

errónea', como ha querido sostenerse, porque el mismo concepto de 'conciencia errónea' presupone la existencia de un orden supraindividual que la conciencia refleja y que constituye la medida de ésta" ⁵⁶.

Pero no todos los actos expresión de voluntad son actos que pueden ser considerados como deberes para el propio sujeto. Esto puede quedar claro si nos fijamos en el concepto de acciones incontinentes de los que habla D. Davidson. Con este término se refiere a aquellas acciones en las que una persona actúa por medio de su voluntad débil. Es decir, cuando "actúa intencionalmente, contra su propio y buen juicio" ⁵⁷, sin que entren en consideración los casos de desconocimiento. Para este autor, una persona actúa incontinentemente al hacer X si: a) realiza X intencionalmente; b) cree que hay una acción alternativa Y posible para él; y c) juzga, después de pensarlo bien, que sería mejor hacer Y que hacer X ⁵⁸. Como se observa, en este caso la actuación de la voluntad libre no realiza un deber si atendiésemos a nuestra concepción, y ello por dos motivos. El primero sería el no consistir este un fin en sí mismo como valor o como virtud. El segundo, porque no es cumplimiento espontáneo, con lo que se trataría más bien de obligación (el hombre juzga las

⁵⁶Felipe GONZALEZ VICEN, La obediencia al Derecho, obra cit., p. 449.

⁵⁷Donald DAVIDSON, ¿Como es posible la debilidad de la voluntad?, en J. Feinberg, Conceptos morales, obra cit., p. 163.

⁵⁸Donald DAVIDSON, ¿Cómo es posible la debilidad de la voluntad?, obra cit., p. 164.

Deberes y obligaciones en la Constitución

ventajas y los inconvenientes) moral en sentido individual.

Esta característica del deber de no admitir, respecto a las personas que participan de él, actuación contraria, hace que pueda identificarse con el 'tener que'. El deber no admite otras alternativas, la obligación sí.

Nótese que hablamos desde el punto de vista de las personas que asumen el deber. Veámoslo con un ejemplo: Un sujeto A autoasume el deber (o mejor, tiene el deber) de hacer X. Este sujeto autoasume que tiene que hacer X, no se lo plantea, su conciencia le hace actuar así, no puede nunca actuar al contrario. Desde el punto de vista de la acción o fuera del sujeto personal, podríamos en cambio identificar el 'tener que' con la obligación. Así: Un sujeto A tiene la obligación de hacer X. Este sujeto puede no autoasumir la obligación pero nosotros decimos que tiene que que realizarla.

El deber y el tener se identifican, tanto en la concepción individual del deber -se identifican en las mismas personas- como en la intersubjetiva -se identifican en los que participan de él y que los proyectan sobre los demás, con lo que en este caso se identifica también el tener con la obligación pero bajo distinto ángulo de visión- ⁵⁹.

Esta consideración del deber va a implicar también la nega-

⁵⁹ Para ver la relación entre deber, obligación y tener, vid. Stanley CAWELL, Must We Mean We Say?, Charles Scribner's Sons, New York 1969. Por otro lado parece también clara la relación entre deber y querer, en este sentido. Vid. Nicolás M. LOPEZ CALERA, La democratización moral del Derecho, obra cit., p. 227.



ción de la existencia de los actos supererogatorios, entendidos estos como aquellos que van más allá del deber ⁶⁰. Estos actos son aquellos que cierta doctrina identifica como los propios de los santos y de los heroes. Así Urmson opina que un santo o un hero es aquel que "cumple con su deber en contextos tan difíciles que la mayoría de los hombres no procederían así" ⁶¹. Ser santos y heroes significa realizar actos supererogatorios. Urmson pone el ejemplo de un soldado que se tira encima de una granada para que sus compañeros no perezcan. En este sentido escribe que este soldado ha realizado un acto que va más allá del deber. Parece más bien que el hombre que realiza un acto de este tipo no estará haciendo más que cumplir con un deber suyo ⁶², autoasu-

⁶⁰ Martín D. FARREL, Supererogación y deber, en Análisis Filosófico, vol. IV, num. 1, SADAFA, Buenos Aires 1984, p. 37. Vid. también M. STOCKER, Supererogation and Duties, en N. Rescher (ed.), Studies in Moral Philosophy, Balckwell, Oxford 1968. Según Lopez Castellion, la exclusión de los actos supererogatorios es consecuencia del análisis moral de los actos concretos, que ha hecho que la ética "pierda de vista el caracter de los agentes, sus hábitos, capacidades y actitudes, es decir, aquello que constituía el tema fundamental de esta parte de la filosofía no sólo para la filosofía de la antigüedad sino para toda la corriente espiritualista...". Enrique LOPEZ CASTELLON, De la ética de las sanciones a la ética de las virtudes, obra cit., pp. 18 y 19. Sobre estos actos vid. la polémica entre E. GARZON VALDES, Juan Carlos BAYON, Francisco LAPORTA y James S. FISHKIN, en Doxa, num. 3, Alicante 1987.

⁶¹ J. O. URMSON, Santos y Heroes, en J. Feinberg, Conceptos morales, obra cit., p. 110.

⁶² Como escribe KANT: "Una voluntad perfectamente buena hallaríase, pues, igualmente bajo leyes objetivas (del bien); pero no podría representarse como constreñida por ellas a las acciones conformes a la ley, porque por sí misma, según su constitución subjetiva, podría ser determinada por la sólo representación del bien. De aquí que para la voluntad divina, y, en general, para una voluntad santa, no valgan los imperativos: el 'deber ser' no tiene aquí lugar adecuado, porque el querer ya de suyo coincide necesariamente con la ley". Fundamentación de la metafísica de las costumbres, obra cit., p. 499.

Deberes y obligaciones en la Constitución

mido, y si no lo hace con esta creencia quizás lo que esté haciendo es cumplir con una obligación moral. Aunque a esto conteste Urmson diciendo que nunca puede existir propiamente un deber de ese tipo, entiendo con Farrel que "no hay actos que - en un sentido estricto- vayan 'más allá' de los deberes" ⁶³. Si nos fijamos en una clase de personas que son heroes o santos ya es un sustrato más elevado que el de los hombres, así que lo que para estos puede parecer algo más que un deber, para aquellos no es más que eso: un deber.

Urmson distingue entre el cumplir con lo que denomina deberes básicos y el realizar actos heroicos. Así escribe: "En el caso de los deberes morales básicos, actuamos, hasta cierto punto, bajo coacción. No tenemos otra opción que la de presionarnos unos a otros para contemplarnos debidamente en estas cuestiones fundamentales" ⁶⁴. Nos habla pues de la existencia de deberes coactivos; y además continua escribiendo: "...mientras que no hay nada que objetar a la idea de presionar a alguien para que cumpla con un deber básico, como mantener una promesa, hay algo horripilante, valgalala palabra, en el pensamiento de ejercer presión para que alguien realice un acto de heroismo" ⁶⁵. Ninguna de estas consideraciones puede comprenderse como deber en sí, ya que este no es coactivo nunca desde el punto de vista del

⁶³Martin D. FARREL, Supererogación y deber, obra cit., p. 40.

⁶⁴J. O. URMSON, Santos y Heroes, obra cit., p. 126.

⁶⁵J. O. URMSON, Santos y Heroes, obra cit., pp. 126 y 127.

El deber moral y la obligación moral

individuo. En los dos casos estaría más bien hablando de obligación. Incluso la existencia de deberes intersubjetivos no los hace coactivos para aquellos que los asumen, sino en todo caso para los que no. Pero para estos no se trata de deberes sino de obligaciones.

La coincidencia de deberes y obligaciones jurídicas básicas es difícil que se de sobre todo en aquellos sistemas en los que la opinión de los habitantes no cuentan. En cambio en sistemas como el presentado en el primer capítulo donde en la formación del Derecho participa el pueblo como soberano, sería normal que deberes y obligaciones jurídicas básicas coincidiesen. Esta relación se complica respecto a los medios que se utilizan para realizar las obligaciones (que es lo que realmente constituye la obligación jurídica básica). Lo normal es que la inspiración, el fin de esta obligación jurídica, coincida con el deber y con el valor moral, pero otra cosa ocurre con el medio, que es la auténtica obligación jurídica fundamental (pensemos cuantos españoles, por ejemplo, están de acuerdo en la defensa de la patria pero no en el servicio militar o en otra prestación).

B. LA CONSIDERACION INTERSUBJETIVA DEL DEBER

La idea del deber por vía intersubjetiva es la que en mayor medida se consideró en la primera parte de la tesis ya que es la que nos permite hablar de un posible deber general de obediencia y de gobierno. Su configuración se acerca de forma extrema a

Deberes y obligaciones en la Constitución

tesis iusnaturalistas ⁶⁶ pero no se confunde con ellas. En esta consideración es donde la máxima de generalización kantiana respecto al deber adquiere su verdadera enmarcación. Puede afirmarse así que el deber intersubjetivo "ha de ser una necesidad práctico-incondicionada de la acción; ha de valer, pues, para todos los seres racionales, y sólo por eso ha de ser ley para todas las voluntades humanas" ⁶⁷. A esta idea se llega por medio del diálogo intersubjetivo, que hace posible considerar ciertos deberes como autoasumidos por la comunidad. No se trata de obligaciones que surgen de una 'moral social' de carácter eminentemente impositivo. El diálogo intersubjetivo, aunque destaca y señala deberes, es defensor de la libertad del hombre.

La consideración de los deberes intersubjetivos parte de los deberes individuales por la consideración de éstos en su relación con la virtud, repercute en aquellos, al menos en cuanto a su origen. Así, no es extraño que haya quienes se refieran a las exigencias y pretensiones de los hombres que se plasman en las declaraciones modernas de derechos fundamentales como "las nuevas virtudes de la humanidad". En este sentido se escribe: "Las nuevas virtudes no se acotan, obviamente, como propuestas iróni-

⁶⁶Del tipo de las de Hans WELZEL cuando escribe: "La idea de estar obligado incondicionalmente es el núcleo y el contenido de verdad permanente del Derecho natural". Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y Justicia natural, trad. de F. Gonzalez Vicen, Editorial Aguilar, Madrid 1979. O también Jacques MARITAIN: "La ley natural se refiere a los derechos y deberes que se reducen de manera necesaria al primer principio de hacer el bien y evitar el mal". El hombre y el Estado, obra cit., p. 115.

⁶⁷KANT, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 508.

El deber moral y la obligación moral

cas definidoras de lo deseable -al igual que podría suceder con las imágenes del prudente o el magnánimo en la cultura anterior y aún a veces en la nuestra- pero sí establecerían los marcos socialmente reconocidos, reflexivamente constitutivos de subjetividad modernos, en los que se definen las condiciones materiales de lo humano" ⁶⁸.

Hay autores que se refieren al deber moral siempre en esta consideración intersubjetiva. Esta parece ser la postura de Bentham, quien identifica al deber por la nota de la sanción y del castigo. Así, distingue entre deberes políticos, religiosos y morales. A este último se refiere en los siguientes términos: "El deber moral se impone por un tipo de motivación cuya aplicación procede de personas inciertas, y en que la aplicación y grado difícilmente puede llevar el nombre de castigo; se impone a través de las mortificaciones procedentes de la mala voluntad de distintas e inciertas personas, la comunidad en general, esto es, de aquellos individuos de la comunidad que se lo imponen a quien tiene el deber". Siempre que se afirme la existencia de un deber hay que hacer alusión a un elemento externo, si no se hace referencia a éste lo único que se expresa es un sentimiento interior pero no un deber ⁶⁹.

Las dos características principales del deber intersub-

⁶⁸Angel RIVERO, Julio SEOANE y Carlos THIEBAUT, La modernidad sin fundamento, en J. Muguerza y otros, El fundamento de los derechos humanos, obra cit., pp. 308 y 309.

⁶⁹J. BENTHAM, Fragmento sobre el gobierno, obra cit., p. 128, nota 101.

Deberes y obligaciones en la Constitución

jetivo son la **reciprocidad y la irrenunciabilidad**. Pero ambas deberían ser matizadas, en la línea de la tolerancia y libertad propia de la comunicación dialógica. Así, **parece difícil que pudiese hablar en este caso de deberes universales** (se deja vía abierta para aquellos que no autoasumen los resultados del diálogo). **En cambio si que pueden ser considerados deberes absolutos**, es decir que no son solo prima facie.

Estos deberes admiten posturas en contrario, con lo que tienen un fundamento muy parecido a las obligaciones (en ocasiones se confunden con ellas), pero una importancia social mayor. A estos deberes se refiere relativamente Broad cuando escribe: "Para que sea un deber poner en práctica cierta opción, todo lo que hace falta es que él considere probable, después de examinar la cuestión lo mejor que puede, que tal posibilidad sea la más correcta o la menos incorrecta de todas las que se le ofrecen"⁷⁰. Pero el deber, como hemos venido viendo, exige un cumplimiento espontáneo. Lo que ocurre es que en el diálogo los hombres presentan sus juicios y opiniones hasta llegar a esa consideración como deber y así, el concepto de Broad podría servir para ese primer momento de la comunicación sobre los deberes intersubjetivos.

La 'elección de principio' de la que hablabamos anteriormente, se produce así también en la consideración intersubjetiva del deber, y coincide con el momento (siempre variable) en el que

⁷⁰C. D. BROAD, Conciencia moral y acción recta, en J. Feinberg, Conceptos morales, obra cit.

se producen los resultados del diálogo comunicativo. Estos resultados, que no son impositivos, suponen la 'elección de principio' que determina el proyecto vital de los hombres como seres sociales, y de la que deriva, en un primer momento, los deberes intersubjetivos confundiéndose más tarde con ella.

Eusebio Fernández en su libro *La obediencia al Derecho*, realiza una distinción que puede servirnos para clarificar la división entre deberes individuales y deberes intersubjetivos. Así, distingue entre "obligación moral en su sentido estricto o fuerte" y "obligación moral en un sentido secundario o derivado". La primera, "sería la basada en los imperativos de la conciencia individual y autónoma"; mientras que la segunda "sería la obligación moral que es fruto de la aceptación por parte de la conciencia individual de una norma de origen heterónomo pero que desde el momento de su aceptación se convierte en norma moral" ⁷¹. La obligación de la que nos habla este autor en sentido estricto o fuerte, viene a equipararse con lo que aquí se denomina deber en sentido individual. En lo que atañe a lo que este autor llama obligación en sentido secundario o derivado, su equiparación con alguna de las figuras que aquí se presentan necesita de ciertas matizaciones. Esta puede ser entendida como deber en sentido intersubjetivo teniendo en cuenta la importancia para la comunidad intersubjetiva de esa norma (la consideración por ésta de

⁷¹Eusebio FERNANDEZ, *La obediencia al Derecho*, obra cit., p. 109. En contra de esta distinción puede verse a Adela CORTINA, *Sobre 'La obediencia al Derecho' de Eusebio Fernández*, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo V, Madrid 1988, p. 521.

Deberes y obligaciones en la Constitución

esa norma como algo bueno en sí). Pero también podría entenderse como obligación moral en sentido individual, ya que presenta el carácter relacional que, como veremos, caracteriza a las obligaciones.

Los deberes intersubjetivos son fruto del diálogo, de la comunicación entre los hombres. En este sentido, no pueden ser equiparadas las figuras de la moral social y de la moral expresión del diálogo intersubjetivo. Las razones que fundamentan esta distinción se encuentran en el capítulo anterior. Baste con señalar que los resultados del diálogo no deben nunca ser impositivos. Lo que ocurre es que los resultados de la comunicación pueden confundirse con los de una cierta moral social. Y esto porque, aunque huyamos de la imposición de criterios, la comunicación influirá sobre el Derecho y este si impondrá, en forma de obligación jurídica ciertas disposiciones ⁷². Tampoco tiene que extrañar que incluso la comunidad imponga algunas obligaciones morales que se consideren de suma importancia para el desarrollo de la misma. Tiene razón Brandt cuando escribe: "con independencia de lo que sea razonable para mi, es razonable que la sociedad insista en que yo realice mi deber" ⁷³.

En la explicación sobre un posible fundamento de las obligaciones jurídicas básicas, planteamos la importancia del individuo

⁷²En otro sentido, puede señalarse la influencia del Derecho en la creación de posibles deberes y obligaciones morales. En el punto siguiente examinaremos de forma sucinta este hecho.

⁷³Richard B. BRANDT, Teoría Ética, obra cit., p. 433.

El deber moral y la obligación moral

en sí. Esta importancia se acrecienta en lo relativo a los deberes, y no sólo a los de tipo individual sino también a los intersubjetivos. Los deberes individuales son siempre el cimiento de aquellos, sin los cuales no podría sustentarse ninguna reflexión o diálogo entre sujetos que tuviese a aquellos como objeto. Pero tampoco deben equipararse los unos con los otros ya que los primeros constituyen el camino del hombre individual en su proyecto de vida, mientras que los segundos son el camino del hombre contemplado como ser social. Ambos deberes no pueden estar nunca en conflicto en la misma persona ya que tienen que estar siempre asumidos y pertenecer a ámbitos distintos dentro de la vida del hombre.

Por otro lado, podemos afirmar que la existencia de deberes intersubjetivos es lo que hace posible la vida en sociedad, sin ellos sería imposible reglamentar una serie de prácticas para poder vivir juntos ⁷⁴. De ahí que en algún momento equiparemos deber intersubjetivo y valor moral. Entre estas figuras se da una circularidad: hay valores que derivan de deberes y deberes que derivan de valores ⁷⁵.

Los deberes intersubjetivos suponen también el normal actuar de los hombres que así los consideran, y su cumplimiento va a acercar al concepto de bondad intersubjetiva. Como escribe Camp-

⁷⁴Vid. en este sentido Stephen E. TOULMIN, El puesto de la razón en la ética, obra cit., p. 157.

⁷⁵Para ROUBIER los deberes generales son fuente de los principios generales del Derecho. Vid. Droits subjectifs et situations juridiques, obra cit., p. 111.

bell Garnett, "podemos ser hombres rectos y buenos en la misma medida simplemente por seguir los dictados de la conciencia moral, pero podemos ser hombres mucho mejores si somos no solamente rectos, sino hombres en los que, sin conflicto con la conciencia moral, el esfuerzo por ser rectos resulta innecesario debido a la efusión de buena voluntad espontanea e imparcial" ⁷⁶.

La caracterización de los deberes como expresión de una 'elección de principio' que señalamos anteriormente podría convertir a los deberes intersubjetivos en obligaciones. Pero en este sentido habría que tener en cuenta lo siguiente:

a) **La configuración de deberes intersubjetivos supone tomar a la comunidad como unidad en sí, que cuenta con la posibilidad de actuar con criterios comunicativos intersubjetivos.**

b) **De esta forma, la comunidad puede presentar también un cierto proyecto de vida en sociedad del que en un primer momento surgan deberes en relación con el mismo que luego se identifican con él.**

c) **La consideración en último extremo del deber supone la asunción del individuo por lo que quien no considere a los deberes intersubjetivos como deberes será porque para él son obligaciones.**

d) **Aun habiendo realizado estas salvedades, ya hemos señalado la dificultad conceptual en la distinción entre deberes intersubjetivos y obligaciones intersubjetivas.**

En resumen, los deberes podríamos subdividirlos en deberes

⁷⁶A. CAMPBELL GARNETT, *Conciencia moral y rectitud*, en J. Feinberg, *Conceptos morales*, obra cit., pp. 161 y 162.

El deber moral y la obligación moral

individuales y deberes intersubjetivos. Los primeros son aquellos de los que se puede hablar atendiendo exclusivamente a la consideración individual; son los que el hombre singular tiene y que pueden o no coincidir con los de sus semejantes. Los deberes intersubjetivos son aquellos que, partiendo de la comunicación entre los sujetos sobre los deberes individuales, son asumidos como tales por la comunidad dialógica (desde ese momento se consideran verdaderos deberes). Como podrá observarse parece que estas ocasiones sería más conveniente hablar de obligaciones ya que la consideración de estos deberes como tales puede tener carácter impositivo respecto de aquellos que bien no han participado en la comunicación o que bien no están de acuerdo. Pero estos no es del todo exacto: la consideración de los deberes intersubjetivos vale solo para aquellos deberes fruto del diálogo y tomados así por la comunidad. Esto deja abierta la posibilidad de participantes o no participantes que no consideran a estos actos u omisiones como deberes, sino más bien como obligaciones. Esta situación, por otro lado, es idéntica a la de los deberes por vía individual.

Por todo ello será posible hablar de deber de gobierno y de deber de obediencia tanto por vía individual como intersubjetiva, y con ellos de otros muchos tipos de deber, que van a tener el mismo fundamento que estos otros y que en ocasiones van a derivarse de ellos, siendo más bien en este caso obligaciones.

C. EL DEBER Y LA LIBERTAD

La consideración del deber ya sea en su sentido individual como en su sentido intersubjetivo, puede ser contemplada en relación a los tres tipos de libertad que veíamos en el capítulo segundo.

Un análisis de este tipo nos va a permitir destacar la importancia que una figura de esta naturaleza tiene en el camino del hombre hacia la consecución de su proyecto vital y, dentro del ámbito social, hacia la consecución de una comunidad libre e igual.

La libertad psicológica no puede ser tomada en relación con el deber, ya que en ella falta todo contenido final. Respecto a la libertad jurídica o social, el problema del deber sí puede ser tomado en consideración. Pero aquí se nos plantea el significado de esta libertad jurídica o social. Tal y como planteamos este en el capítulo anterior, la libertad jurídica era un medio para la consecución de la libertad moral. Teniendo esto en cuenta, al ser el deber un fin en sí mismo, tampoco tendría cabida aquí.

Sólo nos queda pues la libertad moral. Para ver su relación con el deber, sería interesante poderla situar bien como estado individual o bien como estado social.

La libertad moral es el más alto escalón en la realización moral humana y estaría limitada por la máxima de generalización

77. Con ello parece que el verdadero significado de la libertad moral se da dentro de una situación social, aunque propiamente sea también un estado individual.

La relación entre los deberes y la libertad moral, está en que en esta es donde el hombre va a poder realizar con normalidad los primeros. Pero al ser un estado social y estar limitada por la máxima de la generalización, el hombre podrá cumplir con sus deberes compatibles con los de los demás. La realización de los deberes acerca al estado de libertad moral ⁷⁸. En él, la conducta de los hombres se va a caracterizar por el cumplimiento de sus deberes. Al ser un estado intersubjetivo, estos deberes serán los intersubjetivos, que ya en esta situación se habrán equiparado a los individuales.

Podemos entender a la libertad moral respecto a los deberes como el momento en el que los deberes intersubjetivos se identifican con los individuales; es el momento en el que se produce la compatibilidad hegeliana entre libertad y necesidad ⁷⁹. El deber será pues el grado máximo de libertad de acuerdo con nuestro plan vital compatible con el plan vital de todos: "Cuando

⁷⁷Vid en este sentido la identificación que puede encontrarse en KANT entre deber, imperativo categórico, principio de moralidad, libertad de la voluntad y autonomía. Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 525 y ss.

⁷⁸Sobre la posible relación entre valor, libertad y deber vid. MIGUEL REALE, Pluralismo e liberdade, obra cit., p. 46.

⁷⁹Vid. HEGEL, Introducción a la historia de la Filosofía, obra cit., pp. 65 y 68. En contra de esta compatibilidad vid. BURLAMAQUI, Principes du Droit Naturel, obra cit., Première Partie, cap. II, p. 40.

hacemos algo por ello mismo, es decir, porque precisamente lo que queremos hacer, nuestro motivo es de los que no nos obligan a hacer nada... Y las circunstancias implicadas en el hacer lo que queremos tampoco nos obligan" ⁸⁰.

Se podría objetar que en estos casos no tendría porqué existir el paso previo de la libertad jurídico-social, pero yo no lo entiendo así. Ese paso va a servir para que los hombres puedan exponer sus deberes individuales, para que tomen conciencia de nuevas necesidades, y también como límite en el sentido de hacer compatibles los deberes de los unos con los otros.

OBLIGACION MORAL

Las obligaciones morales se caracterizan por ser **condicionales y estar relacionadas con los deberes** ⁸¹. En ocasiones son "resultado de los imperativos de la conciencia individual" ⁸², aunque pueden ser ampliadas quizás a los de una posible conciencia social. También pueden suponer una constricción moral que viene derivada de la aceptación de un deber

⁸⁰NOWELL-SMITH, Etica, obra cit., p. 230.

⁸¹Vid. Bruno LEONI, Obbligo e pretesa nella dogmatica..., obra cit., p. 562.

⁸²Eusebio FERNANDEZ, Neocontractualismo y obediencia al Derecho, en Anuario de Derechos Humanos, num. 4, Universidad Complutense, Madrid 1986-87, p. 106.

del que derivan, con lo que no pueden ser equiparadas a éstos ⁸³.

De ahí la consideración de las obligaciones morales como elementos relacionales, y de ahí también que, como dice Melden, para llegar a comprender el concepto de obligación moral "debemos prestar atención a las condiciones de los sujetos en sus relaciones" ⁸⁴.

La concepción que aquí se expresa sobre la obligación moral aparte de no ser exhaustiva (no es el objeto del trabajo), supone acogerse a una determinada formulación, por lo que muchas de las consideraciones que se van a expresar no tendrían quizás cabida en otros análisis diferentes ⁸⁵.

También en el caso de la obligación moral va a poder hablarse de **consideración individual y de consideración intersubjetiva**. La forma más típica de creación de obligaciones morales y que afecta a ambos modos de consideración de las obligaciones son las

⁸³Vid. la distinción de SANTI ROMANO entre obligaciones naturales y deberes morales, en El Ordenamiento jurídico, obra cit., pp. 300 y ss.

⁸⁴A. I. MELDEN, La posizione sociale dei diritti e degli obblighi morali, trad italiana de F. Rossi-Landi, en Rivista di Filosofia, vol. LIII, Taylor Editore, Torino 1962, p. 247.

⁸⁵Se han dado multitud de visiones sobre la obligación moral. Sólo dentro de una teoría ética de signo utilitarista se han encontrado nueve posiciones diferentes. Vid. en este sentido R. B. BRANDT, Teoría Ética, obra cit., pp. 409 y ss. Por otro lado, tampoco tendrían cabida en otras formulaciones como las desarrolladas por Ernesto GARZON VALDES, en Los deberes positivos generales y su fundamentación, en Doxa, núm. 3, Alicante 1987, pp. 17 y ss. Creo que tiene razón Juan Carlos BAYON cuando escribe que "muchos de los problemas que surgen en este terreno se deben a la carencia total de una terminología unificada". Los deberes positivos generales y la determinación de sus límites, en Doxa, núm.3, obra cit., p. 40.

promesas ⁸⁶.

En cuanto a la distinción entre el deber moral y la obligación moral, a lo dicho hasta aquí pueden unirse otras argumentaciones. Una de ellas consiste en relacionar a ambos con una norma y acogerse a la terminología de Hart que distingue entre el punto de vista interno y el externo respecto al Derecho ⁸⁷. Como podrá observarse, entiendo que la distinción entre estos dos puntos de vista es más bien una distinción de tipo sociológico o moral que jurídica; y más si la aplicamos al tema de las obligaciones.

Si existe una norma que impone realizar la conducta X y situamos ante ellas a dos personas A y B, la persona A puede estar en lo que Hart llama punto de vista interno y decir: tengo el deber de hacer X (con ello A autoasume el deber). B puede decir: tengo la obligación de hacer X. Con ello se sitúa en el punto de vista externo, no asume esa regla pero tiene una obligación moral proveniente por ejemplo de su aceptación de todo el sistema, de la moral social o de una ponderación de intereses, por lo que puede ser constreñido a hacerlo. Como escribe Kliemt, "una regla considerada desde el punto de vista interno pertenece,

⁸⁶ Hay que subrayar que esta obligación es considerada por muchos autores, no sólo como moral, sino como una obligación jurídica independientemente de su positivación. Vid. en este sentido Martin D. FARREL, Utilitarismo, ética y política, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1983, p. 187.

⁸⁷ Vid. H.L.A. HART, El concepto de Derecho, obra cit., pp. 110 y ss. Nótese que aquí cambiamos en punto de vista general respecto a Hart: vamos a aplicar esta distinción a los deberes y obligaciones morales y no a la concepción de obligaciones jurídicas.

El deber moral y la obligación moral

en tanto tal, a las razones de la acción de quien acepta la regla, a diferencia de lo que sucede con una regla que es considerada desde el punto de vista externo y que sólo mediante un cálculo independiente de los intereses puede transformarse en razón de la acción" ⁸⁸.

La figura de la obligación moral no debe ser equiparada a la obligación jurídica, que necesita de la norma jurídica exclusivamente y no de la aceptación o rechazo. Esto significaría acogernos a concepciones del tipo de reducir la validez de la norma a la voluntad del sujeto a que se refiere en el sentido de que este la acepta ⁸⁹. Como escribe Hacker, incluso "el rechazo de la norma presupone el reconocimiento de su propia existencia" ⁹⁰, y esta afirmación adquiere más fuerza en el ámbito jurídico.

Por otro lado, toda obligación moral va a suponer una **restricción de la libertad**, y en esta característica adquiere mayor

⁸⁸H. KLIEMT, Las instituciones morales, trad. de J. Malem Seña, Alfa, Barcelona 1986, p. 187. Los motivos para situarse en el punto de vista interno son de lo más variado: "El hecho que en la adopción del punto de vista interno, en última instancia, no importen las razones para la adopción del punto de vista, no excluye que los individuos tengan buenas razones para su adopción. Pero la 'razón' y la 'libertad de acción' son sólo dos 'soberanos' en los que se apoya esta decisión. Las razones pueden extenderse desde una difusa vinculación emocional con procedimientos habituales hasta un partidismo motivado filosófico-moralmente, con respecto a determinadas reglas de la justicia. Naturalmente pueden basarse también en el interés". Las instituciones morales, obra cit., p. 187.

⁸⁹Es así como lo entiende por ejemplo Giorgio DI GIOVANNI, en *Dover essere, legge e obbligo giuridico*, en Scritti in memoria di W. Cesarini Sforza, Giuffrè, Milano 1968, pp. 303 y ss.

⁹⁰P. M. HACKER, Sull'uso di 'dovere', obra cit., p. 177.

Deberes y obligaciones en la Constitución

significado la distinción entre la obligación moral y el deber. Como veremos, tanto la consideración individual de la obligación como restricción a la propia conciencia asumida en virtud de la interiorización de ciertos deberes (normalmente intersubjetivos), como la intersubjetiva suponen en el fondo limitación. En cambio, el deber supone liberación, es el puro actuar ético ⁹¹.

La obligación moral coincide, en muchas ocasiones, con la obligación jurídica, y este hecho se acrecienta en el caso de las obligaciones jurídicas básicas. Estas suelen fundamentarse teniendo en cuenta valoraciones de signo moral, lo que sucede es que al no existir un sólo criterio moral, esta justificación puede ser contraargumentada con otras. Así, en el ámbito moral, las obligaciones que pueden coincidir con las que en el jurídico son consideradas como básicas, suelen entrar en conflicto con otras obligaciones. Esto podría en cierto sentido ser solucionado por la comunicación intersubjetiva, pero el problema subsistiría respecto a algunas obligaciones. Quizás sólo debieran ser consideradas como básicas y fundamentales, aquellas que realmente tuvieran esa consideración para los hombres de la comunidad. Si nos situásemos por ejemplo frente a la obligación

⁹¹Según Hegel: "en el deber tiene el individuo, más bien, su liberación: por una parte se libera de la dependencia en que se encuentra con respecto al mero impulso natural...; por otra parte, se emancipa de la subjetividad indeterminada que no llega a la existencia y a la determinación objetiva del obrar y permanece en sí como irrealidad". HEGEL, Filosofía del Derecho, obra cit., pp. 149 y 150. Es necesario recordar aquí la salvedad ya realizada en el sentido de ser el deber expresión del proyecto vital, con lo que llevaríamos esta afirmación de Hegel a unos términos menos absolutos y concordantes con nuestra concepción.

jurídica fundamental de cumplimiento del servicio militar, nos surgiría el problema de la consideración moral de esta. No parece que hubiese un acuerdo sobre su status de fundamental por lo que no tiene mucho sentido que se le de esa consideración. No obstante, aunque nos referiremos a ella, su calificación jurídica es de ese tipo, por lo que para un estudio jurídico, se estaría ante una verdadera obligación jurídica fundamental.

La relación entre las obligaciones morales y el Derecho es en ocasiones, como venimos viendo, muy intensa. Hasta aquí sólo hemos destacado aquellos casos en los que el Derecho recoge y determina como jurídicas situaciones morales. Esto supone dejar de contemplar ciertos casos en los que el Derecho produce la formación de obligaciones morales y, en determinadas ocasiones, hasta de deberes morales. Como escribe H. Kliemt, "cuando existe un sistema jurídico resultan deberes morales diferentes a los de la situación en la que el Derecho no existe. Esto se infiere de la creación de hechos moralmente no-neutrales, a través de todo orden jurídico eficaz" ⁹².

A. LA CONSIDERACION INDIVIDUAL DE LA OBLIGACION MORAL

La obligación en sentido individual va a significar la constatación, por parte de una persona, de que se ve compelida a realizar algo en virtud de un deber, de un valor o de cierta

⁹²H. KLIEMT, Filosofía del Estado y criterios de legitimidad, obra cit., p. 62.

norma. A ellas se refiere Singer cuando escribe: "De acuerdo con sus diferentes opiniones morales, la gente piensa que tenemos obligaciones morales de hacer -y de abstenerse de hacer- diferentes cosas" ⁹³; si bien de una definición de este tipo no encontraríamos diferencias sustanciales con las intersubjetivas.

Son obligaciones que deben ser comprendidas como medio para la realización del deber individual, y ello no tiene porqué ser realizado libremente. Con un ejemplo quizás lo veamos más claramente.

Una persona puede tener como fin moral la búsqueda de la felicidad tanto en su aspecto interior como social. Esa búsqueda puede llevar a realizar determinadas acciones que no son autoasumidas como valores ni como algo bueno en sí. En esta línea un caso extremo sería el de aquella persona que realiza una determinada acción molesta contemplada como obligatoria para la consecución de ese fin. Esa acción puede no tener para nosotros justificación pero sí puede para determinada persona suponer una obligación moral en el desarrollo del camino hacia un deber que no es más que un fin en sí mismo. Ejemplo de esta acción podría ser el de la existencia para alguien de una obligación moral de no prestar ayuda a un mendigo porque esa acción podría fomentar el consumo de estupefacientes o la degradación de los menores, y él tiene el deber de luchar contra esos problemas. Como escribe Nowell-Smith: "Existe algo de verdad en la afirmación de que

⁹³Peter SINGER, Democracia y desobediencia, obra cit., pp. 10 y ss.

quien quiere el fin ha de querer los medios. Pero se vuelve absurda si se interpreta en el sentido de que, quien quiere algo, también quiere necesariamente obtenerlo a trancas y barrancas"
94 .

Estas obligaciones suponen siempre una **restricción de la libertad** en sentido amplio. El hombre las comprende como medio para la realización de sus fines morales. Al ser un medio, a veces incluso no autoasumido, pueden suponer una restricción de la libertad como proyecto del hombre. Y este dato se acentúa si consideramos al hombre como miembro de una comunidad condicionado, también en su proyección interior, por la actividad de los otros hombres.

Pero la restricción de la libertad no hace que sean equiparables a las llamadas obligaciones prudenciales, que son las que se realizan por miedo o desagrado ⁹⁵, aunque tampoco la distinción con estas es radical, ya que el cumplimiento o la existencia de obligaciones morales van a poder estar motivadas en razones derivadas del miedo a la sanción moral. Así, más bien,

⁹⁴ Así, propone el ejemplo de una persona que desea ir a un concierto, pero la única forma de conseguir las entradas es robándolas. Esta persona podría robar las entradas o no robarlas. En el primero de los casos, estará realizando una acción como medio que no es autoasumida para la consecución de ese fin. En sentido parecido, puede expresarse el caso que hemos señalado de obligación moral. Vid. NOWELL-SMITH, Ética, obra cit., p. 135.

⁹⁵ La distinción entre obligaciones prudenciales y morales puede verse en D. D. RAPHAEL, para quien las primeras son aquellas que realizamos en nuestro propio interés por temor o por desagrado de las consecuencias que pueden derivarse de su incumplimiento. Las obligaciones morales, en cambio, se producirían del conocimiento de lo que es justo. Problemas de filosofía política, trad. de M.D. González Soler, Alianza Editorial, Madrid 1983, pp. 89 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

las obligaciones prudenciales serían una clase de las morales.

Las obligaciones morales individuales **no exigen una actuación conforme a ellas**. Si volviésemos al ejemplo anterior, veríamos que el hombre no necesita siempre actuar así, puede dejar a un lado esa determinada obligación bien por considerarla más débil respecto a otra o bien por no desear realizarla. Este tipo de obligación no exige tampoco su conocimiento, si bien en la consideración individual son prácticamente mínimos los casos en los que éste no se dé.

En definitiva, las obligaciones morales individuales **derivan bien del compromiso individual, bien de deberes no intersubjetivos asumidos anteriormente por la persona sobre los que se ha cambiado en su consideración individual, bien derivados de una norma de la moral social**. En el primer caso estarían aquellas obligaciones morales nacidas de promesas, o de determinadas relaciones de las personas. La segunda vendría definida en virtud de deberes presupuestos por la persona que llevarían consigo una obligación aceptada o no, pero siempre considerada como medio. La tercera sería la repercusión de una obligación moral social definida propiamente en su aspecto individual.

Esta última obligación, como vemos se formula por medio de la moral social. ¿Podría formularse como producto de la moral comunicativa?. En principio entiendo que no, ya que como dijimos en el capítulo anterior el diálogo no es impositivo ⁹⁶. Pero como

⁹⁶La distinción entre moral social y moral comunicativa se encuentra perfilada en la primera parte.

también dije, es difícil que al menos ciertos tipos de imposición no se den aún con este ámbito libertad. Si bien estas obligaciones serán excasísimas por lo que respecta a las obligaciones morales individuales.

El no cumplimiento de este tipo de obligación puede llevar aparejada una **sanción** de tipo interior como la autocensura. También es posible que se de un determinado aspecto de sanción social, si bien no resulta relevante para esta consideración.

B. LA CONSIDERACION INTERSUBJETIVA DE LA OBLIGACION MORAL

Por su parte, la obligación moral intersubjetiva no es otra que la **derivada de acuerdos intersubjetivos**. En este sentido, Karl Otto Apel entiende a las obligaciones morales como: "las exigencias de todos los miembros de la comunidad de argumentación hacia todos los demás" ⁹⁷. La obligación moral intersubjetiva tiene grandes puntos en común con la individual, pero se diferencia de ella en cuanto a que es el reflejo de los deberes intersubjetivos de otras personas. Su fuente de producción radica principalmente en ellos.

Las obligaciones pueden derivar de un acuerdo intersubjetivo y la asunción o no de sus propósitos por la persona que se tome en cuenta no es relevante ciertamente (si lo sería si las viésemos como obligaciones individuales). Lo importante es que

⁹⁷La transformación de la Filosofía, II, obra cit., p. 383.

Deberes y obligaciones en la Constitución

son consideradas como medio para la consecución de los fines que se destacan en el diálogo intersubjetivo.

Su aspecto fundamental para el caso de no aceptación, es que tienen como características propias la heteronomía (para aquellos que no autoasumen el resultado del diálogo y más en el caso de la moral social) y su carácter de medios.

Las obligaciones morales intersubjetivas se diferencian de las individuales en que aquí tiene relevancia el aspecto social más que el singular, aunque no pueden ser contempladas sin la participación del individuo. Son semejantes a las jurídicas pero les falta la característica propia de la pertenencia al Ordenamiento jurídico. Por su parte, **el conocimiento no es un elemento esencial** en su configuración, permitiendo también su no cumplimiento.

Un ejemplo de obligación moral intersubjetiva sería, dentro de una comunidad como la planteada en este trabajo la promoción de situaciones que permitan el desarrollo humano hacia la libertad y la igualdad. Este tipo de obligaciones derivadas de un deber, que son un medio, pueden ser o no asumidas por el hombre, pero ello no quita para que sean exigidas por la comunidad.

La no actuación conforme a esta obligación lleva aparejada seguramente una sanción de tipo moral. Una sanción en la que predomina el sentido social externo a la persona, pero que puede estar también compuesta por elementos internos a la persona como autocensura.

Pero la obligación moral intersubjetiva va a poder ser

creada también por el Derecho. Como ya vimos anteriormente, éste puede producir mediante su regulación, diversas situaciones de las que nazcan ciertas obligaciones morales. Así por ejemplo puede citarse como probable el caso de que la obligación jurídica de contribuir al gasto público de lugar a una obligación moral dentro de la comunidad.

He dejado para el final un tipo de obligación moral que suele ser denominada como obligación cuasi-legal ⁹⁸. Imaginemos una Asociación Juvenil regida por unas normas internas en las que se señalan una serie de obligaciones para todos aquellos que deseen formar parte de la misma. En el caso de que alguno de los socios no cumpla con estas obligaciones, será expulsado de la Asociación. Semejante tipo de obligaciones puede observarse respecto a clubes, círculos, sociedades, etc... Estas obligaciones se han querido entender como una especie distinta ya sea de las jurídicas ya sea de las morales. Como señala Nowell-Smith, cuando alguien en esta situación cumple con su obligación realizando una determinada acción: a) elige hacerlo, b) su elección no es libre, porque no lo haría si no lo mandase la regla, c) no tiene motivos para hacerlo, aparte de la regla, d) tiene que tener algún motivo para hacerlo ⁹⁹. Las características a) y b) encuadran perfectamente dentro de nuestro concepto de obligación moral intersubjetiva. Respecto a las características c) y

⁹⁸Vid. NOWELL-SMITH, Etica, obra cit., p. 232.

⁹⁹NOWELL-SMITH, Etica, obra cit., p. 232.

Deberes y obligaciones en la Constitución

d), en ellas se plantea la cuestión del motivo para la realización de la acción. En este sentido pueden destacarse tres: temor a la sanción, asunción de los fines de la Asociación o, por último, realización en relación con algún interés personal. Si atendemos al temor a la sanción, este no sería más que la expresión del deseo de mantenerse en la Asociación, por lo que podría reducirse al segundo motivo. Por lo que respecta a los otros dos motivos, ambos entrarían perfectamente dentro de nuestro concepto de obligación moral intersubjetiva, por lo que las obligaciones denominadas "cuasi-legales" no son otra cosa que obligaciones morales intersubjetivas. No obstante, las obligaciones cuasi-legales podrán tener significado jurídico siempre que estas se entiendan como producidas por un acto reconocido jurídicamente. Así, por ejemplo, la relación entre un socio y el club podría ser jurídica. Si bien en estos casos no veo la utilidad de denominar a las obligaciones como cuasi-legales en vez de obligaciones jurídicas ¹⁰⁰.

De esta forma, podemos ver la distinción existente entre deberes intersubjetivos, deberes individuales, obligaciones intersubjetivas y obligaciones individuales. El deber intersubjetivo se refiere propiamente a la libertad moral y coincide con

¹⁰⁰En este sentido puede citarse la Sentencia 218/80 de 22 de noviembre, BJC. num. 92, pp. 1521 y ss., en contestación a un recurso de amparo interpuesto por una Asociación mercantil por presunta violación del derecho de asociación por parte de una Sentencia de una Audiencia Provincial, en virtud de la cual se condenaba a dicha entidad a readmitir a tres socios de acuerdo con los Estatutos. El Tribunal Constitucional decidió otorgar el amparo señalando el carácter jurídico de la obligación de los socios.

