*, vol. 82, 1973.
- VERBEEK, Bruno, “The authority of norms”, *American Philosophical Quarterly*, vol. 44, núm. 3, 2007.
- WALDRON, Jeremy, “Special Ties and natural duties”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 22, núm. 1, 1993.
- WALKER, A. D. M., “Political obligation and the argument from gratitude”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 17, núm. 3, 1988.
- WASSERSTROM, Richard, “Disobeying the Law”, *The Journal of Philosophy*, vol. 58, núm. 21, 1961.
- WOLFF, Robert Paul, *In defense of anarchism*, Nueva York, Harper Torchbooks, 1971.
- WYCKOFF, Jason, “The inseparability thesis: why political legitimacy entails political obligations”, *Southwest Philosophy Review*, vol. 26, núm. 1, 2010.