El deber moral y la obligación moral

la máxima de generalización kantiana; el deber individual se refiere a la virtud aristotélica; la obligación moral individual supone obligaciones provenientes de un compromiso individual, de otro tipo de deber no intersubjetivo que se ha convertido en obligación para la persona individual por no participar de la autoasunción, o de una norma de la moral social no compartida por el individuo; por último, la obligación intersubjetiva se refiere a la obligación moral de las personas derivada de deberes intersubjetivos o de normas heterónomas. De ahí que teniendo en cuenta el posible contenido de estas últimas va a poder hablarse al mismo tiempo de la existencia de deberes y obligaciones solo variando las personas a quien nos refiramos. El deber autoasumido bien de forma individual como intersubjetiva por parte de unas personas puede consistir en obligaciones por parte de otras.

C. LA OBLIGACION MORAL Y LA LIBERTAD

Como ya vimos en lo referente al deber, este podría ser encuadrado dentro de lo que denominamos libertad moral, que suponía el actuar del hombre, teniendo en cuenta que es miembro de una comunidad, de acuerdo con los fines que él mismo se plantea en su vida. Veíamos también si era o no necesario el paso previo de lo que algunos autores llaman la libertad social o jurídica. En este punto, intentaremos ver brevemente la incidencia de las obligaciones en esas categorías.

La obligación moral no puede ser entendida más que como

Deberes y obligaciones en la Constitución

medio para la consecución de unos determinados fines, bien individuales o bien intersubjetivos. Esto hace que esta obligación no pueda ser contemplada como libertad moral (que sería un fin en sí misma), ni como libertad psicológica (que sería un dato antropológico). De ahí que el verdadero punto donde puede situarse esta obligación es dentro de lo que denominábamos libertad social o jurídica.

Pero aquí tendríamos que matizar estas afirmaciones teniendo en cuenta dos características de esta libertad. El primer punto sería la restricción propia de una libertad sin límites que viene ya propiamente incorporada en el concepto de libertad social y libertad jurídica. El segundo punto sería la distinción dentro de esta categoría entre libertad social y libertad jurídica

Respecto al primer punto, la libertad social y jurídica supone como he dicho, una restricción a la libertad sin límites. Esta restricción es característica esencial de toda obligación, toda obligación moral supone una restricción de la libertad ¹⁰¹ en el sentido que es el ajustamiento a cierta conducta en virtud de algo. Al ser un término relacional, la libertad se aminora aunque el mismo sujeto asuma esa obligación. Como escribe Nowell-Smith: "Tiene sentido por tanto decir que es

¹⁰¹Vid. PUFENDORF, Le Droit de la Nature et Des Gens, obra cit., T. I, lib. I, cap. VI, p. 101. Para BURLAMAQUI, la obligación es: "Une restriction de la liberté naturelle, produite par la raison; en tant que les conseils que la raison nous donne, sont autant de motifs qui déterminent l'homme á une certaine manière d'agir preferablement á toute autre". Principes du Droit Naturel, obra cit., Premiere Partie, cap. VI, p. 93. Vid. también A. I. MELDEN, Los derechos y las personas, obra cit., p. 241.

lógicamente necesario que el individuo que cumple su deber obre en contra de su voluntad o contra su inclinación; pero también la tiene, por otra parte, decir que dicho individuo no actúa en contra de su voluntad" ¹⁰².

Respecto al segundo punto, la distinción, dentro de la libertad social, entre libertad jurídica y libertad ética, es fundamental para distinguir la incidencia, en la división, de las obligaciones morales y las jurídicas. De ahí que podamos hablar de **libertad etico-social** y libertad jurídica. En la primera es donde tiene cabida la obligación moral mientras que en la segunda la obligación jurídica.

De esta consideración podría desprenderse erróneamente que las obligaciones morales son previas a los deberes, ya que la libertad jurídico-social es necesaria para alcanzar la libertad moral. Esto no es así: las obligaciones morales son necesarias para para el perfecto adecuamiento y concepción de los deberes intersubjetivos que como vimos se diferencian de los individuales. En la libertad jurídico-social se produce la comunicación de los hombres teniendo en cuenta sus deberes y de ahí surgen una serie de obligaciones que podrán llevar a la realización por parte de todos de los deberes intersubjetivos. De ahí que si señalamos a la libertad moral como el fin que todo proyecto vital humano conlleva, en el estadio de la libertad psicológica ven-

¹⁰²NOWELL-SMITH, Ética, obra cit., p. 234. Es importante recordar el empleo como sinónimos de deber (duty), que es el que aquí se emplea, y obligación (obligation).

Deberes y obligaciones en la Constitución

drían expresados los deberes individuales, que tendrían también cabida en la libertad social, si bien en esta estarían de forma principal las obligaciones. Por último, como ya señalamos anteriormente, la libertad moral sería aquel momento en el que los deberes intersubjetivos y los individuales coincidirían en todos los miembros de la comunidad.

CAPITULO TERCERO: LA OBLIGACION JURIDICA

INTRODUCCION

La importancia de las obligaciones dentro del campo del Derecho es clara e incluso ha sido y es considerada por muchos como la **principal figura jurídica** ¹, o como aquel concepto que permite una correcta comprensión de las normas jurídicas ².

El concepto de obligación jurídica ha sido delineado anteriormente pero sobre él conviene hacer algunas precisiones.

Comparto la idea de Carrió, si bien creo que por razones

¹"La funzione essenziale di un ordinamento, e più ancora di un ordianmento coattivo come el diritto, non dovrebbe essere altro che il vincolo normativo degli individui ad esso sottoposti. Questo vincolo normativo non potrebbe essere indicato diversamente che con la parola 'obbligo'...". Antonio PALERMO, *Voz Obbligo giuridico*, obra cit., p. 701. Vid. también Antonio ROSMINI-SERBATI, *Filosofia del Diritto*, vol. II, Tipografia di Paolo Bertolotti, Intra 1865, pp. 109 y ss. Incluso es normal que la figura del derecho subjetivo sea definida o caracterizada teniendo en cuenta la obligación que le acompaña. Así, por ejemplo, suele decirse que: "A right is fulfilled when the correlative duty is carried out, i. e. when the required action is performed or the prohibited action is not performed. A right is infringed when the correlative duty is not carried out, i. e. when the required action is not performed or the prohibited action is performed". A. GEWIRTH, *Are There any absolute rights?*, en J. Waldron, *Theories of Rights*, obra cit., p. 92. En contra de la mayor importancia de las obligaciones en relación con el derecho está por ejemplo A. I. MELDEN, vid. *Los derechos y las personas*, obra cit., p. 15, nota 5 y pp. 51 y 52.

La obligación también es considerada como hemos visto una de las principales figuras dentro del ámbito moral. Vid. en este sentido CICERON, *Los oficios o los deberes*, obra cit., p. 69; PUFENDORF, *Le Droit de la Nature et Des Gens*, obra cit., T. I, lib. I, cap. I, pp. 19 a 21 y lib. I, cap. VI, p. 101. Y modernamente NOWELL-SMITH, *Etica*, obra cit., pp. 253 y ss.

²En este sentido llama la atención que Federico DE CASTRO Y BRAVO escriba: "Las normas jurídicas no pueden ser entendidas en todo su valor ni comprenderse el funcionamiento total de la organización jurídica más que partiendo del concepto del deber jurídico". *Derecho civil de España*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1949, p. 525.

Deberes y obligaciones en la Constitución

completamente distintas, de que la noción de deber jurídico "desempeña un papel preminente dentro del aparato conceptual que resulta en gran medida inadecuado. Se trata de un concepto excesivamente general y tosco, que no sirve ya los propósitos teóricos o prácticos que, en el pasado justificaron su adopción y empleo" ³.

La obligación jurídica no debe ser separada de la norma jurídica; existe "solo y exclusivamente porque hay una norma de Derecho positivo vigente que así lo determina" ⁴. Puede ser considerada como el reflejo de la norma que **nace y desaparece con ésta** ⁵. La obligación jurídica se haya en la mayoría de las normas jurídicas.

En este sentido podemos acudir a la clasificación de las normas jurídicas realizada por Bobbio. Este autor distingue entre normas como imperativos (mandatos de hacer o no hacer) y normas para la producción de normas. Dentro de las primeras estarían las prescripciones afirmativas y las negativas y los permisos afirmativos y negativos, si bien estos últimos pueden expresarse como la negación de los primeros. Así escribe: "Para aplicar cuanto

³Genaro R. CARRIO, Sobre el concepto de deber jurídico, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1966, p. 53. En contra de esta idea puede citarse a CASTAN, quien escribe: "Hay que defender a todo trance los clásicos conceptos jurídicos, tales como el deber y el derecho subjetivo". Situaciones jurídicas subjetivas, obra cit., p. 82.

⁴Luis RECASENS SICHES, Filosofía del Derecho, obra cit., p. 240. Vid. en este sentido Vittorio FROSINI, Voz Dovere, en Novissimo Digesto Italiano, vol. VI, obra cit., pp. 302 y 303.

⁵Vid. Federico DE CASTRO Y BRAVO, Derecho civil de España, Tomo I, obra cit., p. 522.

La obligación jurídica

se ha dicho a las proposiciones prescriptivas, partimos de una prescripción afirmativa universal ("todos deben hacer X"). Con un uso diferente del signo 'no' obtendremos otros tres tipos de prescripciones: la segunda, negando universalmente, con lo que obtenemos una prescripción del tipo: 'Ninguno debe hacer X'; la tercera negando la universalidad, con lo que obtenemos una prescripción del tipo: 'No todos deben hacer X'; la cuarta usando ambas negaciones, de donde obtenemos: 'No todos deben no hacer X'" ⁶.

En cuanto a las normas de producción de normas, y apoyándose en la distinción anterior escribe sobre: normas que ordenan mandar, normas que prohíben mandar, normas que permiten mandar, normas que ordenan prohibir, normas que prohíben prohibir, normas que permiten prohibir, normas que ordenan permitir, normas que prohíben permitir y normas que permiten permitir ⁷. Si aplicamos las consideraciones de la primera clasificación a esta segunda, puede observarse el importante papel de la obligación.

El concepto de obligación jurídica que vamos a seguir, parte de la concepción kelseniana. Este autor no distingue expresamente el deber de la obligación por lo que no debe extrañar que se emplee en lo que sigue y en contadas ocasiones el término deber, al hacer referencia a Kelsen u otros autores.

⁶N. BOBBIO, Teoría General del Derecho, obra cit., p. 134.

⁷N. BOBBIO, Teoría General del Derecho, obra cit., pp. 160 y 161.

KELSEN Y LAS OBLIGACIONES JURIDICAS

Para Kelsen, la existencia de deberes u obligaciones jurídicas depende exclusivamente de que así lo disponga una norma, por lo que, si "algún mérito debe reconocerse a la moderna jurisprudencia es, precisamente, el que haya proclamado como uno de sus más altos principios metodológicos el de que los conceptos jurídicos sólo deben derivarse del Derecho positivo, negándose a recurrir a ningún principio suprajurídico para definir que sea el derecho y que el deber" ⁸.

Las obligaciones jurídicas tienen como contenido una determinada conducta establecida por el Ordenamiento, es decir, siempre son creadas por el Derecho y están estrechamente conectadas con la sanción ⁹. Kelsen llega incluso a identificar la obligación jurídica con la norma: "Se suele, por cierto distinguir la norma jurídica y la obligación jurídica, y decir, que una norma jurídica estatuye una obligación jurídica. Pero la obligación de cumplir una determinada conducta no constituye un contenido objetivo distinto de la conducta ordenada en la norma jurídica" ¹⁰. Pero para comprender esta relación, habrá que

⁸KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, trad. W. Roces, Porrúa, México 1987, p. 285.

⁹ Así: "...jurídicamente obligado está el delincuente potencial, que con la conducta opuesta puede evitar la sanción". KELSEN, Teoría Pura del Derecho, obra cit., p. 130.

¹⁰KELSEN, Teoría Pura del Derecho, obra cit., p. 129. Vid. también KELSEN, Teoría General del Derecho y del Estado, obra cit., p. 69. En éste sentido escribe: "La distinción entre norma jurídica y deber jurídico es el

La obligación jurídica

situarse siempre dentro del mundo del deber ser, es decir, distinguir entre el ser y el deber ser: en éste último es donde se entienden los conceptos de norma y deber jurídico, ya que la norma jurídica, no es, "ni mucho menos, la que se aplica de un modo real, es decir, en el mundo del ser, como el deber jurídico no es el que de hecho se acata, sino pura y simplemente la que debe aplicarse en el primer caso, y el que debe ser acatado, en el segundo" ¹¹. El sujeto de la obligación jurídica es aquel cuya conducta está determinada en la obligación y si no la cumple le será impuesta la sanción.

Puede hablarse pues de deberes y obligaciones tanto morales como jurídicos: "El contenido del deber consiste en aquello que un orden positivo, moral o jurídico, prescribe; es determinado a través de actos de voluntad y, cuando es así determinado, es

resultado de la distinción entre un punto de vista objetivo y otro subjetivo: lo que para el segundo es el deber jurídico es para el primero la norma jurídica". KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 271. Vid. KELSEN, ¿Qué es Justicia?, obra cit., pp. 278 y ss. Vid. LEGAZ LACAMBRA, Filosofía del Derecho, 4ª ed., Bosch, Barcelona 1975, p. 430.

Esta idea, mantenida por Kelsen en toda su obra, es rechazada cuando al hablar de los deberes del Estado, abre una vía para que no toda norma jurídica sea equiparada con un deber jurídico. Así escribe: "Toda norma jurídica objetiva que represente un juicio hipotético acerca de la voluntad del Estado será un deber jurídico del Estado, puesto que y en la medida en que es precisamente una voluntad de la persona-Estado, lo que esa norma entraña. Pero, puede ser además -no toda norma jurídica lo es, necesariamente- un deber jurídico de otro sujeto...". KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 379. (El subrayado es mío). Por otro lado, la idea de presencia de obligaciones en toda ley se encuentra ya en Suarez, si bien sus afirmaciones pertenecen a una concepción totalmente distinta a la kelseniana. Vid. SUAREZ, Las leyes, obra cit., lib. I, cap. XIV, p. 70.

¹¹KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 290.

Deberes y obligaciones en la Constitución

reconocido" ¹². Pero distingue entre obligación jurídica y obligación moral: las obligaciones y deberes morales se van a referir siempre a un Estado interior, a un estado psíquico y van a estar relacionados e incluso expresados con imperativos categóricos ¹³: "Basta con que admitamos una moral heterónoma, es decir, una suma de normas independientes de la voluntad, para que nos veamos obligados a reconocer la existencia de un deber que no consiste en la sujección interior de la voluntad del sujeto" ¹⁴. No obstante, la diferencia fundamental radica en la relación de la obligación jurídica y la norma de Derecho: "La afirmación de que una persona está legalmente obligada a cierta conducta, es un aserto sobre el contenido de una norma de Derecho y no sobre acontecimientos reales, ni sobre el fuero interno del obligado" ¹⁵. La norma jurídica va a tener una existencia totalmente objetiva, y su imposición y los criterios por los que se puede ratificar o no su existencia, son también de esa índole, no estando relacionada con el fuero interno de los sujetos ¹⁶.

¹²KELSEN, Teoría pura del Derecho, obra cit., p. 19, nota 1.

¹³"Nota característica del deber moral es la afirmación de un estado interior, aquí, un estado síquico real del hombre; es la coacción ejercida sobre la voluntad de éste por cuanto que el imperativo categórico está sobre su conciencia o su sentimiento". KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 273.

¹⁴KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 286.

¹⁵KELSEN, Teoría General del Derecho y del Estado, obra cit., p. 83.

¹⁶Vid. KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., pp. 301 y 302. Para la existencia de obligaciones y deberes morales va a ser necesario el reconocimiento: "si el deber moral ha de significar la

La obligación jurídica

Los deberes morales y los jurídicos se suelen confundir porque en algunas ocasiones coinciden en cuanto al contenido ¹⁷, y porque el mismo concepto del deber jurídico implica un deber ser, pero no respecto a la conducta contenida en el deber. Es un deber ser que significa que si el sujeto obligado no ha cumplido con su conducta y ha cometido un acto antijurídico, entonces la sanción debe ser ejecutada; éste es el sentido del deber ser que difiere del deber ser moral. Kelsen lo expresa diciendo: "El concepto de deber jurídico implica también un "deber ser". El que alguien esté jurídicamente obligado a determinada conducta significa que un órgano "debe" aplicarle una sanción en el caso de que se comporte de manera contraria. Pero el concepto de deber jurídico difiere del de deber moral en el hecho de que el primero no es la conducta que la norma "exige", la conducta que "debe ser" observada. El deber jurídico, es por lo contrario, el comportamiento por cuya observancia el acto antijurídico es evitado, es decir, la conducta opuesta a aquella que constituye la con-

sujección interior de la voluntad, es evidente que una ley sólo puede obligar moralmente cuando se la haya reconocido". KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 273.

¹⁷"Una obligación jurídica puede -pero no requiere- tener como contenido la misma conducta que es debida según algún sistema moral, pero puede también tener como contenido la conducta opuesta, de suerte que, como se suele considerar en caso semejante, se suscita un conflicto entre obligación jurídica y deber moral". KELSEN, Teoría Pura del Derecho, obra cit., p. 131. En éste sentido Vid. también KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 286.

dición de la sanción. Únicamente ésta "debe ser" ejecutada" ¹⁸.

Las obligaciones jurídicas y los derechos subjetivos van a ser considerados como correlativos ¹⁹, llegando incluso a predicar la inexistencia independiente de los derechos subjetivos, que son para éste autor reflejos de la obligación ²⁰. Además, las

¹⁸ KELSEN, Teoría General del Derecho y del Estado, obra cit., pp. 70 y 71. Vid. también KELSEN, ¿Qué es Justicia?, obra cit., pp. 127 y 128. Como puede observarse se trata de una versión, más moderna, de la doble obligación en lo referente a las leyes penales que señalaba SUAREZ. Vid. Las Leyes, obra cit., lib. I, cap. XIV, p. 69. Este carácter de la norma jurídica también es destacado por SANTAMARIA PASTOR: "La entrada en vigor de una norma genera de modo inmediato un doble tipo de deber jurídico: primero, el deber de todas las personas (físicas o jurídicas; públicas o privadas) que sean sus destinatarios de observar el mandato que la norma contiene... Y segundo, el deber de las autoridades públicas (jueces o Administración, según los casos) de realizar las actividades necesarias para asegurar el cumplimiento de la norma, poniendo en marcha los mecanismos de sanción que en cada caso establece el sistema normativo frente a las conductas que infrinjan aquella". Fundamentos de Derecho Administrativo, I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988, p. 380.

¹⁹"Cuando el derecho tiene carácter subjetivo, es necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, a la conducta a que otro está jurídicamente obligado. El derecho subjetivo de una persona puede suponer el deber jurídico de otra... El acreedor tiene el derecho subjetivo de reclamar del deudor el pago de cierta suma de dinero, y si el segundo está jurídicamente obligado, deberá pagar dicha suma". KELSEN, Teoría General del Derecho y del Estado, obra cit., p. 87. La relación de correlatividad ya es dibujada por PUFENDORF en Le Droit de la Nature et Des Gens, obra cit., T. I, lib. I, cap. II, p. 97.

²⁰"Decir que un individuo está obligado a determinada conducta, significa que, en el caso de un comportamiento contrario, debe producirse una sanción; su obligación es la norma que requiere esa conducta, en tanto enlaza, a la conducta contraria, una sanción. Cuando un individuo está obligado a cumplir determinada prestación a favor de otro, el contenido (objeto) de la obligación, es la prestación que el otro ha de recibir; sólo se puede prestar (dar) a otro, lo que el otro reciba. Y si un individuo está obligado frente a otro, a consentir determinada conducta de éste último, esa actitud pasiva es justamente el contenido de su obligación. Es decir, la conducta correspondiente a la conducta obligatoria, se encuentra también determinada ya en la conducta que configura el contenido de la obligación. Si se designa la relación de un individuo, que se encuentra obligado con respecto de otra a determinada conducta, como "derecho", entonces ese derecho no es sino un reflejo de esa obligación". KELSEN, Teoría Pura del Derecho, obra cit., p.

La obligación jurídica

obligaciones jurídicas van a existir aún cuando no se pueda hablar de un derecho reflejo; es el caso de obligaciones que se tienen por ejemplo frente a los animales, las plantas, objetos inanimados, etc... ²¹. Para Kelsen, sin "deber no puede haber Derecho; en cambio, la facultad o derecho subjetivo no es indispensable para conceptualizar al Derecho objetivo" ²²; y en la misma línea, "sin deber jurídico, no hay norma jurídica posible. En cambio, no toda norma jurídica confiere o tiene necesariamente que conferir un derecho subjetivo" ²³.

LA INSUFICIENCIA DEL ANALISIS KELSENIANO

Para nuestra concepción de las obligaciones jurídicas dos son principalmente los puntos en los que la teoría kelseniana nos es útil. El primero de ellos es la derivación de la obligación jurídica del Ordenamiento jurídico. **Para poder hablar de obligación, dentro del ámbito del Derecho, se va a tener que hacer**

140. Según HART, "abogar por éste punto de vista es en realidad exhibir una determinación dogmática de suprimir un aspecto del sistema jurídico". Separación entre Derecho y Moral, en Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis, obra cit., p. 22.

²¹Vid. KELSEN, Teoría Pura del Derecho, obra cit., p. 141. En este sentido también KELSEN, Teoria Generale delle norme, obra cit., p. 212.

²²VALLADO BERRON, Fausto E., Teoría General del Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1972, p. 126.

²³KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 272. Este carácter principal del deber y la obligación en el Derecho no es compartido por todos los autores. Así posturas contrarias pueden encontrarse en autores como Antonio PALERMO, Voz Obbligo giuridico, obra cit., p. 701.

Deberes y obligaciones en la Constitución

alusión a alguna norma jurídica o a algún operador jurídico que tenga asignada por parte del Ordenamiento la función de crearlas. El segundo punto es el relativo a la correlación entre obligación y derecho.

Pero el análisis kelseniano debe ser completado desde dos direcciones. Una en aras de una más perfecta distinción de las obligaciones jurídicas respecto de los deberes y obligaciones morales, señalando distintas concepciones ²⁴. La otra tendente a distinguir dentro del ámbito jurídico diferentes situaciones jurídicas pasivas que pueden o no identificarse con la obligación. Como escribe Castán, parece que el derecho subjetivo y la obligación son conceptos vulgarísimos, pero "si se quiere profundizar un poco en ellos, se ve pronto que envuelven conceptos de no poca dificultad y que, en su mutua correspondencia y en su relación con otros conceptos secundarios o afines, se presentan muy confusos y embrollados en la doctrina moderna" ²⁵.

²⁴No comparto la afirmación de Genaro R. CARRIO cuando escribe: "Así, un concepto de deber jurídico armado con vistas a perfilar con toda nitidez la distinción entre derecho y moral, puede erigirse en obstáculo para hacer o reconocer otras distinciones". Sobre el concepto de deber jurídico, obra cit., p. 49.

²⁵J. CASTAN TOBEÑAS, Situaciones jurídicas subjetivas, obra cit., p. 12. Vid en este sentido R. DWORKIN, Los derechos en serio, obra cit., p. 61.

A. OTRAS CONCEPCIONES DE LAS OBLIGACIONES JURIDICAS

A.1. La necesidad y el fin

Sobre la obligación jurídica se han realizado distintas construcciones. Dos de ellas nos pueden servir de introducción a este punto, cuyo fin es el presentar distintas concepciones de la misma, a la vez que nos aporta más razones para la distinción entre deber y obligación.

Estas dos posturas, sobre el "deber" jurídico pueden resumirse de la siguiente manera:

- a) 'Deber' en sentido de fin.
- b) 'Deber' como necesidad ²⁶.

La primera concepción tiene un claro defensor en la figura de Brunetti. Según este autor, si salimos del campo del Derecho podemos encontrar reglas de comportamiento que no tienen un carácter imperativo, que no expresan una necesidad absoluta sino más bien una necesidad final. Estas reglas imponen unos deberes que no pueden ser considerados como absolutos, sino que están subordinados a un fin ²⁷, por lo que son reglas facultativas y nunca obligatorias. En este sentido escribe que la regla, "deja

²⁶ Ambas pueden resultar de distintas interpretaciones de los conceptos de deber y de obligación kantianos, bien como fin bien como necesidad. Vid. KANT, Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 486 e Introducción a la Teoría del Derecho, obra cit., pp. 60, 66 y 67.

²⁷ Giovanni BRUNETTI, Norme e regole finali nel diritto, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1913, pp. 61 y 62.

Deberes y obligaciones en la Constitución

plena libertad de querer o no querer conseguir un determinado fin, y por consiguiente plena libertad de querer o no querer cumplir la acción, que es el medio para alcanzar el fin" ²⁸.

Estos deberes finales pueden coincidir con deberes absolutos ²⁹, pero se distinguen de aquellas situaciones creadas por imperativos condicionales.

En este sentido cabría distinguir tres situaciones, cuya exposición sería la siguiente. El deber absoluto sería el expresado por un imperativo categórico, el deber final por un imperativo hipotético, mientras el imperativo condicional se presentaría en la fórmula: "Si se verifica A, procede en el modo B", o bien, "si se verifica A, debe procederse en el modo B" ³⁰.

Según Brunetti, este modelo es trasladable al Derecho, realizando de esta forma un esquema en el que se encontrarían reflejados estos casos de reglas jurídicas finales y de 'deberes' jurídicos finales:

"Principio generador: 'El no actuar en el modo A produce la consecuencia jurídica B'.

²⁸BRUNETTI, Norme e regole finali nel diritto, obra cit., p. 73.

²⁹Así escribe: "'se A vuole che B debba agire nel modo B', deve agire nel modo A'. I dovere di A è il mezzo, col quale A puo far sorgere in B il dovere (assoluto) di agire nel modo B'". G. BRUNETTI, Norme e regole finali nel diritto, obra cit., p. 82.

³⁰G. BRUNETTI, Norme e regole finali nel diritto, obra cit., p. 79.

La obligación jurídica

Reglas
finales

'Si se quiere que sea producida la consecuencia jurídica B, debe no actuarse en el modo A'.

'Si se quiere que no sea producida (si se quiere evitar), la consecuencia jurídica B, debe actuarse en el modo A'.

'Quien quiera que sea producida la consecuencia jurídica B, debe no actuar en el modo A'.

'Quien no quiera que sea producida (quien quiera evitar) la consecuencia jurídica B debe actuar en el modo A'" ³¹.

En este sentido se señala que el deber puede ser denominado 'deber' jurídico final, porque no es un 'deber' jurídico propiamente hablando: "No es jurídico, en estos casos, el deber, como sería en cambio, si la acción fuese mandada por el Derecho, pero es jurídico el fin, por razón del cual se debe cumplir la acción: en este sentido el deber relativo puede llamarse jurídico-final" ³².

La segunda concepción, el deber como necesidad, se refiere a este como aquella situación de subordinación en la que se encuentra el sujeto, sometido a un comportamiento impuesto por el Ordenamiento jurídico ³³. En este sentido el deber jurídico tiene

³¹G. BRUNETTI, Norme e regole finali nel diritto, obra cit., p. 86.

³²G. BRUNETTI, Norme e regole finali nel diritto, obra cit., pp. 87 y 88. Así, al lado de los deberes jurídicos propios existen los deberes jurídicos finales. Ambos pueden coincidir en la misma regla: "se A vuole che B debba (dovere giuridico) comportarsi nel modo B', deve (dovere giuridico-finale) agire nel modo A'". Norme e regole finali nel diritto, obra cit., p. 91.

³³P. VIRGA, Libertá Giuridica e diritti fondamentali, Giuffrè, Milano 1947, p. 107. Este sentido de necesidad no debe ser entendido como necesidad moral a la manera en que lo hace R. NICOLO, en Istituzioni di diritto privato, T. I, Milano 1962, p. 4. SUAREZ, contempla la obligación como necesidad de obrar o de no obrar. Vid. Las leyes, obra cit., lib. I, cap. XIV, p. 68. En este sentido hay quienes hablan de necesidad racional, vid. J.

Deberes y obligaciones en la Constitución

caracter absoluto, no admite conducta contraria ³⁴. Los imperativos que producen esta consideración son de tipo categórico: 'Debes hacer X'. No hay otra opción a realizar que tenga cabida dentro de ese imperativo.

Estas dos concepciones pueden ser contempladas en este trabajo advirtiéndole que ambas tienen como centro al deber, término que como ya hemos visto tiene un carácter moral confundiendo con el fin. Así, habría que sustituir, conforme a nuestra posición, el término deber por el de obligación, con lo que se reducirían a considerar la obligación jurídica como medio para la consecución de un fin o como necesidad de actuar de determinada manera.

Una vez realizada esta primera aclaración, podríamos reconducir estas concepciones a la misma idea de obligación jurídica. Lo único que variaría sería el punto de referencia con el que viésemos a ésta: bien el individuo o bien el Ordenamiento.

La concepción de la obligación jurídica como medio para la consecución de un fin permite también, a su vez, distinguir la situación respecto al individuo y respecto al Ordenamiento. Teniendo en cuenta el individuo, que es la visión que comúnmente se emplea, se aparta del estudio estrictamente jurídico adentrán-

FINNIS, Natural Law and Natural Rights, Clarendon Law Series, Oxford 1980, p. 297.

³⁴Sobre estas dos posiciones vid. N. IRTI, Norme e fatti, obra cit.

La obligación jurídica

dose en el terreno psicológico ³⁵. El sujeto se encuentra con una obligación que puede o no cumplir de acuerdo a los fines que él se propone. Teniendo en cuenta el Ordenamiento, éste impone una serie de obligaciones para la consecución de unos fines. Aquí el aspecto jurídico si tiene cabida, pero conectado con el Moral. No es más que una expresión de la relación necesaria entre ambos niveles, una expresión de la existencia de contenidos materiales en el Ordenamiento que son expresión del Poder en sentido amplio.

Por su parte, la concepción de la obligación jurídica como necesidad, también puede ser desglosada en los puntos de vista del sujeto o del Ordenamiento. Empecemos por este último ya que es como normalmente se expresa esta concepción. En este sentido, se dice que cuando el Ordenamiento impone una obligación, lo que hace es señalar una conducta como necesaria ³⁶, y una conducta que por otra parte va a ser futura. El Ordenamiento solo contempla como posible esa acción, cualquier otra contraria será objeto de sanción. Así, esta concepción puede hablar de obligación jurídica absoluta como obligación sólo susceptible de obser-

³⁵Esto es lo que lleva a IRTI a afirmar: "regola finale e regola imperativa non sono specie del genere 'regola giuridica': esse operato su piani diversi della realtà. La regola imperativa (condizionata) è regola giuridica, poichè enuncia un rapporto necessario tra l'agire in modo A e l'effetto giuridico B. La regola finale compendia un calcolo di opportunità ed una valutazione di mezzi adeguati allo scopo prescelto. I suo campo è nell'inesplorabile e sesegreta psiche individuale". Norme e fatti, obra cit., p. 122.

³⁶Vid. en este sentido CASSARINO, Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa, Milano 1956, p. 150.

Deberes y obligaciones en la Constitución

vancia o de violación ³⁷ y en ella no tienen cabida los hechos del individuo en el sentido de admitir o no la obligación, o de actuar o no de esta determinada manera ³⁸. Pero desde el punto de vista individual esto cambia: el individuo puede someterse o no a esa necesidad de actuación en cierto sentido, que el Ordenamiento le impone. Así, la obligación no es absoluta sino prima facie. Si bien la opinión individual de la persona no es la que provoca la existencia de obligaciones jurídicas ³⁹.

Ambas consideraciones pueden ser tenidas en cuenta para la explicación de lo que la obligación jurídica es. Desde el punto de vista externo, la obligación jurídica podría ser definida como el medio para la consecución de un fin, y desde el punto de vista interno como la necesidad de actuación impuesta por el Ordenamiento. Lo que ocurre es que en el estudio jurídico estricto, la primera consideración no tiene por qué tener relevancia ⁴⁰. Solo adquiere importancia como expresión de las motivaciones del

³⁷Vid. N. IRTI, Norme e fatti, obra cit., p. 123.

³⁸Vid. N. IRTI, Norme e fatti, obra cit., p. 70.

³⁹Desde el punto de vista jurídico, no puede hablarse de obligaciones jurídicas voluntarias. Como hace MACCORMICK cuando distingue entre 'obediential obligations' y 'voluntary obligations': "The point of the distinction is clear enough; I can choose whether or not to buy your house, and only if I choose to do so will I incur an obligation to pay you the price. If on the other hand I willfully burn your house down, I am in breach of a duty which applies to me whether I like it or not; and the existence of my consequential obligation to compensate you is equally independent of my choice". Legal Right and Social Democracy, Clarendon Press, Oxford 1982, p. 190.

⁴⁰Vid. en este sentido G. FALZONE, Il dovere di buona amministrazione, Giuffrè, Milano 1953, p. 73. Quizás un tratamiento de este tipo suponga además una trasposición de la distinción kantiana. Vid. en este sentido Giacomo GAVAZZI, L'onere tra la libertà e l'obbligo, obra cit., pp. 22 y 23.

La obligación jurídica

hombre y del Estado en relación con las obligaciones jurídicas.

La consideración finalista lleva a denominar de forma distinta a las obligaciones y a los deberes, incluyendo a las primeras en el mundo de los fines (la Moral) y a los segundos en el mundo de los imperativos (el Derecho). Gavazzi, al estudiar las tesis de Brunetti, obtiene como síntesis, puntos que pueden reconducirse a esta afirmación: 1) "Existen en el Derecho al lado de las normas o imperativos, reglas que operan sobre la conducta del hombre de forma no imperativa". 2) "Tales son las reglas técnicas o finales", cuya estructura es: "si quieres B, debes A". 3) El fundamento de las reglas finales es en primer lugar el principio de causalidad final que deriva del principio de causalidad eficiente. 4) "La conducta prescrita por los imperativos se llama obligación; la conducta prescrita por las reglas técnicas se llama deber final". 5) "Los imperativos o se observan o se violan; las reglas técnicas se observan o no se observan: si no se observan no se dice correctamente que han sido violadas; el deber final no es susceptible de violación: el comportamiento en relación a una obligación o es lícito o ilícito; el comportamiento en relación a un deber final es siempre lícito, tanto si es conforme cuanto si es disconforme al deber final". 6) "La violación de un imperativo comporta por principio una sanción, el acto no conforme a una regla técnica comporta simplemente la no consecución de los fines propuestos" ⁴¹.

⁴¹G. GAVAZZI, L'onere tra la libertà e l'obbligo, obra cit., p. 37.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Como puede observarse, los puntos 4, 5 y 6, no hacen sino confirmar nuestra tesis. Pero no debemos dejar de señalar que algún autor ha considerado este tipo de regla técnica como extraña también a la Moral ⁴². Por otro lado, en el Derecho también hay reglas finales, pero no en el sentido de obligaciones de espontaneo cumplimiento.

En cuanto a la consideración de las obligaciones jurídicas como necesidad, tendría que abandonar la formulación del imperativo categórico para pasarse a la formulación del principio de imputación kelseniano, sólo así se configuraría como perteneciente al campo del Derecho ⁴³. Una formulación clásica de la obligación jurídica como necesidad es la romana, que denominaba en ocasiones a la obligación como "necessitas agendi" ⁴⁴.

A.2. Distintas concepciones según el aspecto que se toma como referencia

Una vez realizado este breve análisis veamos distintas concepciones de las obligaciones jurídicas según el ángulo de referencia que se tome en cuenta.

⁴²Vid. G. DEL VECCHIO, El 'Homo Juridicus' y la insuficiencia del Derecho como regla de la vida, obra cit., p. 126.

⁴³La concepción de las obligaciones en términos de necesidad presenta el problema de pertenecer al discurso cognoscitivo más que al normativo. Vid. en este sentido U. SCARPELLI, Contributo alla semantica del linguaggio normativo, obra cit., pp. 210 y ss.

⁴⁴Vid. G. GUARINO, Potere giuridico e diritto soggettivo, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli 1949, p.28.

La obligación jurídica

Desde el ángulo del sujeto al que se dirige la obligación pueden darse al menos dos tipos de definiciones:

a) Relacionadas con la sanción. Aquí pueden citarse afirmaciones como la de Recasens: "...que alguien tiene un deber jurídico de comportarse de una determinada manera quiere decir que se halla situado en relación con la norma de tal modo que, si no se conduce según lo determinado por la norma, podrá o deberá ser objeto de un acto de coacción impositiva de carácter inexorable" ⁴⁵. Incluso se afirma que "el carácter jurídico de la obligación viene determinado por la sanción coactiva que hay tras ella" ⁴⁶. Así, la distinción entre obligaciones morales y jurídicas radica, para muchos, en la sanción, que permitiría apostar por su cumplimiento ⁴⁷, tanto si nos referimos a una sanción negativa (pena) o positiva (premio).

Respecto a la sanción, creo que puede ser considerada como una característica principal de la obligación jurídica, pero con

⁴⁵Luis RECASENS SICHES, Filosofía del Derecho, obra cit., p. 130. Vid. también Luis LEGAZ LACAMBRA, Voz Deber, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo VI, p. 251. Ya BENTHAM escribió: "Tengo el deber de hacer algo cuando su omisión signifique que incurro en una sanción". Fragmento sobre el Gobierno, obra cit., p. 127.

⁴⁶Hans NAWIASKY, Teoría General del Derecho, trad. de J. Zafra Valverde, RIALP S.A., Pamplona 1962, p. 222.

⁴⁷De esta forma, según F. MERCADANTE: "Dato pertanto un obbligo la sua giuridicità consiste in una tale certezza materiale dell'adempimento, quale può garantirla la presenza di un fattore esterno irresistibile di coercizione, operante come condizione 'oggettiva' sulla volontà dell'obbligato". Voz Dovero Giuridico, Nozione Filosofica, en Enciclopedia del Diritto, Milano 1964, p. 59.

Deberes y obligaciones en la Constitución

ciertas matizaciones ⁴⁸, que serán expuestas más adelante.

b) Relacionadas con la restricción de la libertad de una persona. Del tipo de: "Lo que se llama deber jurídico es, pues, la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otra u otras, de exigir de la primera que haga o no tal o cual cosa" ⁴⁹.

Cercana a ésta consideración está el tratamiento de Cesarini Sforza sobre la obligación, que me parece importante y claro. Como ya vimos distinguía deber y obligación. Para él, "la obligación jurídica no consiste en una situación subjetiva, en un contenido de la conciencia; consiste, en cambio, en una situación en la que una persona puede encontrarse, situación describible y definible como un dato de la realidad, que puede reflejarse, pero puede también no reflejarse, en la conciencia de ésta persona" ⁵⁰. La obligación jurídica no puede ser concebida, según este autor, como un status en el que se encuentra una persona, como algo que proviene de la voluntad y del pensamiento de la persona que llamamos obligada, sino de algo que está fuera de

⁴⁸ Por ejemplo Giacomo GAVAZZI: "Si potrà dire che una persona determinata ha un obbligo se risulti probabile che la classe delle persone cui quella persona determinata appartiene, abbia a subire delle sanzioni quando si comporti in un certo modo". In difesa (parziale) di una concezione predittiva dell'obbligo giuridico, en Rivista di Filosofia, Studi sull'obbligo giuridico, vol. LVII, Taylor Editore, Torino 1966, p. 172.

⁴⁹ Eduardo GARCIA MAYNEZ, Filosofía del Derecho, Porrúa, México 1974, p. 398.

⁵⁰ Widar CESARINI SFORZA, Sul concetto di obbligo, en Rivista di Filosofia del Diritto, Anno XL, Serie III, Roma 1963, p. 432.

La obligación jurídica

ésta ⁵¹. La voluntad humana tiene un carácter espiritual, libre, y no puede ser obligada ni autoobligarse. Es libre "también cuando el individuo no sabe que su voluntad es libre, y que la renuncia a ciertas manifestaciones de su querer en favor del querer de otro, es precisamente demostración de la libertad de su querer" ⁵².

Desde el punto de vista del acto en sí en relación con el Ordenamiento puede ser definida la obligación jurídica como "el acto contrario al acto ilícito" ⁵³.

Las obligaciones jurídicas también han sido definidas como hechos jurídicos y como hechos institucionales ⁵⁴.

Tomando como centro aquellos que pueden exigir la conducta obligatoria, pueden realizarse definiciones de dos tipos:

a) Aquellas que se basan fundamentalmente en la relación derecho-obligación, es decir, en la correlatividad. Para este tipo de concepciones no pueden existir obligaciones sin derechos correla-

⁵¹"Quando io dico: 'debo pagare' la cambiale que ho firmata, può darsi benissimo che mi proponga invece di non pagare, che non abbia voglia o non abbia la possibilità di onorare la mia firma; ma questi stati d'animo e pensieri personali non modificano menomamente quella realtà oggettiva che riconosco e definisco quando penso e dico 'debo pagare'; e, viceversa, la mia volontà di pagare nulla aggiunge alla stessa realtà oggettiva, polarizzata - per così dire- nella volontà del mio creditore che mi dice: 'voglio essere pagato, tu devi pagarmi'". Widar CESARINI SFORZA, Sul concetto di obbligo, obra cit., pp. 437 y 438.

⁵²Widar CESARINI SFORZA, Sul concetto di obbligo, obra cit., p. 439.

⁵³Roberto J. VERNENGO, Curso de Teoría General del Derecho, obra cit., p. 206.

⁵⁴En el primer sentido vid. por ejemplo F. SCHREIR, Conceptos y formas fundamentales del Derecho, trad. de E. Garcia Maynez, Editora Nacional, México 1975. En el segundo vid. J. SEARLE, Como derivar 'debe' de 'es', obra cit.

tivos. Creo que el análisis de la concepción de Hohfeld y las precisiones de otros autores que veremos más adelante nos permitirá matizar esta consideración. Como escribe Engisch, "no existen derechos sin obligaciones; pero, en cambio, es dudoso que a cada obligación corresponda un derecho a exigir la realización de la misma, y esto incluso en el caso de que se trate no ya de derechos del individuo, sino de derechos de la comunidad, y especialmente del Estado" ⁵⁵.

Así, incluso autores que señalan como característica principal de la relación jurídica la síntesis de dos posiciones esencialmente correlativas, en el sentido que la posición activa (derecho) no se concibe sin la existencia de una posición pasiva correlativa (obligación) ⁵⁶, reconocen algunos casos en los que es posible hablar de obligaciones sin derechos y señalan también el dudoso caso de los derechos potestativos ⁵⁷. Más adelante trataremos este punto más extensamente.

b) Aquellas que se refieren a los encargados de aplicar consecuencias desfavorables al incumplidor de la obligación. Por ejemplo, Legaz escribe: "Deber jurídico es... aquella situación en que está el sujeto de derecho, en la cual y por virtud de la

⁵⁵Karl ENGISCH, Introducción al pensamiento jurídico, obra cit., pp. 32 y 33.

⁵⁶Rosario NICOLO, L'adempimento dell'obbligo altrui, Giuffrè, Milano 1936, p. 80.

⁵⁷Así Vittorio FROSINI escribe: "la indagini compiuta sul terreno solido dell'esperienza giuridica hanno dimostrato l'esistenza di numerosi esempi di doveri cui non corrispondono dei diritti". Voz Dovere, en Novissimo Digesto italiano, vol. VI, obra cit., p. 302.

cual la aplicación de consecuencias desfavorables para una cierta conducta propia está a disposición de un órgano del Estado o de otra persona con la cual se está en una relación jurídica" ⁵⁸.

Se ha intentado reducir el concepto de obligación al de Derecho, o más bien al de pretensión, dando la vuelta pues al planteamiento de Kelsen. Así, se ha pretendido ver en la norma que obliga la expresión derivada del mandato. Es decir, el "tu debes hacer X" se identificaría con el "yo mando que tu hagas X" ⁵⁹, concluyendo con la afirmación de que "la obligación jurídica como tal no existe" sino que viene reducida a la pretensión o a la exigencia que la reconoce ⁶⁰.

Dejando a un lado ciertas aclaraciones que se podrían hacer a esta concepción y que veremos más adelante, podemos afirmar, saliéndonos del plano estrictamente jurídico, que deja fuera del sistema sentimientos como el de solidaridad o sensaciones como la vida en comunidad. Por otro lado, esta expresión podría ser reconducida y encuadrarse dentro de nuestra tesis afirmando que el Derecho es expresión de la voluntad del Poder en sentido amplio. A esto llegaríamos despersonalizando la frase "Yo mando que tu hagas X".

Pero las definiciones más comunes de la obligación jurídica

⁵⁸Luis LEGAZ Y LACAMBRA, *Voz Deber*, obra cit., p. 251. Vid. también su Filosofía del Derecho, obra cit., p. 437.

⁵⁹Vid. Bruno LEONI, *Obbligo e pretessa nella dogmatica...*, obra cit., p. 561.

⁶⁰Bruno LEONI, *Obbligo e pretessa nella dogmatica...*, obra cit., p. 562.

Deberes y obligaciones en la Constitución

no se basan en un criterio común, sino que hacen referencia bien a la norma o bien a la sanción ⁶¹, por lo que ninguna de las dos son completas, ya que se centran exclusivamente en una de las características propias de ésta: la norma hace referencia a la pertenencia al Ordenamiento mientras que la sanción a las posibles consecuencias en caso de incumplimiento.

B. LAS OBLIGACIONES JURIDICAS Y OTRAS SITUACIONES

Dentro de la segunda dirección que pretendía completar la concepción kelseniana, me voy a referir a distintos intentos, dentro del ámbito jurídico, de distinguir entre tres figuras: sujeción, obligación y deber.

La señalización de distintas situaciones pasivas no es actual, sino que puede ya encontrarse en el Derecho romano ⁶². Al no existir una clara distinción entre entre Derecho y Moral, ambas figuras van a tener cierto carácter moral, si bien será en una de ellas donde predomine éste más ⁶³.

La obligación ('obligatio') se definía en el Derecho romano como 'vinculum', que significaba propiamente cadena. La obliga-

⁶¹Vid. Giacomo GAVAZZI, In difesa (parziale) di una concezione predittiva dell'obbligo giuridico, obra cit., p. 165.

⁶²Según Alf ROSS, tiene razón HÄGERSTRÖM (Der römische obligation-begriff), cuando dice que para conocer el concepto de obligación jurídica en el Derecho romano hay que olvidarse del concepto moderno de deber. Vid. Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho, obra cit., p. 244.

⁶³Vid. E. BETTI, Voz. Dovere Giuridico, obra cit., p. 53.

ción es en este primer momento una situación de cautividad o de encadenamiento, en que una persona se encuentra respecto de otra. Como escribe Diez Picazo, "en este momento inicial la idea de obligatio es independiente a la idea de debere. Se puede deber y no estar obligatus y al revés se puede estar obligatus y no deber" ⁶⁴. Las diferencias entre ambas figuras eran resumidamente estas:

a) El obligatus no es deudor sino un rehén para asegurar el cumplimiento de lo debido por el deudor. En este sentido Arias Ramos y Arias Bonet afirman: "Históricamente, la obligación es un deber al que se acompañó en un tiempo un vínculo de sujeción personal" ⁶⁵.

b) El deber para ser exigido y realizado tiene que contar con la voluntad de quien debe. En este sentido puede decirse que "el deber es incoercible; lo que actúa coactivamente es el vinculum, el cual ligaba primitivamente a aquel deber la persona, cuerpo mismo del deudor" ⁶⁶.

c) El deber puede nacer de una promesa o de un pacto. La obligación nace de un acto específico, formal y solemne ⁶⁷.

⁶⁴Vid. L. DIEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho civil Patrimonial, vol. I, Tecnos, Madrid 1979, p. 323.

⁶⁵J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, Derecho romano, II, 16 ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1982, p. 532.

⁶⁶J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, Derecho romano, II, obra cit., p. 533.

⁶⁷Vid. L. DIEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho civil Patrimonial, vol. I, obra cit., pp. 324.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Como puede observarse en el Derecho romano se distingue entre deber y obligación, incluso hay quienes afirman que el concepto de obligación implicaba dos nociones: "el débito y la responsabilidad, el deber de cumplir la prestación y la sujeción que se deriva del incumplimiento" ⁶⁸. Así se dice que "la primera noción 'débito', no es propiamente jurídica; si lo es, en cambio, la ligadura con la que una persona se sujeta..., a tal ligadura es a lo que los romanos llaman obligatio" ⁶⁹.

En la obligación el punto de vista de la responsabilidad adquiere una importancia especial: "La obligación es una atadura de la persona, un sometimiento personal al poder del acreedor propio o ajeno. La sujeción de la persona, en su mismo corpus, deriva de un deber -del deber, nacido con libertad, de observar una determinada conducta respecto de otro individuo-, pero es lo primero, y no lo segundo lo que la conciencia social trae a relieve" ⁷⁰. Esta relación entre deber, obligación y responsabilidad se dará en el Derecho germánico, donde el concepto de obligación se resolvía en dos elementos: "parcialmente una relación de deber, o 'schulde', parcialmente una responsabilidad, 'haftung', como garantía de que la prestación debida al acreedor

⁶⁸J. IGLESIAS, Derecho romano, Ariel, Barcelona 1972, p. 370.

⁶⁹J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, Derecho romano, II, obra cit., pp. 533 y 534.

⁷⁰J. IGLESIAS, Derecho romano, obra cit., p. 371.

sea realmente realizada" ⁷¹.

Esta consideración de la obligación fue cambiando por circunstancias sociales y políticas. Así, "poco a poco la obligatio pierde su viejo caracter de vínculo físico, para convertirse en vínculo jurídico ideal" ⁷²; se va abriendo paso el llamado principio espiritualista, que desligaba la constitución de obligaciones de cualquier tipo de formalismos; se pasa de la responsabilidad personal a la patrimonial; etc... ⁷³. En lo que respecta a la distinción entre deber y obligación, esta se va desvirtuando aunque no desaparece completamente.

Pueden derivarse varias conclusiones si nos fijamos en el tratamiento de estas figuras del Derecho romano. La primera es la constatación de que la distinción entre deber y obligación se realiza ya, de determinada manera, en el Derecho romano, origen del Derecho continental actual. Asimismo puede observarse como el término deber era contemplado en ciertas ocasiones como algo extrajurídico. Por último, conviene subrayar como se diferencian dos momentos dentro de las obligaciones: la sujeción y la responsabilidad, incluso dentro de la primera se distingue a esta del deber.

⁷¹Alf ROSS, Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho, obra cit., p. 254. Como señala ROSS esta misma obra (pp. 266 y 267), esta distinción poco a poco perdió su importancia, aunque pueden encontrarse casos en los que se de un deber sin responsabilidad y viceversa.

⁷²J. IGLESIAS, Derecho romano, obra cit., p. 374.

⁷³Vid. Alf ROSS, Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho, obra cit., p. 249.

Deberes y obligaciones en la Constitución

En la distinción de figuras pasivas dentro del ámbito jurídico han destacado dos direcciones principalmente, por un lado la anglosajona que parte de las tesis de Hohfeld. expuestas en su libro Conceptos jurídicos fundamentales (1913) ⁷⁴, si bien como veremos tiene algunos precedentes. Por otro lado la dirección continental que se apoya en la doctrina italiana, pero que no se extingue en ella sino que tiene repercusión en estudios de otros países ⁷⁵.

En primer lugar veremos la concepción de Hohfeld que nos servirá como esquema principal para luego, a través de las matizaciones que se realizan de la misma y las aportaciones continentales, teniendo siempre presente la concepción kelseniana, llegar a una definición de la obligación jurídica.

⁷⁴ Trad. de G. R. Carrió, Centro Editor de America Latina S. A., Buenos Aires 1968.

⁷⁵ Aparte de las obras que veremos en este sentido, pueden citarse dentro del Derecho alemán las siguientes: BIERLING, Juristische Prinzipienlehre, 1894; BINDER, Rechtsnorm und Rechtspflicht, obra cit.; BINDER, System der Rechtsphilosophie, Berlín 1937; KIRCHMANN, Die Grundbegriffe des Rechts und der Moral, 1869; KLEIN, Über Grundpflichten, Der Staat, 14, band, Berlin 1975; KUBES, Die Rechtspflicht, Springer-Verlag, 1981; LÖWENSTEIN, Der Rechtsbegriff als Relationbegriff, 1915; STÖBER, Grundpflichten und Grundgesetz, Berlin 1979; HEERWAGEN, Des Pflichten als Grundlage des Rechts, Berlin 1912; STIER-SOMLO, Grundpflichten der Reichsangehörigen, en Handwörterbuch der Rechtswissenschaft de Stier Somlo y Elster, vol. III, Berlin-Leipzig 1928; NIPPERDEY, Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Berlin 1929; P. BADURA, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, DUB1, 18, 1982; V. GOETZ y H. HOFMANN, Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, en VVDSTRL, 41, Duncker und Humblot, Berlin, 1983; D. MERTEN, Grundpflichten im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, Bay UB1, 1978; R. STÖBER, Grundpflichten und Grundgesetz, ed. Duncker und Humblot, Berlin 1979.

B.1. El esquema de Hohfeld en la distinción entre diversas situaciones jurídicas subjetivas

El trabajo de Hohfeld, toma como referencia fundamental el concepto de derecho subjetivo, con lo que el estudio de la obligación jurídica se deja a expensas de éste ⁷⁶. Aun así la distinción de Hohfeld resulta interesante para llegar a un concepto claro de obligación. Pretende realizar un análisis de las relaciones jurídicas que sirva para comprender las instituciones y los problemas jurídicos, si bien en este empeño introduce algunas delimitaciones drásticas y ciertas reelaboraciones conceptuales más o menos discutibles ⁷⁷. Entiende que no todos los problemas jurídicos pueden solucionarse reduciendo las relaciones jurídicas a derechos subjetivos y deberes, por lo que propone el esquema correlativos-opuestos ⁷⁸.

⁷⁶Esta valoración del derecho subjetivo sobre la obligación, y con ello no me estoy refiriendo a Hohfeld ya que él tenía como fin fundamental investigar sobre el derecho subjetivo, es común en los estudios jurídicos. Como escribe F. ROMANO: "il discorso sull'obbligo, nella storia del pensiero giuridico moderno, via stato ulteriormente e considerevolmente condizionato propio dello sviluppo dell'indagine e dall'ingigantirsi del concetto di diritto soggetivo". Voz Obbligo giuridico, Nozione Generale, obra cit., p. 502.

⁷⁷En este sentido vid. la nota preliminar de este libro realizada por Genáro R. CARRIO. Vid. también la traducción italiana, Concetti Giuridici Fondamentali, de Mario G. Losano, Giulio Einaudi Editore, Torino 1969, donde además de la introducción de W. Wheeler Cook y el apéndice de M. Moritz, se encuentra una buena bibliografía sobre la obra de Hohfeld.

⁷⁸Esta distinción de posiciones en el derecho subjetivo es, de alguna manera, expuesta ya -salvando las distincias espaciales y temporales- por GROCIO. Vid. El Derecho de la guerra y de la paz, obra cit., tomo I, pp. 47

Deberes y obligaciones en la Constitución

Opuestos jurídicos

Derecho (pretensión)-----	No-derecho
Privilegio-----	Deber
Potestad-----	Incompetencia
Inmunidad-----	Sujección

Correlativos jurídicos

Derecho (pretensión)-----	Deber
Privilegio-----	No-derecho
Potestad-----	Sujección
Inmunidad-----	Incompetencia

Como hace notar Nino, los opuestos jurídicos son "conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra una persona cuando no está en la situación que el concepto en cuestión denota". Mientras que los correlativos jurídicos son "conceptos que hacen referencia a la situación jurídica en que se encuentra aquella otra persona frente a quien uno tiene un derecho" en sentido amplio ⁷⁹.

-Derecho subjetivo y deberes: La palabra derecho suele ser utilizada indiscriminadamente. Si nos preguntásemos que indicio o pista encontramos en el lenguaje jurídico que nos limita su

y ss. Y como señala DIAS, también se encuentran precedentes en Hobbes, Bentham, Austin, Windscheid, Thon, Bierling y Salmond. Vid. Jurisprudence, 4 ed., Butterworths, London 1976, p. 34. Por otro lado este esquema ha sido también trasladado, sobre todos por autores anglosajones, al campo de la moral. Vid. en este sentido Jeremy WALDRON, Theories of Rights, obra cit., p. 7. Y más explícitamente FINNIS, afirma que las relaciones entre potestad, sujeción, inmunidad e incompetencia pertenecen propiamente al ámbito jurídico, mientras que las de derecho, no-derecho, privilegio y deber pertenecían también a otros ámbitos. Vid. Natural Law and Natural Rights, obra cit., pp. 199 y 200.

⁷⁹Vid. Carlos S. NINO, Introducción al análisis del Derecho, obra cit., pp. 207 y 208.

La obligación jurídica

significado, esta pista la encontraríamos en el deber correlativo.

-Privilegio y no-derechos: Para Hohfeld, privilegio es el opuesto a un deber y tiene como correlativo un no-derecho. Es importante distinguirlo del derecho como pretensión y de la libertad jurídica ⁸⁰.

-Potestades y sujeciones: La potestad jurídica es el opuesto de una incompetencia jurídica y el correlativo de una sujeción jurídica. Se habla de potestad jurídica cuando la voluntad puede cambiar la relación jurídica ⁸¹. Es necesario distinguir potestad y derecho como pretensión ⁸². La sujeción es el correlativo de la potestad y el opuesto de una inmunidad.

-Inmunidad-incompetencia: La inmunidad es el correlativo de una incompetencia y el opuesto de una sujeción. Para Hohfeld, "una potestad ofrece el mismo contraste general con una inmunidad que el que un derecho, entendido como pretensión, presenta frente a un privilegio" ⁸³.

En definitiva, puede decirse que, según Hohfeld:

1. Uno tiene una pretensión frente a alguien cuando esa persona está en la situación correlativa de tener un deber frente a

⁸⁰Vid. HOHFELD, Conceptos jurídicos fundamentales, obra cit., pp. 57 y ss.

⁸¹Vid. en este sentido A. THON, quien destaca sus orígenes en el Derecho antiguo, en Norma giuridica e diritto soggettivo, trad. italiana de A. Levi, CEDAM, Pádova 1951, pp. 327 y ss.

⁸²Vid. HOHFELD, Conceptos jurídicos fundamentales, obra cit., p. 72.

⁸³Vid. Conceptos jurídicos fundamentales, obra cit., p. 81.

Deberes y obligaciones en la Constitución

nosotros ⁸⁴. O como expresa el profesor Peces-Barba: "Existe derecho subjetivo frente a alguien cuando su titular tiene el derecho a exigir un deber a otra persona" ⁸⁵. Cuando no tenemos cierta pretensión, se puede calificar nuestra situación como de no-derecho.

2. Uno tiene un privilegio frente a alguien cuando ese individuo está en la situación correlativa de no-derecho a ciertas conductas. O como escribe Peces-Barba, esta situación se referiría a aquellas que se producen si alguien puede realizar algo y "ningún otro tiene derecho a exigir que ese individuo realice ese algo o se abstenga de realizarlo" ⁸⁶. Por otra parte, el opuesto de la situación de privilegio es la de deber ⁸⁷.

3. Uno tiene una potestad jurídica frente a alguien, cuando puede modificar sus relaciones jurídicas. Si alguien tiene una potestad jurídica frente a otro, este está en la situación correlativa de sujeción jurídica frente al primero. Por otra parte, el opuesto

⁸⁴Como ejemplo de pretensión NINO señala la del acreedor frente a quien le debe una suma de dinero. Vid. Introducción al análisis del Derecho, obra cit. O en palabras de D. MILLER: "A's right to a piece of land which he owns, corresponding to the duty of B and others to stay off the land". Social Justice, Clarendon Press, Oxford 1976, pp. 58 y 59.

⁸⁵Gregorio PECES-BARBA, Voz derechos fundamentales, en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, num. 2, 1987, p. 27.

⁸⁶Gregorio PECES-BARBA, Voz derechos fundamentales, obra cit., p. 27.

⁸⁷Como ejemplo de privilegio, NINO propone el de entrar en un inmueble cuando nadie tiene el derecho a impedir la entrada. Así, si alguien no tiene el privilegio de entrar en un inmueble, escribe Nino, es porque tiene el deber de no entrar. Vid. Introducción al análisis del Derecho, obra cit. O en palabras de D. MILLER: "A's right to speak freely in public places is a liberty, since it corresponds to his lack of any duty to refrain from speaking". Social Justice, obra cit., p. 59.

de la potestad, es una situación de incompetencia ⁸⁸.

4. Uno tiene una inmunidad frente a otro, cuando el otro está en la situación correlativa de incompetencia para alterar su status jurídico ⁸⁹. A su vez, la inmunidad implica ausencia de sujeción, que es el concepto opuesto ⁹⁰.

B.2. La evolución del esquema de Hohfeld

El análisis de Hohfeld nos va a permitir delimitar conceptualmente a las obligaciones jurídicas, si bien tiene que ser completado por otros trabajos. Pero quizás pueda señalarse ya de antemano, que no es posible, o parece verdaderamente complicado, encontrar situaciones tan estrictas como las que señala este autor; más bien parece que cada situación se va a caracterizar por el predominio de alguna pero esto no significa la desaparición de todas las demás. Esto parece desprenderse del tratamiento que, partiendo de Hohfeld, realiza Alf Ross.

⁸⁸ Como potestad jurídica señala NINO el caso de un apoderado respecto de su mandante o de cualquier funcionario en el ámbito de su competencia. Por otro lado, incompetencia significaría no poder modificar ciertas relaciones jurídicas. Vid. Introducción al análisis del Derecho, obra cit. O en palabras de D. MILLER: "A's right to make a will is a power, because it enables him to grant new rights to B and others, and to impose duties on his executors". Social Justice, obra cit., p. 59.

⁸⁹ La inmunidad la ejemplifica Nino poniendo por caso el del propietario de una casa frente a otro que quiera venderla o alquilarla. O en palabras de D. MILLER: "in state with a constitution guaranteeing freedom of speech, each citizen has an immunity against the legislature's imposing duties which restrict free speech". Social Justice, obra cit., p. 59.

⁹⁰ Carlos S. NINO, Introducción al análisis del Derecho, obra cit., p. 208.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Ross se muestra contrario a la concepción metafísica del derecho subjetivo ⁹¹. Distingue tres puntos de vista dentro del derecho subjetivo: el contenido, la sanción y la acción procesal. cada uno de ellos inciden sobre un aspecto esencial del Derecho: el contenido sobre el interés, la sanción sobre la voluntad y la acción procesal sobre la competencia ⁹². Así, teniendo ésto presente y tomando como punto de partida el análisis de Hohfeld, se propone mejorar el uso del término derecho subjetivo en un sentido realista. Establece así el siguiente cuadro ⁹³:

Normas de conducta

		Correlativo		
Deber	A----B (C)	-----	Facultad	B----A (C)
	opuesto			opuesto
Libertad	A----B (C)	Correlativo	No facultad	B----A (C)

		Correlativo		
Facultad	A----B (C)	-----	Deber	B----A (C)
	opuesto			opuesto
No facultad	A----B (C)	Correlativo	Libertad	B----A (C)

⁹¹Vid. Alf ROSS, Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho, obra cit., p. 293.

⁹²Alf ROSS, Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica al dualismo en el Derecho, obra cit., pp. 193 y ss.

⁹³Este tratamiento puede verse en el capítulo V del libro de Alf ROSS, Sobre el Derecho y la justicia, obra cit.

La obligación jurídica

Normas de competencia

Sujección	A----B (C)	Correlativo	Competencia	B----A (C)
	opuesto			opuesto
Inmunidad	A----B (C)	Correlativo	Incompetencia	B----A (C)
Competencia	A----B (C)	Correlativo	Sujección	B----A (C)
	opuesto			opuesto
Incompetencia	A----B (C)	Correlativo	Inmunidad	B----A (C)

De esta forma analiza las parejas deber-facultad, libertad-facultad, sujeción-competencia e inmunidad-incompetencia.

-Deber-facultad: Según Ross, hay que "restringir el empleo del término deber, a aquellos casos en que la reacción es vivida como una desaprobación social y la sentencia, por ende, como un estímulo para el cumplimiento del deber" ⁹⁴. El término deber puede, según este autor, ser reemplazado bien por el de prescripción o bien por el de prohibición. Así, decir que un acto está prescrito significa que existe el deber de realizarlo; decir que un acto está prohibido significa que existe el deber de no realizarlo ⁹⁵. Al deber le corresponde la facultad, que Ross parece confundir con la potestad en algunos momentos. Así: "Que B tiene

⁹⁴ Alf ROSS, Sobre el Derecho y la Justicia, obra cit., p. 156.

⁹⁵ Así, escribe:

Deber (C) = prescripción (C)
Deber (no-C) = prohibición (C)

De lo que se sigue que:

Prescripción (C) = prohibición (no-C)
Prohibición (C) = prescripción (no-C)

una facultad respecto de A quiere decir que B puede poner en movimiento la maquinaria jurídica para obtener una sentencia contra A" ⁹⁶.

-Libertad-No facultad: En este sentido escribe:

permisión (C) = no-prohibición (C) = no deber (no-C)

libertad (C) = no-prohibición (C) + no-prescripción (C) =
no deber (no-C) + no deber (C)

Y respecto a la facultad, para Ross no puede relacionarse de forma directa con la libertad. El tener libertad no implica tener facultad alguna frente a los demás ⁹⁷.

-Sujección-Competencia: Para Ross la sujección es un caso especial de potestad: "La competencia es la potestad de disposición y es ejercida por una declaración dispositiva". Por su parte, la sujección es "la situación correlativa de la potestad (competencia)" ⁹⁸. De aquí puede desprenderse, aunque Ross no lo hace, que los términos sujección y deber están íntimamente relacionados. Si anteriormente había identificado facultad y potestad, y por otra parte la sujección es correlativa a la potestad, puede decirse que:

Potestad = Facultad y tiene como correlativa a la sujección.

Potestad = Facultad y tiene como correlativo al deber.

⁹⁶ Alf ROSS, Sobre el Derecho y la Justicia, obra cit., p. 156.

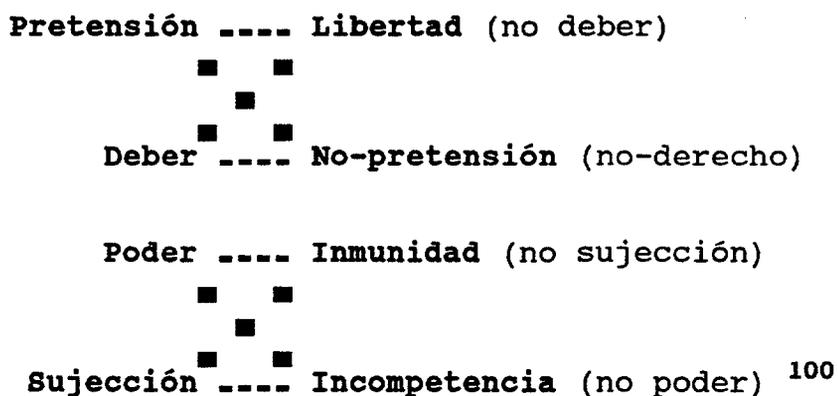
⁹⁷ "Estoy en libertad de sentarme en un banco en Hyde Park. Pero esta libertad no me sirve de nada si el banco está ocupado. No tengo por cierto facultad de que otros me cedan el asiento". Alf ROSS, Sobre el Derecho y la Justicia, obra cit., p. 159.

⁹⁸ Alf ROSS, Sobre el Derecho y la Justicia, obra cit., pp. 160 y 161.

La obligación jurídica

-Inmunidad-Incompetencia: El tratamiento de estas figuras no varía de forma sensible respecto a Hohfeld, y además no es significativo para el propósito de este punto.

Sobre el esquema de Hohfeld, G. L. Williams realiza unas nuevas consideraciones ⁹⁹. Establece así una nueva relación que denomina como de contradicción. Su esquema es el siguiente:



La nueva relación de contradicción representada por las flechas horizontales se leería (tomando como ejemplo el de la

⁹⁹Vid. SALMOND, On Jurisprudence, 12ª ed., 1966, pp. 215 y ss.

¹⁰⁰"In this diagram the vertical arrows connect jural correlatives, and may be read either way as "..... is the presence of in another". Thus right is the presence of duty in another and liability is the presence of power in another.

The diagonal arrows connect jural contradictories and may be read either way as "..... is the absence of in oneself". Thus no-right is the absence of right in oneself, and disability is the absence of power in oneself.

The horizontal arrows connect the contradictories of correlatives and may be read either way as "..... is the absence of in another". Thus liberty (not) is the absence of right in another, and immunity is the absence of power in another.

With the aid of the arrows any of the eight expressions can be mechanically defined in terms of three of the others. The broad distinction between the first set of terms and the second set is that the first relates to static legal relationships while the second relates to the changing of relationships". SALMOND, On jurisprudence, obra cit., pp. 232 y 233.

Deberes y obligaciones en la Constitución

pretensión o derecho en sentido estricto): "Si Y tiene una pretensión, hay un deber en X. Un deber en X, implica la ausencia de libertad en X. Por lo tanto, una pretensión en Y implica la ausencia de libertad en X" ¹⁰¹.

Así, como conclusión de estos estudios, puede decirse que:

Tener un derecho significaría:

-Presencia en uno mismo de:

Derecho en sentido estricto (pretensión)
Libertad
Potestad
Inmunidad

-Ausencia en otro de:

Derecho en sentido estricto (pretensión)
Libertad
Potestad
Inmunidad

-Presencia en otro de:

Deber
No-derecho
Sujección
Incompetencia

-Ausencia en uno mismo de:

Deber
No-derecho
Sujección
Incompetencia

Tener un deber significaría:

-Presencia en uno mismo de:

Deber
No-derecho
Sujección
Incompetencia

¹⁰¹DIAS, Jurisprudence, obra cit., p. 42.

La obligación jurídica

-Ausencia en otro de:

Deber
No-derecho
Sujección
Incompetencia

-Presencia en otro de:

Derecho en sentido estricto (pretensión)
Libertad
Potestad
Inmunidad

-Ausencia en uno mismo de:

Derecho en sentido estricto (pretensión)
Libertad
Potestad
Inmunidad

Y de forma similar respecto a las otras figuras.

B.3. El estudio en el Derecho europeo continental de las situaciones jurídicas subjetivas: especial referencia a las obligaciones.

Teniendo en cuenta esta distinción y en ocasiones desconociéndola totalmente, se han producido diversas consideraciones sobre las obligaciones jurídicas ¹⁰², dentro de la cultura jurídica europea continental; sobre todo dentro de los estudios italianos.

Así por citar algún ejemplo, Antonio Palermo distingue

¹⁰²No todas favorables a la distinción entre varias figuras jurídicas subjetivas. Vid. en este sentido, Mario GIULIANO, Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico, Nicole Zanichelli Editrice, Bologna 1952.

Deberes y obligaciones en la Constitución

dentro del Derecho tres elementos: posición activa (pretensión, derecho subjetivo); posición pasiva (deber, obligación), que se concreta "en una situación de vínculo, de sujeción frente al sujeto activo e implica responsabilidad para el caso en el que el comportamiento obligado o debido no sea observado" ¹⁰³; y una función intrínseca de la relación (causa). Para éste autor el concepto de deber, es más amplio que el de obligación, incluso se confunde con el deber moral sólo distinguiéndose de éste por la sanción que le acompaña en caso de incumplimiento ¹⁰⁴. Esta consideración en el ámbito jurídico del deber como término amplio en el que se incluye la obligación, tendrá una amplia representación en el Derecho español. También Scarpelli, en un primer momento (porque como vimos, para éste no se debía hablar de deberes en el Derecho), se adhiere a ella, concibiendo el 'deber' jurídico como el modo deóntico fundamental donde tienen cabida tanto el deber de comisión (obligación), como el deber de omisión (prohibido). Así, mantendrá una visión del Derecho en la que el deber prima sobre todos los demás modelos deónticos ¹⁰⁵.

¹⁰³Antonio PALERMO, *Voz Obbligo giuridico*, obra cit., p. 702.

¹⁰⁴Antonio PALERMO, *Voz Obbligo giuridico*, obra cit., p. 704.

¹⁰⁵Vid. U. SCARPELLI, *Il permesso, il dovere e la completezza degli ordinamenti normativi*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno XVII, Giuffrè, Milano 1963, pp. 1646 y 1647. En este sentido, también incluirá como término fundamental al deber dentro del concepto de permiso: "Il concetto di permesso va definito sulla base del concetto di dovere: dire che un comportamento è permesso involge un riferimento a norme intitutrice di doveri ed esprime che riguardo al comportamento qualificato col permesso non sussiste dovere". La importancia de la obligación jurídica dentro del Derecho, tiene como precedentes dentro de la cultura jurídica italiana a las obras de ROSMINI y las de MAZZINI, pero no es mantenida por todos los autores. Vid.

La obligación jurídica

Por su parte Guarino distingue entre "fattispecie" dinámica, situaciones jurídicas activas y situaciones jurídicas inactivas. Las primeras se refieren al acto y su contenido es un comportamiento. Las segundas atañen no al acto sino a la posición del sujeto siendo su contenido una relación: la que tiene el sujeto y la "fattispecie" normativa de un comportamiento del mismo sujeto ¹⁰⁶. Es decir, las primeras se refieren al comportamiento y las segundas a la situación de un sujeto respecto a un comportamiento futuro hipotético. Las "fattispecie" dinámicas se dividen en poder, facultad y comportamiento prescrito; las situaciones jurídicas activas pueden ser derechos o deberes ¹⁰⁷. Las situaciones jurídicas inactivas, están caracterizadas por la absoluta inactividad del sujeto implicado. Dentro de estas Guarino señala la pretensión, el interés y la sujeción. Esta última se define como "la situación en la que se encuentra un sujeto respecto de una situación activa de otro o de una parte de su contenido y que representa una desventaja" ¹⁰⁸.

Bruno LEONI, *Obbligo e pretesa nella dogmatica...*, obra cit., p. 543; En España, Francisco LAPORTA, *Sobre el concepto de los derechos humanos*, obra cit. Según Alf ROSS, una característica de las tesis iusnaturalistas es la primacía del derecho subjetivo sobre la obligación. Vid. Hacia una ciencia realista del Derecho. Crítica del dualismo en el Derecho, obra cit., pp. 176 y 177.

¹⁰⁶vid. G. GUARINO, Potere giuridico e diritto soggettivo, obra cit., p. 25.

¹⁰⁷vid. G. GUARINO, Potere giuridico e diritto soggettivo, obra cit., p. 77.

¹⁰⁸G. GUARINO, Potere giuridico e diritto soggettivo, obra cit., p. 39.

B.3.1. Deber y obligación en Santi Romano y en Máximo S. Giannini

Puede afirmarse que el tratamiento del que parten casi todos los estudios jurídicos continentales sobre el derecho subjetivo y la obligación, sobre todo en el ámbito del Derecho público, es el de Santi Romano.

Este autor critica aquellas teorías que desconocen la correlación entre derecho y deber, pero también lo hace con aquellas que desconocen las situaciones en las que no se puede hablar de correlación ¹⁰⁹. Así distingue deberes a los cuales no corresponden derechos y derechos a los cuales no corresponden deberes. Entre los primeros propone determinados ejemplos tanto en la esfera del Derecho privado (por ejemplo las disposiciones testamentarias en favor del alma) como en la del público (por ejemplo los deberes derivados de intereses meramente objetivos o impersonales, o de servicios o prestaciones en favor de colectividades) ¹¹⁰, lo que le lleva a concluir diciendo: "se da a veces un deber sin que haya un beneficiario de él que tenga la cualidad de

¹⁰⁹"Establecido, pues, que el Ordenamiento jurídico no regula sólo relaciones, y menos aún si se entienden en el sentido de relaciones recíprocas entre los correspondientes derechos y obligaciones, viene a faltar todo fundamento a la teoría comunmente admitida -aunque con frecuencia contraria al Derecho positivo-, de que a toda obligación jurídica de un sujeto debe corresponderle el derecho de otro. Esta tesis que en el campo del moderno Derecho privado podrá ser cierta en la mayor parte de los casos, no puede sostenerse en el Derecho público que todavía actualmente, nos muestra una serie de obligaciones de los entes públicos en relación con los cuales no existe ninguna pretensión a favor de los súbditos". Santi ROMANO, El Ordenamiento Jurídico, obra cit., p. 188. Vid. también Santi ROMANO, Fragments de un dictionnaire juridique, obra cit., pp. 93 y 94.

¹¹⁰Vid. Santi ROMANO, Fragments de un dictionnaire juridique, obra cit., pp. 96 y 97.

La obligación jurídica

persona y pueda considerársele, por consiguiente, como sujeto de un derecho correlativo" ¹¹¹.

Dentro de los deberes que pueden no tener derecho correlativo se refiere a los deberes de los órganos supremos, con lo que parece hacer mención a los deberes de gobierno. Plantea la existencia de deberes que están impuestos a unos órganos y a éstos mismos está impuesta la observancia del cumplimiento de ese deber ¹¹². O también aquellos deberes impuestos a órganos supremos que no tienen un control superior ¹¹³. De ésta forma concluirá señalando que "pueden imaginarse muchas otras hipótesis análogas, entre ellas la de que un exceso de poder, o en general, una errónea valoración de mérito, sea cometida por un juez supremo, cuyas decisiones no puedan ser revisadas por un juez superior todavía, que no existe. En todos éstos casos no se podrá admitir ciertamente que el deber desaparezca" ¹¹⁴.

La existencia de derechos a los que no corresponden deberes es, según Santi Romano, más difícil de entender, si bien él va

¹¹¹Santi ROMANO, Fragments de un diccionario jurídico, obra cit., p. 98.

¹¹²"Así, por ejemplo, cuando se establecen deberes, ya sean negativos o positivos, para el ejercicio de la función legislativa, sin que ningún otro órgano, fuera del mismo poder legislativo, tenga la función de tutelar su observancia". Santi ROMANO, Fragments de un diccionario jurídico, obra cit., p. 97.

¹¹³"Así, por ejemplo, cuando se trata de funciones ejercitadas por órganos supremos que se sustraen a toda censura de otros órganos, incluso jurisdiccionales". Santi ROMANO, Fragments de un diccionario jurídico, obra cit., p. 100.

¹¹⁴Vid. Santi ROMANO, Fragments de un diccionario jurídico, obra cit., p. 100.

Deberes y obligaciones en la Constitución

a señalar como ejemplos a los derechos potestativos (aunque no los considera derechos subjetivos) ¹¹⁵, y a los derechos absolutos en general, "a los cuales, en el círculo de las relaciones de que son elementos, no hay deberes correspondientes: los deberes que de distintos modos se vinculan a ellos comoquiera que se los trate de concebir y definir, quedan fuera de la órbita de tales relaciones" ¹¹⁶.

Todo ésto, lleva a este autor a distinguir entre deber y obligación, así como entre poder y derecho ¹¹⁷. Cuando nos encontramos con deberes que no tienen derechos correlativos y que, por tanto, "quedan fuera de la órbita de toda relación jurídica con cosas singulares o personas singulares", nos hallamos en presen-

¹¹⁵Vid. Santi ROMANO, Fragments de un diccionario jurídico, obra cit., p. 104.

¹¹⁶Santi ROMANO, Fragments de un diccionario jurídico, obra cit., p. 109. Vid. también las pp. 137 y ss., donde se refiere a los derechos absolutos y a la imposibilidad de considerar un deber correlativo a ellos. Así, en la p. 142 escribe: "...el deber que cada uno tiene de no perturbar el derecho absoluto ajeno, es un simple deber, no una obligación, lo cual significa que no es correlativo a aquel derecho, y que queda fuera del círculo de la relación jurídica". Para éste autor, son "absolutos aquellos derechos a los cuales no es correlativa ninguna obligación, es decir, ningún deber que sea elemento intrínseco de la relación que ellos implican: son, en cambio, relativos aquellos derechos en orden a los cuales hay una correlación con obligaciones, es decir, con deberes que conjuntamente con los derechos sean términos esenciales y necesarios de las relaciones jurídicas a las cuales son inherentes". Fragments de un diccionario jurídico, obra cit., p. 143. En éste sentido vid. también Santi ROMANO, Principii di Diritto Costituzionale Generale, obra cit., p. 109.

¹¹⁷Vid. Santi ROMANO, Principii di Diritto Costituzionale Generale, obra cit., p. 157. Entre las críticas a esta concepción puede verse en España la realizada por Emilio SUÑE LLINAS, en Sobre el concepto de potestad, en Libro Homenaje al prof. J. L. Villar Palasí, Civitas, Madrid 1989, pp. 1343 y ss.

La obligación jurídica

cia de deberes en sentido estricto ¹¹⁸. Y por el contrario, cuando nos encontramos con deberes que son correlativos a derechos subjetivos, nos hallamos en presencia de obligaciones ¹¹⁹.

En este sentido parece emplear el término deber en aquellas situaciones en las que es difícil plantear una sanción para casos de no cumplimiento, mientras que su uso de obligación abarcaría a las que son acompañadas de algún tipo de sanción.

Santi Romano destaca el empleo más común del término deber en el mundo ético y el de obligación en el jurídico. Esto lo achaca a que, como ya señalamos antes, la palabra deber es empleada cuando no existen derechos correlativos, y respecto a la moral, es conveniente destacar que, dentro de ella, no se conoce "ninguna figura ni aún de lejos correspondiente a la del derecho subjetivo" ¹²⁰. Pero esto no va a producir el rechazo del término deber dentro del mundo jurídico; este autor, como ya vimos, admite la existencia de deberes jurídicos justificándolo además, entre otras razones, por el empleo antes señalado en el

¹¹⁸A esta opinión se suman entre otros Paolo BARILE: "...Sono anzitutto le situazioni delle quali abbiamo già parlato, i diritti soggettivi, cui di regola corrispondono obblighi giuridici (ma vi sono anche norme che creano obblighi cui non corrispondono diritti, nel quale caso si preferisce chiamarli, con Santi Romano, doveri...". Corso di Diritto costituzionale, Cedam, Padova 1964, p. 13. También este mismo autor en Il soggetto privato nella costituzione italiana, Cedam, Padova 1953, p. 146.

¹¹⁹Vid. Santi ROMANO, Fragments de un diccionario jurídico, obra cit., p. 111. Esta distinción se conecta con la que hace de poderes y derechos subjetivos. Vid. su obra cit., Principii di Diritto Costituzionale Generale, pp. 106 y ss., y sus también citados Fragments de un diccionario jurídico.

¹²⁰Santi ROMANO, Fragments de un diccionario jurídico, obra cit., p. 112. Como puede observarse Santi Romano estaría en contra de forma radical con las modernas formulaciones sobre los derechos morales.

ámbito moral ¹²¹. Santi Romano habla, de esta forma, de deberes tanto en el ámbito jurídico como en el moral, caracterizados porque no tienen derechos correlativos. En cambio, existen obligaciones sólo en el campo jurídico, y que se caracterizan por tener derechos correlativos. Los deberes poseen así un concepto amplio ¹²², quizás susceptible de ser sustituido por sujección, con lo que se evitaría la confusión de lenguaje entre el Derecho y la moral.

Otra de las aportaciones dentro de la cultura jurídica europea continental en la tarea de perfilar la comprensión de las situaciones jurídicas subjetivas es la de Máximo Severo Giannini.

Giannini empareja potestad y sujección, derecho y obligación y deber y pretensión. La potestad consiste en la posibilidad, contemplada en la norma, de incidir en la esfera jurídica de otro sujeto ¹²³. Este sujeto se halla en una situación pasiva que puede ser de ventaja, indiferente o de desventaja. Cuando la situación pasiva es de desventaja se denomina, según Giannini, sujección. El derecho consiste en una situación subjetiva favorable y activa que se refiere a un bien determinado. Se diferencia de la potestad en que ésta se remite a un actuar mientras que

¹²¹Vid. Santi ROMANO, Fragments de un dictionario jurídico, obra cit., pp. 111 y 112.

¹²²Vid. Santi ROMANO, Fragments de un dictionario jurídico, obra cit., p. 117.

¹²³"La potestà consiste perciò in un potere, di volere o di agire, che esercitandosi in forza di norme giuridiche, produce situazioni giuridiche dalle quali altri soggetti sono vincolati". Massimo Severo GIANNINI, Lezioni di Diritto amministrativo, vol. I, Giuffrè, Milano 1950, p. 266.

La obligación jurídica

el derecho a un bien. La posición correlativa al derecho es la obligación, que "es la situación jurídica desfavorable, siempre respecto a un bien determinado" ¹²⁴. Por último se refiere este autor a los deberes. El deber se diferencia de la obligación por la misma razón que vimos para diferenciar entre potestad y derecho: "El deber no atiende a un bien determinado, la obligación sí" ¹²⁵. Esta figura tiene un contenido genérico y se trata de un vínculo puesto a la voluntad que surge por normas que imponen comportamientos generales ¹²⁶. Este autor cita como ejemplos la máxima "alterum non laedere", el deber de los funcionarios públicos de procurar el bien de todos y de actuar según las leyes, etc.... Correlativas al deber pueden existir situaciones de desventaja, indiferentes o de ventaja. La situación de ventaja correlativa al deber es llamada pretensión. Al igual que la potestad y la sujeción, los deberes y las pretensiones tienen carácter preliminar.

Los deberes, según Giannini, no se ejercitan: "su cumpli-

¹²⁴Y sigue: "L'obbligo può essere situazione tanto attiva che inattiva; ma in tutti i casi esso inerisce ad un bene proprio della sfera patrimoniale del soggetto obbligato". Massimo Severo GIANNINI, Lezioni di Diritto Amministrativo, obra cit., p. 269. Es interesante la distinción entre los términos obbligo y obbligazione. Vid. Le obbligazione pubbliche, Sandi Sapi Editori, 1964, pp. 44 y ss.

¹²⁵Massimo Severo GIANNINI, Lezioni di Diritto Amministrativo, obra cit., p. 270. Vid. en este sentido también a Cesare GORETTI, Contributi allo studio della norma giuridica in relazione agli atti giuridici, Biancardi, Lodi 1938, p. 33.

¹²⁶Esta misma consideración es mantenida entre otros por Antonio PALERMO, Voz Obbligo giuridico, obra cit., pp. 705 y 706; también Guido FALZONE, Le obbligazioni dello Stato, Giuffrè, Milano 1960, p. 31.

miento está en el no actuar más allá de los límites señalados por la norma" ¹²⁷. Cuando se viola el deber, se comete un acto ilícito y cesa la situación de deber y pretensión surgiendo una potestad o un derecho, según los casos, con sus correspondientes sujeciones u obligaciones.

Parece difícil en éstas consideraciones distinguir entre sujeción y deber. De todas formas, la consideración de Giannini es un precedente de la distinción que realiza gran parte de la doctrina italiana en el sentido de emplear obligación cuando hay un derecho correlativo, deber cuando no hay ese derecho (por ejemplo el deber de voto) y sujeción cuando tiene como correlativo una potestad pública (por ejemplo la situación del imputado) ¹²⁸.

B.3.2. Evolución y otras concepciones de las situaciones jurídicas

Los autores que se han ocupado de forma amplia de las obligaciones fundamentales y constitucionales, también recogen la distinción entre diferentes figuras jurídicas subjetivas.

Así por ejemplo Lombardi distingue en el campo del Derecho público constitucional tres situaciones pasivas principales a las

¹²⁷Massimo Severo GIANNINI, Lezioni di Diritto Amministrativo, obra cit., p. 271.

¹²⁸vid. en este sentido, La libertà dei singoli e della formazioni sociali. Il principio di eguaglianza, A. BARBERA, F. LOCOZZA Y G. CORSO, en Manuale di Diritto Pubblico, a cura di G. Amelo e A. Barbera, Il Mulino, Bologna, p. 221.

que luego añadirá una cuarta que completaría la visión total del Derecho (incorporando al Derecho privado). En este sentido se refiere a los deberes ('doveri') que vienen a ser la formulación general de determinadas exigencias, que se especifican a través de las obligaciones ('obblighi') ¹²⁹, si bien esto no significa que los deberes ('doveri') no tengan eficacia jurídica ¹³⁰.

El deber se distingue de la sujeción. En este sentido entiende que la sujeción constitucional "atiende a un poder considerado en las condiciones de validez de su ejercicio"; mientras que el deber constitucional indica "una dirección material de comportamiento debido" ¹³¹.

A estas tres figuras, Lombardi añade la de la 'obbligazione', que es la concreción de la obligación ('obbligo') en las relaciones más específicas ¹³².

Carmelo Carbone también diferencia estas figuras. Así escribe que la obligación ('obbligo') es diferente al deber ('dovere'), si bien deriva de éste. La obligación ('obbligo') se caracteriza

¹²⁹Vid. G. LOMBARDI, Contributo allo studio dei doveri costituzionali, obra cit., pp. 152, 351, 366, 395, etc...

¹³⁰Vid. G. LOMBARDI, Contributo allo studio dei doveri costituzionali, obra cit., p. 162.

¹³¹G. LOMBARDI, Contributo allo studio dei doveri costituzionali, obra cit., p. 19, n. 31.

¹³²Por ejemplo, refiriéndose a las obligaciones tributarias escribe: "Quando si parla di titolarità della potestà tributaria il dovere costituzionale risulta ancora in potenza; quando si passa al piano dell'oggetto e dei soggetti del rapporto tributario, l'obbligo, fondato dalla legge ordinaria, si traduce in atto risolvendosi nella molteplici obbligazioni". G. LOMBARDI, Contributo allo studio dei doveri costituzionali, obra cit., p. 395.

Deberes y obligaciones en la Constitución

porque se refiere a un objeto particular, mientras que en el deber ('dovere'), el comportamiento debido es planteado de forma general. Así concluye: "en relación al deber, por consiguiente, la obligación es como la especie al género" ¹³³. Y a estas figuras también añade la de la 'obbligazione'. En este sentido escribe que 'obbligo' vale para el comportamiento que no tiene carácter patrimonial, mientras 'obbligazione' se emplea cuando el comportamiento se refiere a una pretensión de naturaleza patrimonial ¹³⁴.

Pero este autor, al contrario que Lombardi y que Santi romano y Giannini, va a acercarse de forma importante a las figuras del deber y de la sujeción, llegando en algún momento a identificar ambas ¹³⁵.

En España también se ha realizado la distinción entre el deber jurídico y la obligación jurídica. Así, por ejemplo, Peidró Pastor y Rodríguez-Arias conciben al primero como obediencia a

¹³³C. CARBONE, I doveri pubblici individuali nella Costituzione, obra cit., p. 28, n. 42. Vid. también las pp. 148 y 161. Y refiriéndose a los deberes constitucionales escribe: "osserviamo che dal dovere tributario scaturisce l'obbligo di pagare un determinato tributo allo Stato ovvero ad altro ente pubblico...". I doveri pubblici individuali nella Costituzione, obra cit., p. 28, n. 42.

¹³⁴C. CARBONE, I doveri pubblici individuali nella Costituzione, obra cit., p. 28, n. 42. Sobre la distinción entre 'obbligo' y 'obbligazione' vid. Guido FALZONE, Le obbligazioni dello Stato, obra cit., pp. 33 y ss. También Luigi FERRI, La autonomia privata, trad. y notas de L. Sancho Mendizábal, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1969, pp. 271 y ss.

¹³⁵Así escribirá: "La direzione dovere è proprio per una situazione di soggezione, non per una situazione che può porsi o non porsi a volontà del soggetto". C. CARBONE, I doveri pubblici individuali nella Costituzione, obra cit., p. 150.

instituciones y a la segunda como derivada de situaciones contractuales ¹³⁶. Así, sitúan frente al deber la facultad estatutaria, mientras que frente a la obligación colocan al derecho subjetivo. En este sentido escriben: "el deber jurídico difiere, pues, de la obligación: a) en cuanto al sujeto, porque mientras ésta representa una situación jurídica subjetiva, aquél representa una situación jurídica objetiva; b) desde el punto de vista de la relación jurídica, porque mientras la obligación tiene un origen voluntario principalmente, el deber lo tiene necesario, con necesidad de medio para conseguir un fin; c) respecto de la naturaleza de la relación, porque mientras la obligación acusa fuerte carácter individualista, tanto en sus fines como en su estructura, el deber jurídico acusa un rasgo esencialmente social, por lo mismo que se deriva de un orden jurídico general preestablecido en el seno de una comunidad de Derecho; d) desde el punto de vista de su extinción, porque mientras la obligación se extingue en el momento de cumplirse la prestación, el deber no se extingue por el cumplimiento momentáneo de su fin,

¹³⁶El deber jurídico sería: "la contrucción de carácter colectivo, general y permanente, derivada del orden jurídico positivo establecido en una comunidad de Derecho, que constriñe al sujeto miembro de ésta a obrar de acuerdo con aquel orden, situándole respecto de éste en una posición jurídico-objetiva y pasiva". Mientras la obligación jurídica es: "La constricción jurídicamente exigible para un deudor de realizar una prestación momentánea y cuyo cumplimiento la extingue, en beneficio del acreedor nacida de un acto aislado, particular, concreto, que pudo o no existir, y que ha puesto en relación jurídica a sujetos que antes no lo estaban, por la consecución de un fin especial, circunscrito, de interés particular y patrimonial". I. PEIDRO PASTOR y L. RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Teoría del deber jurídico y del derecho subjetivo, obra cit., p. 275.

sino con la desaparición de éste" ¹³⁷.

Cierta doctrina administrativista española también distingue, recogiendo los criterios de Giannini, entre las posiciones de deber y obligación dentro del ámbito jurídico. Así, se considera que "el deber tiene un carácter abstracto, mientras que la obligación se refiere a un bien determinado" ¹³⁸. Por otro lado, comprendiendo a ambos dentro de la sujeción, se habla de deberes en sentido estricto (derivan directamente de la norma) y de obligaciones (surgen de un negocio jurídico) ¹³⁹.

Por su parte, Tomás Ramón Fernández, también realiza la distinción entre deber y obligación. Así escribe: "Ambas figuras pertenecen al género común de los deberes en sentido amplio, es decir de aquellos comportamientos positivos o negativos, que se imponen a un sujeto en consideración a intereses que no son los suyos propios, sino los de otro sujeto distinto o los generales de la colectividad. Si esa imposición de un cierto comportamiento se produce en el seno de una relación jurídica dada en estricta correspondencia con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte en la misma relación nos encontramos en presencia de una obligación; si, por el contrario, la imposición de un determinado

¹³⁷ PEIDRO PASTOR y RODRIGUEZ ARIAS, *Teoría del deber jurídico y del derecho subjetivo*, obra cit., p. 275.

¹³⁸ Fernando GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. I, 7ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1976, p. 422. Vid. también Eduardo BARRACHINA JUAN, *Compendio de Derecho Administrativo*, Tomo I, PPU, Barcelona 1986, p. 311, donde emplea las mismas palabras que Garrido Falla.

¹³⁹ Vid. Francisco GONZALEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo*, Tomo I, EUNSA, Pamplona 1987.

La obligación jurídica

comportamiento opera en una dirección genérica, sin que tenga enfrente otro sujeto que sea titular de un derecho correlativo a exigirlo, estaremos ante un deber en sentido amplio, necesitado de un proceso de concreción posterior, que, normalmente, tiene lugar a través de actos de 'accertamento' o fijación que ajustan ese deber genérico a las circunstancias concurrentes en cada caso" ¹⁴⁰.

Dentro de los estudios de Derecho internacional, también se hace, en ocasiones, la distinción entre deber y obligación, pero con significado distinto. Así por ejemplo, González Campos escribe: la publicación del Tratado, "constituye un deber del Estado derivado de una obligación asumida internacionalmente: la de dar cumplimiento de buena fe al Tratado" ¹⁴¹. Aquí, obligación sería el término jurídico propio y exigible para el campo del Derecho internacional, mientras que deber sería un término derivado de este Derecho y con significado moral, al no poder ser exigido de forma coactiva dentro del Ordenamiento nacional.

¹⁴⁰ Tomás R. FERNANDEZ, El medio ambiente en la Constitución española, en Documentación Administrativa, num. 190, Madrid 1981, p. 347. Este tipo de concepciones se mantienen también dentro del Derecho financiero y tributario. Vid. por ejemplo, M. T. SOLER ROCH, Notas sobre la configuración de la obligación y deberes tributarios con especial referencia al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en Revista Española de Derecho Financiero, num. 25, Madrid 1980, pp. 8 y ss; Clemente CHECA GONZALEZ e Isaac MERINO JARA, El derecho a la intimidad como límite a las funciones investigadoras de la Administración tributaria, en Introducción a los derechos fundamentales, X Jornadas de Estudio de la Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado, Madrid 1980, vol. I, pp. 485 y ss.

¹⁴¹ J. D. GONZALEZ CAMPOS, Comentarios al art. 1-5, en Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975, Tecnos, Madrid 1977, p. 120.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Pero no sólo se ha recibido la diferenciación en el Derecho público, también en el Derecho privado español se han realizado ciertas consideraciones en esta línea ¹⁴². Por ejemplo algunos civilistas no conciben como sinónimos deber y obligación, aunque no está muy claro el sentido de ambos o, por lo menos, no hay una postura unánime sobre su significado. En lo que si suelen coincidir es en concebir al deber en términos de necesidad y de motivación ¹⁴³. Pero en su explicación ya no se da esta coincidencia. Así por ejemplo, Díez Picazo escribe que la "obligación constituye un fenómeno mucho más amplio que el puro deber jurídico" ¹⁴⁴; en cambio, Puig Brutau señala que el 'deber jurídico' es en realidad "un concepto más amplio que el de 'obligación'" ¹⁴⁵. De esta forma escribió ya Castán que existían dos sentidos o

¹⁴²Y no sólo en el español, por ejemplo en el Derecho privado italiano también se habla de distintas posiciones. Así por ejemplo BARBERO, distingue entre deber, responsabilidad, garantía, carga, derecho subjetivo, crédito, facultad, poder, potestad, acción, etc... Vid. Sistema Instituzionale del Diritto privato italiano, 4ª ed., vol. I, Torino 1954, pp. 109 y ss.

¹⁴³Por ejemplo, para PUIG BRUTAU, "El 'deber jurídico' significa la necesidad de respetar las leyes, y de manera más determinada es la necesidad, impuesta por el Ordenamiento legal, de observar determinado comportamiento frente a otras personas". Fundamentos de Derecho civil, T. I, vol. II, Derecho general de obligaciones, Bosch, Barcelona 1976, p. 5. Por su parte, DIEZ PICAZO escribe: "El deber jurídico puede concebirse como la necesidad conforme a un Ordenamiento jurídico dado, que en un determinado comportamiento se adopte o realice. En ocasiones designa también la motivación o la razón de la adopción de ese comportamiento que es considerado como necesario por el Ordenamiento jurídico". Fundamentos de Derecho civil Patrimonial, Vol. I, obra cit., p. 322.

¹⁴⁴L. DIEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho civil Patrimonial, obra cit., p. 322.

¹⁴⁵J. PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil, obra cit., p. 5. Vid. en este sentido dentro del Derecho italiano a M. GIORGIANNI, La obligación, trad. de E. Verdura, Bosch, Barcelona 1958, p. 102.

La obligación jurídica

aspectos del deber jurídico: "a) El deber emanado de la norma, como un reflejo de ella (deber legal o deber general de observancia de la norma jurídica); b) El deber derivado de la relación jurídica y correlativo a un derecho subjetivo". Concluyendo que el deber jurídico era propiamente ese concepto general mientras que la obligación era el concepto específico ¹⁴⁶. Incluso teniendo en cuenta esta distinción señalaba como características propias de las obligaciones el integrarse en una relación jurídica, implicar un deber de prestación y recaer generalmente sobre una prestación patrimonial ¹⁴⁷.

El Tribunal Constitucional ha planteado también esta distinción, dentro del Derecho, dando al deber un concepto amplio. Así en su Sentencia 67/84 de 7 de junio, refiriéndose al artículo 118 de la Constitución (obligación de cumplir las sentencias y colaborar con la justicia), afirma: "Cuando este deber de cumplimiento y colaboración -que constituye una obligación en cada caso concreto en que se analiza- se incumple por los poderes públicos, ello constituye un grave atentado al Estado de Derecho..." ¹⁴⁸.

¹⁴⁶J. CASTAN TOBEÑAS, Situaciones jurídicas subjetivas, obra cit., pp. 23, 25 y 55.

¹⁴⁷En este sentido escribe: "1. La obligación se nos muestra no simplemente como un deber de sometimiento a las normas, sino como un deber de comportamiento hacia otros, integrado en una relación jurídica (la relación obligatoria entre acreedor y deudor). 2. La obligación implica un deber de prestación, que se contrae a un comportamiento determinado de la persona, sin absorber a ésta en su integridad. 3. La obligación recae generalmente (aunque no de modo absoluto) sobre una prestación patrimonial o, lo que es igual, susceptible de valoración económica". J. CASTAN TOBEÑAS, Situaciones jurídicas subjetivas, obra cit., p. 25, nota 2.

¹⁴⁸BJC. num. 39, fund. juríd. 2, p. 926.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Asímismo, en su Sentencia 80/85 de 4 de julio, haciendo alusión al 'deber' de colaboración entre el Estado y las Comunidades autónomas, dice: "de este deber deriva la obligación para las autoridades estatales y autónomas de suministrarse recíprocamente información y proporcionar recíprocamente auxilio" ¹⁴⁹.

En resumen, y cometiendo quizás los excesos en los que recaen casi todas las generalizaciones, puede decirse que la doctrina europea continental distingue entre tres situaciones generales que podrían acomodarse a un esquema de correlativos así ¹⁵⁰:

Poder	----	Deber
Derecho	----	Obligación
Potestad	----	Sujección

La primera de las relaciones se refiere a una situación que podría ser definida como la de una norma en forma de principio

¹⁴⁹BJC. num. 51, fund. juríd. 2, p. 896.

¹⁵⁰Vid. Pietro VIRGA, Libertà giuridica e diritti fondamentali, obra cit., p. 66. Dejamos fuera, por ahora, concepciones más simples que reducen todo a derecho y obligación, así como concepciones complejas que distinguen exhaustivamente distintas posiciones. En éste último sentido podemos citar la de A. PIZZORUSSO que distingue en general entre situaciones jurídicas activas y pasivas. En los primeros habría dos situaciones: a) dinámica: a ella pertenecen los poderes y las facultades (introducen modificaciones en las relaciones jurídicas); y b) estáticas: a ellas pertenecen los derechos subjetivos y los intereses legítimos (pretensiones de cierto comportamiento). Dentro de las situaciones jurídicas pasivas también habría dos figuras principales: a) sujección (correlativa al poder), b) deber y obligación (correlativas al derecho subjetivo y al interés). A su vez el deber y la obligación se distinguirían siendo "il primo, l'astensione da ogni turbativa nel godimento di un diritto assoluto o dell'essercizio della corrispondenti facoltà, il secondo l'essercizio di quella attività che sono necessaria per soddisfare i diritti relativi". Stato, cittadino, formazioni sociali, Zanichelli, Bologna 1979, pp. 11 y 12.

La obligación jurídica

que impone un determinado modo de actuar general y que luego tiene que ser regulado. Cuando tratemos las obligaciones del Estado, estudiaremos este tipo de normas de forma más detenida, si bien puede señalarse como ejemplo típico a los principios rectores de la política social y económica, recogidos en la Constitución. La segunda tiene un ejemplo fundamental en el ámbito del Derecho privado y supone en muchos casos la relación normal en éste, aunque también se puede dar en el Derecho público (un ejemplo podría ser el derecho de una persona a que se le entregue un bien que ha comprado y la obligación del vendedor de entregársela una vez que le haya sido dado el precio). La tercera, suele tener como contenido la realización de una acción, y consiste en la asignación al titular de una potestad que puede ser ejecutada en algún momento ya especificado o sin especificar.

Así, la sujeción sería la posibilidad de que alguien ejercite sobre tí un derecho. Si bien una vez ejercitada esta se convierte en obligación. El deber, por su parte, se convierte en una figura genérica derivada del Ordenamiento, que, una vez regulada, se convierte en obligación.

B.4. La repercusión de estos modelos en el concepto de obligación jurídica

Estas concepciones son esclarecedoras de las situaciones comúnmente denominadas como deber, pero a mi entender, no dan un

paso definitivo en la explicación del fenómeno cual es, el de apartar la denominación deber del mundo jurídico, sustituyéndolo por el término sujeción ¹⁵¹.

Podemos apoyarnos en esta idea si analizamos detenidamente la tesis de Garcia de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en relación a las obligaciones y los deberes. Estos autores parten de la distinción de Romano y Giannini, y así diferencian potestad, sujeción, derecho subjetivo, obligación y deber. La potestad sería una "manifestación de personalidad" equiparable a un poder establecido por el Ordenamiento e independiente pues de toda relación jurídica. A la potestad emparejan la sujeción que es definida como "la eventualidad de soportar los efectos de una potestad de otro sobre el propio ámbito jurídico". Una vez que se haya ejercido la potestad surgirán ya otras figuras jurídicas subjetivas, derechos, deberes, obligaciones, distintas de la indicada sujeción ¹⁵². De los deberes mantienen también una concepción amplia y otra estricta. Los deberes en sentido estricto tienen su origen directo en la norma y frente a ellos no hay un derecho sino todo lo más un "poder destinado a actuar como

¹⁵¹Guarino llega a relacionar el deber y la sujeción con un sentido totalmente distinto al que planteo en este trabajo. Se refiere a casos en los que al deber de uno puede corresponder la sujeción de otro. Como ejemplo señala el deber del Estado de sancionar las conductas delictivas, deber que está relacionado ni con una pretensión, ni con un interés sino con la sujeción del reo. Vid. G. GUARINO, Potere giuridico e diritto soggettivo, obra cit., p. 82.

¹⁵²Eduardo GARCIA DE ENTERRIA y Tomás R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, 2ª ed., Civitas, Madrid 1981, p. 32. Vid. en sentido parecido Juan M. DE LA CUETARA, Las potestades administrativas, Tecnos, Madrid 1986, pp. 40 y ss.

La obligación jurídica

garantía del efectivo cumplimiento del deber". La otra situación es denominada obligación, y ella "se produce en el seno de una relación dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación..." ¹⁵³.

Desde estos planteamientos, resulta difícil distinguir entre las figuras de deber y sujeción, y más cuando se afirma que entre el deber y la obligación media un proceso de concreción proponiéndose ejemplos de este tipo: "la liquidación tributaria girada a un sujeto convierte en obligación frente a la Administración el deber genérico de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos que impone el art. 31.1 de la Constitución". O también: "el llamamiento a filas supone otro tanto en relación al genérico deber de 'defender a España'" ¹⁵⁴. En esta labor puede servirnos como punto de apoyo un estudio del profesor Atienza que toma como referencia el trabajo de Hohfeld.

Lo interesante del trabajo de Atienza ¹⁵⁵ consiste en destacar una serie de situaciones que luego nos van a permitir perfilar el concepto de obligación jurídica. Partiendo de las categorías de Hohfeld y empleando ciertos operadores deónticos

¹⁵³ Eduardo GARCIA DE ENTERRIA y Tomás R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, tomo II, obra cit., p. 33.

¹⁵⁴ Eduardo GARCIA DE ENTERRIA y Tomás R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, tomo II, obra cit., pp. 33 y 34. Vid. también las pp. 112 y ss. Vid. en sentido parecido Tomás R. FERNANDEZ, El medio ambiente en la Constitución española, obra cit., p. 347, y Paolo BISCARETTI DI RUFFIA, Diritto Costituzionale, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli 1983, p. 140.

¹⁵⁵ Manuel ATIENZA, Una clasificación de los derechos humanos, en Anuario de Derechos Humanos, num. 4, Universidad Complutense, Madrid 1986-87.

Deberes y obligaciones en la Constitución

como lo hacen Alchourrón y Bulygin ¹⁵⁶, examina las situaciones de derecho subjetivo, libertad, potestad e inmunidad.

Teniendo en cuenta el derecho subjetivo distingue cuatro posiciones típicas que pueden describirse de la siguiente manera:

a) Por un lado, "la conducta X de B es una conducta positiva". Por otro, "la conducta de A consistente en exigir, facilitar o colaborar a que B efectúe X es una conducta facultativa".

b) Por un lado, "la conducta X de B es una conducta positiva". Por otro, "la conducta de A consistente en exigir, facilitar o colaborar a que B efectúe X es una conducta obligatoria".

c) Por un lado, "la conducta X de B consiste en no hacer, en omitir". Por otro lado, "la conducta de A consistente en exigir, facilitar o colaborar a que B efectúe X tiene caracter facultativo".

d) Por un lado, "la conducta X de B consiste en un no hacer, en omitir". Por otro, "la conducta de A consistente en exigir, facilitar o colaborar a que B efectúe X (es decir a que omita actuar) es una conducta obligatoria" ¹⁵⁷.

En los cuatro casos, respecto a las obligaciones, sólo podría hablarse propiamente de dos figuras: la obligación y el derecho-obligación. En el primer caso, como señala Atienza, A

¹⁵⁶C. ALCHOURRON y E. BULYGIN, Introducción a la metodología de las Ciencias Jurídica y Sociales, Astrea, Buenos Aires 1974. Vid en este sentido ya a BOBBIO, Teoría General del Derecho, obra cit., pp. 134 y ss.

¹⁵⁷Manuel ATIENZA, Una clasificación de los derechos humanos, obra cit., pp. 36 a 38.

La obligación jurídica

puede exigir a B que realice X o también puede no exigírselo, pero esto último no implica que la obligación desaparezca sino más bien que esa obligación está en el momento que podemos caracterizar como sujeción. B, en cualquier momento podrá recibir la exigencia de A en el sentido de realizar X. No se trata en este caso de un tipo especial de figura, sino tan sólo de una obligación pero que está en un primer momento, que puede ser denominado sujeción.

En el segundo caso, como también señala Atienza, podemos hablar de derecho-obligación (aunque en el trabajo se habla de derecho-deber). Más adelante nos ocuparemos de esta figura, baste señalar aquí que esta consideración no desvirtúa la de obligación; esta sigue existiendo con las características propias, lo que ocurre es que existe a la vez otra relación con distinto objeto.

En el tercer caso, la relación se oscurece, ya que según Atienza, "A puede, por ejemplo, no exigir a B que efectúe X, con lo que dicho comportamiento (X es ahora una omisión) puede dejar de ser obligatorio para B". En este sentido pone el siguiente ejemplo: "El propietario tiene el derecho a que los demás se abstengan de usar sus bienes, pero puede también permitir que los usen" ¹⁵⁸. La oscuridad llega con estas aclaraciones, ya que Atienza realiza un planteamiento que se excede del estudio jurídico estricto. Si existe una norma que impone realizar una deter-

¹⁵⁸M. ATIENZA, Una clasificación de los derechos humanos, obra cit., pp. 37 y 38.

minada conducta X (de omisión), y en este sentido el Ordenamiento dota a cierta persona A de acciones para exigirla si éste lo desea. El que A no lo haga, no significa que esa conducta ya no sea obligatoria. Si nos fijamos en el ejemplo del propietario, veríamos que se realiza sólo una formulación parcial, porque aunque el propietario no realice la conducta de exigir que no se entre, esto no significa que la obligación de no entrar haya caído, y que por lo tanto se permita ésta. Para que esto ocurra se necesita el permiso del propietario, con el que saldríamos de la situación originaria. En resumen: la relación sigue siendo entre derecho y obligación; al ser el ejercicio del derecho optativo, mientras no se ejercite tendrá como correlativo una sujeción. En el caso en el que el titular del derecho permita la no realización de la obligación, estaremos ya en otra situación distinta, donde seguramente también encontraríamos derechos y obligaciones.

Por otro lado, si A exige que B efectúe X o si no lo exige pero no está en su ánimo que lo efectúe, la obligación será una de tipo moral, con todas sus características. Si no permanecen estas características ya no podrá hablarse de obligación.

El cuarto caso constituye también lo que se denomina derecho-obligación, lo único que varía respecto al segundo caso es que la conducta de B consiste en un no hacer ¹⁵⁹.

¹⁵⁹Incluso con el ejemplo que emplea ATIENZA, puede verse esto claramente: "Un ejemplo de ello lo constituye el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes del artículo 15. Tal derecho se satisface con un no-hacer por parte de los demás y excluye,

La obligación jurídica

El análisis de Atienza que toma en cuenta la libertad, no tiene incidencia importante sobre el tema de las obligaciones ¹⁶⁰. Por lo que respecta a la potestad, el estudio de Atienza nos lleva a conclusiones que se asemejan a las situaciones del derecho subjetivo que hemos examinado en primer lugar. Se distinguen cuatro situaciones teniendo en cuenta el carácter facultativo u obligatorio del ejercicio de la potestad y teniendo en cuenta también si los titulares de la misma son los particulares o los órganos públicos ¹⁶¹. Así:

ciertamente, la posibilidad de que el consentimiento de la víctima convierta la tortura, los malos tratos, etc..., en permitidos". Una clasificación de los derechos humanos, obra cit., p. 38.

¹⁶⁰ Teniendo en cuenta la libertad, vamos a fijarnos sólo en una de las situaciones que destaca, ya que su análisis como hemos apuntado, no va a incidir de manera importante sobre el tema de las obligaciones. En esta ocasión, parece que Atienza se aparta otra vez del punto de vista jurídico. Después de hablar de la situación que comúnmente se denomina de libertad negativa y de la que se denomina también libertad positiva, se refiere a un tercer tipo de libertad, "configurado por aquellos supuestos en que la libertad no se presenta conjuntamente con derechos. En tales situaciones, un agente A es libre con respecto a otro agente B de efectuar o no efectuar X (y B no tiene derecho a exigir que A efectúe o no efectúe X), pero A no tiene derecho a exigir a B que se abstenga de realizar aquellas acciones que pueden impedirle a A el ejercicio de su libertad". (M. ATIENZA, Una clasificación de los derechos humanos, obra cit., p. 39). Como vemos, se trata de una situación no jurídica y no parece necesario traerla a colación en un análisis jurídico de los derechos, si bien tiene cabida en concepciones de signo iusnaturalista. En este sentido resulta sorprendente la siguiente afirmación de A. RUIZ MIGUEL: "...pues si se tiene un derecho moral -suponiendo que se tenga, no meramente se crea que se tiene-...". Sobre la fundamentación de la objeción de conciencia, en Anuario de Derechos Humanos, num. 4, Universidad Complutense, Madrid 1986-87, p. 406. (El subrayado es mío).

¹⁶¹ La distinción entre potestades de particulares y potestades de órganos públicos es descrita de forma clara por Jose M. BOQUERA OLIVER: "El poder es una posibilidad de hacer, un potencial de actos. El poder jurídico es un potencial de actos jurídicos, o, si se quiere, la facultad de producir actos con efectos jurídicos (derechos y obligaciones). El poder jurídico-público es la posibilidad de crear e imponer unilateralmente efectos jurídicos; la posibilidad que tiene una persona de crear e imputar situaciones jurídicas a

Deberes y obligaciones en la Constitución

- a) "Potestades de los particulares cuyo ejercicio es facultativo". La situación respecto a la obligación es clara. Todos aquellos que pueden ver modificado su status por el ejercicio de la potestad, están en el primer momento de la obligación: la sujeción. Si se ejercita, estarán ya bien determinadas una serie de obligaciones.
- b) "Potestades de los particulares cuyo ejercicio es obligatorio". Nos hallamos aquí, ante un tipo de figura semejante al de derecho-obligación, de ahí que me remita al lugar de su estudio.
- c) "Potestades de los órganos públicos cuyo ejercicio es facultativo". Es un caso parecido, por lo que a la obligación se refiere, a la figura de tipo a).
- d) "Potestades de los órganos públicos cuyo ejercicio es obligatorio". También se refiere a los derechos-obligación, si bien aquí estaríamos también en el tema de las autoobligaciones.

Respecto a las inmunidades, el estudio de Atienza, no añade nada en lo que atañe a las obligaciones.

Otro estudio que puede aclararnos estos puntos es el de Santamaria Pastor, quien distingue tres tipos de situaciones generales: las situaciones de poder o activas, las situaciones

otras personas, sin necesidad de que éstas lo consientan.

Los que carecemos de poder público no podemos imponer a otros sujetos obligaciones, ni siquiera otorgarles derechos, sin contar con su voluntad. No podemos convertirlos, sin que ellos quieran, en sujetos de obligaciones o de derechos. Incluso nuestras donaciones y herencias requieren la aceptación de sus destinatarios para que estos se conviertan en donatarios o herederos. Los que sólo tenemos capacidad jurídico-privada debemos ganarnos la voluntad ajena para constituirnos y constituir a los demás en partes, activas o pasivas, de nuestras relaciones jurídicas". Poder administrativo y contrato, Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública, 1970, pp. 24 y 25.

La obligación jurídica

de deber o pasivas y las situaciones mixtas o complejas.

1. Situaciones de poder o activas

- a) De actuar libremente en la propia esfera jurídica..**Libertad**
- b) De imponer a otro una conducta
 - 1) En base a un poder genérico.....**Potestad**
 - 2) En base a un título específico
 - * Derivado de una norma, de contrato o del hecho unilateral de un tercero.....**Derecho subjetivo**
 - *Derivado de un hecho ilícito dañoso.....**Derecho subjetivo reaccional**

2. Situaciones de deber o pasivas

- a) De soportar la actuación de un tercero.....**Sujección**
- b) De realizar una conducta
 - 1) En interés de un tercero.....**Obligación**
 - 2) En interés propio.....**Carga**
 - 3) En interés general.....**Deber público**

3. Situaciones mixtas o complejas

- a) Mezcla de poder y deber.....**Poderes funcionales**
- b) Conjunto orgánico de situaciones de poder y deber..**Status**¹⁶²-

De la libertad, da Santamaria Pastor dos definiciones, una positiva y otra negativa. La primera significa "la delimitación por la norma, de un ámbito funcional o conjunto de actividades inherentes a la personalidad de un sujeto dentro de las cuales éste puede actuar sin constricción alguna". La segunda es cuando "la situación de libertad lleva consigo la prohibición general de intromisión o perturbación de dichas posibilidades de

¹⁶²J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 876.

actuación, que el sistema normativo impone a todos los restantes sujetos" ¹⁶³. Como vemos, el concepto negativo de libertad lleva consigo como correlativas situaciones definibles como obligaciones. La diferencia fundamental entre la libertad y la potestad y el derecho subjetivo radica, según este autor en que el "contenido primario de la situación de libertad" consiste en la "posibilidad de actuación lícita en la esfera personal, sin condicionar la actividad de los otros"; mientras que el de la potestad y el derecho subjetivo sería la posibilidad de imponer a otros determinadas conductas ¹⁶⁴. La libertad parece así abarcable dentro del concepto general de derecho subjetivo, ya que es difícil la situación en la que el ejercicio de una acción jurídica cualquiera no repercuta, al menos indirectamente, sobre otras personas. Por otro lado, la imposición de determinadas conductas a otros también puede ser realizada por el ejercicio de una libertad, entendida en el sentido de Santamaria Pastor, empleando incluso su propio ejemplo de la libertad contractual.

En cuanto a la potestad y al derecho subjetivo, su tratamiento ¹⁶⁵ es semejante al realizado por García de Enterría y

¹⁶³J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 877.

¹⁶⁴J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 877.

¹⁶⁵J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., pp. 879 y ss.

Tomás Ramón Fernández ¹⁶⁶ que ya hemos examinado.

Dentro de las situaciones de deber o pasivas, distingue dos tipos principales, uno que alude a situaciones de soportar la actuación de un tercero y otro a la realización de una conducta. En el primer caso se refiere a la sujección y en el segundo a la obligación, la carga y el deber público.

La sujección es equiparada por Santamaría Pastor al concepto de deber ¹⁶⁷, si bien duda de que sea una figura con suficiente consistencia: "la sujección es una situación que carece de contenido alguno, puesto que el mero deber de soportar o patere no es, materialmente hablando, nada en términos jurídicos" ¹⁶⁸. Así, parece concebir la sujección como un momento anterior a la obligación.

Por lo que respecta a las situaciones pasivas caracterizadas por tener que realizar una conducta (obligación, carga y deber público), pueden ser encuadradas, según este autor, dentro de un concepto genérico de deber. La obligación consiste "en la necesidad jurídica de realizar una determinada conducta de hacer o de no hacer, que el sistema normativo establece en beneficio o utilidad de una tercera persona, la cual ostenta el

¹⁶⁶Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA Y T. R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, T. II, obra cit., pp. 32 y ss.

¹⁶⁷"La sujección es, simplemente, el correlato pasivo de la potestad, consistente en el deber de soportar el ejercicio de una potestad sobre el propio ámbito jurídico". J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 899.

¹⁶⁸J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 899.

poder de exigirla" ¹⁶⁹. La carga, por su parte, la considera como una figura entre el poder y el deber ¹⁷⁰ y consiste "en una conducta positiva (de hacer)... establecida en interés propio del sujeto sobre el que pesa; de tal modo que su incumplimiento no entraña ilicitud alguna, sino la simple pérdida de una ventaja para cuya obtención esa conducta constituye un requisito" ¹⁷¹. La carga puede ser así concebida bien como una especie de derecho-obligación o bien simplemente como un requisito para el ejercicio de ciertos derechos (semejante al establecimiento de determinadas formalidades para el disfrute de un derecho). Por lo que se refiere a los deberes públicos, estos, según Santamaría Pastor, se distinguen de las obligaciones, en cuanto que su fundamento reside en el interés general y en que no tiene como correlativo un derecho. Si bien al igual que sucedía con la sujeción no tiene mucha consistencia jurídica para este autor.

Como vemos, y aplicando estas consideraciones al análisis de Hohfeld, podemos concluir que **resulta difícil el encontrar una sóla de esas situaciones. Así parecen ser todas diversos momentos dentro de las situaciones generales del derecho y la obligación.** Como escribe Peces-Barba refiriéndose a estas categorías: "A

¹⁶⁹J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 900.

¹⁷⁰Vid. en este sentido G. GAVAZZI, L'onere tra la libertà e l'obbligo, obra cit. Sobre la distinción entre 'deber' y carga, vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 87/84 de 27 de julio, BJC. num. 40/41, fund. juríd. 4, p. 1088.

¹⁷¹J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 900.

veces estos modelos teóricos se mezclan, aunque uno de ellos es siempre prevalente" ¹⁷².

Lo que también puede desprenderse, es la **equiparación de lo que se denomina deber con la sujeción**. De aquí que pueda sustituirse el término deber por el de sujeción ¹⁷³, que se diferencia de la obligación por la concreción ¹⁷⁴, pero que puede analizarse de forma conjunta, convirtiéndose en un momento especial de la misma ¹⁷⁵.

Aplicando estas consideraciones al esquema continental, las situaciones principales habrían quedado de la manera siguiente:

Poder.....Sujeción
Derecho.....Obligación

¹⁷²Gregorio PECES-BARBA, Voz Derechos fundamentales, obra cit., p. 27. Vid en sentido parecido y refiriéndose a los 'legal rights'. J. FINNIS, Natural Law and natural Rights, obra cit., p. 201.

¹⁷³En contra de esto parece estar Roubier, para quien los juristas contemporáneos han dejado de utilizar el término deber sustituyéndolo por el de obligación, lo que constituye un error terminológico. Así, tradicionalmente el término obligación ha sido empleado por los autores para designar los derechos de crédito, en donde se distinguían dos situaciones: el deudor y el acreedor. Según éste autor no puede calificarse esta situación exclusivamente como obligación. Lo mismo puede decirse cuando se habla de obligaciones respecto a los derechos reales. Así, Roubier propone el empleo de deber como término más adecuado para expresar el significado de ésta situación. En este sentido escribe: "Ainsi, dans la vue de ramener les juristes à une langue correcte -car il n'y a rien de plus grave pour une discipline intellectuelle qu'une langue mal faite- nous substituerons, dans toutes ces hypothèses où il a été ainsi parlé d'obligations, le mot 'devoir' au terme d'obligation". P. ROUBIER, Droit subjectifs et situations juridiques, obra cit., p. 99.

¹⁷⁴Guido FALZONE habla del deber como figura preliminar a la propia relación jurídica. Vid. Le obbligazioni dello Stato, obra cit., pp. 32 y 33.

¹⁷⁵En el ámbito del Derecho procesal, hay quien caracteriza el derecho subjetivo por poseer una dirección personal u obligacional y de sumisión y acatamiento por parte de otro sujeto. Vid. en este sentido L. PRIETO CASTRO, Tratado de Derecho Procesal Civil, Aranzadi, Pamplona 1982, p. 41.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Por lo que se refiere al cuadro que partía de Hohfeld, lo entenderíamos ahora así:

Opuestos jurídicos

Derecho (pretensión)-----	No-derecho
Libertad-----	Obligación
Potestad (Poder)-----	Incompetencia
Inmunidad-----	Sujección

Correlativos jurídicos

Derecho (pretensión)-----	Obligación
Libertad-----	No-derecho
Potestad (Poder)-----	Sujección
Inmunidad-----	Incompetencia

Partiendo del análisis de Hohfeld también puede llegarse a estas conclusiones. Un autor que se ha acercado bastante a ellas es Manfred Moritz, para quien el sistema de Hohfeld podría reducirse a los siguientes tres puntos:

"a) 'X tiene el deber respecto a Y' = 'Y tiene el derecho respecto a X'. Si se niega esta proposición, aparecen los conceptos hohfeldianos de no-derecho y de privilegio.

b) 'X no tiene el deber respecto a Y' = 'Y no tiene el derecho respecto a X'.

c) 'X tiene el poder de transformar la relación jurídica p de la persona Y en la relación jurídica p(a)'. (Refiriéndose a las situaciones de poder, inmunidad, incompetencia y sujeción) ¹⁷⁶.

Con ello se reducirían las categorías de Hohfeld a dos

¹⁷⁶Vid. Manfred MORITZ, *Il sistema hohfeldiano dei concetti giuridici fondamentali*, en Hohfeld, Concetti Giuridici Fondamentali, obra cit., p. 233.



La obligación jurídica

grupos principales:

- a) pretensión, libertad, deber y no derecho.
- b) Poder, sujeción, incompetencia e inmunidad.

Con lo que quedarían como conceptos básicos para nosotros:

Pretensión y obligación
Poder y sujeción

Como hemos podido ver en nuestro cuadro, para nosotros:

Tener una obligación, en sentido amplio, significaría (siempre con el predominio de alguno de los elementos):

-Presencia en uno mismo de:

Obligación en sentido estricto
No-derecho
Sujeción (si determinásemos bien este concepto sería un momento anterior).
Incompetencia

-Ausencia en otro de:

Obligación en sentido estricto
No-derecho
Sujeción
Incompetencia

-Presencia en otro de:

Derecho en sentido estricto (predomina en los casos de obligaciones en sentido estricto)
Libertad
Potestad (Poder, predomina en los casos de sujeción como momento especial de las obligaciones)
Inmunidad

-Ausencia en uno mismo de:

Derecho en sentido estricto
Libertad
Potestad (Poder)
Inmunidad

En definitiva, la sujeción no consistiría en otra cosa que

en un momento previo a la situación 'obligación plena' ¹⁷⁷. La sujeción puede devenir en obligación y prefiero pues incluirla en el concepto amplio de ésta.

B.5. Algunos problemas que se plantean en este análisis

Estas distinciones lo único que hacen es señalar diferentes momentos que se pueden dar en una relación jurídica entre dos partes una de ellas en supremacía respecto a la otra ¹⁷⁸. La relación es entre el derecho y la obligación, pero estos tienen diversos momentos que pueden ser denominados con otros nombres ¹⁷⁹. Esto lo podemos observar volviendo a los ejemplos que proponíamos al explicar las categorías de Hohfeld.

El primer ejemplo (calificado en aquel momento como de pretensión frente a deber, que ahora sería derecho en sentido

¹⁷⁷Vid. en este sentido a Otto MAYER cuando se refiere a la obligación de cumplimiento del servicio militar, en Derecho Administrativo Alemán, tomo IV, Parte especial, Las obligaciones especiales, trad. de H. H. Heredia y E. Krotoschin, Depalma, Buenos Aires 1982, p. 18.

¹⁷⁸Incluso el propio GUARINO tan alejado de nuestra tesis llega a escribir que los derechos y los deberes, en el sentido en el que él los entiende y que ya examinamos, vienen después de alguna de las situaciones que calificaba como "fattispecie" normativas. Vid. Potere giuridico e diritto soggettivo, obra cit., p. 30.

¹⁷⁹Para otros autores, los términos esenciales en esta relación serían el poder y la obligación. Así, DIAS escribe: "Of the eight concepts that figure in the scheme, two stand out as the key concepts, one in each square. They are duty and power, the others in their respective squares being only derivatives. Duties regulate behaviour, while powers create, repeal or modify duties and other relations". Jurisprudence, obra cit., p. 64. BOBBIO habla en este sentido de la primacía de poder y deber. Vid. Teoría General del Derecho, obra cit., pp. 163 y 164.

La obligación jurídica

estricto o pretensión jurídica frente a obligación), era el del acreedor frente a su deudor. Aquí la situación prevalente es la de derecho y obligación, pero a su vez, puede hablarse de poder y sujeción (el acreedor está capacitado para modificar el status jurídico del deudor dentro de un tiempo determinado, durante el que el deudor está sujeto), de libertad y no-derecho (el acreedor está en situación de poder exigir la prestación, mientras que éste no tiene derecho, en circunstancias normales, para que esto no ocurra) y de inmunidad e incompetencia (el acreedor es inmune dentro de esa relación a que el deudor le modifique su status jurídico, es decir, el deudor es incompetente para hacerlo).

El segundo ejemplo (calificado en aquel momento como de privilegio frente a no-derecho, y que ahora sería de libertad frente a no-derecho), era el del propietario de un inmueble respecto de alguien que quisiese entrar en el mismo. Aquí la situación que predomina es la de libertad y no-derecho, pero puede hablarse también de derecho como pretensión y de obligación. El propietario tiene derecho a exigir que no se entre y el sujeto que quiere entrar tiene la obligación de no hacerlo si el propietario no se lo permite. Por otro lado, el propietario tiene el poder de permitir o no el que el otro sujeto entre, estando éste (si desea entrar) sujeto a la decisión del primero. Asimismo el propietario es inmune a cualquier acción (en circunstancias normales) del otro sujeto en el sentido de entrar en el inmueble de su propietario.

Así sucesivamente podríamos ir examinando los restantes

ejemplos, concluyendo que se trata de situaciones pertenecientes a la categoría general de derecho y obligación, que prevalecen en algunas relaciones y que son difíciles de encontrar en otras. Además, la relación dada entre las figuras de potestad, entendida como poder, y de derecho, es parecida a la mantenida entre la sujeción y la obligación. El derecho subjetivo supone siempre un poder que puede o no ser ejercitado ¹⁸⁰: si no lo es, el lado correlativo de este será la sujeción; si lo es, el correlativo es la obligación.

La obligación sería así un concepto amplio compuesto por dos momentos principales: el de la sujeción, que tendría como correlativo propiamente un poder (dentro del concepto amplio de derecho subjetivo), y el de la obligación en sentido estricto, que tendría como correlativo el derecho propiamente dicho. La obligación así entendida puede encuadrarse dentro de aquellas concepciones que hablaban de la obligación como posibilidad del futuro, con ello a lo que se hace referencia es a esa situación futura que en un primer momento se denomina sujeción ¹⁸¹.

¹⁸⁰Para Renato ALESSI, el derecho subjetivo no es otra cosa que un poder acompañado de prestación. Vid. Instituciones de Derecho Administrativo, T. I, trad. de B. Pellisé Prats, Bosch, Barcelona 1970, p. 205. Aldo M. SANDULLI, también incluye al poder como cierta forma de derecho subjetivo: "Tanto il potere, quanto la facoltà reppresentano dunque delle forze (possibilità) giuridiche e non delle posizioni giuridiche: esse sono cioè nient'altro che le energie giuridiche attraverso cui i diritti -che esse necessariamente presuppongono- si estrinsecano". Manuale di Diritto Amministrativo, XIII Edizione, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli 1982, p. 108.

¹⁸¹La concepción de la obligación como momento futuro en relación con la sujeción, concuerda con la del derecho subjetivo y el poder. Así como escribe CASTAN, "la voluntad o poder que caracteriza el contenido de los derechos subjetivos no ha de ser entendida como un querer efectivo, sino como una

B.5.1. Las obligaciones de respeto a los animales y a determinados bienes

El derecho puede ser bien libertad, bien poder, bien inmunidad o bien todo a la vez; la obligación también es no-derecho, sujeción e incompetencia ¹⁸². Según las situaciones predomina uno de los elementos. Así por ejemplo, en el caso de una obligación jurídica de respeto a los animales, no hay un derecho correlativo en estos, sino que es el Estado el que lo tiene en forma de poder o potestad. También las personas particulares pueden tener una acción de denuncia cuando vean tales obligaciones incumplidas ¹⁸³.

Si nos fijamos bien, en estos casos lo que se produce es la tutela de un determinado interés humano. **No se dota a los animales de un derecho sino a los hombres. Se trata de un derecho que tiene su origen en un interés humano** ¹⁸⁴. Es un caso semejante al

posibilidad de querer". El concepto de derecho subjetivo, en Revista de Derecho Privado, año XXIV, num. 281, Madrid junio 1940, p. 130.

¹⁸²Incluso dentro de cada una de esas situaciones se pueden distinguir diversas clases. Vid. en este sentido G. GUARINO, Potere giuridico e diritto soggettivo, obra cit., p. 22, nota 18.

¹⁸³Este problema fué ya tratado por KANT en La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 308 y ss., donde concluye que las obligaciones de respeto a los animales son en definitiva obligaciones del hombre hacia sí mismo.

¹⁸⁴La confusión de estas situaciones se produce al unir el concepto de derecho subjetivo al de beneficiario directo. En estos casos, los beneficiarios directos serían los animales de forma aparente, aunque realmente son los hombres los que se benefician (puede haber quien diga que los animales también se benefician, pero aún así, eso no es un dato relevante para el Derecho). Siempre el titular de un derecho subjetivo, va a estar de alguna manera

Deberes y obligaciones en la Constitución

que sucede con aquellos monumentos u edificios declarados de interés público o patrimonio histórico español. Estos bienes no obtienen un derecho sino que se produce una serie de obligaciones que tienen derechos correlativos bien en los encargados del poder público bien en otros individuos. Así, en la Ley 16/1985 de 25 de junio, en su exposición de motivos se destaca como objetivo de la Ley, establecer las medidas necesarias para que "un número cada vez mayor de ciudadanos pueda contemplar y disfrutar las obras que son herencia de la capacidad colectiva de un pueblo". Y en este sentido la doctrina habla, al referirse a ellos, de bienes de interés público y de interés cultural ¹⁸⁵. Incluso los conceptos que se dan en la Ley 16/1985 de los bienes Patrimonio Histórico, recogen en su totalidad el fundamento del interés humano ¹⁸⁶. Esto puede predicarse también respecto a los montes catalogados de utilidad pública o los espacios naturales

beneficiado de algo, aunque sea mínimamente, pero no siempre va a ser el beneficiario directo. En este sentido. J. FEINBERG considera que el beneficiario de un derecho no es siempre el titular del mismo. Duties, rights and claims, en American Philosophical Quarterly, III, 1966, pp. 140 y 141.

¹⁸⁵Vid. en este sentido E. GARCIA DE ENTERRIA, Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural, en Revista Española de Derecho Administrativo, num. 39. El art. 46 de la Constitución dice: "Los poderes públicos garantizarán la conservación y promoverán el enriquecimiento del patrimonio histórico, cultural y artístico de los pueblos de España y de los bienes que lo integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. la ley penal sancionará los atentados contra este patrimonio".

¹⁸⁶Así por ejemplo, el artículo 14.2 de esta Ley se refiere a los monumentos como "aquellos bienes inmuebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obras de escultura colosal siempre que tengan interés histórico, artístico, científico o social". Y en sentido parecido se refiere a los restantes.

La obligación jurídica

protegidos. El artículo primero de la Ley 5/1975 de 2 de mayo destaca como finalidad de la ley: "contribuir a la conservación de la naturaleza, otorgando regímenes de adecuada protección a las áreas o espacios que lo requieran por la singularidad e interés de sus valores naturales. La protección de estas áreas conducirá a su mejor utilización con finalidades educativas, culturales, recreativas, turísticas o socio-económicas". Asimismo, la clasificación de los espacios protegidos recoge cuatro tipos, todos ellos concebidos así por el interés que revisten para la humanidad: Reservas integrales de **interés** científico, parques nacionales (**interés** cultural, recreativo y educativo), parques naturales de **interés** nacional y parques naturales (fin de facilitar los contactos del **hombre** con la naturaleza) ¹⁸⁷.

El fundamento de estas obligaciones parece ser pues un determinado interés de la humanidad ¹⁸⁸, y lo mismo puede decirse de aquellas obligaciones de respeto hacia los animales ¹⁸⁹. Atribuir derechos a animales y cosas ¹⁹⁰, supone ampliar el campo

¹⁸⁷Vid. Jose Ramón PARADA VAZQUEZ, Derecho Administrativo, Bienes públicos y urbanismo, Marcial Pons, Madrid 1988, pp. 181 y ss.

¹⁸⁸Vid. en este sentido M. Sandulli, Manuale di Diritto Amministrativo, obra cit., p. 95.

¹⁸⁹Hablo de interés también en este caso, porque no parece que pueda existir otro fundamento. Se suele proteger a aquellos animales que pueden producir ciertas satisfacciones, incluso estéticas. En cambio no se protege a otros.

¹⁹⁰Vid. en este sentido por ejemplo S.R.C. CLARD, The Moral Status of Animals, Oxford 1977; FEINBERG, Human Duties and Animal Rights, en On the Fifth Day, ed. R. Knowles, Washington 1978; S. GOLDVITCH y J. HARRIS (ed.), Animals, Men and Morals, London 1971; L. HAWORTH, Rights, Wrongs and Animals, Ethics, 88, 1978; A. LINZEY, Animal Rights, London 1976; H.J. McCLOSEY, Moral Rights

del Derecho de forma exagerada y salirse de los conceptos, de lo más variado, que se han dado sobre el Derecho a lo largo de la historia ¹⁹¹.

B.5.2. La obligación y la responsabilidad

Podrían proponerse también momentos como la carga y la responsabilidad. De la primera ya hemos planteado algún problema y será examinada más adelante. Respecto a la responsabilidad, hay quien la entiende como figura relacionada con la obligación y con el derecho subjetivo. Así por ejemplo Dias, cuando se refiere al esquema de Hohfeld parece emplear el término liability en el sentido de 'responsabilidad' en vez de, como tradicionalmente se realiza, sujeción. Pero para ello, como él mismo reconoce, dota a la 'responsabilidad' de un sentido distinto al comúnmente aceptado ¹⁹². Así, la 'responsabilidad' sería el correlativo del poder. Este significa capacidad "en una persona de alterar el, status de otra persona o personas para mejor o para peor. La 'responsabilidad' es la posición de una persona que puede ver modificada su situación jurídica hacia mejor o hacia peor ¹⁹³. Parece identificar sujeción a incompetencia, pero esto no es

and Animals, Inquiry, 22, 1979; J.P. PLAMENATZ, Consentimiento, libertad y obligación política, trad. de R. Reyes Mazzoni, Fondo de Cultura Económica, México 1970; T. REGAN y P. SINGER, Animal Rights and Human Obligations, Englewood Cliffs, 1976.

¹⁹¹Vid. J. MUGUERZA, La alternativa del disenso, obra cit., p. 26.

¹⁹²DIAS, Jurisprudence, obra cit., p. 48.

¹⁹³DIAS, Jurisprudence, obra cit., pp. 47 y 48.

así. En este sentido escribe que es necesario distinguir entre "responsabilidad, que es correlativa a poder, y lo que para nuestro propósito puede ser denominado 'sujeción', es decir, la posición de una persona expuesta a ser alterada por circunstancias no-voluntarias" ¹⁹⁴. De esta forma, distingue entre deber y 'responsabilidad' y entre obligación y sujeción ¹⁹⁵. El empleo de responsabilidad para estos casos no parece acertado, ya que tiene un significado más consolidado dentro del Derecho. En cuanto a la distinción entre responsabilidad en el sentido de Dias y sujeción, tampoco es de utilidad, ya que viene a representar dos tipos de sujeción, uno que se relaciona con la voluntad y otro que no (éste último no es otra cosa que una obligación sujeta a condición).

En la terminología tradicional la responsabilidad es considerada por algunos como el momento final de la obligación. Pero más bien es una situación que se produce posteriormente a la obligación, como consecuencia derivada de la no adecuación del comportamiento del obligado a lo preceptuado.

¹⁹⁴DIAS, Jurisprudence, obra cit., p. 48.

¹⁹⁵Distinción entre deber y 'responsabilidad': "If X deposits or lends a thing to Y, there is no duty in Y to restore it until X makes a demand. Before such demand is made Y is under a liability to be placed under the duty. The demand itself is the exercise of a power". Distinción entre obligación y sujeción: "If X promises Y under seal, or for consideration, that he will pay Y L5 on the following day should it rain, there is clearly no duty in X unless and until that event occurs. In the meantime X's position is simply that he is 'subject' to be placed under a duty. The distinction need not be elaborated further and may be dismissed with the comment that this is not liability to a power, but to a non-volitional event and, as such, forms the basis of much of the law of insurance". DIAS, Jurisprudence, obra cit., p. 51.

B.5.3. El carácter dinámico del modelo

Tampoco estas relaciones se dan de forma estricta. Si nos fijamos en el ejemplo de los animales, veremos que hablabamos de Poder del Estado a exigir el respeto de los animales que tenía como correlativo una sujeción. Si una persona se encuentra en situación de poder violar esa disposición, estaremos en presencia de una obligación en sentido estricto, aún subsistiendo como correlativo el poder más que la pretensión. Por otro lado, si infringiésemos un daño a un animal, habríamos violado una obligación y el Estado tendría el derecho de sancionarnos o exigir que que esto se llevara a cabo (de este derecho también gozarían los particulares). Esto puede llevar a considerar las situaciones de derecho subjetivo como situaciones en las que prevalece el momento presente (aunque no en todos los casos), mientras que la obligación supone más una proyección hacia el futuro ¹⁹⁶.

La obligación y la sujeción se diferencian también en que la última supone una restricción de actuación mayor respecto al acto en cuestión. Como escribe Carnelutti: "La impotencia de quien está sujeto excluye en él toda elección; la impotencia de quien está obligado admite, en cambio, la elección entre el sacrificio espontáneo de su interés al interés ajeno, actuando

¹⁹⁶En este sentido se expresa N. IRTI: "titolarità è fenomeno che volge verso il futuro, nel campo libero e aperto dell'eventualità". Y también habla de la obligación como de "un contegno, che il soggetto, nel tempo stabilito, potrà tenere o non tenere, ma che la norma già da adesso considera e approva". Norme e fatti, obra cit., pp. 86 y 69 respectivamente.

mediante la observancia del precepto, y el sacrificio coactivo mediante la actuación de la sanción" ¹⁹⁷.

B.5.4. La correlación derecho-obligación

Todo esto obliga a replantearnos el problema de la existencia de obligaciones sin derechos correlativos ¹⁹⁸.

De nuestras consideraciones, en principio parece desprenderse que toda obligación va a tener un derecho subjetivo, en cualquiera de las formas señaladas, en otra persona ¹⁹⁹. Incluso parece que en las obligaciones del Estado hay derechos correlativos, aunque en ocasiones con sujeto indeterminado. Pero la opinión mayoritaria es en este sentido partidaria de la existencia de obligaciones sin derechos correlativos ²⁰⁰. Como ejemplo

¹⁹⁷F. CARNELUTTI, Teoría General del Derecho, trad. de F. J. Osset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, p. 219. Vid. en este sentido J. BENTHAM, Fragments sobre el gobierno, obra cit., p. 50, nota 51.

¹⁹⁸Ludvig ENNECCERUS cita como ejemplos: "vigilancia de la seguridad pública, defensa del territorio nacional, conservación de los caminos". Tratado de Derecho civil, Primer tomo, Parte General, vol. I, rev. por H. C. Nipperdey, trad. de B. Pérez González y J. Alguer, 2ª ed., rev. por J. Puig Brutau, Bosch, Barcelona 1953, p. 291. Vid. también P. VIRGA, Libertà giuridica e diritti fondamentali, obra cit., p. 70.

¹⁹⁹En este sentido, hay autores que contemplan la existencia de derechos subjetivos sin obligaciones correlativas, pero a decir verdad lo que están haciendo es prestar atención a un determinado aspecto de la relación jurídica y no a otro. Por ejemplo, DIAS escribe: "La libertad de X de llevar un sombrero de copa no es correlativa a un deber en alguien. Hay sin duda un deber en Y de no interferencia, pero el deber de Y de no interferencia es correlativo de la pretensión de X contra Y de que no interfiera". Jurisprudence, obra cit., p. 42.

²⁰⁰Vid. en este sentido, la postura citada mantenida por KELSEN. También Alan R. WHITE, Rights, obra cit., pp. 56, 85 y ss; DIAS, Jurisprudence, obra cit., pp. 36 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

típico podemos citar a Castán quien escribe que puede haber obligaciones sancionadas "por el Ordenamiento jurídico... que lleven consigo una ventaja, un interés, una protección para determinada persona, sin que exista derecho subjetivo". Así, plantea casos, dentro del Derecho privado, "de forma y solemnidades establecidos en interés de los terceros, en el contrato en favor de tercero, en el modo o carga (por contraposición al legado), etc..."²⁰¹. Pero también pueden ser citados casos en el Derecho público. En este sentido se habla de la obligación de contribuir al gasto público, de la obligación de ser jurado, etc...

Vamos a tomar como puntos de referencia distintas situaciones en las que parecería dudoso el poder demostrar la correlación, tales como las que señaló Castán dentro del Derecho privado (forma y solemnidades en favor de tercero, contrato en favor de tercero, etc...), o aquellas otras dentro del Derecho público como las obligación de cumplimiento del servicio militar, de contribución al gasto público, de protección del medio ambiente, etc. Antes de examinar algunas de estas situaciones habrá que tener en cuenta que (i) **en la relación entre derecho y obligación, el titular del primero no tiene porqué ser el destinatario de la conducta (activa o pasiva del primero); (ii) es distinto**

²⁰¹J. CASTAN TOBEÑAS, El concepto de derecho subjetivo, obra cit., p. 124. Vid. también Situaciones jurídicas subjetivas, obra cit., p. 13.

ser destinatario de la conducta que ser beneficiario ²⁰², y, por último, (iii) siempre una situación de derecho va a llevar consigo al menos la existencia de lo que Nino llama el 'perímetro protector' ²⁰³.

El contrato en favor de tercero es, según Castán, "aquel vínculo que se da cuando se estipula que una de las partes contratantes realizará una prestación en provecho de un tercero extraño a la conclusión del contrato y que no está representado en él, pero que en virtud de esta estipulación queda incorporado al contrato como acreedor de esa prestación" ²⁰⁴. Así dentro de este tipo de contratos se suelen distinguir como elementos personales al promitente, al estipulante y al tercero (que puede ser bien una persona determinada, una persona indeterminada o una persona futura) ²⁰⁵. En todos los casos de contratos en favor de tercero existe correlación entre obligación y derecho. El mismo Código civil en su artículo 1257 establece: "Si el contrato contuviera alguna estipulación a favor de tercero, éste podrá

²⁰²De ahí que no parezcan acertadas las consideraciones de Hart, cuando pone el ejemplo de la promesa de un amigo a otro en el sentido de cuidar de su abuela. En este caso, el verdadero beneficiado es el amigo mientras que el destinatario de la conducta es la abuela. Si empleásemos aquí de forma figurativa el término derecho, podríamos decir que quien tiene el derecho es el amigo y no la abuela, mientras que la obligación (hablando en términos figurados) la tiene el que hizo la promesa.

²⁰³vid. C. S. NINO, Ética y derechos humanos, obra cit., p. 27.

²⁰⁴CASTAN, Derecho civil español, común y foral, T. III, Reus, Madrid 1983, p. 491.

²⁰⁵J. PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil, T. II, vol. I, obra cit., p. 283.

exigir su cumplimiento, siempre que hubiere hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquella revocada".

El caso de la obligación de cumplimiento del servicio militar es dudosa porque normalmente existe dificultad en concebir un derecho en el Estado. Pero esto no tiene porqué ser así ²⁰⁶, el propio Kelsen como hemos visto se refiere a ellos, y en España, López Calera distinguirá al menos cinco (derecho a la defensa y a la seguridad del Estado; derecho del Estado a declarar los estados de alarma, excepción y sitio; derechos del Estado que se desprenden de la referencia del Código penal a los llamados "delitos contra el Estado"; el derecho del Estado a sus "secretos"; y el derecho del estado a exigir a los contribuyentes datos relativos a su situación económica) ²⁰⁷, si bien este autor los considera desde el ámbito jurídico político ²⁰⁸. El Estado,

²⁰⁶El Estado o la Administración en su nombre es titular de derechos ya en su forma estricta o como poderes. Así, incluso en el Derecho público, se distinguen los derechos subjetivos según sea su titular la Administración o los administrados, y se citan ejemplos de derechos de la Administración como el derecho que tiene "frente al contratista de una obra pública a que la realice efectivamente" o el "derecho de la Administración a cobrar una liquidación tributaria". Vid. J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho administrativo, I, obra cit., p. 894. Por otro lado, como señala LOPEZ CALERA, Robert von Mohl hace ya referencia en 1834 (en *System der Präventiv-Justiz*) a los derechos del Estado. Vid. Derechos individuales y derechos del Estado, Discurso de apertura del curso académico 1986-87, Servicio de Publicaciones, Universidad de Granada, 1986, p. 15.

²⁰⁷LOPEZ CALERA, Derechos individuales y derechos del Estado, obra cit., pp. 20 y ss. En el ámbito penal, la concepción del Estado como titular de derechos subjetivos está muy consolidada. Vid. por ejemplo J. M. RODRIGUEZ DEVESA, Derecho penal español. Parte General, Madrid 1981, p. 58.

²⁰⁸En este sentido escribe: "Desde la perspectiva de la Constitución española se puede hablar también -creo- de esos derechos del Estado. A veces coinciden con lo que son sus estrictos poderes soberanos, pero en otras ocasiones se presentan como derechos de un ente que, aunque en principio

tiene el derecho (ya sea en la forma de poder como en cualquiera de las otras) de exigir el cumplimiento de la obligación al ciudadano. Si éste no la cumple, el estado puede sancionarle. Incluso puede afirmarse que es un ejemplo típico del esquema que hemos desarrollado en este punto: **El Ordenamiento impone una obligación (la de cumplir el servicio militar) a partir de una determinada edad. Cuando ésta se alcanza, el ciudadano está sujeto a esa disposición, mientras que el Estado tiene ciertamente el derecho de hacerla cumplir** ²⁰⁹. Muchas de las confusiones que se producen en esta materia parten de ideas iusnaturalistas a la hora de examinar al Derecho. Así, para muchos, todo derecho tiene que ser racional, y no se puede nunca hablar de un derecho en aquellos casos en los que éste no parezca ser una pretensión o exigencia ética justificada ²¹⁰. De esta forma, si sería posible hablar de poderes en el Estado pero no de derechos.

También se ha intentado negar la posibilidad de que el Estado sea titular de derechos, y más concretamente, de derechos fundamentales atendiendo al significado tradicional de este término. En este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal

representa a la sociedad, parece tener intereses propios que no concuerdan, e incluso los contradicen, con los intereses sociales mayoritarios...". Derechos individuales y derechos del Estado, obra cit., p. 19.

²⁰⁹ Aunque se trate de un derecho especial y no justificable desde la óptica de este trabajo.

²¹⁰ Ya hemos hecho referencia en esta tesis a estas posturas, mantenidas actualmente sobre todo en el ámbito anglosajón, aunque, como hemos visto, también son seguidas en España por algunos autores.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Constitucional 64/88 de 12 de abril ²¹¹, que contesta un recurso de amparo interpuesto por la Administración del Estado impugnando una providencia de la Magistratura de Trabajo num. 1 de Ceuta, por presunta violación del derecho establecido en el artículo 24.1 de la Constitución. En ella se señala la dificultad de plantear los derechos fundamentales, como garantías de los particulares frente al Poder público, respecto a las personas jurídicas de Derecho público ²¹². Y aún con más fuerza, dentro de un voto particular a esta Sentencia, formulado por Luis Díez Picazo, Antonio Truyol y Serra y Miguel Rodríguez ²¹³, se señalará "la imposibilidad de considerar al Estado o a la Administración del estado como titular de un derecho fundamental", admitiendo esa posibilidad en las personas jurídico-públicas. Asimismo se afirma: "Los instrumentos jurídicos de que el Estado dispone para la realización de los intereses públicos no se ajustan a la idea del derecho fundamental. Los derechos fundamentales que la Constitución reconoce son genuinos derechos subjetivos y, por consiguiente, situaciones de poder, puestas por el Ordenamiento jurídico a disposición de los sujetos favorecidos para que éstos realicen libremente sus propios intereses. El ejercicio de un derecho subjetivo es siempre libre para el sujeto

²¹¹BJC. num. 85.

²¹²No así respecto a las personas jurídicas privadas. Vid. al respecto las Sentencias de este Tribunal 19/83 de 14 de marzo, BJC. num. 24, fund. juríd. 2, p. 368; y 53/83 de 20 de junio, BJC. num. 27, fund. juríd. 1, p. 809.

²¹³BJC. num. 85, p. 672.

La obligación jurídica

favorecido... El instrumento básico de los derechos fundamentales no se adecua a la organización estatal, cualquiera que sea la forma en que se la personifique. Para la realización de los fines y la protección de sus intereses públicos no es titular de derechos subjetivos, salvo cuando actúa sometiéndose al Derecho privado. El Estado posee potestades y competencias, pero de ningún modo derechos fundamentales".

Esta concepción extremadamente restringida de los derechos fundamentales y de los derechos subjetivos como ejercicio libre, que llevaría a negar tal carácter a determinados derechos cuyo uso se encuentra limitado de forma general en relación con otros derechos y de forma específica en relación con otros bienes constitucionales ²¹⁴, ha sido matizada por el mismo Tribunal Constitucional. Así, refiriéndose a la tutela judicial del artículo 24.1, en su Sentencia 197/88 de 24 de octubre, afirma: "Es, desde luego, incuestionable que, existiendo una vía judicial preestablecida por la ley, los órganos judiciales deberán respetar el derecho a la tutela judicial que demanden los que están legitimados para ello, sin que este imperativo pueda ser excepcionado cuando el que reclama la prestación jurisdiccional es un ente público...". Si bien también prevé casos en los que no podrá invocarse este derecho por parte del órgano público, como cuando así lo disponga la ley, o cuando se quiera plantear

²¹⁴Vid. las Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981, BJC. num. 4, fund. jur. 15, p. 266; 2 de julio de 1981, BJC. num. 4, fund. jur. 9, p. 251; 2/82 de 29 de enero, BJC. num. 10, fund. jur. 5, p. 105; 91/83 de 7 de noviembre, BJC. num. 31, fund. jur. 3, p. 1331; etc...

Deberes y obligaciones en la Constitución

frente a actos de control de la legalidad ²¹⁵.

En cuanto a la obligación de contribuir al gasto público, puede decirse lo mismo que en el caso anterior. Por lo que respecta a las obligaciones de protección del medio ambiente, ya observamos que se trataba de unas obligaciones que tienen derechos correlativos en el Estado y también en personas individuales, fundados en el interés de la comunidad ²¹⁶. Este tipo de argumentos resulta poco comprensible si se mantiene una visión del Derecho donde predominan los derechos, o se conciben a éstos siempre como primeros en el tiempo respecto a las obligaciones ²¹⁷. La relación entre derecho y obligación es una relación dinámica en la que en ocasiones la figura del derecho es prevalente, mientras que en otras esta situación es la mantenida por la obligación.

Se ha intentado negar la correlatividad entre el derecho y la obligación haciendo referencia a aquellas normas que señalan los requisitos formales para la realización de ciertos actos

²¹⁵BJC. num. 91, p. 1306.

²¹⁶En este sentido se intenta también fundamentar otras obligaciones como las de respeto hacia los animales, o también las de contribución al gasto público. Incluso hay quien la extiende para la de cumplimiento del servicio militar.

²¹⁷Este es el enfoque tradicional, que no toma en cuenta, por ejemplo, preguntas como las señaladas por ROUBIER, en el sentido de si: "Une infraction à un devoir juridique peut-elle donner naissance à un droit subjectif?". O también si "la violation d'un droit subjectifs constitue-t-elle de son côté une infraction à un devoir juridique?". Vid. Droit subjectifs et situations juridiques, obra cit., pp. 103 y ss.

La obligación jurídica

jurídicos ²¹⁸. Cuando el Ordenamiento señala ciertos requisitos para la perfección de un acto jurídico, se ha querido ver la imposición de determinadas obligaciones. Pero el Derecho supone la restricción de la actuación libre de una persona ajustándola a unos determinados criterios. Así, cuando se otorgan ciertos derechos a una persona, lo que hace no es dejar en libertad a la persona sino que regula de un modo determinado su actuar, estableciendo un marco para su ejercicio ²¹⁹. De ahí que cuando se establecen ciertos requisitos formales para la realización de un acto jurídico, no parece ser que se creen obligaciones sino que se regula el ejercicio de un derecho imponiéndose unas determinadas actuaciones. En último término se podría hablar aquí más que de obligaciones de derechos, en el sentido de ser formas de organización del ejercicio de los mismos.

Estas consideraciones aplicadas al deber u obligación moral de gobierno y de obediencia, hacen que estos puedan ser vistos dentro del ámbito jurídico bien como obligaciones bien como sujeciones. Hay una sujeción general al sistema que se convierte en obligación propiamente cuando la persona se ve afectada por una norma. Así el deber u obligación de obediencia (moral) si se positiviza se convierte en obligación jurídica de

²¹⁸ Este problema se asemeja al de la carga, que tiene que ser considerada bien como derecho-obligación o más bien como libertad-obligación, bien en el sentido de limitación del ejercicio de un derecho.

²¹⁹ Esto ya es observado por Jean DABIN, pero limitándose al plano de la función. Vid. El derecho subjetivo, trad. de F. J. Ossset, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955, p. 296.

Deberes y obligaciones en la Constitución

obediencia (que a su vez puede presentarse en su aspecto de sujeción). En cuanto al deber u obligación de gobierno (moral), ocurre lo mismo si bien en él el lado propio de la obligación es más fuerte.

B.5.5. Derechos frente a derechos y obligaciones frente a obligaciones

En el estudio de los correlativos y de los opuestos hemos dejado fuera una situación que se puede producir dentro de la misma relación jurídica. Esta es la posible existencia de derecho frente a derecho o de obligación frente a obligación (ambos entendidos en forma general). En una misma relación jurídica puede que coexistan dos situaciones de derecho que se contraponen; se trata de una situación de conflicto de derechos ²²⁰. Pero esta misma situación puede darse por el lado pasivo, es decir, en determinadas situaciones puede que coexistan ciertas obligaciones distintas en diferentes personas (conflicto de obligaciones). Estas situaciones pueden darse en el ámbito del Derecho público, cuando se dictan obligaciones contradictorias a determinados órganos. El problema viene a desencadenar en una antinomia, problema del que se han ocupado infinidad de trabajos.

²²⁰ Guarino pone como ejemplo el derecho del Estado de hacer la guerra que tiene en frente el derecho del Estado agredido. O también el derecho de huelga de los trabajadores frente al derecho de cierre de la fábrica por el empresario. Vid. G. GUARINO, Potere giuridico e diritto soggettivo, obra cit., p. 85.

La obligación jurídica

En estos casos, no tendría sentido el reelaborar el esquema de los correlativos ya que se trata de situaciones anormales que deben ser resueltas por unos criterios con una cierta tradición jurídica consolidada ²²¹, pero si que es significativo de la posible insuficiencia de esos esquemas como criterios generales de estudio de las situaciones jurídicas subjetivas.

B.5.6. Derecho-obligación

Por otro lado, también el esquema no recoge una serie de figuras que han sido destacadas por la doctrina como figuras intermedias, esto es, el poder-sujección y el derecho-deber (que aquí denominaremos derecho-obligación) ²²².

Ambas se podrían reconducir a los mismos términos si bien la primera parece referirse propiamente a aquellos casos en los que el Derecho asigna una determinada potestad en forma de derechos subjetivos, constituyendo su ejercicio verdaderas

²²¹Vid. en este sentido, por ejemplo, N. BOBBIO, Teoría general del Derecho, obra cit., pp. 184 y ss.

²²²Incluso se habla también de libertad-obligación. Vid. Germano BELLUSSI, cuando se refiere a la libertad-obligación de conciencia, en AAVV, Obligazione politica è libertà di coscienza, Atti del IX Congresso Nazionale (Perugia, 5-7 Ottobre, 1972), a cura di R. Orecchia, Giuffrè, Milano 1974, pp. 170 y ss. De libertad-obligación podría hablarse quizás en situaciones como la de la carga. Vid. G. GAVAZZI, L'onere tra la libertà e l'obbligo, obra cit. Y también J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., pp. 900 y 903, que escribe de "situaciones de contenido complejo, en las que, junto a elementos activos o de poder, existen elementos pasivos o de deber", proponiendo como ejemplo los casos de propiedad inmobiliaria.

Deberes y obligaciones en la Constitución

obligaciones, como en el caso de la función pública ²²³, o también, como señala Atienza, "los propios derechos de participación si se estableciera que tal participación fuera obligatoria" ²²⁴.

Para Thon, no puede hablarse de derechos-obligación en los órganos públicos, ya que en estas situaciones los órganos no ejercitan derechos propios sino más bien derechos de otros, es decir, aquellos que están atribuidos a la colectividad. Y esto puede ocurrir también en las relaciones entre los particulares en las que puedan darse situaciones así definidas ²²⁵. También se

²²³Vid. Santi ROMANO, Principii di Diritto Costituzionale Generale, obra cit., pp. 160 y 161. A. PIZZORUSSO habla de poderes-deberes o de derechos funcionales: "poteri nella quali l'esercizio di un potere non sia vantaggioso dal punto di vista egoistico ed individuale del titolare della corrispondente situazione giuridica soggettiva, ma costituisca ciò nonostante un dovere nei confronti della stato e della società". Stato, cittadino, formazioni sociali, obra cit., p. 11. A esto parecen aludir también GARCIA DE ENTERRIA y Tomás R. FERNANDEZ, cuando en su Curso de Derecho Administrativo, tomo II, obra cit., pp. 28 y 29, hablan de Poderes-Deberes o Poderes funcionales. Sin duda esta figura es semejante a las consideraciones anglosajonas que identifican las obligaciones con la adquisición de determinados papeles sociales, jurídicos o políticos. Vid. en este sentido también a Emilio CROSA, Diritto Costituzionale, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino 1951, p. 144, y a J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 903.

²²⁴M. ATIENZA, Una clasificación de los derechos humanos, obra cit., p. 40. Vid. también Paolo BARILE, Diritti dell'uomo e libertà fondamentali, obra cit., p. 395.

²²⁵THON cita ejemplos de ambas situaciones, así escribe: "Colui che, secondo il diritto del singolo Stato, è investito d'ufficio una volta per tutte della rappresentanza giudiziaria del fisco oppure ne è incaricato anche soltanto in un caso singolo, ha allora da agire in conformità al dovere. A seconda del suo rapporto verso lo Stato gl'incombe l'obbligo pubblicistico o privatistico di far valere le pretese private dello Stato. Parimenti il tutore è autorizzato ed obbligato nell'interesse del pupillo ad esercitare quanto meglio egli possa i diritti privati e le pretese private di quest'ultimo". Norma giuridica e diritto soggettivo, obra cit., p. 128. En contra de la existencia de derechos-obligación vid. P. VIRGA, Libertà giuridica e diritti

La obligación jurídica

recoge esta figura en el sentido de que distintas normas conceden a la misma persona un derecho y una obligación, desencadenando una situación de antinomia ²²⁶.

Pero no se trata de unas figuras tan complejas como entienden algunos autores. Los derechos-obligación pueden ser definidos con Peces-Barba como aquellos "derechos valorados de una manera tan importante por la comunidad y por su Ordenamiento jurídico que no se pueden abandonar a la autonomía de la voluntad sino que el Estado establece deberes para todos, al mismo tiempo que les otorga facultades sobre ellos" ²²⁷. Se trata de situaciones especiales que no tienen un significado de incompatibilidad sino que debido a la importancia de su contenido se establecen como obligatorias ²²⁸.

Esta figura también puede contemplarse desde las distintas visiones que analizamos de someramente partiendo de Hohfeld. Así,

fondamentali, obra cit., p. 135, y, en España, Santiago VARELA, La idea de deber constitucional, obra cit., p. 85.

²²⁶ Este parece ser el sentido en el que G. GUARINIO emplea la figura del derecho-obligación. Vid. Potere giuridico e diritto soggettivo, obra cit., p. 83.

²²⁷ G. PECES-BARBA, Derechos fundamentales, obra cit., p. 104. Así también escribe: "No se trata de que frente al derecho del titular otra persona tenga un deber frente a ese derecho, sino que el mismo titular del derecho soporte la exigencia de un deber". Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales, en Escritos sobre derechos fundamentales, obra cit., p. 209. Es interesante la observación que en este punto realiza G. GAVAZZI: "I giuristi che postulano l'equivalenza 'dovere' 'diritto soggettivo' non possono ovviamente ammettere la categoria dei doveri (giuridici) verso se stessi". L'onere, tra la libertà e l'obbligo, obra cit., p. 62, nota 44.

²²⁸ Vid. J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 903; G. LOMBARDI, Contributo allo studio dei doveri costituzionali, obra cit., pp. 25 y 177.

Deberes y obligaciones en la Constitución

si nos fijamos en la clasificación de Atienza, esta figura estaría inmersa en las situaciones b) y d) del derecho subjetivo en sí y en la situación b) de la libertad ²²⁹.

B.5.7. Las obligaciones funcionales

Como hemos visto, hay autores que hablan de poderes-deberes, así como de poderes funcionales, refiriéndose propiamente a la actividad de la Administración ²³⁰. Aún dejando claro que será un tema que tratemos más adelante, de manera especial cuando nos ocupemos de la juridificación de la obligación de buen gobierno, es necesario aclarar ciertos puntos que pueden oscurecer, aún más, el ya de por sí misterioso concepto de obligación.

Las obligaciones son entendidas por la cultura anglosajona como aquellas imposiciones activas o pasivas que se derivan

²²⁹ Estas situaciones son:

"La conducta X de B es una conducta positiva; la conducta de A consistente en exigir, facilitar o colaborar a que B efectúe X es una conducta obligatoria".

"La conducta X de B consiste en un no hacer, en omitir. La conducta de A consistente en exigir, facilitar o colaborar a que B efectúe X (es decir, a que omita actuar) es una conducta obligatoria".

La libertad en cuanto facultad unida al ejercicio de derechos de tipo a), esto es aquellos que pueden ser definidos así: "la conducta X de B es una conducta positiva. La conducta de A consistente en exigir, facilitar o colaborar a que B efectúe X es una conducta facultativa". Vid. M. ATIENZA, *Una clasificación de los derechos humanos*, obra cit., pp. 37 y ss.

²³⁰ Vid. en este sentido J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 876; Santi ROMANO, Principii di Diritto Costituzionale Generale, obra cit., pp. 160 y 161; PIZZORUSSO, Stato, cittadino, formazioni sociali, obra cit., p. 11; E. GARCIA DE ENTERRIA y T.R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, T. II, obra cit., pp. 28 y 29; Juan M. DE LA CUETARA, Las potestades administrativas, obra cit., p. 44; etc...

La obligación jurídica

de la ocupación de ciertos papeles sociales. Las obligaciones funcionales han sido concebidas teniendo muy presente esa concepción. Así, puede hablarse de obligaciones funcionales del padre de familia, de la madre, del tutor, etc... Pero también se habla de obligaciones funcionales del Estado ²³¹; y respecto a estas se plantean dos cuestiones que relativizan su consideración como verdaderas obligaciones: presencia o no de sanción para el caso de no cumplimiento, y presencia o no de derecho correlativo.

Las obligaciones funcionales sí que pueden ser entendidas como obligaciones jurídicas ya que gozan de sus características principales. Su no cumplimiento, como veremos en la tercera parte de este trabajo, lleva aparejado algún tipo de sanción (aún así, como veremos más adelante, es posible, en cierto sentido, hablar de obligaciones sin sanción). Por lo que respecta a la presencia o no de derecho correlativo, esta obligación puede ser exigible por figuras equiparables a la del derecho (predominando cualquier momento del esquema aquí expuesto). Así puede haber situaciones en las que la obligación funcional aparezca en la forma de sujeción, con lo que no podría hablarse de un derecho correlativo en sentido estricto; pero cuando se convierte en obligación en sentido estricto sí. Por ejemplo, un principio rector de la política social y económica, mientras no esté desarrollado por ley, puede ser una sujeción del Estado -que no puede legislar de forma contraria-, que tiene como correlativo un poder en los

²³¹Vid. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, en Studi in onore di E. Crosa, Milano 1960, vol. II, pp. 450 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

ciudadanos. Cuando se desarrolla por ley o cuando el Estado realiza alguna disposición en relación con el principio, existe ya la obligación y los ciudadanos tienen derecho a exigir su cumplimiento.

LA OBLIGACION JURIDICA: UN NUEVO MODELO

Estas consideraciones conllevan un cambio en el esquema final de correlativos y opuestos que proponíamos anteriormente. Así, la situación quedaría expresada del siguiente modo:

Tener una obligación significaría:

-Presencia en uno mismo de:

Obligación en sentido estricto

No-derecho (matizado para ocasiones de posible existencia de derecho-obligación y obligaciones funcionales).

Sujección (sería un momento anterior).

Incompetencia (Matizada en ocasiones de existencia de derecho-obligación)

-Ausencia en otro de (situaciones matizadas por la posible existencia de derechos-obligación y obligaciones funcionales):

Obligación en sentido estricto

No-derecho

Sujección

Incompetencia

La obligación jurídica

-Presencia en otro de (situaciones matizadas por la posible existencia de derechos-obligación y obligaciones funcionales):

Derecho en sentido estricto (predomina en los casos de obligaciones en sentido estricto)

Libertad

Potestad (Poder, predomina en los casos de sujeción como momento especial de las obligaciones)

Inmunidad

-Ausencia en uno mismo de (situaciones matizadas por la posible existencia de derechos-obligación y obligaciones funcionales):

Derecho en sentido estricto

Libertad

Potestad (Poder)

Inmunidad

En el esquema que puede ser ya considerado como definitivo, no se recogen los casos de posibles conflictos dentro de la misma relación entre obligaciones ya que consideramos que era una situación de antinomia que no tiene porqué reflejarse. Aún así, si quisiésemos hacerlo, el esquema variaría produciendo la presencia posible de todas las situaciones dentro de la misma obligación.

Como vemos, el concepto de obligación es un concepto en el que se recogen infinidad de situaciones diversas. De ahí la dificultad en cuanto su definición y la variedad de ellas que se han producido en el ámbito jurídico. El esquema anterior puede servir como definición amplia, pero si quisiésemos establecer un concepto restringido (en cierto modo insuficiente) podríamos definir la obligación como aquella situación establecida por el Ordenamiento jurídico por la que se restringe la libertad total

Deberes y obligaciones en la Constitución

de un individuo imponiéndole la realización de una conducta (activa o pasiva) cuyo incumplimiento lleva aparejada una sanción en sentido amplio.

A. CARACTERISTICAS DE LAS OBLIGACIONES JURIDICAS

Resulta difícil enumerar unas características que puedan reconocerse en todo tipo de obligaciones jurídicas, y no ya por el hecho de las distintas posiciones que ante la concepción de éstas existen sino también por su distinta composición incluso dentro de una misma concepción. Teniendo ésto presente, creo que hay dos características que, dentro de nuestra concepción, pueden estar presentes, al menos, en todas las obligaciones. Junto a éstas dos puede añadirse otra que, en sentido amplio, también puede predicarse de ellas. Estas características son: la pertenencia al Ordenamiento y el significado de restricción de la libertad del sujeto obligado. La tercera hace referencia a situaciones de no cumplimiento de la obligación, por lo que si es considerada como característica de ella habría que considerar también la que se origina por el cumplimiento. En este sentido habría que hacer referencia a la sanción, y a la satisfacción, en caso de cumplimiento, de al menos uno de estos dos intereses: el del Estado a la conservación del orden jurídico o el de otro sujeto ²³².

²³²Vid. en este sentido Antonio PALERMO, Voz Obbligo giuridico, en Novissimo Digesto italiano, obra cit., p. 704.

La obligación jurídica

A.1. Pertenencia al Ordenamiento

Como hemos visto anteriormente, para poder hablar de obligación jurídica es necesario que esta esté recogida en una norma ²³³. La característica de pertenencia al Ordenamiento significa que ésta norma creadora de obligación jurídica debe ser una norma válida, es decir, una norma creada de acuerdo a los criterios formales (de procedimiento) y materiales (de contenido) propios del Ordenamiento jurídico ²³⁴. Si siguiésemos un criterio temporal, ésta podría ser considerada como la primaria.

A.2. Restricción de la libertad

Ha de ser entendida cercana a la idea de coacción propia de la obligación y de la norma jurídica. Con ello no quiero decir que no haya obligaciones que sean cumplidas espontáneamente. Lo que sí parece cierto es que cualquier norma que impone un determinado comportamiento activo o pasivo, restringe la libertad aunque sea cumplida con satisfacción ²³⁵. Así, la obligación

²³³Vid. Joseph W. BINGHAM, *The nature of legal rights and duties*, en *Michigan Law Review*, vol. XII, Noviembre 1913.

²³⁴"El deber jurídico tiene que estar reconocido por una norma perteneciente al Ordenamiento. Eso supone su creación, de acuerdo con la norma de identificación de normas que establece los órganos competentes y los procedimientos adecuados para crear normas y el apoyo del sistema en el Poder". Gregorio PECES-BARBA, *Los deberes fundamentales*, obra cit., p. 335.

²³⁵Vid. J. BENTHAM, *Tratados sobre legislación civil y penal*, obra cit., p. 66. Como escribe Felix E. OPPENHEIM: "Está claro que alguien que me prohíbe o me impide actuar de cierta manera (o me coacciona para que haga algo o convierte en necesario que yo lo haga) limita mi libertad". *Conceptos políticos. Una reconstrucción*, obra cit., p. 48. Vid. también Francisco

Deberes y obligaciones en la Constitución

jurídica correspondería a la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad, concedida a otro u otros, de exigir de la primera cierta conducta, positiva o negativa ²³⁶. A esta característica se refieren aquellos autores que escriben de una situación de desventaja en el sujeto obligado ²³⁷.

La restricción relativa de la libertad propia de la obligación jurídica es un dato también característico de la obligación moral sobre todo en su consideración intersubjetiva. Aún así, hay autores que diferencian la obligación jurídica y la moral en este punto ²³⁸.

Por ejemplo Tussman destaca dos sentidos en los que puede emplearse el término obligación. El primero iría relacionado con la coacción o la fuerza y se utiliza en situaciones en las que no cabe elección en cuanto a la forma de actuar: su incumplimiento lleva aparejado una sanción. El segundo se emplea en aquellas situaciones en las que, por ejemplo, decimos "que 'uno tiene la obligación de pagar sus deudas'". En estas situaciones no hay relación directa con la fuerza y subsiste la posibilidad de

GONZALEZ NAVARRO, Derecho Administrativo Español, Tomo I, obra cit., p. 540.

²³⁶Eduardo GARCIA MAYNEZ, Introducción al estudio del Derecho, Porrúa, Mexico 1975, p. 268.

²³⁷Vid. en este sentido Giacomo GAVAZZI, Elementi di Teoria del Diritto, Giapichelli, Torino, p. 17.

²³⁸Otros autores, manteniendo una concepción de la obligación jurídica apoyada en el campo de la moral, destacan la relación entre obligación jurídica y libertad. Vid. Luigi FERRI, La autonomía privada, obra cit., pp. 261 y ss.

La obligación jurídica

elección. A este último sentido, según este autor, se le denomina obligación moral ²³⁹. La relación que hay entre estos dos sentidos y la libertad es, para este autor, la siguiente: "... mientras en el primer sentido 'sentirse obligado' es incompatible con 'sentirse libre', en el segundo sentido 'sentirse libre' es condición necesaria de 'tener una obligación'" ²⁴⁰.

Este tipo de argumentos parten de la base de no distinguir entre deber y obligación, esto hace que hablar de la imposibilidad de obligaciones morales coactivas, desconociendo imposiciones y sanciones que se producen en la vida real por parte de determinados tipos de moral. Por otro lado, la obligación jurídica puede colaborar al sentimiento de la libertad. La restricción de la libertad psicológica no hace que se pierda todo tipo de libertad sino que supone el paso a la libertad jurídica.

No hay que confundir la restricción de libertad con la servidumbre, y menos con la que se puede producir en un sistema democrático. Ser siervo significa vivir de manera disconforme a lo que te indica tu propia razón o tus fines escogidos en la vida ²⁴¹. Esta situación no puede identificarse con la que se produce

²³⁹Joseph TUSSMAN, Obligation and the Body Politic, obra cit., p. 19.

²⁴⁰Joseph TUSSMAN, Obligation and the Body Politic, obra cit., p. 19.

²⁴¹Me parecen muy interesantes las palabras de SPINOZA a este respecto: "En verdad, aquel que es arrastrado por sus deseos y no puede ver ni hacer nada de lo que le es útil, es propiamente siervo, y sólo es libre el que con ánimo integro vive según las reglas de la razón. La acción, según el mandato, esto es, la obediencia, quita sin duda la libertad en cierto modo, pero no por eso se es siervo, sino por razón de la acción. Si el fin de la acción no es la utilidad del agente mismo, sino de quien impera, entonces, el agente es siervo e inútil para sí". Tratado Teológico Político. Tratado Político,

Deberes y obligaciones en la Constitución

por cuenta de la obligación jurídica, y aún menos en aquella que es producto de un sistema democrático fundamentado en el diálogo intersubjetivo.

Como vimos en el punto anterior, la obligación jurídica tiene que ser contemplada dentro de lo que se denomina libertad jurídica. Esto puede resultar paradójico ya que en un momento hablamos de la obligación como restricción de la libertad y ahora la encuadramos dentro de ella. Esto es la expresión de la paradoja que señala Dias cuando afirma: la "libertad comienza donde terminan las obligaciones"; pero "en contra de esto, hay otros casos donde la libertad es creada específicamente por un derecho"²⁴². La libertad jurídica supone una restricción relativa de la libertad sin límites, como condición esencial para alcanzar una libertad moral en sentido social. Es decir, no es incongruente hablar de la libertad jurídica como libertad restringida o libertad limitada.

La relación entre la obligación jurídica y la aceptación del sistema es fundamental para aclarar la mantenida entre la obligación y la libertad. Un sistema participativo en el que los hombres pueden expresar y satisfacer sus necesidades y pretensiones básicas, aumentará el grado de libertad en el cumplimiento de la obligación.

obra cit., pp. 62 y 63.

²⁴²DIAS, Jurisprudence, obra cit., p. 46.

La obligación jurídica

A.3. La sanción.

Si siguiésemos el criterio temporal anunciado anteriormente, sería la última característica. Ya hemos hecho referencia a ella. Creo que hay que entenderla dentro de ciertos parámetros. La obligación puede ir acompañada de una sanción para el caso de incumplimiento y en ocasiones de un premio para el caso de cumplimiento.

La sanción ha sido destacada por muchos como el elemento esencial de la obligación jurídica. Así, por ejemplo, para Bentham, "sin la noción de castigo (es decir, la pena ajena a un acto, resultado de determinados motivos y de una cierta fuente) no puede existir noción alguna de deber o de derecho" ²⁴³. Pero también hay quienes niegan que la sanción sea una característica de la obligación jurídica. Por ejemplo, según Dias, a la obligación no hay que buscarla en la sanción sino en el modelo de conducta que se prescribe. En este sentido escribe que no es sustentable el definir la obligación por la sanción y ello por diversos motivos. Entre ellos destaca aquellos casos en los que la sanción no puede ejercitarse (huida del transgresor, etc...). Asimismo señala que los tribunales no utilizan a la sanción como el método para averiguar la presencia de una obligación; sino que aplican la sanción porque primero han reconocido que una obligación ha sido transgredida. Así, afirma que definir la obligación

²⁴³J. BENTHAM, Fragmento sobre el gobierno, obra cit., p. 126. Incluso la clasificación que realiza de los distintos deberes se hace mediante la distinción de diversos castigos. Vid. así Fragmento sobre el gobierno, obra cit., p. 128, nota 101.

Deberes y obligaciones en la Constitución

por la sanción es una prueba de la confusión entre la prescripción de una conducta y el aseguramiento de la obediencia, señalando la existencia de casos en los que puede hablarse de obligaciones sin sanción ²⁴⁴.

El señalar a la sanción como elemento característico de la obligación no quiere decir, en primer lugar, que aquella deba ir impresa en la misma norma. El contenido de la obligación jurídica puede estar patente en una sola norma, pero también puede estar en más. Por otro lado, la sanción bien puede constituir una norma distinta, aunque casi siempre estará en la misma norma en la que se señala el contenido de la obligación ²⁴⁵. Así, hay autores que señalan que la sanción -unida a todo incumplimiento de obligación- está siempre en otra norma distinta e independiente. La primera norma diría que "verificándose otras condiciones es obligatorio un cierto comportamiento". La segunda que "verificándose otras condiciones, entre las que está la inobservancia del primer deber, debe producirse un evento..." que se denomina sanción ²⁴⁶. Por otro lado, la exigencia de sanción no debe ser llevada a sus últimos extremos, porque no es un criterio pertene-

²⁴⁴Vid. DIAS, Jurisprudence, obra cit., pp. 310 y ss. Vid. también CASSARINO Le situazioni giuridiche e l'oggetto della giurisdizione amministrativa, Milano 1956, pp. 23 y ss.

²⁴⁵Al estudiar las obligaciones jurídicas básicas en la Constitución, veremos como se ha intentado negar que sean verdaderas obligaciones por la ausencia de sanción. Vid. en este sentido por ejemplo a Santiago VARELA, La idea del deber constitucional, obra cit., pp. 69 a 96.

²⁴⁶Giorgio BALLADORE-PALLIERI, Dottrina dello Stato, obra cit., pp. 184 y ss.

La obligación jurídica

ciente a todas las normas, sino al Ordenamiento en su conjunto²⁴⁷. Esto ha llevado a muchos autores a no incluir la sanción como elemento característico de las obligaciones²⁴⁸.

En segundo lugar, no siempre que sea incumplida la obligación se va a aplicar la sanción; y esto no nos debe llevar a negar en esos casos la existencia de una obligación jurídica. En este sentido escribe Vernengo: "... el acto obligatorio es aquel acto que se configura omitiendo realizar el acto que es condición específica de la sanción. Pues, claro está, que muchas acciones permiten evitar una sanción: el delincuente que huye evita la sanción, pero no diríamos que cumple un deber jurídico"²⁴⁹. Así se puede afirmar que aunque una obligación no sea cumplida no por ello ésta desaparece²⁵⁰. Por otro lado, el afirmar que siempre se va a aplicar la sanción, como hacen algunos autores, nos llevaría a hacer necesaria otra norma sancionadora para el caso en que la sanción no se aplicase y así nos remontaríamos hasta

²⁴⁷Vid. Norberto BOBBIO, Teoría General del Derecho, obra cit., p. 116.

²⁴⁸Vid. en este sentido A. THON, Norma giuridica e diritto soggettivo, obra cit., pp. 15 y 16.

²⁴⁹Roberto J. VERNENGO, Curso de Teoría General del Derecho, obra cit., p. 179. GAVAZZI expone un ejemplo claro comentando la crítica de Hart a la concepción de Bentham sobre la obligación: "Tra l'affermazione que Tizio ha l'obbligo a, e l'affermazione che Tizio non subirà nessuna sanzione perchè gode di protezioni speciali o perchè si è rifugiato in Venezuela, non c'è maggior contraddizione di quanta ve ne sia tra il dire che Marco è il favorito al Derby e il dire che invece vincerà Ringo perché verrà opportunamente drogato". In difesa (parziale) di una concezione predittiva dell'obbligo giuridico, obra cit., pp. 171 y 172.

²⁵⁰Vid. A. THON, Norma giuridica e diritto soggettivo, obra cit., p. 43.

Deberes y obligaciones en la Constitución

el infinito ²⁵¹.

En tercer lugar, introducir la sanción como elemento esencial de la obligación nos llevaría a apartar de esa consideración a ciertas obligaciones de órganos supremos que no son acompañadas de la misma, entre ellas, aquellas cuyo incumplimiento provoca la nulidad de los actos, o también aquellas obligaciones que se correlacionan con otras y cuyo incumplimiento anula la otra obligación pero no genera sanción (a no ser que entendiésemos la nulidad del acto o la de la obligación primera como sanción).

Se hace difícil compaginar estos problemas con afirmaciones como la de Recasens en el sentido de que "la existencia del deber jurídico se determina porque la infracción de la conducta en aquel señalada constituye el presupuesto de una sanción jurídica (estos es, de una de las formas de la coercibilidad inexorable)" ²⁵². La sanción debe entenderse como un elemento definidor de la obligación jurídica pero no esencial ²⁵³.

La sanción, puede tener su origen en el incumplimiento de

²⁵¹En este sentido escribe FROSINI: "...se fosse vero che la giuridicità di un obbligo di legge è assicurata dalla sanzione, allora ogni norma sanzionatoria dovrebbe perciò stesso venire confermata da una altra sanzione per il caso dimancata applicazione, e così via ad infinitum". Diritto soggettivo e dovere giuridico, en Raccolta di Scritti in onore di A.C. Jemolo, vol. IV, Giuffrè, Milano 1963, p. 227.

²⁵²Luis RECASENS SICHES, Filosofía del Derecho, obra cit., p. 242.

²⁵³Vid. M. GIORGIANNI, La obligación, obra cit., pp. 32 y ss.

La obligación jurídica

una obligación pero es ya un elemento externo a la misma ²⁵⁴, aunque, sin duda, puede encuadrarse dentro de los efectos que la misma produce. Esto ha llevado a que existan autores que contemplan esta característica junto con la de restricción de la libertad, como elementos determinantes de la obediencia al Derecho ²⁵⁵.

Pero hasta el momento estamos contemplando la existencia de sanciones negativas en caso de incumplimiento. Junto a éstas pueden darse también sanciones positivas o premios establecidos para el caso del cumplimiento de la obligación. Situaciones a las que se pueden aplicar las mismas consideraciones que hemos realizado sobre las sanciones negativas ²⁵⁶.

B. CLASES DE OBLIGACIONES JURIDICAS

Es igualmente difícil el realizar una clasificación de las distintas obligaciones. Las más tradicionales son las que se

²⁵⁴ En este sentido se expresa Luigi FERRI, para quien la sanción no es esencial en el concepto de obligación jurídica ya que esta actúa como tal en relación a la persona que la tiene que poner en funcionamiento y no sobre el sujeto obligado. Vid. La autonomía privada, obra cit., p. 261.

²⁵⁵ Así Hobbes escribe: "Un hombre está obligado por un pacto, es decir, debe cumplir a causa de una promesa; pero es mantenido obligado por una ley, es decir, está obligado a cumplir por miedo al castigo que está incluido en la ley". HOBBS, Del Ciudadano, obra cit., pie de pág. 1 de la p. 219.

²⁵⁶ Sobre las sanciones positivas vid. N. BOBBIO, Contribución a la Teoría del Derecho, obra cit. Vid. también la crítica de F. D'AGOSTINO, La sanzione nell'esperienza giuridica, Giappichelli Editore, Torino 1989, pp. 59 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

refieren al contenido de éstas ²⁵⁷.

B.1. Respecto al contenido

En este sentido puede hablarse de obligaciones positivas y de obligaciones negativas. Las primeras consisten en una conducta activa del obligado, es decir, un dar o hacer algo. Las segundas consisten en una conducta pasiva, es decir, "no hacer, omitir, abstenerse, tolerar" ²⁵⁸.

Se trata de la clasificación más común. A ella se refiere por ejemplo el Código Civil en su artículo 1088. Ejemplos de obligaciones jurídicas que consisten en una actitud negativa: la obligación del depositario de no servirse de la cosa que guarda

²⁵⁷Una clasificación exhaustiva, pero no del todo útil para nosotros ya que se reduce al ámbito del Derecho privado es la realizada por Castán, quien establece cinco criterios: a) Por el origen: legales, contractuales, cuasicontractuales, procedentes de hechos ilícitos (que pueden ser delictivos o culposos); b) Por la legislación que las regula: civiles y mercantiles; c) Por el vínculo: por la fuerza y eficacia del vínculo (imperfectos, que pueden ser naturales o meramente civiles, y perfectos o mixtos); por la unidad o pluralidad de vínculos (unilaterales y bilaterales); por las modalidades (puras condicionales y a plazos); d) Por los sujetos: unipersonales y pluripersonales (mancomunadas y solidarias); e) Por el objeto: por las particularidades del objeto (positivas y negativas, reales y personales, de tracto único y de tracto sucesivo, posibles e imposibles, específicas y genéricas, divisibles e indivisibles, principales y accesorias), por la unidad o pluralidad de objetos (únicas y múltiples, que pueden ser conjuntivas, alternativas y facultativas). CASTAN, Derecho civil español, común y foral, obra cit., p. 93.

²⁵⁸Ricardo DE ANGEL YAGUEZ, Introducción al estudio del Derecho, Universidad de Deusto, Bilbao 1974, p. 301. Los sujetos de las obligaciones negativas no son todos los sometidos a un Ordenamiento sino, diciéndolo con BARATTA, solamente "coloro che si trovino nella situazioni di fatto in cui è possibile la violazione della regola: si tratta cioè di situazioni caratterizzata da una concreta possibilità di interferenza nella sfera giuridica altrui protetta con l'imposizione dell'obbligo negativo". Su alcuni significati di 'dover essere' nell'analisi dell'esperienza normativa, obra cit., pie de p. 16, p. 47.

La obligación jurídica

sin permiso expreso (art. 1767 del Código civil); ejemplo de obligaciones jurídicas positivas: la obligación de los adquirentes de solares y construcciones del capítulo I del Título IV de la Ley del Suelo (de pronta modificación), de iniciar o recaudar las obras de edificación en el plazo de un año, a partir de la fecha de toma de posesión de la finca, e imprimirles el desarrollo adecuado para su normal terminación (art. 162 de la Ley del Suelo). Otro ejemplo de estas puede ser la obligación del vendedor de entregar la cosa vendida (art. 1461 del Código civil).

Las obligaciones positivas de hacer se han dividido también por la doctrina iusprivatista española (teniendo como precedente la italiana ²⁵⁹), en obligaciones de actividad y de resultado. En las primeras "el resultado debido, cuya presencia determina el cumplimiento, es una conducta con arreglo a un modelo, técnica o no". En las segundas, "el contenido del resultado debido no se determina con arreglo a un modelo de conducta sino por la presencia o ausencia de un opus, de una alteración en el mundo físico (reparación, translación)" ²⁶⁰.

También se ha desdoblado a las obligaciones positivas en aquellas que tienen por objeto una prestación personal (hacer algo) y aquellas que tienen por objeto una prestación patrimo-

²⁵⁹Vid. GIORGIANNI, L'inadempimento, Milano 1975.

²⁶⁰F. JORDANO FRAGA, La responsabilidad civil contractual, Civitas, Madrid 1987, p. 463.

Deberes y obligaciones en la Constitución

nial (dar algo) ²⁶¹

También, teniendo en cuenta el contenido, las obligaciones pueden tener carácter instantáneo, es decir, resolverse en un acto jurídico, o continuado, es decir resolverse en varios actos ²⁶². Esta distinción también es realizada en el Derecho privado cuando se habla de obligaciones puras, condicionales y a plazo. Las obligaciones puras son aquellas que no están sujetas a circunstancias que limiten sus efectos ²⁶³ (art. 1113 a. del Código civil). Las obligaciones condicionales dependen de la realización o no de un hecho futuro e incierto ²⁶⁴. Las obligaciones a plazo son aquellas cuyos efectos han de comenzar o han de cesar en un momento futuro y que han de producirse necesariamente ²⁶⁵.

B.2. Respecto a la importancia o forma de creación.

Puede hablarse de manera muy general de dos tipos de obligaciones.

²⁶¹Vid. C. CARBONE, I doveri pubblici individuale nella Costituzione, obra cit., p. 100. Este autor habla de deberes negativos constitucionales: "La categoria comprende i doveri di fedeltà alla Repubblica, di osservare la costituzione e le leggi, di svolgere la libertà di iniziativa economica privata in maniera che non sia in contrasto con l'utilità sociale e non arrechi danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana". I doveri pubblici individuale nella Costituzione, obra cit., p. 225.

²⁶²Vid en este sentido Vittorio FROSINI, Vos Dovere, en Novissimo Digesto italiano, vol. VI, obra cit., p. 303.

²⁶³CASTAN, Derecho civil español, común y foral, obra cit., p. 144.

²⁶⁴PUIG PEÑA, Tratado de Derecho civil, T. IV, vol. I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1957, p. 102.

²⁶⁵J. PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil, T. I, vol. II, obra cit., p. 112.

La obligación jurídica

a) Obligaciones básicas: Dentro de las cuales puede hablarse a su vez de : 1) Obligaciones superiores: que son las que constituyen el vértice del sistema jurídico político, y que pueden ser materiales (obediencia, respeto a los derechos fundamentales, organización del poder y defensa de las libertades y promocional) o instrumentales (solidaridad, conocimiento del castellano y estructura interna y funcionamiento democrático de los partidos, sindicatos y asociaciones empresariales). 2) Obligaciones fundamentales: Poseen un valor fundamental dentro del sistema jurídico y así han sido calificadas por la Constitución o por el Tribunal Constitucional. Entre ellas caben señalar la de defensa a España y la de contribuir al gasto público. 3) Obligaciones constitucionales: Son aquellas que están contenidas en la Constitución y que derivan bien de obligaciones superiores, bien de obligaciones fundamentales.

b) Obligaciones ordinarias: Son aquellas que se establecen entre particulares, entre organismos públicos y particulares o entre organismos públicos, y que están siempre referidas a alguna norma del Ordenamiento.

B.3. Por razón del objeto

Sobre todo en el Derecho privado, suelen establecerse diversos criterios de distinción que pueden resumirse de forma principal en los siguientes ²⁶⁶:

²⁶⁶Vid. J. PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil, obra cit., pp. 201 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

a) Por razón de la unidad o pluralidad de la prestación: 1) Únicas o simples: se tiene que realizar una única prestación o la conducta obligada recae sobre un sólo objeto. 2) Múltiples o compuestas: la conducta del obligado se refiere a varios objetos o prestaciones ²⁶⁷. Estas se dividen en obligaciones conjuntivas ("cuando la prestación abarque varios objetos, todos ellos igualmente debidos, de manera que el deudor sólo habrá cumplido la prestación cuando todos hayan sido entregados, sin perjuicio de la posible exención parcial cuando alguno haya desaparecido por causa no imputable al deudor" ²⁶⁸) y alternativas ("cuando en la obligación han sido previstas o proyectadas diferentes prestaciones, pero en forma disyuntiva, de manera que el deudor deberá cumplir solamente una de ellas" ²⁶⁹).

b) Por las circunstancias que concurren en la prestación o el objeto debido: 1) Positivas y negativas. 2) Específicas y genéricas. En la primera la prestación es una cosa individualmente determinada; en la segunda la prestación "se encuentra determinada únicamente a través de su pertenencia a un género" ²⁷⁰. 3) Divisibles e indivisibles: "Según que exista la posibilidad material y jurídica de hacer la prestación por partes o que ello

²⁶⁷Vid. CASTAN, Derecho civil español, común y foral, T. III, obra cit., p. 113.

²⁶⁸Vid. J. PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil, obra cit., p. 201.

²⁶⁹Vid. L. DIEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho civil patrimonial, obra cit., p. 490.

²⁷⁰Vid. L. DIEZ PICAZO, Fundamentos de Derecho civil patrimonial, obra cit., p. 483.

La obligación jurídica

está excluido por imposibilidad de una u otra clase" ²⁷¹. 4) Principales y accesorias: Las primeras son "las que existen por sí y tienen fin propio" y las segundas son "las subordinadas y agregadas a una principal" ²⁷².

B.4. Respecto al sujeto de la obligación.

- a) Obligaciones universales: son aquellas establecidas para todos los sujetos sometidos a un determinado Ordenamiento Jurídico.
- b) Obligaciones colectivas: son aquellas que establecen dos o más sujetos obligados. Pueden producirse bien por relaciones públicas o privadas.
- c) Obligaciones individuales: establecen un solo sujeto obligado.

En el Derecho privado como vimos se habla de unipersonales o pluripersonales ²⁷³. También se distingue entre obligaciones institucionales y obligaciones especiales. Las primeras son aquellas que se dan entre personas que se hallan en una situación determinada dentro de una institución. Las segundas son las engendradas por hechos o actos aislados donde predomina la volun-

²⁷¹Vid. J. PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil, obra cit., p. 202.

²⁷²Vid. CASTAN, Derecho civil español, común y foral, T. III, obra cit., p. 135.

²⁷³Vid. en este sentido también a D. ESPIN CANOVAS, Manual de Derecho civil español, III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1981, p. 100 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

tad libre ²⁷⁴.

B.4. Respecto a la sanción.

Teniendo en cuenta la sanción que conllevan para el caso de incumplimiento, pueden realizarse varias clasificaciones. Una de ellas es la que distingue entre:

a) Obligaciones completas: Se trata de obligaciones que conllevan en una misma norma todas las características a las que nos referimos en el apartado anterior.

b) Obligaciones incompletas: Se trata de obligaciones que no tienen todas las características expresadas en una misma norma. La característica que más comunmente puede no aparecer es la de la sanción. No es raro encontrar normas que imponen el realizar una misma conducta y que no expresan una sanción para el caso de incumplimiento. Esta sanción puede ser encontrada en otra norma e incluso, en último término, en la obligación de obediencia al Derecho si esta está positivizada.

Esta clasificación es distinta a la que realiza parte de la doctrina iusprivatista cuando distingue entre obligaciones perfectas e imperfectas. Siendo las primeras aquellas sancionadas por el Derecho positivo y ajustadas a Derecho natural, mientras que las segundas tienen solo fundamento en el Derecho positivo

²⁷⁴ Demófilo DE BUEN, Obligaciones especiales y obligaciones institucionales, en Revista Cubana de Derecho, julio-septiembre, 1943, pp. 626 y ss.

La obligación jurídica

o en el natural ²⁷⁵. Como ejemplo de las primeras obligaciones suelen citarse los artículos 1175 y 1844 del Código civil ²⁷⁶.

B.6. Respecto a la recompensa

Teniendo en cuenta la recompensa en caso de incumplimiento puede hablarse de:

- a) Obligaciones retribuidas: son aquellas cuyo cumplimiento conlleva una recompensa para el sujeto que lo ha realizado.
- b) Obligaciones no retribuidas: su cumplimiento no conlleva una recompensa.

B.7. Respecto a la existencia o no de derechos correlativos.

a) Obligaciones correlativas: Son correlativas a derechos. Se pueden dividir a su vez en específicas ("si su correlativo es el derecho subjetivo de una persona concreta") y genéricos ("si no tienen como correlativo un derecho subjetivo de una persona concreta, sino el derecho subjetivo de cualquier persona que se encuentre en una determinada situación") ²⁷⁷.

b) Obligaciones no correlativas: no tienen derechos, en sentido

²⁷⁵Vid. J. PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho civil, obra cit., p. 74. También F. BONET RAMON, Naturaleza jurídica de la obligación, obra cit., pp. 842 y ss.

²⁷⁶El artículo 1175 dice: "El propietario que ha pagado intereses sin estar estipulados, no puede reclamarlos ni imputarlos al capital". El 1844 se refiere a las obligaciones que se contraen sin convenio y dice: "Cuando, sin conocimiento del obligado a prestar alimentos, los diese a un extraño, éste tendrá derecho a reclamarlos de aquel, a no constar que los dió por oficio de piedad y sin ánimo de reclamarlos".

²⁷⁷Gregorio PECES-BARBA, Los deberes fundamentales, obra cit., p. 336.

Deberes y obligaciones en la Constitución

estricto como correlativos, aunque si pretensiones, intereses o poderes.

Obligaciones jurídicas básicas

PARTE TERCERA

LAS OBLIGACIONES JURIDICAS BASICAS



CAPITULO PRIMERO: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS OBLIGACIONES JURIDICAS BASICAS.

INTRODUCCION

Si nos fijamos en la clasificación de las obligaciones jurídicas que realizamos en el capítulo anterior y atendemos al criterio que tenía en cuenta la importancia del objeto o su forma de creación, nos encontramos con dos tipos de obligaciones: **las básicas y las ordinarias. Dentro de las básicas destacabamos a su vez tres clases: las obligaciones jurídicas superiores, las obligaciones jurídicas fundamentales y las obligaciones jurídicas constitucionales.**

En el desarrollo de estos problemas, mantendremos nuestras consideraciones sobre el deber y la obligación, de ahí que en todo caso nosotros empleemos en el ámbito jurídico el término de obligación. Como se podrá observar, este uso va en contra del comúnmente empleado por los autores que se han ocupado de temas referentes a las obligaciones fundamentales y también de la práctica seguida en los textos constitucionales. Estos utilizan el término deber, que como señalamos en un principio no es más que el intento de justificar esas situaciones o de darles una mayor fuerza relacionándolas con un término de claro componente

Obligaciones jurídicas básicas

moral ¹. El que estas situaciones sean la expresión en el Ordenamiento jurídico de problemas de signo moral no disminuye la importancia de que aquel requiera, para su perfecto desarrollo, de cierta independencia ². Por otro lado el empleo del término obligación posibilita su aplicación respecto de aquellos que no encuentran éstas situaciones suficientemente justificadas o no son partícipes del sistema en el que se encuentran.

DISTINTOS PLANTEAMIENTOS ACERCA DE LAS OBLIGACIONES CONTENIDAS EN LA CONSTITUCION

Ha señalado Lombardi, que en el vértice de todo Ordenamiento jurídico-político moderno, se colocan dos cláusulas. Por un lado la cláusula general de libertad y por otro la de deberosidad ³.

Los deberes y las obligaciones morales básicas se dirigen directamente a la voluntad de la persona obligada, por lo que requieren en su formación la presunta adhesión de esta a los

¹La relación entre el Derecho y la Moral se hace patente en estas situaciones. Vid. Martin KRIELE, *L'obbligo giuridico e la separazione fra Diritto e Morale*, obra cit., p. 201; E. BETTI, *Voz Dovere giuridico*, obra cit., p. 55. F. MERCADANTE, *Voz Dovere Giuridico*, obra cit., p. 75.

²La positivación significará la asunción de contenidos éticos por el Derecho pero esto no debe llevarnos a emplear términos jurídicos en el estudio ético ni términos éticos en el estudio jurídico. Vid. por ejemplo este empleo en Eugenio BULYGIN, *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*, en *Doxa num. 4*, Alicante 1987, pp. 79 y 83.

³Vid. G. LOMBARDI, Contributo allo studio dei Doveri Costituzionale, obra cit., pp. 31, 40 y 41.

Deberes y obligaciones en la Constitución

valores que el Ordenamiento destaca, lo que implica en último término una importante relación entre estas figuras y la legitimidad del Estado ⁴. Pero en su configuración jurídica, en lo referente a la validez, la adhesión a los valores perderá importancia.

Una definición de obligaciones jurídicas básicas que puede ayudarnos a comprender el significado de las mismas, es la que el profesor Peces-Barba emplea cuando escribe sobre los 'deberes fundamentales': "aquellos deberes jurídicos" -(para nosotros obligaciones)- "que se refieren a dimensiones básicas de la vida del hombre en sociedad, a bienes de primordial importancia, a la satisfacción de necesidades básicas o que afectan a sectores especialmente importantes para la organización y el funcionamiento de las instituciones públicas, o al ejercicio de derechos fundamentales, generalmente en el ámbito constitucional" ⁵.

Las obligaciones jurídicas básicas no tienen por qué encuadrarse dentro del campo del Derecho público, sino que afectan a todo el Derecho en conjunto, aunque algunas de ellas inciden más sobre determinados campos de éste. En este sentido se han realizado diversas clasificaciones.

Entre los que hablan en general de obligaciones públicas destaca **Santi Romano**. Este autor realiza distintos tipos de clasificación de lo que denomina como deberes públicos. Una

⁴Vid. G. LOMBARDI, Contributo allo studio dei Doveri Costituzionale, obra cit., pp. 19 y 20.

⁵G. PECES-BARBA, Los deberes fundamentales, obra cit., p. 336.

Obligaciones jurídicas básicas

primera de ellas destacaría cuatro tipos:

- a) Deberes de la personalidad: aquellos que corresponden a los límites de la capacidad general o especial de las personas públicas o de otros sujetos respecto a estas. O también la obligación de asumir cierta cualidad: de ciudadano, de persona pública, etc...
- b) Deberes de función o funcionales: los de asumir y ejercitar una función pública.
- c) Deberes prestación.
- d) Obligaciones reales.

Asimismo, realiza otras distinciones, que tienen en cuenta a los sujetos (generales y especiales; individuales y corporativas); o a su adhesión a la persona (transmisibles e intransmisibles; los de cumplimiento personal o no); o su consistencia (de prestación fungible o infungible, según pueda o no ser sustituidas por otras) ⁶.

Dentro de las figuras subjetivas pasivas constitucionales, **Lavagna** ha destacado cuatro tipos encuadrables dentro del concepto genérico de deberes públicos constitucionales:

- a) Deberes (más o menos generales) de sujeción: obligación general de respetar la Constitución, las leyes, las sentencias y todo acto público.
- b) Deberes específicos y obligaciones: se corresponden con derechos específicos de sujetos diversos o con derechos, potestades

⁶Vid. Santi ROMANO, Principii di Diritto Costituzionale Generale, obra cit., pp. 170 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

y deberes propios. Así por ejemplo los deberes prestación (servicio militar, tributos), los deberes cívicos (que son los de los entes públicos hacia los ciudadanos), los deberes funcionales (voto), etc...

c) Vínculos relativos al ejercicio de funciones constitucionales. Se relacionan con las competencias y poderes de órganos y entes constitucionales.

d) Cargas: Puestas al ejercicio de determinadas libertades o funciones o a la asunción de determinados cargos constitucionales ⁷.

Pero como ya advertimos, las obligaciones jurídicas básicas no son exclusivamente obligaciones públicas. Como escribe Garrido Falla, las obligaciones públicas (o los 'deberes' como el escribe), son aquellas "que se corresponden con el sistema de potestades administrativas y que consisten en una limitación por virtud de la cual un sujeto se ve compelido a una omisión, a un pati o una prestación activa de hacer o dar" ⁸. De ahí que si sólo atendiéramos a estas figuras quedarían fuera de estudio algunas situaciones importantes. Por esto parecen más acertadas aquellas clasificaciones que tienen en cuenta el conjunto del Ordenamiento

⁷C. LAVAGNA, Diritto Costituzionale, Giuffrè, Milano 1957, vol. I, pp. 296 y 297. También en Istituzioni di Diritto pubblico, 3 ed., Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1976, p. 466.

⁸Fernando GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo, obra cit., vol. I, pp. 422 y 423.

jurídico ⁹.

Dentro de las figuras constitucionales que poseen el significado de vínculo, Lombardi resalta aquellas que se refieren al individuo en su dimensión originaria, esto es, a la persona individual. A estas figuras las denomina deberes constitucionales, en contraposición a las restantes que entran dentro del concepto de límite ¹⁰.

Lombardi parece resaltar distintas figuras jurídicas especiales. Así en ocasiones habla de deberes fundamentales, en otras de deberes constitucionales en sentido estricto y en otras de deberes constitucionales en sentido lato. Los primeros son aquellos que se identificarían con los valores que presiden el sistema (en el caso de Italia este autor habla del deber de solidaridad política económica y social). Los deberes constitucionales en sentido lato, derivarían de estos primeros, y en ellos destaca el deber de observancia a la Constitución y a las leyes, y el deber de obediencia. Por último, estarían los deberes constitucionales en sentido estricto, que derivan también en última instancia de los demás, pero presentan, en ocasiones, una característica que les identifica. Su regulación requiere la formulación de una serie de obligaciones que pueden matizar de alguna

⁹El Tribunal Supremo ha declarado también en Sentencia de 10 de octubre de 1977 (Ref. Aranzadi 3678), p. 2779, que las obligaciones jurídicas fundamentales afectan tanto al Derecho privado como al público.

¹⁰Vid. G. LOMBARDI, Contributo allo studio dei doveri costituzionale, obra cit., pp. 10 y 14.

Deberes y obligaciones en la Constitución

manera su contenido ¹¹. Incluso escribe sobre deberes condicionados, o más concretamente fijándose en el deber de prestación militar, resalta su variabilidad de contenido según sea su regulación por ley ¹². En este sentido se distinguirían dentro de estas figuras aquellos deberes que pueden ser exigidos de forma directa de aquellos que necesitan necesariamente de otra disposición que los organice. Con esto, aparecen las obligaciones legislativas, que a su vez se distinguen en aquellas que tienen relevancia constitucional y aquellas que no la tienen. Las primeras se establecen en relación directa con el deber y las segundas, partiendo de aquel, presentan otros condicionamientos ¹³.

En España, el profesor **Embid Irujo** habla de deberes consti-

¹¹Como vimos en otro capítulo, LOMBARDI realiza la distinción entre deber y obligación ('dovere' y 'obbligo'), siendo la primera de contenido general y la segunda de especificación del primero. Incluso en ocasiones a estas dos categorías unirá la de la 'obbligazione' y la de la 'soggezione'.

¹²Vid. G. LOMBARDI, Contributo allo studio dei Doveri Costituzionale, obra cit., especialmente pp. 10 y ss., 305, 437 y 470.

¹³Vid. G. LOMBARDI, Contributo allo studio dei Doveri Costituzionale, obra cit., p. 470. Por su parte, Pergolesi, teniendo en cuenta la Constitución italiana habla de fidelidad, obediencia, defensa de la patria, educación, trabajo, prestaciones personales (jurado, ayuda en caso de calamidades públicas, familiares, denuncia en casos de delitos contra el Estado), prestaciones patrimoniales (tributo, expropiación), de colaboración cívica y de oficio (funcionarios públicos). F. PERGOLESI, Doveri dei cittadini, en Nuova Rassegna, Anno IX, n. 13, Firenze, julio 1953, pp. 1129 y 1130. BISCARETTI DI RUFFIA distingue entre deberes de personalidad, deberes de función y deberes de prestación. Voz. Diritti e doveri dei cittadini, en Novissimo Digesto Italiano, V, UTET, Torino 1957.

Obligaciones jurídicas básicas

tucionales ¹⁴, figuras que en su concepción afectarían de forma principal a los ciudadanos. En este sentido escribe: "un deber constitucional sería una obligación deducible directamente de la Constitución, dirigida a los ciudadanos genéricamente o los ciudadanos incluidos concretamente en el tipo dibujado por la Constitución y cuyo incumplimiento origina una sanción jurídica de alguna clase". Dentro de los mismos distingue, los deberes constitucionales expresos de los implícitos ¹⁵. Los primeros se presentan expresamente formulados mientras que los segundos son necesarios "para la realización de fines o valores constitucionales queridos por la Constitución" ¹⁶. Así serían deberes constitucionales expresos según Embid: el de conocimiento del castellano (art. 3.1), el de sujeción a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico (art. 9.1), el de defender a España (art. 30.1), el de cumplir las obligaciones militares que fije la ley (art. 30.2), el que se deriva de casos de calamidades o catástrofes (art. 30.4), el de sostenimiento de los gastos

¹⁴El término 'deber constitucional' es el más empleado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Vid. en este sentido Ascensión ELVIRA PERALES, Propuesta de clasificación de los derechos fundamentales de la Constitución española, en Introducción a los derechos fundamentales, X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1988, vol. I, p. 234.

¹⁵Asimismo señala la existencia dentro de la Constitución de deberes puramente morales, que son aquellos que no van acompañados de la sanción para el caso de su incumplimiento. Antonio EMBID IRUJO, La fidelidad de los funcionarios a la Constitución, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1987, pp. 162 y 163.

¹⁶Antonio EMBID IRUJO, La fidelidad de los funcionarios a la Constitución, obra cit., pp. 164 y 165.

Deberes y obligaciones en la Constitución

públicos (art. 31.3), el de los padres respecto a la asistencia a los hijos (art. 39.3), el de proteger el medio ambiente (art. 45.1), el de proteger el patrimonio histórico (art. 46), el de cumplir las sentencias y las resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto (art. 118) y, por último, el de cumplimiento de la Constitución que tienen las Comunidades Autónomas (art. 155). Entre los deberes constitucionales implícitos destacará el de fidelidad de los funcionarios y de los parlamentarios a la Constitución ¹⁷.

También se refiere a los 'deberes constitucionales', aún destacando lo problemático de este concepto, Torres del Moral, señalando, dentro de la Constitución los siguientes: deber de los españoles de conocer el castellano (art. 3.1); obligación de los ciudadanos de adquirir la enseñanza básica (art. 27.4); deber de los españoles de defender a España, del que derivan las obligaciones militares y los deberes en casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública (art. 30); deberes tributarios (art. 31.1); deberes conyugales (art. 32.2); deber de todos de trabajar (art. 35.1); deber de los padres de asistir a sus hijos (art. 39.3); deberes de todos respecto a la salud pública (art. 43.2); deberes de todos de conservar el medio ambiente (art. 45.1 y 3); obligación de todos de comparecer ante las cámaras parlamentarias a requerimiento de éstas (art. 76.2); obligación

¹⁷ Antonio EMBID IRUJO, La fidelidad de los funcionarios a la Constitución, obra cit., pp. 163 y 164.

Obligaciones jurídicas básicas

de todos de cumplir las sentencias y demás resoluciones judiciales firmes, así como de prestar la colaboración requerida por jueces y tribunales (art. 118) ¹⁸.

Por su parte, **García de Enterría y Tomás Ramón Fernández** distinguen dentro de la Constitución y en lo referente a los sujetos individuales, entre: 'deberes' negativos (sometimiento a la Constitución y al resto del Ordenamiento); 'deberes' positivos, consistentes en prestaciones que pueden ser de actividad (servicio militar y servicio civil), personales (casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública o en relación con el sistema tributario) o de cosas (tributarios); 'poderes-deberes' (de trabajar y de educarse); y, por último, 'deberes' funcionales, que son los que resultan de la caracterización de la propiedad en vinculación a su función social ¹⁹.

Para la clasificación de las obligaciones jurídicas básicas, puede seguirse el criterio que señala Lavagna, como adecuado para distinguir las figuras subjetivas reconocidas en las constituciones, que es el de las distintas garantías o medios de protección de las mismas ²⁰. Este criterio ha sido aplicado también en España en la clasificación y caracterización de los derechos

¹⁸ Antonio TORRES DEL MORAL, Principios de Derecho Constitucional Español, Atomo Ediciones, Madrid 1988, vol. II, pp. 239 y 240.

¹⁹ Eduardo GARCIA DE ENTERRIA y Tomás Ramón FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, obra cit., T. II, p. 34.

²⁰ Carlo LAVAGNA, Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella costituzione italiana, en Studi Economico-Giuridici, Università di Cagliari, vol. XXXVI, CEDAM, padova 1953.

fundamentales ²¹, y así hay quienes dicen que para hablar propiamente de derechos fundamentales reconocidos en la Constitución española, habrá que hacer exclusiva alusión a aquellos derechos que son susceptibles de recurso de amparo. En este sentido, este recurso sería el elemento crucial en la señalización de situaciones jurídicas fundamentales y básicas ²². Pero no parece ser un criterio útil para el caso de las obligaciones, ya que, en principio, su exigibilidad corresponde al Estado o a los poderes públicos ²³.

Nosotros vamos a hablar de obligaciones jurídicas básicas dentro de las cuales distinguiremos entre obligaciones superiores, fundamentales y constitucionales ²⁴.

²¹Vid. por ejemplo F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid 1985, p. 885.

²²Vid. Francisco BALAGUER, *Derechos fundamentales y Constitución normativa*, en *Introducción a los derechos fundamentales*, X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1988, vol. I, pp. 218 y 219.

²³No obstante se han distinguido las obligaciones en la Constitución tomando como referencia a los derechos correlativos y atendiendo al contenido esencial de los mismos y a la posibilidad de ser susceptibles de recurso de amparo. Vid. en este sentido Jose Ramón COSSIO DIAZ, *Estado Social y derechos de prestación*, obra cit., p. 208.

²⁴La distinción entre obligaciones fundamentales y obligaciones constitucionales puede vislumbrarse en P. BARILE, *Corso di Diritto Costituzionale*, obra cit., p. 276. Alberto PREDIERI, por su parte distingue en la Constitución entre normas fundamentales y normas no fundamentales, siguiendo lo dispuesto en el artículo 168. Vid. *El sistema de fuentes del Derecho*, trad. de M. Sánchez Morán, en AA.VV., *La Constitución española de 1978*, estudio sistemático dirigido por A. Predieri y E. García de Enterría, Civitas, Madrid 1988, p. 234. Por su parte, R. GUASTINI, tomando en cuenta los derechos distingue entre derechos subjetivos contractuales (producto de los contratos), derechos subjetivos legales (producto de normas legislativas) y derechos subjetivos constitucionales (producto de normas constitucionales). Vid. *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli Editore, Torino 1990, pp. 173 y 174.

Obligaciones jurídicas básicas

Las **obligaciones superiores** son aquellas que acompañan a la propia concepción del sistema jurídico-político, constituyendo la expresión de sus postulados máximos, hasta tal punto que el propio Ordenamiento equipara su revisión a la del todo el texto constitucional. Se encuentran dentro de la Constitución en el Título Preliminar que, como señala Lucas Verdú, identifica y fundamenta el régimen político ²⁵. Estas obligaciones se dividen en materiales y procedimentales o instrumentales. Las obligaciones superiores materiales son la de obediencia del artículo 9.1 (que lleva inmersa como veremos la de respeto al ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales), la de organización y defensa de la libertad del artículo 9.3 y la promocional del

El Tribunal Constitucional emplea normalmente como sinónimos los términos derechos fundamentales y derechos constitucionales. Vid. por ejemplo las Sentencias 73/82 de 2 de diciembre, BJC. num. 20, pp. 1066 y 1067 y 62/84 de 21 de mayo, BJC. num. 38, fundamento jurídico tercero, p. 831. Pero en alguna ocasión ha distinguido de forma clara entre ambas expresiones. En este sentido, la Sentencia 160/87 de 27 de octubre, BJC. num. 79, p. 1417, sobre objeción de conciencia, dice: "Se trata, pues, de un derecho constitucional reconocido por la Norma suprema en su artículo 30.2, protegido si, por el recurso de amparo (art. 53.2), pero cuya relación con el artículo 16 (libertad ideológica) no autoriza ni permite calificarlo de fundamental... Es justamente su naturaleza excepcional -derecho a una exención de norma general, a un deber constitucional, como es el de la defensa de España, lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental y lo que legitima al legislador para regularlo por Ley ordinaria 'con las debidas garantías'...". Vid en este sentido también la Sentencia 161/87 de 27 de octubre, BJC. num. 79, pp. 1470 y 1472. En cuanto a las obligaciones el Tribunal Constitucional no ha establecido criterio alguno de distinción entre obligaciones constitucionales y obligaciones fundamentales, empleando ambas denominaciones indistintamente. Vid. por ejemplo las Sentencias 14 de julio de 1981, BJC. num. 5, fund. jurid. quinto, p. 331; 76/83 de 5 de agosto, BJC. num. 30, fund. jurid. segundo, p. 1161; 87/83 de 27 de octubre, BJC. num. 31, fund. jurid. cuarto, p. 1378.

²⁵ Pablo LUCAS VERDU, Comentario al Título Preliminar de la Constitución, en Comentarios a las Leyes Políticas, dirig. por O. Alzaga, Edersa, Madrid 1983, T. I, pp. 23 y 24.

Deberes y obligaciones en la Constitución

artículo 9.2. Son obligaciones expresión directa de la declaración del 1.1 por la que España se constituye en un Estado Social y Democrático de Derecho. Las obligaciones superiores procedimentales o instrumentales son la obligación de solidaridad entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entre éstas entre sí del artículo 2; la de conocer el castellano, del artículo 3; y la de estructura interna y funcionamiento democrático de los partidos, sindicatos y asociaciones empresariales, de los artículos 6 y 7. Estas son condiciones básicas para la posible realización del Estado Social y Democrático de Derecho y para la de la autonomía. La obligación de conocer el castellano desempeña el papel de hacer posible la comunicación a través del Derecho y de mantener la unidad del Estado. La obligación de solidaridad supone que con la configuración del Estado autonómico, la realización del Estado según lo señalado por el 1.1 sería imposible sin la solidaridad entre el Estado y las Comunidades Autónomas y ellas entre sí. Por su parte la obligación que se impone respecto a los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones empresariales, señala la importancia de estos grupos en la configuración del Estado y es expresión de la convicción democrática que en ellos tiene que imperar ²⁶.

Como he dicho la revisión de las obligaciones superiores se considera por la Constitución como la revisión de todo el texto constitucional. En este sentido, el artículo 168.1 de la

²⁶Vid. Manuel GARCIA PELAYO, Las transformaciones del Estado contemporáneo, obra cit., p. 94.

Obligaciones jurídicas básicas

Constitución dispone: "Cuando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título Preliminar, al Capítulo Segundo Sección Primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución de las Cortes".

Las **obligaciones jurídicas fundamentales** son aquellas obligaciones que afectan a intereses, pretensiones, exigencias o necesidades básicas de los individuos o de la comunidad, y que se dirigen de forma principal a los ciudadanos. En el Ordenamiento español estas obligaciones serían: realizar la enseñanza básica (art. 27.4), defensa de España (art. 30.1), obligaciones en caso de grave riesgo, catástrofe o calamidad (30.4), contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1), obligaciones de los cónyuges (art. 32.2), las derivadas de la función social de la propiedad (art. 33.2), la de trabajar (art. 35), y la de estructura interna y funcionamiento democrático de los Colegios Profesionales (art. 36). Entre ellas se puede a su vez realizar ciertas subdivisiones que más adelante veremos.

Las **obligaciones constitucionales** son las demás obligaciones expresadas en la Constitución española y que podemos dividir en:

a) obligaciones constitucionales derivadas de las obligaciones superiores. Así, y sin perjuicio de volver sobre el tema podemos señalar diversos artículos de la Constitución relacionados con obligaciones de este tipo. Por ejemplo en relación con la obligación de obediencia estarían los artículos 103.1, 118 o 155.1; con

Deberes y obligaciones en la Constitución

la de respeto a los derechos fundamentales los artículos 43.2, 45.1, 46, 47, 49 y 51.2; con la de organización del poder y defensa de las libertades, los artículos 68, 83.b, mandatos de regulación de determinadas materias por Ley Orgánica (respecto al legislativo), el 103 y 106 (respecto a la Administración Pública), 31.3, 102, 108, 133 y 134.3 (respecto al gobierno), y 117.1, 120, 121 y 124.1 (respecto al Poder Judicial); de la obligación promocional las disposiciones del Capítulo III del Título I, los artículos 121, 130, 131, 149.2 y mandatos de desarrollo por Ley Orgánica; de la de solidaridad el 138.1 y el 155.1.

b) obligaciones constitucionales derivadas de obligaciones fundamentales. Por ejemplo la de asistencia a los hijos (art. 39.3) o las familiares hacia sus miembros de la tercera edad (art. 50).

Esta clasificación también puede realizarse apoyándose en la distinción de Peces-Barba entre valores, principios del sistema y principios de subsistemas ²⁷. En este sentido, la clasificación se presentaría así:

- a) obligaciones superiores: arts. 2, 3, 6, 7 y 9.
- b) obligaciones fundamentales: del sistema (arts. 30 y 31.1) y de subsistemas (arts. 27.4, 32.2, 33.2, 35.1 y 36).
- c) obligaciones constitucionales. Serían las restantes y todas ellas serían de subsistemas.

²⁷ Manuel GARCIA PELAYO se refiere también, dentro del sistema constitucional, a un subsistema normativo constitucional y a un subsistema político-constitucional. Vid. Las transformaciones del Estado Contemporáneo, obra cit., pp. 198 y 199.

Obligaciones jurídicas básicas

Pero la existencia de obligaciones básicas no es mantenida por todos los autores. Así, entre los que se han ocupado en España de ésta problemática destaca la tesis de **Santiago Varela**, que consiste en **negar la posibilidad de hablar de obligaciones dentro de la Constitución dirigidas a los ciudadanos, enfocando ese concepto exclusivamente hacia el Estado.**

En su estudio parte del examen de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, para luego observar el tratamiento de las obligaciones en la Constitución. Respecto al primer problema concluirá asegurando que: "no parece que sea posible sostener, en el marco de nuestro Ordenamiento constitucional, la existencia de una eficacia directa de los derechos fundamentales frente a los particulares. Al contrario, parece del todo evidente que tales derechos han sido concebidos por la Constitución española como un conjunto de límites o mandatos que, con carácter inmediato, se dirigen exclusivamente a los poderes públicos o, si se prefiere, al resto del Ordenamiento jurídico" ²⁸.

En cuanto a la presencia de obligaciones en la Constitución, Varela resalta algunas características entre las que subraya ciertas diferencias significativas en relación con los derechos fundamentales: a) Su situación en el texto constitucional no obedece a criterio alguno de naturaleza o eficacia jurídica. b) Prescriben una conducta determinada sin que la

²⁸Santiago VARELA DIAZ, La idea de deber constitucional, obra cit., p. 83.

Deberes y obligaciones en la Constitución

conducta contraria sea la condición de una sanción. c) Para su efectividad se necesita una concrección o un desarrollo legislativo previo: "...incluso en aquellos casos en los que la Constitución no se remite expresamente a la legislación ordinaria, la necesidad de ésta, para que cobren efectividad los correspondientes deberes, no es menos evidente: ¿cabe, acaso, exigir el deber de asistencia de los poderes, el de conocer el castellano, el de trabajar o el de recibir la enseñanza básica, en virtud, únicamente, de lo que dispone la Constitución, sin el establecimiento por vía legislativa de las sanciones correspondientes?" ²⁹.

Todo esto lleva al autor a concluir que las normas constitucionales que señalan obligaciones no son eficaces en relación a las conductas personales, pero no ocurre lo mismo si las observamos frente a los poderes públicos y, en particular, frente al legislador: "De manera que no sería desorbitado concebir los distintos deberes como mandatos dirigidos al legislador... No puede decirse que la Constitución obligue, en términos jurídicos, a prestar el servicio militar o a pagar

²⁹Santiago VARELA DIAZ, La idea de deber constitucional, obra cit., p. 77. En este sentido se expresan también otros autores que niegan la posible existencia de estas situaciones como verdaderas obligaciones, en tanto que no se concreten mediante las normas que las desarrollan. De esta forma, se refieren a ellas como "formulaciones lingüísticas atípicas de atribuciones de potestad a la Administración para imponer obligaciones concretas". Señalando que por esta razón, en ocasiones, "la Constitución española, utiliza ambas fórmulas, enunciando un deber (por ejemplo el de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, art. 31.1), y la potestad correlativa (la potestad tributaria, art. 133)". Vid. J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 902.

Obligaciones jurídicas básicas

impuestos. Pero quienes si se encuentran vinculados a la creación de estas obligaciones, esto es, a hacer eficaces los llamados deberes fundamentales, son los poderes públicos, y habrán de hacerlo, precisamente, con las condiciones y dentro de los límites que establece la Constitución" ³⁰.

Los artículos constitucionales en los que se plasman determinadas obligaciones tienen, para Varela, la función de legitimar la intervención del Poder público en ciertas relaciones, por lo que no cambiarían de significado si en vez de expresarse como obligaciones lo hiciesen como directivas al poder público o en forma de derechos: ¿no se producirían, a caso, los mismos efectos si se hubiera declarado que los hijos tienen derecho a la asistencia de sus padres, que los cónyuges tienen derecho uno respecto al otro o que los españoles tienen el derecho a que sus prestaciones militares o tributarias se exijan legalmente y sólo dentro de ciertos límites?" ³¹.

Así, llegará a afirmar que el intentar proclamar la existencia de obligaciones de este tipo en los ciudadanos supone identificar lo político con lo social, los gobernantes con los gobernados, los poderes públicos con los ciudadanos. Esto produce, siempre según Varela, el abandono de la idea originaria del contitucionalismo como límite de poder, basada en la separación

³⁰ Santiago VARELA DIAZ, La idea de deber constitucional, obra cit., pp. 83 y 84.

³¹ Santiago VARELA DIAZ, La idea de deber constitucional, obra cit., p. 84.

entre Estado y sociedad civil, por lo que: "La idea misma de Constitución es, pues, la que se encuentra en juego a la hora de determinar hasta que punto el substrato material de un texto contitucional resulta eficaz directamente, no sólo frente a los poderes públicos sino también frente a los particulares" ³².

Los problemas que plantea Varela Diaz, pueden contemplarse como los más significativos de las tesis que niegan la posible existencia de obligaciones básicas en los ciudadanos, pero no creo que puedan mantenerse con la firmeza con la que este autor lo hace.

A. LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS

Una de las dificultades que señalaba Varela Díaz para contemplar obligaciones básicas en los ciudadanos radica en la eficacia de éstas figuras, relacionándola con el problema de los derechos fundamentales frente a terceros. En este sentido se expresa también Oscar Alzaga. Según éste, los derechos fundamentales "no tienen eficacia inmediata frente a otros particulares. Es cierto, sin embargo, que tendrán eficacia mediata frente a terceros, en tanto en cuanto que los poderes públicos, al cumplir su obligación de velar y respetar el cumplimiento de estos derechos y libertades, impongan a los particulares a través de normas jurídicas adecuadas el respeto de tales derechos fundamen-

³²Santiago VARELA DIAZ, La idea de deber constitucional, obra cit., p. 74.

Obligaciones jurídicas básicas

tales en la forma y medida que corresponda. Dicho en forma quizá más accesible, la Constitución obliga en forma inmediata o directa a los poderes públicos a respetar los intereses protegidos por los derechos fundamentales, consagrados en el Capítulo Segundo del Título I y dichos poderes públicos, y muy especialmente el legislador, son quienes podrán imponer a los particulares limitaciones frente a tales derechos y libertades" ³³.

El problema de la eficacia frente a terceros de estas situaciones reviste en el tema de las obligaciones una importancia si cabe mayor, ya que de la misma depende la posibilidad de hablar de obligación de respeto a los derechos fundamentales.

La eficacia frente a terceros de las situaciones jurídicas fundamentales ha sido estudiada en relación con los derechos fundamentales, de ahí que haya que partir de las consideraciones que sobre ellos se han hecho para luego ver sus implicaciones en lo que se refiere a las obligaciones básicas.

Como ha escrito Tomás Quadra Salcedo, las posturas que niegan la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales pueden reconducirse a dos: Unas que entienden que el Tribunal Constitucional no es órgano para casos concretos sino para conocer la constitucionalidad de las leyes y resolver conflictos de competencia política y constitucional. Otras que afirman la inexistencia de derechos fundamentales en las relaciones entre

³³Oscar ALZAGA, La Constitución española de 1978. Comentario sistemático, obra cit., p. 347.

particulares ³⁴.

Respecto a las primeras posturas, siempre siguiendo al profesor Quadra Salcedo, puede afirmarse que:

a) El Tribunal Constitucional realiza en ocasiones labores típicamente jurisdiccionales ("la jurisdicción constitucional de la libertad") ³⁵, con lo que la primera objeción no sería válida.

b) Los derechos no son ilimitados sino que encuentran sus límites en los derechos de los demás y en otros bienes constitucionales. Y estos límites no pueden ser establecidos por las normas sino que tienen que ser los tribunales, y en su caso el Tribunal Constitucional en vía de amparo, quienes, caso por caso, den solución a los conflictos ³⁶.

c) La jurisprudencia puede considerarse como poder creador del Derecho, si bien, como ocurre también con el poder legislativo y con el ejecutivo, está subordinada a la Constitución y al Ordenamiento jurídico. Pero, ¿deben los tribunales ordinarios interpretar y dar forma concreta a los derechos fundamentales?. Parece que por la importancia y las características de estas situaciones tiene que ser el Tribunal Constitucional, como intérprete máximo de la Constitución, el que realice esa labor.

³⁴Vid. Tomás QUADRA SALCEDO, El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, Civitas, Madrid 1981, pp. 20 y 21.

³⁵T. QUADRA SALCEDO, El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, obra cit., pp. 24 y 25.

³⁶T. QUADRA SALCEDO, El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, obra cit., pp. 36 y ss.

Obligaciones jurídicas básicas

Y en este sentido puede afirmarse que "no hay distorsión ni menoscabo a la labor del poder judicial en la llamada jurisdicción constitucional de la libertad, sino que es consecuencia del rango, caracter y función que cumplen los derechos fundamentales en nuestra Constitución..."³⁷.

La segunda de las posturas, esto es, aquella que niega la aplicación de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, puede a su vez dividirse en dos grupos:

a) Los que niegan la eficacia inmediata y mediata de los derechos fundamentales en relaciones de Derecho privado.

b) Los que niegan la eficacia inmediata pero no la mediata, que se desarrollaría por la actividad del legislativo y del poder judicial³⁸.

Frente a las primeras posiciones, como afirma Tomás Quadra, pueden citarse derechos fundamentales que, por su propia estructura, tienen influencia directa ilimitada en las relaciones entre particulares. Así por ejemplo, la cláusula de conciencia del artículo 20; el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen; el derecho de huelga entendido como ruptura de las obli-

³⁷T. QUADRA SALCEDO, El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, obra cit., p. 42.

³⁸Vid. Jesús GARCIA-TORRES y Antonio JIMENEZ-BLANCO, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, Civitas, Madrid 1986, pp. 11 y ss. Vid. sobre esta obra la crítica bibliográfica de Jose M. ROMERO, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, en Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo IV, Madrid 1987, pp. 675 y ss, y la contestación en el mismo volumen de Jesús GARCIA TORRES y Antonio JIMENEZ BLANCO, pp. 681 y 682.

Deberes y obligaciones en la Constitución

gaciones asumidas en el contrato de trabajo ³⁹. Pero también esta incidencia se da y, si cabe, con mayor intensidad en otros derechos como el derecho a la vida y a la integridad física, los derechos de la personalidad, etc... ⁴⁰. De la misma forma, también pueden citarse derechos que, a primera vista y, por su propia estructura, no tienen eficacia frente al Estado. Así, por ejemplo, la tutela efectiva de jueces y tribunales (art. 24) o el principio de legalidad penal (art. 25) ⁴¹.

Por lo que se refiere a las segundas posiciones, Quadra Salcedo hace dos precisiones. En primer lugar, la labor del legislativo ha de entenderse siempre sujeta a la Constitución y a los derechos fundamentales. En segundo lugar, la actuación del juez va a consistir, en definitiva, en declarar el derecho de una u otra parte con lo que está declarando el carácter o el sentido del Derecho ⁴².

Así, cabe afirmar que **los derechos fundamentales tienen una**

³⁹Vid. T. QUADRA SALCEDO, El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, obra cit., pp. 55 y 56. Vid. también Marcelino RODRIGUEZ MOLINERO, Colisión de derechos fundamentales y garantías jurisdiccionales, en Introducción a los derechos fundamentales, en X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1988, vol. III, pp. 1799 y 1800; Antonio TORRES DEL MORAL, Principios de Derecho Constitucional español, obra cit., p. 222.

⁴⁰Vid. Luis PRIETO SANCHIS, El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la Constitución española, en Anuario de Derechos Humanos, num. 2, Universidad Complutense, Madrid 1983, p. 391.

⁴¹Vid. T. QUADRA SALCEDO, El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, obra cit., pp. 57 y ss.

⁴²T. QUADRA SALCEDO, El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, obra cit., pp. 60 y ss.

incidencia fundamental no sólo ya respecto a la actuación del Estado (negativa o positiva) sino también respecto a los particulares incluso en el caso de los llamados derechos-prestación. Lo que ocurre es que esa aplicación inmediata no permite un trasplante automático del derecho fundamental sino que ha de articularse por medio de una actividad institucional y tópica que tenga en cuenta los diversos aspectos que entran en juego ⁴³. Y no parecen consistentes las tesis que niegan esta inclusión apoyándose en el origen y función histórica de los derechos fundamentales. La aplicación de los derechos y obligaciones fundamentales en las relaciones entre particulares suponen un cambio en la mentalidad constitucional, significando el salto de un Derecho constitucional de la libertad a un Derecho constitucional de la igualdad ⁴⁴.

Pero como ha señalado Luis Prieto: "Que efectivamente estos se quieran presentar como aquella parte de la libertad natural que los individuos se reservan al suscribir el pacto social y establecer el poder, según decía Locke, y que, por consiguiente, surjan como límites al Estado, no significa que no sean oponibles frente a los particulares; pues únicamente supone que su existencia jurídica -apoyada en el Derecho natural o en el positivo, esa

⁴³T. QUADRA SALCEDO, El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, obra cit., p. 77. En sentido parecido vid. J. GARCIA TORRES y A. JIMENEZ BLANCO, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, obra cit., p. 18.

⁴⁴Pedro de VEGA GARCIA, La crisis de los derechos fundamentales en el Estado Social, en AA.VV., Derecho y Economía en el Estado Social, Tecnos, Madrid 1988, pp. 130 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

es otra cuestión- no depende de la voluntad de los órganos estatales, que se trata de decisiones genuinamente constitucionales en el sentido de que se imponen a todos los poderes instituidos. Es más, en el Antiguo Régimen bien puede afirmarse que el germen de los derechos fundamentales aparece constituido precisamente por el Derecho privado" ⁴⁵.

Esto ha hecho que haya autores que afirmen que la cuestión no es tanto si los derechos fundamentales rigen en las relaciones entre particulares sino si cabe un recurso de amparo por violaciones que tengan su origen en ellas ⁴⁶.

Parece que podrían darse dos supuestos sujetos a Derecho privado en los que se plantease el recurso de amparo: a) amparo contra actos de la Administración actuando sujeta a Derecho privado; b) amparo contra actos y decisiones de los particulares ⁴⁷.

El primero según Quadra Salcedo, encontraría solución en

⁴⁵Luis PRIETO SANCHIS, El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la Constitución española, obra cit., p. 389. Y en este sentido, como afirma este autor: "El Derecho perdurable, el que no depende de la voluntad del poder, esto es, el que constituye un límite al poder, es el Derecho privado. Decir, por tanto, que los derechos fundamentales son límites al poder no debe entenderse como una exclusión de su eficacia en el ámbito de las relaciones entre particulares; más bien lo que implica es que, además de exigir el respeto de los privados, como en principio sucede con todos los derechos subjetivos, requieren el respeto de todos los poderes públicos y en particular del legislador, lo que constituye la característica propia y genuina de los derechos fundamentales".

⁴⁶Vid. J. GARCIA TORRES y A. JIMENEZ BLANCO, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, obra cit., p. 42.

⁴⁷Vid. en este sentido T. QUADRA SALCEDO, El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, obra cit., p. 83.

el artículo 53.1 de la Constitución que dice: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos...". Así, habría que solucionar caso por caso si en las relaciones subsiste o no un derecho fundamental de este tipo ⁴⁸. Por lo que respecta al segundo supuesto, podemos afirmar con Tomás Quadra que, "...puesto que todo conflicto entre particulares puede acceder libremente a los tribunales ordinarios y éstos son parte de los poderes públicos, del poder judicial, las decisiones de los Tribunales, si se entiende que no protegen adecuada y correctamente los derechos y libertades, pueden ser recurridas ante el Tribunal Constitucional por la vía de amparo, puesto que aquí ya tenemos un acto del poder público que ha desconocido un derecho fundamental. Por este medio podrían acceder al Tribunal Constitucional todas las violaciones de derechos fundamentales originadas en las relaciones entre particulares y formalizadas procesalmente ante un Tribunal" ⁴⁹.

Para corroborar esto tendríamos que acudir a la regulación del acceso al amparo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), y más concretamente al artículo 44.1 de esta Ley (ya que las relaciones entre particulares no tendrían cabida ni en

⁴⁸Vid. T. QUADRA SALCEDO, El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, obra cit., p. 85.

⁴⁹T. QUADRA SALCEDO, El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, obra cit., pp. 14 y 15.

el artículo 42 ni en el 43 ⁵⁰). El artículo 44.1 de la LOTC dice: "Las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a éste recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: a) Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial. b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional. c) Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello".

De este artículo parece deducirse la imposibilidad del recurso de amparo en estas situaciones. El problema radica en que la expresión "origen inmediato y directo", suele inter-

⁵⁰En este sentido vid. CANO MATA, El recurso de amparo, Edersa, Madrid 1983, pp. 14 y ss. También J. L. CASCAJO y GIMENO, El recurso de amparo, Madrid 1984, pp. 113 y ss. El artículo 42 de la LOTC dice: "Las decisiones o actos sin valor de Ley, emanados de las Cortes o de cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, o de sus órganos, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional podrán ser recurridos dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes". El artículo 43.1, por su parte, señala: "Las violaciones de los derechos y libertades antes referidos originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho del Gobierno o de sus autoridades o funcionarios, o de los órganos ejecutivos colegiados de las Comunidades Autónomas o de sus autoridades o funcionarios o agentes, podrán dar lugar al recurso de amparo una vez que haya agotado la vía judicial precedente, de acuerdo con el artículo 53.2 de la Constitución".

Obligaciones jurídicas básicas

pretarse en relación con la decisión del juez, con lo que tampoco este artículo atendería a las violaciones de los derechos fundamentales cometidas por particulares. En este sentido, Quadra Salcedo propone una determinada interpretación del artículo 44.1 de la LOTC, por la que el término imputable haría que el 'modo inmediato y directo' fuese entendido en sentido causal y no temporal. Así, no se contemplaría la relación temporal sino la causal, esto es, la relación entre la decisión judicial y la lesión producida ⁵¹.

Y esta parece ser la solución que el Tribunal Constitucional ha adoptado en la problemática de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Así, por ejemplo, en la Sentencia 177/88 de 10 de octubre, que resuelve un recurso de amparo contra la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 26 de marzo de 1985, en su fundamento jurídico tercero se afirma que, en principio, el recurso de amparo no es un instrumento adecuado para pronunciarse sobre la licitud de un Convenio Colectivo. Y ello, además de por el reparto de funciones que la Constitución establece entre los órganos jurisdiccionales y la justicia constitucional, "porque el amparo sólo puede promoverse en relación con actuaciones concretas de los poderes públicos que vulneran los derechos fundamentales de los afectados". No obstante, afirma el Tribunal, "ello no significa que este Convenio quede totalmente al margen del recurso de amparo. No

⁵¹T. QUADRA SALCEDO, El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, obra cit., p. 96.

Deberes y obligaciones en la Constitución

cabe duda de que el Convenio colectivo, como otros actos privados -a los que en principio, y sin perjuicio de las consideraciones que más adelante se efectúen, ha de asimilarse-, puede lesionar los derechos fundamentales, y de que en ese momento se habrá cumplido la primera condición para interpretar el amparo. Es cierto que ello no basta para acudir a este especial mecanismo de garantía, por las exigencias procesales que la Ley Orgánica de este Tribunal impone; pero también lo es que el afectado por esa lesión podrá acudir a los Tribunales ordinarios para que la reparen, y que, en el caso de que su demanda le sea denegada, podrá ejercer la correspondiente acción de amparo, una vez cumplido el trámite previsto en el artículo 44 de la citada Ley Orgánica (STC 6/1988, de 21 de enero, y 51/1988, de 22 de marzo)..."

Y de manera concluyente, en el fundamento jurídico cuarto de esta Sentencia, el Tribunal subrayará la posibilidad de lesión de los derechos fundamentales por actos privados: "De aquí que este Tribunal haya reconocido que los actos privados puedan lesionar los derechos fundamentales y que en estos supuestos los interesados puedan acceder a la vía de amparo si no obtienen la debida protección de los Jueces y Tribunales a los que el Ordenamiento encomienda la tutela general de los mismos. Las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas

Obligaciones jurídicas básicas

reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato" ⁵².

En términos parecidos se ha expresado en la Sentencia 129/89 de 17 de julio, que resuelve un recurso de amparo planteado frente a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Central de Trabajo de 22 de mayo de 1987, en relación con el derecho a la educación. En el fundamento jurídico segundo puede leerse: "La atribución a los Tribunales de Justicia de la tutela general de los derechos fundamentales (arts. 41.1 de la LOTC y 7.1 de la LOPJ) y a propósito de asegurar, frente a eventuales vulneraciones, la efectividad de los medios de reacción previstos por el Ordenamiento a disposición de sus titulares, han conducido a este Tribunal, a través de una interpretación sistemática del artículo 44.1 de su Ley Orgánica, a considerar abierta la vía de amparo constitucional para quienes no hayan obtenido de los órganos de la jurisdicción ordinaria la tutela de sus derechos fundamentales frente a lesiones producidas en el ámbito de relaciones jurídicas constituidas en los distintos órdenes de la vida social, y, entre ellas, en el orden de las relaciones laborales, en el que también la omisión de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales del trabajador puede ser impugnada

⁵²BJC. num. 91, p. 1244. (El subrayado es mío). En una de sus primeras Sentencias, la de 13 de febrero de 1981 (BJC. núm 2, pp. 29 y ss.), en respuesta a un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la Ley Orgánica 5/80 de 19 de junio, por la que se regulaba el Estatuto de Centros Escolares, el Tribunal Constitucional afirmó que los conflictos entre libertad de cátedra y derecho al ideario tenían que resolverse en el caso concreto.

a través del proceso constitucional de amparo, como si fuese la resolución judicial la que incurriese en la vulneración de aquellos" ⁵³.

Aun reconociendo distintos tipos de eficacia vinculante de los derechos fundamentales ⁵⁴, la función del Tribunal Constitucional de proteger y amparar estos derechos de los ciudadanos no puede desarrollarse plenamente si los tribunales no conocen de todos los casos de no respeto a los mismos, muchos de los cuales se producen en las relaciones entre particulares ⁵⁵.

Dos últimas objeciones podrían hacerse a esta consideración:

a) Afirmar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares supone transformar el concepto de

⁵³BJC. núm. 100/101, p. 1306.

⁵⁴Vid. J. GARCIA TORRES, Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los derechos fundamentales, en Introducción a los derechos fundamentales, X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1988, vol. II, p. 1031.

⁵⁵Vid. T. QUADRA SALCEDO, El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, obra cit., p. 46; G. PECES-BARBA y L. PRIETO, La Constitución española de 1978, obra cit., p. 247; L. AGUIAR DE LUQUE, Los derechos fundamentales en las relaciones entre privados. Estado de la cuestión, en Actualidad Jurídica, num. X, 1981; L. AGUIAR DE LUQUE, Dogmática y Teoría Jurídica de los derechos fundamentales en la interpretación de éstos por el Tribunal Constitucional Español, en Revista de Derecho Político, nums. 18-19, Madrid 1983, p. 27; Jose Manuel ROMERO MORENO, La incidencia de la doctrina sobre los derechos fundamentales en las relaciones de Derecho privado, en Introducción a los derechos fundamentales, X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1988, vol. II, pp. 1305 y ss. En este trabajo se recogen ejemplos de aplicación de derechos fundamentales en relaciones propias del Derecho civil, mercantil y laboral.

los derechos fundamentales ⁵⁶.

b) Afirmar la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares puede llevar a absolutizar unos determinados contenidos materiales en todas las relaciones de los hombres ⁵⁷.

La primera objeción, hace alusión al concepto tradicional de los derechos fundamentales como límites al poder. Este concepto vimos que había sufrido una primera transformación al superarse, en el ámbito internacional y respecto a los derechos fundamentales, el concepto tradicional de soberanía y no parece que pueda proponerse como causa esencial de la no presencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares. Si estos derechos son expresión de la dignidad humana, su implantación en todas las relaciones hace que cumplan su verdadero cometido en el sentido de conseguir el desarrollo del hombre en sociedad. No pueden esgrimirse los principios que rigen las relaciones de Derecho privado, por ejemplo los de los contratos, "para impedir más allá de los imperativos propios impuestos por el contrato, el ejercicio de un derecho o libertad constitucional". Y "menos aún pueden validarse las estipulaciones contractuales incompatibles con el respeto a los derechos constitu-

⁵⁶Vid. J. GARCIA TORRES y A. JIMENEZ BLANCO, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, obra cit., p. 141.

⁵⁷Vid. J. GARCIA TORRES y A. JIMENEZ BLANCO, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, obra cit., p. 146.

Deberes y obligaciones en la Constitución

cionales, sino que deben tenerse por nulas" ⁵⁸.

La segunda objeción parece así ya contestada. Pero además puede subrayarse que esta consideración no supone absolutización de un determinado contenido material ya que, este contenido se irá determinando y desarrollando a lo largo de la historia, por lo que las relaciones entre los ciudadanos también vendrá regida conforme a determinados criterios de 'justicia' no invariables.

Como ha escrito García de Enterría: "La Constitución, por una parte, configura y ordena los poderes del Estado por ella construídos; por otra, establece los límites del ejercicio del poder y el ámbito de libertades y derechos fundamentales, así como los objetivos positivos y las prestaciones que el poder debe cumplir en beneficio de la comunidad" ⁵⁹. Pero la Constitución, como norma suprema que se constituye como norma básica formal y material del Ordenamiento, regula también las relaciones entre los particulares ⁶⁰ y en este sentido, tiene razón Paolo Barile cuando afirma que, las obligaciones que se contienen en las constituciones son "normas que vinculan de por sí -esto es, sin relación a la situación singular activa- los comportamientos

⁵⁸Vid. A. TORRES DEL MORAL, Principios de Derecho Constitucional español, obra cit., p. 221.

⁵⁹E. GARCIA DE ENTERRIA, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, obra cit., p. 49.

⁶⁰Como escribe Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, la Constitución asume "el rango de una norma suprema del Ordenamiento jurídico y la virtualidad de criterio ordenador de todas las relaciones jurídicas, tanto públicas como privadas, que puedan darse en su seno". Normas programáticas, estatutos y autonomía comunitaria, en Revista de Derecho Político, num. 21, Madrid 1984, p. 8.

de los sujetos privados..."⁶¹.

Por consiguiente, como afirma Luis Prieto, "la cuestión de los derechos fundamentales frente a terceros se resuelve en un problema de coexistencia de derechos e incluso de valores constitucionales, que no puede resolverse en abstracto y de una vez para siempre". Y en este sentido: "Corresponderá entonces al juez ponderar los intereses en conflicto, pero, desde luego, sin excluir a priori la eficacia de las libertades en las relaciones entre particulares. Ni el art. 53 ni la naturaleza de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución autorizan a limitar sus medios de defensa jurisdiccional únicamente a los ataques que provienen del Estado"⁶².

Esta reflexión sobre los derechos repercute en el caso de las obligaciones al menos de la siguiente manera:

a) La obligación de respeto a los derechos fundamentales en su vertiente negativa (respetar el ejercicio y disfrute de los mismos) rige en las relaciones entre particulares de la misma forma que aquellos. La vertiente positiva de esta obligación (promover o ayudar al efectivo disfrute y ejercicio) puede afirmarse que debiera de regir dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, pero que es de difícil exigibilidad jurídica (aunque no por ello no propugnable).

⁶¹Paolo BARILE, Diritti dell'Uomo e libertà fondamentali, obra cit., p. 42. En este sentido se expresa también G. LOMBARDI, en Contributo allo studio dei doveri costituzionali, obra cit., p. 91

⁶²Luis PRIETO SANCHIS, El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la Constitución española, obra cit., p. 392.

b) Las restantes obligaciones tienen repercusión en las relaciones entre particulares siempre que afecten a estas. Es decir la obligación de organización del poder y defensa de las libertades no puede darse entre particulares, pero si determinadas obligaciones familiares, u obligaciones en relación con el medio ambiente, etc...

B. LA NECESIDAD DE DESARROLLO LEGISLATIVO

Las discusiones sobre el valor de las disposiciones constitucionales se han centrado respecto al preámbulo ⁶³, pero también no son extrañas las posiciones que niegan el valor normativo a aquellas disposiciones que necesitan de un posterior desarrollo legislativo, apoyándose en la clásica distinción entre reglas programáticas y reglas preceptivas o también aludiendo a las llamadas normas incompletas ⁶⁴.

Constituye ésta una crítica muy difundida en relación con

⁶³Vid. Santi ROMANO, Corso di Diritto Costituzionale, Cedam, Padova 1964, p. 37.

⁶⁴Vid. en este sentido Alejandro NIETO, Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional, en Revista de Administración Pública, num. 100-102, Enero-diciembre 1983, vol. I, pp. 395 y ss. Para Luis DIEZ PICAZO, una norma jurídica se califica como completa "cuando contiene la descripción del supuesto de hecho y la determinación de la consecuencia jurídica, de manera que ésta se puede aplicar a áquel sin ninguna otra intermediación. Al lado de esas normas, las incompletas precisan obviamente de complementación porque no integran el supuesto de hecho o la consecuencia o porque establecen un sistema de relaciones entre normas". Constitución, Ley, Juez, en Revista Española de Derecho Constitucional, num. 15, Madrid 1985, p. 18. Vid. también Juan José SOLOZABAL ECHEVARRIA, Alcance jurídico de las cláusulas definitorias constitucionales, en Revista Española de Derecho Constitucional, num. 15, Madrid 1985, p. 84.

las situaciones jurídicas fundamentales dentro de la Constitución. Lo que llama la atención es que Varela la predique únicamente en relación con las obligaciones y no con los derechos. En ningún artículo de la Constitución que se refiera a los derechos fundamentales se establece sanción para el caso de incumplimiento, y también en casi todos se hace alusión a un posterior desarrollo legislativo del mismo. Como ha escrito Luis Prieto, "las normas constitucionales son directamente aplicables, pero los derechos que pueden derivarse de las mismas exigen, para su configuración como verdaderos derechos, la mediación del legislador, cuya función será concretar el alcance de la declaración, establecer formas de tutela, sanciones por el incumplimiento, etc..."⁶⁵.

Por otro lado, aún en el caso de afirmar que son directivas dirigidas a los poderes públicos, el problema se seguiría manteniendo: ¿Donde está la sanción para los poderes públicos en caso de no realización?.

No creo que esto pueda oponerse a una eficacia directa de estos artículos. Cuando vimos el problema de la sanción respecto a las obligaciones ya planteamos esta cuestión⁶⁶. Además, en la Constitución existen normas de organización que son vinculantes

⁶⁵Luis PRIETO SANCHIS, El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la Constitución española, obra cit., p. 386.

⁶⁶Vid. una crítica a las tesis que niegan el carácter de norma jurídica a los imperativos desprovistos de sanción en Agustín A. GORDILLO, Teoría General del Derecho Administrativo, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid 1989, pp. 158 y 159.

y que los poderes públicos deben seguir. Las obligaciones jurídicas básicas suelen presentarse con un contenido general o por medio de una formulación amplia que luego tiene que ser concretada por medio de otras normas ⁶⁷. Sus destinatarios pueden ser tanto los individuos como las formaciones sociales o como el Estado ⁶⁸.

En definitiva, el Derecho constituye un mecanismo o instrumento de control social, con lo que regula las relaciones entre los hombres dentro de una determinada sociedad. Su fundamento último está en el Poder y su validez descansa en la conformidad con los criterios formales y materiales establecidos por la Constitución. Toda relación social que afecte al campo del Derecho, se encuentra regulada y sometida a estos criterios y, por lo tanto, a la Constitución, que es norma de aplicación directa ⁶⁹. Como escribe Jesús Leguina: "La Constitución no es un mero catálogo de principios orientadores, carentes de obligatoriedad e insusceptibles de ser cumplido hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, sino que es siempre y en todo caso una norma jurídica, la norma suprema de nuestro Ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos, como todos los poderes públi-

⁶⁷vid. C. CARBONE, I doveri pubblici individuali nella Costituzione, obra cit., p. 269; J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., pp. 901 y 902.

⁶⁸vid. en este sentido a C. CARBONE, I doveri pubblici individuali nella Costituzione, obra cit., p. 67.

⁶⁹vid. E. GARCIA DE ENTERRIA, La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional, obra cit., p. 63, y G. PECES-BARBA y L. PRIETO SANCHIS, La Constitución española de 1978, obra cit., p. 99.

Obligaciones jurídicas básicas

cos, están sujetos a ella..." ⁷⁰, por lo que puede afirmarse también que es fuente de derechos y obligaciones ⁷¹.

En este sentido ha señalado Enrique Alonso que, la Constitución dedica cuatro artículos a especificar la pretensión de validez de sus cláusulas: 9.1, 53, 161 y la disposición derogatoria tercera. La segunda de ellas, el art. 53, se dedica sólo a parte de los preceptos constitucionales, mientras que las restantes tienen idéntica fuerza normativa y subrayan que las normas contenidas en la Constitución obligan a todos los ciudadanos y a los poderes públicos (art. 9.1), tienen un determinado cauce para afirmarse frente a leyes, actos y normas contrarias

⁷⁰Jesús LEGUINA, Principios Generales del Derecho y Constitución, en Revista de Administración Pública, núm. 114, Madrid 1987, p. 18. En sentido parecido se expresa GARCIA DE ENTERRIA cuando escribe: "...tanto el Tribunal Constitucional al enjuiciar las leyes (como en el ejercicio del resto de sus competencias), como los jueces y tribunales ordinarios, como todos los sujetos públicos o privados, en cuanto vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación en la medida que hemos precisado, deben aplicar la totalidad de sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo". Así, "no todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativa, pero todos, voluntariamente, enuncian efectivas normas jurídicas...". La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional, obra cit., p. 68. Vid. también M. ALONSO OLEA, Las fuentes del Derecho, en especial del Derecho del trabajo en la Constitución, Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1981, pp. 19 y 20; C. LAMARCA, Legalidad penal y reserva de Ley en la Constitución española, en Revista Española de Derecho Constitucional, num. 20, mayo-agosto 1987, p. 101; Regina GAYA SICILIA, El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional, Montecorvo, Madrid 1987, pp. 58 y 59.

⁷¹Vid. Luis PRIETO SANCHIS, El sistema de protección de los derechos fundamentales: El artículo 53 de la Constitución española, obra cit., pp. 377 y 380. Así, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de noviembre de 1988 (Ref. Aranzadi 8792, p. 8645), en materia de Seguridad Social, ha señalado que "los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución son de aplicación directa, sin que sea necesario para su efectividad un desarrollo legislativo".

Deberes y obligaciones en la Constitución

(art. 161 y ss.), y derogan toda norma anterior y contraria (disposición derogatoria tercera). Incluso en el tema relativo a los principios, que tendremos ocasión de tratar, no puede predicarse su valor programático, olvidando su valor aplicativo.. Así, "ningún precepto constitucional debe esperar a la ley de desarrollo, ni siquiera los principios del capítulo III, pues el párrafo tercero del artículo 53 no dice eso, sino algo muy distinto, y otra cosa es si su valor es interpretativo o normativo" ⁷².

En apoyo de esta tesis puede citarse el artículo 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que afirma: "La Constitución es la norma suprema del Ordenamiento jurídico y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos" ⁷³.

En definitiva, cabe concluir que la Constitución ha optado por atribuir a sus normas una eficacia general que, al menos, supone: eficacia derogatoria de las normas anteriores, capacidad de regular por sí misma relaciones jurídicas y operatividad como

⁷²Vid. Enrique ALONSO GARCIA, La interpretación de la Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, pp. 16 y ss.

⁷³La aplicación inmediata de la Constitución ha sido reflejada también por el Tribunal Constitucional. Sirven como ejemplos las Sentencias de 8 de junio de 1981, BJC. num. 3, fund. juríd. 5, p. 214; 15 de junio de 1981, BJC. num. 4, fund. juríd. 17, p. 266; 15/82 de 23 de abril, BJC. num. 13, fund. juríd. 8, p. 336; 7/83 de 14 de febrero, BJC. num. 23, fund. juríd. 2, pp. 240 y 241; 80/83 de 20 de diciembre, BJC. num. 21, fund. juríd. 1, p. 64; 22/84 de 17 de febrero, BJC. num. 35, fund. juríd. 3, p. 402; etc...

Obligaciones jurídicas básicas

criterio de interpretación de las normas jurídicas ⁷⁴. Pero por otro lado, y teniendo en cuenta que dentro de la Constitución nos encontramos con diferentes tipos de normas, hay preceptos que poseen mayor eficacia que otros. Y así, como ha señalado Nieto ⁷⁵, lo interesante entonces será el señalar los efectos jurídicos de cada norma.

Distinguiendo entre eficacia directa e inmediata, entendiendo la primera como posibilidad de ser planteados con independencia de cualquier otro precepto y la segunda como no necesidad de desarrollo o concrección, puede hablarse, de forma general y admitiendo posibles excepciones causales, de:

a) Normas que tienen eficacia inmediata y directa. Entre las que se incluyen a los derechos fundamentales del Capítulo II del Título I; las normas reguladoras del sistema de producción normativa (arts. 10.2, 81 a 86, 93 a 96, 147, 166 a 169); los preceptos típicamente imperativos (arts. 3 a 8, , 9.1, 11 a 13, 16.3, 25.3, 26, 57, etc...); las normas que tienen por objeto el establecimiento de las bases , órganos y procedimientos que protejan la Constitución y que no necesiten actos o normas de desarrollo (arts 67.1 o 115).

b) Normas que tienen eficacia directa pero relativamente inmediata. Por ejemplo los principios del Capítulo III del Título

⁷⁴Vid. Ignacio de OTTO, Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, Ariel, Barcelona 1987, p. 78.

⁷⁵Vid. A. NIETO, Peculiaridades jurídicas de la norma constitucional, obra cit., p. 387.

Deberes y obligaciones en la Constitución

I, a los que más adelante nos referiremos, pero también los artículos 130.1, 138.1, 142, etc...

c) Normas que tienen eficacia inmediata pero relativamente directa . Por ejemplo los artículo 9.2 y 9.3.

d) Normas de eficacia mediata e indirecta. Como las creadoras de órganos, habilitaciones al legislador, etc... ⁷⁶.

C. LA PREMINENCIA DE LOS DERECHOS

La posible formulación de las obligaciones básicas como derechos puede rebatirse fácilmente considerando la posible formulación de los derechos como obligaciones. ¿No podría hablarse en vez del derecho a la vida de la obligación de todos los hombres y de los poderes públicos de respetar la vida de los demás, etc...?.

Y esto en ningún caso supondría atacar el concepto tradicional de Constitución que, por otro lado, no podrá ser mantenido eternamente ⁷⁷.

Como veremos más adelante, la presencia de obligaciones en los textos constitucionales ha sido siempre mucho más escasa que la de los derechos. Y esto no debe extrañarnos ya que todo el

⁷⁶Nos hemos apoyado de forma sustancial en J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., pp. 451 y ss.

⁷⁷Como señala Francisco BALAGUER, el término Constitución tiene ya distinto significado que el que poseía en su origen. Vid. Derechos fundamentales y Constitución normativa, en Introducción a los derechos fundamentales, vol. I, X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1988, p. 209.

Obligaciones jurídicas básicas

movimiento constitucional nace con las tesis de la limitación del poder y con la proclamación de una serie de derechos de los individuos que el poder debe respetar. La idea de Constitución nace frente al Poder absoluto de los monarcas para delimitar una esfera de acción en la que ni el Poder podría entrar. Esto respondía a una determinada situación histórica y a una determinada concepción del Derecho. Así, las obligaciones que estarán presentes en los textos jurídico-políticos se reducirán, casi exclusivamente, a aquellas que son correlativas a derechos o a aquellas que van dirigidas a los poderes públicos ⁷⁸.

Por otro lado, de nuestro texto constitucional puede desprenderse también en algún momento la tesis de la preminencia de los derechos. Si nos fijamos, por ejemplo, en el artículo 168.1 veremos que éste dispone un procedimiento especial para la revisión constitucional que afecta a la mayoría de los derechos fundamentales, mientras que en cambio sólo hace mención

⁷⁸Para RODRIGUEZ PANIAGUA, pueden darse tres explicaciones a la ausencia de obligaciones en textos relativos a derechos fundamentales o libertades básicas: "1) La sede en que primordialmente se expresan estos derechos son las Constituciones; y estas son unas leyes muy especiales: no sólo en el sentido de ser leyes básicas o fundamentales, de cuyo cumplimiento depende la validez de las demás, (así como de su aceptación puede depender también la de los demás); sino también en el sentido de que (tal vez precisamente por eso) se las suele someter directamente a la aprobación popular. 2) El origen (al menos en cuanto a su notoriedad y trascendencia política) de esta doctrina de los derechos humanos arranca de las Revoluciones americana y francesa: y no se hacen las Revoluciones hablando a los pueblos de sus obligaciones, sino de sus derechos. 3) En sus orígenes, y hasta bien entrado nuestro siglo, se puede decir que los derechos humanos se conciben únicamente como barreras o límites a la intervención del Estado. Por consiguiente el único obligado frente a ellos era el Estado, y esta obligación era tan sólo de abstención, de no intervenir, de no conculcarlos...". Los derechos humanos como obligación, en Persona y Derecho, núm. 22, Actas de las II Jornadas Internacionales de Filosofía Jurídica y Social, 1990, pp. 235 y 236.

a las obligaciones superiores.

Esto ha hecho que haya autores que destaquen, tomando como referencia la Constitución, la figura de los derechos sobre las obligaciones. Así por ejemplo, Marina Gascón ha escrito: "No hay en la Constitución española ningún fin trascendente más allá de la protección de la dignidad y derechos de la persona. En otras palabras, del espíritu de la Constitución se deduce que hay una regla general de libertad, y no al contrario. Mientras no encontramos en la Constitución ningún precepto que consagre una norma genérica de deberes, si parece que subyace a la misma una regla general de libertad al condicionar expresamente en muchos de sus artículos la imposición de deberes jurídicos a la protección de las libertades individuales" ⁷⁹.

También, entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se encuentran Sentencias que dan primacía a los derechos sobre las obligaciones. En este sentido, puede servir como ejemplo la Sentencia de 28 de febrero de 1977 (Ref. Aranzadi 718), en la que se busca configurar el significado de cierto artículo del Código Penal referente al abandono de familia, y en cuyo considerando segundo puede leerse: "Que la norma penal referida, penaliza pues obligaciones de índole civil en atención a que el carácter eminentemente público que las matiza, justifica la acción estatal en virtud de la cual se dota de protección penal a las necesida-

⁷⁹ Marina GASCON ABELLAN, Notas sobre la existencia de un posible derecho general a la desobediencia, ponencia presentada a las XII Jornadas de profesores de Filosofía Jurídica y Social sobre Derecho y Obligatoriedad, Oviedo 28-30 de marzo, 1990.

Obligaciones jurídicas básicas

des para cuya satisfacción se hallan establecidos los deberes cuyo incumplimiento se sanciona...".

En este sentido hay autores que reducen el campo de las obligaciones fundamentales, si no exclusivamente si principalmente, a aquellas que se fundamentan en derechos fundamentales, manteniendo pues una visión eminentemente liberal del problema. Nino, por ejemplo, escribe: "Los deberes no parecen ser el elemento primitivo de una teoría moral sino que parecen estar en función de ciertos derechos, sobre todo cuando son deberes hacia otros. La fundamentación más obvia de la estipulación de determinados deberes es que ellos son necesarios para proteger o materializar derechos correlativos" ⁸⁰. En España, el profesor Laporta escribe: "Los derechos humanos fundamentarían los siguientes tipos de obligaciones: 1.- Generales negativas, en el sentido de que todos estamos obligados a abstenernos de actuar de forma que lesione los bienes constitutivos del derechos humano en cuestión (por ejemplo la obligación de abstenerse de poner en peligro la vida de los seres humanos). 2.- Especiales negativas, en el sentido de que los miembros de las instituciones políticas y jurídicas deben abstenerse de realizar ciertas conductas (por ejemplo interferir en la libre expresión de las ideas) y 3.- Especiales positivas, en el sentido de que los miembros de tales instituciones deben llevar a cabo acciones positivas de protección de ciertos bienes constitutivos de derechos humanos (por ejemplo

⁸⁰C. S. NINO, *Etica y derechos humanos*, obra cit., pp. 31 y 32.

promocionar la educación de los ciudadanos mediante la enseñanza obligatoria, o, por parte del ciudadano, pagar ciertos impuestos redistributivos)" ⁸¹. También el profesor Garrido Falla reduce la obligaciones fundamentales a derechos o a derechos-obligación. Así al hablar de los derechos comprendidos en la Sección Segunda del Capítulo II del Título I de la Constitución dice que hay algunos que tienen caracter mixto como el 'derecho-deber' de defender a España (no hace referencia a un posible 'derecho-deber' de trabajar). Pero la que más llama la atención es que cuando se refiere a la obligación de contribuir al gasto público lo hace empleando la fórmula del derecho 'a no pagar mas impuestos o realizar más prestaciones personales que las impuestas por ley" ⁸², siendo esta sólo una vertiente a que se puede hacer alusión dentro de la situación principal obligatoria.

En una concepción, moderna donde puede plantearse la existencia de una comunidad de comunicación o donde el diálogo entre los hombres se produce y donde estos intervienen en la configuración del Derecho, no creo que haya problema en identificar entre lo político y lo social. El acercamiento de estos dos planos harán al Derecho mas autónomo y aumentarán la obediencia al

⁸¹Francisco LAPORTA, Sobre el concepto de derechos humanos, obra cit., p. 35. En contra de una visión de este tipo vid. por ejemplo G. MAZZINI, quien escribe: "Quand'io dico che la conoscenza dei loro diritti non basta agli uomini per operare un miglioramento, importante e durevole, non chiedo che rinunciate a questi diritti; dico soltanto che non sono se non una conseguenza di doveri adempiti e mche bisogna cominciare da questi per giungere a quelli". Doveri dell'Uomo, obra cit., p. 14.

⁸²Vid. F. GARRIDO FALLA, Comentarios a la Constitución, obra cit., p. 885.

Obligaciones jurídicas básicas

mismo. La solidaridad en las relaciones humanas exige que se establezcan una serie de obligaciones. En este sentido, Perez Serrano afirmaba: "...si los derechos del ciudadano son las obligaciones impuestas al legislador, la conservación de la sociedad exige que sus componentes conozcan y cumplan igualmente sus deberes" ⁸³. Y esto no significa desconocer el valor que tienen las obligaciones correlativas a los derechos fundamentales para el perfecto desarrollo de los mismos y, por tanto, para la realización de los fines principales de nuestro sistema jurídico. La presencia de estos contenidos en el Derecho va a justificar, en muchos casos, la posibilidad de hablar de una obligación moral de obediencia, como se verá más adelante.

Por otro lado, la prevalencia de los derechos no concuerda luego con la característica fundamental del Derecho (ordenar la vida social limitando la libertad total de los individuos), ni con su expresión fundamental, la norma jurídica, cuya dimensión más importante es su sentido impositivo ⁸⁴.

La otra forma de entender a las obligaciones jurídicas básicas supone confundirlas con obligaciones o deberes morales. El que se hable de una obligación jurídica de obediencia no significa que se intente imponer ésta en las conciencias de los individuos. Este podrá en todo caso decidir si ajusta su compor-

⁸³N. PEREZ SERRANO, Tratado de Derecho Político, Civitas, Madrid 1976, p. 601.

⁸⁴Ya en la célebre distinción de Tomasio entre los tres principios que regían las acciones humanas, el *iustum* (principio del Derecho) estará formulado en sentido negativo, reclaman el carácter imperativo del mismo.

Deberes y obligaciones en la Constitución

tamiento a la norma o si no lo hace (hecho éste último que movilizará al aparato coactivo del Estado).

Por último, se ha intentado demostrar la preminencia de los derechos en relación con las obligaciones -sin negar el valor y la fuerza normativa de ambos- aludiendo a los tipos de interpretación que exigen cada una de esas figuras. Así, se dice que los derechos fundamentales exigen una interpretación extensiva, mientras que las obligaciones (al ser normas que limitan derechos) exigen una interpretación restrictiva ⁸⁵.

Pero tampoco parece que se pueda mantener con firmeza una afirmación de este tipo. En este sentido, por ejemplo, la obligación jurídica de contribuir al gasto público no restringe el derecho de no contribuir, porque éste no existe. Puede afectar a otros, pero esto mismo ocurre con los derechos fundamentales, que como han señalado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo y el Constitucional no son derechos ilimitados ⁸⁶. Lo mismo puede

⁸⁵Vid. Paolo BARILE, Diritti dell'Uomo e libertà fondamentali, obra cit., p. 68, y también en Il soggetto privato nella costituzione italiana, obra cit., p. 146. La interpretación más favorable de los derechos fundamentales ha sido señalada en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional. Vid. por ejemplo las Sentencias 34/83 de 6 de mayo, BJC. num. 26, fund. juríd. 3, p. 650; 4/85 de 18 de enero, BJC. num. 46, fund. juríd. 3, p. 144; 66/85 de 23 de mayo, BJC. num. 50, fund. juríd. 3, p. 642; 117/87 de 8 de julio, BJC. num. 75, fund. juríd. 2, p. 1069; 1/89 de 16 de enero, BJC. num. 94, fund. juríd. 3, p. 231.

⁸⁶Así por ejemplo el Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de octubre de 1986 (Ref. Aranzadi 5806, p. 5674), ha señalado: "...los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución no son derechos ilimitados sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (art. 10) y en general en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos y que corresponde al legislador regular en mayor o menor generosidad los límites impuestos al ejercicio del Derecho, incurriendo en inconstitucionalidad exclusivamente cuando se vulnera su contenido esencial...". Por su parte, el Tribunal

Obligaciones jurídicas básicas

predicarse de otros tipos de obligaciones como la de obediencia, las de colaborar con la Justicia, etc...

Las posturas que destacan radicalmente la presencia de los derechos sobre las obligaciones, parecen temer la posibilidad de un Ordenamiento que restrinja la existencia de los primeros o que incluso la aniquile. Y en este sentido tiene razón Alzaga cuando afirma: "La salida de cuarenta años de franquismo puede, en alguna medida, motivar reacciones psíquicas paralelas, pero es preciso superar las posiciones contingentes que adoptan estas grandes cuestiones a lo largo de la historia política y comprender que no hay auténtica integración política, que es imposible la construcción de una verdadera democracia sin introducir los factores 'derecho' y 'deber' en sus respectivas y naturales dosis..." ⁸⁷.

En definitiva, como ha señalado Rubio LLorente, de la Cons-

Constitucional se ha referido a este carácter limitado de los derechos fundamentales en numerosas ocasiones. Así, por ejemplo pueden citarse las Sentencias de 8 de abril de 1981, BJC. num. 2, fund. juríd. 7, p. 93; 15 de junio de 1981, BJC. num. 4, fund. juríd. 15, p. 266; 2 de junio de 1981, BJC. num. 4, fund. juríd. 9, p. 251; 2/82 de 29 de enero, BJC. num. 10, fund. juríd. 5, p. 105; 36/82 de 16 de junio, BJC. num. 16/17, fund. juríd. 6, p. 617; 91/83 de 7 de noviembre, BJC. num. 31, fund. juríd. 3, p. 1331; 159/86 de 12 de diciembre, BJC. num. 68, fund. juríd. 6, pp. 1454 y 1455. Todas ellas dejando claro que la limitación del derecho no puede nunca afectar al contenido esencial del derecho. Vid. Angel LATORRE, *Diez años de Jurisprudencia Constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas, en Introducción a los derechos fundamentales*, X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1988, vol. III, pp. 2096 y ss. Sobre el contenido esencial vid. las Sentencias del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, BJC. num. 2, fund. juríd. 8, pp. 93 y 94; 83/84 de 24 de julio, BJC. num. 40/41, fund. juríd. 3, p. 1076; 37/87 de 26 de marzo, BJC. num. 72, fund. juríd. 2, pp. 449 y 450; 161/87 de 27 de octubre, BJC. num. 7, fund. juríd. 5, p. 1471.

⁸⁷Oscar ALZAGA, La Constitución española de 1978, obra cit., p. 153.

titución (fuente primera del Derecho español), "dimanan derechos y obligaciones para los ciudadanos y para los poderes públicos, cuya relación se establece así como relación entre sujetos, como relación jurídica..." ⁸⁸.

LA EVOLUCION DE LAS OBLIGACIONES JURIDICAS BASICAS EN TEXTOS POSITIVOS

Las primeras formulaciones de lo que venimos denominando obligaciones básicas aparecen en el pensamiento clásico, a partir del cual se irán sucediendo en la obra de importantes autores. Más adelante veremos la construcción de alguno de éstos, baste aquí señalar que los clásicos ya se plantean la existencia de ciertas obligaciones en los gobernantes y en los ciudadanos. Serán Cicerón y Sócrates los que primero traten de forma extensa las obligaciones de los gobernantes y la de obediencia ⁸⁹. En Platón podemos encontrar ya afirmaciones que apuntan hacia la obligación de defensa ⁹⁰ y a la de contribuir a los gastos públicos ⁹¹. Y en Aristóteles formulaciones precisas sobre la

⁸⁸Francisco RUBIO LLORENTE, La Constitución como fuente del Derecho, en La Constitución y las fuentes del Derecho, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, vol. I, p. 58.

⁸⁹Vid. CICERON, Los oficios o los deberes, obra cit., p. 163; PLATON, La República, obra cit., vol. I, p. 32.

⁹⁰PLATON, Las leyes, obra cit., vol. II, p. 240.

⁹¹PLATON, Las Leyes, obra cit., vol. II, pp. 252 y 264.

obligación de los gobiernos ⁹².

Estas construcciones se suceden en el pensamiento escolástico sobre todo en relación con la distinción entre ley natural y ley positiva, estableciéndose la obligación tanto de los gobernantes como de los súbditos de obedecer los dictados de la ley natural. Las primeras apariciones como obligaciones jurídicas en sentido moderno se producirán a partir del Tránsito a la Modernidad ⁹³. En este sentido será de destacar las construcciones que se hacen por parte del iusnaturalismo racionalista: Spinoza ⁹⁴, Grocio ⁹⁵, Pufendorf ⁹⁶, Burlamaqui ⁹⁷, Kant ⁹⁸; y por otros filósofos de la época como Montesquieu ⁹⁹.

A partir de estas concepciones, las formulaciones jurídicas de estas obligaciones estarán condicionadas con el tipo de Estado. Según Bobbio, en "el Estado despótico los individuos aislados tienen sólo deberes y no derechos. En el Estado absoluto

⁹²Vid. Política, obra cit., p. 90.

⁹³Vid. G. PECES-BARBA, Los deberes fundamentales, obra cit., p. 329.

⁹⁴Vid. por ejemplo su Tratado Teológico Político. Tratado Político, obra cit., p. 167.

⁹⁵Vid por ejemplo en Del Derecho de la Guerra y de la Paz, obra cit., T. I, pp. 237 y 239 y en los Prolegómenos, pp. 14 y 15.

⁹⁶Vid. por ejemplo Le Droit de la Nature et des Gens, obra cit., T. I, lib. II, cap. V y T. II, lib. VIII.

⁹⁷Vid. por ejemplo en Principes du Droit Naturel, obra cit., Premiere Partie, cap. IX, p. 139.

⁹⁸Vid. por ejemplo en La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 101 y ss. y p. 159.

⁹⁹Vid. MONTESQUIEU, El Espíritu de las Leyes, obra cit., p. 261.

Deberes y obligaciones en la Constitución

los individuos ostentan en relación con el soberano derechos privados. En el Estado de Derecho el individuo tiene frente al Estado no sólo derechos privados, sino también derechos públicos"¹⁰⁰. Y en término parecidos se expresa Castán, cuando escribe: "el deber para el liberalismo, es un instrumento del derecho subjetivo; un procedimiento técnico que tiene por finalidad asegurar el respeto de los derechos individuales"¹⁰¹. Y esto puede comprobarse si examinamos las siguientes palabras de Carl Schmitt: "Según la idea originaria, sólo hay, como hacia notar con razón el diputado Düringer en las deliberaciones de la Comisión de Constitución de la Asamblea Nacional de Weimar, derechos fundamentales, pero no deberes fundamentales del individuo. El reconocimiento de deberes fundamentales priva al Estado del carácter de Estado de Derecho puramente liberal... Los deberes fundamentales no son deberes del hombre en general, sino sólo deberes del miembro o del sometido al Estado, es decir, de los hombres que se encuentran dentro de la esfera de poder del Estado"¹⁰².

Estas ideas harán difícil la configuración efectiva de las obligaciones jurídicas básicas¹⁰³. Así, generalmente se ha con-

¹⁰⁰BOBBIO, Derechos del hombre y filosofía de la historia, obra cit., p. 36.

¹⁰¹CASTAN TOBEÑAS, Situaciones jurídicas subjetivas, obra cit., p. 28.

¹⁰²Carl SCHMITT, Teoría de la Constitución, obra cit., p. 179.

¹⁰³No obstante, como señala Santiago SANCHEZ GONZALEZ, "la imposición de deberes es una mera consecuencia de la potestad soberana de la organización estatal, cuya presencia es perceptible para cualquier persona por

Obligaciones jurídicas básicas

siderado como expresión del pensamiento conservador, del socialismo totalitario o de la Iglesia, las formulaciones que expresan la primacía de los deberes o de las obligaciones sobre los derechos ¹⁰⁴. El emparejar estos pensamientos no debè extrañar. Como escribe González Amuchastegui, el socialismo francés de 1840, se caracterizaba por su marcado carácter religioso: "Esta afirmación no debe inducirnos a equívoco. En primer lugar, dicha religiosidad es perfectamente compatible con un radical anticlericalismo,

el sólo hecho de vivir en una comunidad organizada en Estado. De ahí que tanto el constituyente presta una específica atención a los deberes de los súbditos y ciudadanos como si no lo hace, remitiendo su regulación a normas de rango inferior al constitucional, dichos deberes, en la medida en que derivan directamente de la relación gobernantes-gobernados, poseen una realidad innegable que no puede ignorarse, pero que no precisa de mayor reiteración". Comentario al art. 30, en Comentarios a las Leyes Políticas, dirigidos por O. Alzaga, Edersa, Madrid 1983, T. III, pp. 275 y 276.

¹⁰⁴Vid. en este sentido G. PECES-BARBA, Los derechos del hombre en 1789, en Anuario de Filosofía del Derecho, T. VI, Madrid 1989, p. 111, cuando se refiere a los debates de la realización de la Declaración de 1789. Si observamos los textos que se producen durante el nazismo y el fascismo o los primeros textos de la Unión Soviética, podremos observar como en ellos hay predominio de las obligaciones de los ciudadanos. Vid. M. DUVERGER, Constitutions et Documents Politiques, Presses Universitaires de France, Paris 1974. Por otro lado, dentro de la doctrina pontificia, desde finales del siglo XIX, se da primacía a las obligaciones sobre los derechos. Así, León XIII en la encíclica "Laetitiae sanctae" (1893) dirá: "Nos deploramos, y los mismos que lo reducen todo al brillo y provecho material espontáneamente lo confiesan y lamentan, que, con el abandono de los deberes y virtudes que constituyen lo más hermoso del vivir sencillo y corriente, se infiere a la sociedad humana una herida tremenda". en Doctrina pontificia, T. II, Documentos sociales, ed. prep. por F. Rodríguez, trad. C. Humberto Nuñez, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1959, p. 376. Y más tarde Pío X en la encíclica "Notre charge apostolique" (1910), dictada en respuesta a las actitudes del movimiento sillonista (movimiento surgido en el interior de la Iglesia, que nació con la idea de promocionar a las clases trabajadoras al disfrute de los derechos de las clases superiores y que poco a poco se fue separando de la doctrina pontificia), afirmará: "La cuestión social estará muy cerca de ser resuelta cuando los unos y los otros, menos exigentes de sus derechos mutuos, cumplan más exactamente sus obligaciones". Notre charge apostolique, en Doctrina pontificia, T. II, Documentos políticos, ed. prep. por J. L. Gutierrez García, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1958, p. 421.

Deberes y obligaciones en la Constitución

y no va a implicar la aceptación de ningún credo religioso concreto. Además se trata de una religión sin referencia a lo sobrenatural y sin ritos propios. La religión no será sino una serie de principios morales que guiarán su actuación política" ¹⁰⁵. Así, la proliferación de obligaciones en el plano moral es propia de sistemas cerrados e impositivos sobre todo cuando afectan al individual, pero dentro de éstos no todos van a disminuir la libertad de los hombres de la misma manera. Desde una ética basada en argumentos comunicativos, como la propuesta en éste trabajo, la proliferación de deberes y de obligaciones no implica la disminución de la libertad esencial del hombre. Por lo que se refiere al aspecto jurídico, la enunciación de la primacía de la obligación sobre el derecho no tiene porque significar que nos hallamos ante un sistema jurídico no democrático. No hay que olvidar que las obligaciones jurídicas constituyen la figura deóntica principal para el establecimiento de la libertad real y que, por otra parte, la construcción lógica del Derecho expresa la primacía de la obligación.

Lo que sucede es que en los debates más importantes que se han producido en la historia sobre el puesto de los derechos y las obligaciones, se han mezclado, como suele ocurrir normalmente, argumentaciones jurídicas, morales y políticas, produciendo importantes confusiones. Así por ejemplo, cuando en la elaboración de la Declaración de 1789 se plantea la propuesta de hacer

¹⁰⁵ Jesús GONZALEZ AMUCHASTEGUI, Louis Blanc y los orígenes del socialismo democrático, obra cit., p. 171.



una Declaración de 'deberes' paralela a la de derechos aparecen diversas posturas. Por un lado los defensores de posturas moralistas, en las que se encuentran tanto los componentes del clero como los pensadores dogmáticos, quienes son partidarios de realizar esa Declaración. Por otro lado, aquellos autores que basándose en la sociabilidad de los hombres también son partidarios de la misma. Hay quienes se refieren a la correlatividad entre derechos y obligaciones. O, postura que será la que en definitiva triunfará, quienes plantean la supremacía del individuo y la de los derechos que le son inherentes, a los 'deberes' que buscan atarle ¹⁰⁶. Como puede observarse se trata de posturas que mezclan concepciones religiosas, jurídicas, etc...

Con la Constitución francesa de 1795 y su Declaración de derechos y deberes también se produjeron debates parecidos. Se criticó, sobre todo por sectores conservadores la ausencia de 'deberes' en la declaración de 1789 a la que se atribuía los tiempos de terror que se había vivido ¹⁰⁷. La defensa que se hace de los deberes y de las obligaciones no parten de visiones atentatorias de la dignidad humana, sino que consideran que el verdadero respeto a ésta se consigue con la señalización de obligaciones. Por otro lado se piensa también, frente a las declaraciones eminentemente burguesas, que con las obligaciones se alcanzará

¹⁰⁶Vid. G. PECES-BARBA, Los derechos del hombre en 1789, obra cit., p. 112. Vid. también Daniel COLARD, Essai sur la problematique des devoirs de l'homme, en Revue des Droits de l'homme. Human Rights Journal, vol. V, 2-3, 1972, pp. 338 y 339.

¹⁰⁷Vid. J. RIVERO, Les libertès publiques, obra cit., pp. 77 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

de forma efectiva la igualdad.

En definitiva, la primacía de los deberes o de las obligaciones sobre las pretensiones o exigencias fundamentales de los hombres en el ámbito moral depende de las ideas o de la parcela de pensamiento que se adopte. La desconfianza hacia el valor de la libertad puede hacer que en los países autoritarios primen las obligaciones sobre los derechos, pero las obligaciones van a estar también presentes en textos progresivos ¹⁰⁸, y su importancia aumenta en la posibilidad de sistemas jurídicos expresión del diálogo intersubjetivo.

En el plano jurídico parece que lo que predomina son las obligaciones, aunque en un tema como el de las obligaciones básicas o los derechos fundamentales que está fuertemente conectado con la ética, parece que lo que tiene que predominar es la figura del derecho. Y esto es lo que ha sucedido si observamos los distintos textos jurídicos positivos a partir del siglo XVI ¹⁰⁹. Como escribió Perez Serrano, las obligaciones dentro de las Constituciones o de las Declaraciones se omiten muchas veces, casi nunca se sistematizan, su eficacia es nula y su lectura fastidiosa ¹¹⁰.

¹⁰⁸Vid. en este sentido G. PECES-BARBA, *Los deberes fundamentales*, obra cit., p. 331.

¹⁰⁹Las citas de los textos que se recogen serán, generalmente, del libro Derecho positivo de los derechos humanos, ya citado. Así que pondremos entre paréntesis la página que se trate. Cuando no sea de este libro se citará oportunamente a pie de página.

¹¹⁰Nicolás PEREZ SERRANO, Tratado de Derecho Político, obra cit., p. 601.

Obligaciones jurídicas básicas

En estos textos sólo las obligaciones de organización del poder y más adelante las de defensa de la libertad, que tienen como destinatario los poderes públicos, tendrán cabida y ello no puede extrañarnos porque no constituyen una especie de moral interna sin la que el Derecho puede subsistir. Aunque más adelante trataremos esta figura más extensamente, me estoy refiriendo, por ejemplo, a la necesidad de claridad, de promulgación, de no retroactividad, de legalidad, etc... Al estar presente por regla general en los textos no haremos alusión a ellas salvo en lo que se refiere a las constituciones más modernas.

Los textos que se dan en los siglos XVI y XVII recogerán formulaciones de derechos pero no de obligaciones en el individuo, si exceptuamos aquellas destinadas a la protección del disfrute de un derecho o a la contribución del gasto del Estado. En cambio si aparecen formulaciones de la obligación de defensa de la libertades, como por ejemplo la que se contiene en el **Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts** (diciembre de 1641), en cuyo Preámbulo puede leerse: "Por lo tanto, Nosotros afirmamos nuestro deber, hasta que se establezca el Gobierno pleno, de recoger y declarar todas las libertades para que sean observadas ahora y en adelante y las ratificamos con nuestro consentimiento solemne" (p. 67). O ya más concretamente por ejemplo en el **Bill of Rights** (1688) se establecen diversas obligaciones para el gobierno y para los distintos poderes del Estado (p. 95).

Deberes y obligaciones en la Constitución

En las declaraciones en las que la impronta del iusnaturalismo racionalista ya es patente se pueden observar formulaciones más precisas de las obligaciones organización del poder y defensa de las libertades, de obediencia y de otras que adquieren características modernas. Si bien los derechos seguirán predominando en los textos ¹¹¹. Algunas de estas Declaraciones son realmente bellas en la enunciación de las obligaciones de los gobiernos. En este sentido puede citarse la **Declaración americana de Levantamiento en Armas** (1775) ¹¹², donde puede leerse: "Si resultase posible que personas, en posesión del sano ejercicio de sus facultades, llegasen a creer que el Divino Autor de sus vidas hubiera concedido a una parte de la raza humana propiedad absoluta e ilimitado poder sobre otra, haciendo de ésta objeto de su dominio bajo condiciones severas y opresivas, los habitantes de esta colonia podrían, cuando menos, solicitar del Parlamento de la Gran Bretaña alguna evidencia de que tan temible autoridad y poder se hubiera otorgado a esa institución. Pero el respeto por nuestro Creador, y el dictado del sentido común, convencerán a cuantos reflexionen sobre el tema, que el gobierno es un organismo que ha sido instituido para facilitar el desarrollo y el bienestar de la raza humana, y debe ser administrado para la consecución de ese fin".

¹¹¹La idea de la limitación del Poder hace que los derechos se presenten con más énfasis. Vid. Oscar ALZAGA, La Constitución española de 1978, obra cit., p. 153.

¹¹²Recogida en J. PANCAKE, Thomas Jefferson. Revolucionario y Filósofo, trad. de M. Vázquez Alonso, Ediciones 29, Barcelona 1987, pp. 71.

Obligaciones jurídicas básicas

También, en la **Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia** de 12 de junio de 1776, encontramos formulaciones generales de las obligaciones de los gobiernos: "Que el gobierno es instituido, o debería serlo, para el común provecho, protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad...; y que cuando un Gobierno resulta inadecuado o es contrario a estos principios, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indiscutible, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que se juzgue más conveniente al bien público" (p. 102). Asimismo y fruto de la vinculación religiosa de los textos americanos se formula el 'deber' de practicar la paciencia, el amor y la caridad con el prójimo.

La **Declaración de Derechos del hombre y del Ciudadano** (1789) a pesar del debate que suscitó sobre la necesidad o no de que fuese acompañada de una Declaración de 'deberes', sólo hará referencia a la obligación de contribuir al gasto de la Administración (art. 13) -que se irá convirtiendo en un enunciado clásico en todas las Declaraciones y Constituciones: "Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración es indispensable una contribución común: debe ser igualmente repartida entre todos los ciudadanos en razón a sus posibilidades" (p. 114)-; y a la de obedecer a la ley (art. 7). La ausencia de otras obligaciones en los individuos dentro del texto supuso el triunfo de la concepción individualista tanto en el plano

filosófico como social ¹¹³.

Las obligaciones tendrán cierta presencia en la Declaración de derechos colocada al frente de la **Constitución francesa del año I (1793)** ¹¹⁴, donde si bien es cierto que no se recogen formulaciones expresas de las mismas ¹¹⁵, si se encuentran preocupaciones sociales, aunque su realización se encomienda a la sociedad y no al Estado ¹¹⁶.

Donde si se dará una relativa importancia a esta figura será en la Declaración francesa que acompañaba a la **Constitución de 1795 (del año III)** ¹¹⁷, y que ha sido calificada por Colliard como conservadora ¹¹⁸. Este texto se divide en dos partes, una

¹¹³Vid. José CASTAN TOBEÑAS, Los derechos del hombre, Reus, Madrid 1969, p. 101. Algunos autores han querido ver la presencia implícita de obligaciones derivadas del principio de fraternidad. Vid. en este sentido Carmelo CARBONE, I doveri pubblici individuali nella Costituzione, obra cit., p. 10, n. 15.

¹¹⁴Vid. Maurice DUVERGER, Constitutions et documents politiques, obra cit., pp. 10 y ss.

¹¹⁵Vid. en este sentido G. PECES-BARBA, Los deberes fundamentales, obra cit., p. 11.

¹¹⁶ Vid en este sentido Antonio TRUYOL Y SERRA, Los derechos humanos, Tecnos, Madrid 1982, p. 18. Y también A. E. PEREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, obra cit., p. 120. También aquí para CARBONE podrá hablarse de una obligación inspirada en el principio de solidaridad del artículo 7 de este texto, el cual establece que la libertad de cada uno encuentra su límite moral en la máxima: no hagas a los otros lo que no quieras que te sea hecho a ti. Si bien reconoce que el precepto es genérico y sin valor jurídico. Vid. I doveri pubblici individuali nella Costituzione, obra cit., p. 11, n. 15.

¹¹⁷Se cita por el libro de M. DUVERGER, Constitutions et Documents Politiques, obra cit., Paris 1974, pp. 81 y 82.

¹¹⁸Vid. Claude-Albert COLLIARD, Libertés publiques, Dalloz, París 1982, p. 62.

Obligaciones jurídicas básicas

encabezada por "Derechos" y otra por "Deberes". El artículo primero de esta segunda parte contiene una declaración interesante: "La Declaración de Derechos contiene las obligaciones de los legisladores: el mantenimiento de la sociedad requiere que aquellos que la componen conozcan y cumplan igualmente sus deberes". Las alusiones que se hacen a los deberes revisten un cierto carácter moral mientras que se emplea el término obligación para las situaciones propiamente jurídicas. Por otro lado se recogen de forma general las obligaciones de obediencia y de defensa, en los artículos 3 y 9. La obligación de defensa a la Patria será junto a la mencionada anteriormente de la contribución la otra figura obligatoria que será mencionada en casi todos los textos. Esto, por otra parte no puede extrañarnos porque como ya vimos al principio, desde la época clásica se venía justificando en la obra de los pensadores, la imposición de las mismas. Según Peces-Barba, esta será la primera positivación de las obligaciones básicas, y la misma se realizará "al servicio de una sociedad que desconfía de la libertad y de la soberanía popular, que defiende los intereses de los propietarios y como contrapeso de una Declaración de derechos debilitada en relación con 1789" ¹¹⁹.

A finales del siglo XVIII, en ciertas Constituciones de diversos Estados italianos (por ejemplo, la de la República de Liguria de 1797, la de Roma de 1798 o la de Nápoles de 1799), se podrá encontrar también obligaciones referidas al ámbito de

¹¹⁹Vid. Los deberes fundamentales, obra cit., p. 331.

Deberes y obligaciones en la Constitución

sujección del ciudadano al Poder (obligaciones de defender al Estado, de obediencia al Derecho, etc...). El valor de las mismas y su formulación, no obstante, es más moral que jurídico ¹²⁰.

Los textos del siglo XIX, influidos por el pensamiento liberal continuarán con esa primacía de los derechos, limitándose en lo que se refiere a las obligaciones, a señalar las propias de los poderes públicos y alguna otra referente a los ciudadanos ya consolidadas por la tradición y aceptadas por el pensamiento liberal.

La **Constitución española de 1812** es significativa en este sentido, si bien por su carácter minucioso y racional presentará de forma aparente una más extensa formulación de obligaciones. Señala entre otras la obligación de la Nación (que es la reunión de todos los españoles) de conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos de los individuos (art. 4); la obligación de amar a la Patria (art. 6); la de fidelidad y respeto a la Constitución (art. 7); la de obediencia (art. 7), que se acompaña de la posibilidad de que todo español pueda reclamar su observancia (art. 373); la de contribuir a los gastos del Estado (art. 8); la de defensa de la Patria (art. 9); y otras obligaciones que se refieren a los poderes públicos (arts. 13, 245, 254, etc...) ¹²¹.

¹²⁰Vid. Carmelo CARBONE, I doveri pubblici individuale nella Costituzione, obra cit., p. 11, n. 15.

¹²¹Vid. el texto completo en Pedro FARIAS, Breve historia constitucional de España, Doncel, Madrid 1975, pp. 145 y ss.

Obligaciones jurídicas básicas

En 1848 se comenzará a dar una mayor atención a estas obligaciones de tipo social, al mitigarse el pronunciado individualismo de los textos anteriores, que es completado con la socialización de las relaciones entre el Estado y los individuos y entre éstos últimos entre sí ¹²². En este sentido, en la **Constitución francesa de 1848**, aparecen elementos solidarios y comunitarios que conducirán a dar una mayor importancia a las obligaciones, lo que se expresará sobre todo en su Preámbulo (aunque no tenía valor normativo). En el párrafo III del Preámbulo se señala así que la República francesa reconoce "derechos y deberes ante Dios y superiores a las leyes positivas" (p. 129); mientras que en el párrafo VI puede leerse: "Deberes recíprocos obligan a los ciudadanos en relación con la República, y a la República en relación con los ciudadanos" (p. 129). Estas obligaciones, enunciadas, como es usual, en términos de deberes, encuentran una especificación mayor en los dos párrafos siguientes donde se alude, entre las obligaciones de los ciudadanos, la de amar a la patria, servir y defender a la república y participar en las cargas del Estado; y entre las de la República, la protección del ciudadano tanto en el aspecto pesonal como en el familiar, el espiritual y el material, así como la de poner al alcance de éste los medios para conseguir una necesaria instrucción. Con esta Declaración se puede decir que aparecen ya las primeras formulaciones del Estado social y de la función promocional del

¹²²Vid. C. CARBONE, I doveri pubblici individuale nella Costituzione, obra cit., p. 12.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Derecho, donde las obligaciones del Estado cobran un importante papel.

La **Constitución de la Confederación Suiza** de 28 de mayo de 1874, también recogerá formulaciones de las obligaciones de los poderes públicos. Los artículos 2 y 5 de la misma son claros ejemplos de ésto ¹²³.

Los textos constitucionales españoles de finales del siglo XIX no seguirán el impulso de 1848, recogiendo, en el plano de los individuos sólo alusiones a obligaciones específicas como la de contribución al gasto del Estado y la de defensa de la Patria. Así por ejemplo el artículo 6 de la **Constitución de 1845** dice: "Todo español está obligado a defender la patria con las armas cuando sea llamado por la ley y a contribuir en proporción de sus haberes para los gastos del Estado". Declaración que se repite en la de 1856 en su artículo 7 ¹²⁴, y en el 28 de la Constitución de 1869 (p. 139). Formulación parecida será la del art. 3 de la Constitución de 1876. Por lo que se refiere al Estado, estas Constituciones se limitarán a señalar su obligación de proteger el disfrute de los derechos, así como de recalcar ciertas obligaciones de organización del poder.

A finales del siglo XIX, coincidiendo con las primeras, tímidas y parciales expresiones de aceptación de las doctrinas

¹²³Vid. el texto en M. DUVERGER, Constitutions et Documents Politiques, obra cit., p. 590.

¹²⁴Vid. Pedro FARIAS, Breve historia constitucional de España, obra cit., p. 230 y 244.

Obligaciones jurídicas básicas

democráticas por parte de la Iglesia católica ¹²⁵, y con la reflexión de muchos de sus teólogos sobre los problemas sociales, aparecen dentro de los textos pontificios proclamaciones de obligaciones que van a influir, en ocasiones, en determinados Estados ¹²⁶, muchas de ellas siguiendo el planteamiento escolástico. Estas proclamaciones, hasta bien entrado el siglo XX se realizarán sobre bases distintas a las mantenidas en ciertos textos constitucionales no aceptando la soberanía popular y restringiendo ciertos derechos, no compatibles con su doctrina.

La obediencia a las disposiciones del Poder se contempla de forma extensa en la encíclica "Diuturnum illud" (La autoridad política. 1881-1882) de León XIII. En ella se expresa la necesidad de obedecer al Poder en todo caso, ya que éste deriva de Dios. Así se afirma: "Negar que Dios es la fuente y el origen de la autoridad política es arrancar a ésta toda su dignidad y todo su vigor" ¹²⁷. Si bien se dice: "Una sólo causa tienen los hombres para no obedecer: cuando se les exige algo que repugna abiertamente al derecho natural o al derecho divino". Por otro lado, también se refiere a los deberes del poder, ya que se

¹²⁵Vid. Mariano AGUILAR NAVARRO, La encíclica Pacem in Terris y la edificación de una democracia supranacional, en AA.VV. Comentarios civiles a la encíclica "Pacem in Terris", Taurus, Madrid 1963, p. 11.

¹²⁶Vid. Mariano AGUILAR NAVARRO, Las comunidades políticas nacionales, sujetos de derechos y deberes, en AA.VV., Comentarios a la Pacem in Terris, BAC, Madrid 1963, pp. 308 y ss.

¹²⁷Vid. Diuturnum illud, en Doctrina pontificia, T. II, Documentos políticos, ed. prep. por J. L. Gutierrez Garcia, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1958, p. 122.

mantiene que "el poder político no ha sido dado para el provecho de un particular" ni para el de unos pocos que lo ejercen, "sino para bien de los súbditos que les han sido confiados" ¹²⁸. En la encíclica "Libertas praestantissimum" se repite este pensamiento, señalando que es una "obligación muy seria respetar a la autoridad y obedecer las leyes justas". Asimismo se subraya la obligación de los gobernantes de establecer una legislación positiva que no contradiga a las leyes divinas y la de procurar a la sociedad "no sólo la prosperidad y los bienes exteriores, sino también y principalmente los bienes del espíritu" ¹²⁹. Este mismo pensamiento es expuesto igualmente por León XIII en "Sapientiae Christianae" (Los deberes de los cristianos. 1890), donde se habla de dos patrias en el ciudadano: el Estado y la Iglesia. Si existe contradicción en los mandatos de alguna de ellas, existirá el deber de obedecer lo que disponga la Iglesia ¹³⁰.

Respecto a los gobernantes, su deber consistirá en dictar disposiciones que conlleven al bien común. Ya en 1887 en un Discurso dirigido a los obreros franceses ("Grand est la joie"),

¹²⁸Vid. Diuturnum illud, obra cit., pp. 115 y ss.

¹²⁹León XIII, "Libertas praestantissimum", en Doctrina pontificia, T. II, obra cit., pp. 236-237 y 242. Vid. también la encíclica "Inmortale dei", en Doctrina pontificia, T. II, obra cit., p. 191.

¹³⁰"El deber esencial de los cristianos, que viene a ser como la fuente de donde se derivan todos los demás deberes, es el siguiente: amar las dos patrias, la natural y la eterna, pero de tal manera que el amor de ésta ocupe lugar preferente en nuestro corazón, sin permitir jamás que los derechos humanos sean antepuestos a los derechos de Dios". León XIII, Sapientiae Christianae, en Doctrina pontificia, T. II, obra cit., p. 271.

Obligaciones jurídicas básicas

León XIII afirmará: "La Iglesia, por otra parte, siempre ha recordado a los ricos y a los poderosos la obligación que les incumbe de socorrer a sus hermanos de condición más humilde y a respetar en ellos el carácter de hombres y de cristianos" ¹³¹. Y en 1889, en otro discurso dirigido a los delegados de las Sociedades de Uniones de Obreros Católicos, León XIII señalará los deberes de las clases dirigentes (poner freno al deseo de riqueza insaciable), de los gobiernos (comprender que para conjurar el peligro que amenaza a la sociedad, lo que es indispensable es dejar a la iglesia la libertad de resucitar en las almas los preceptos divinos; garantizar los intereses de las clases laboriosas; proteger a la juventud y a la mujer), de los patronos (considerar a los obreros como hermanos, velar por sus intereses procurando condiciones equitativas y edificarle por el buen ejemplo de una vida cristiana) y de los obreros (cumplir los deberes religiosos, domésticos y sociales) ¹³².

De forma más extensa se pronunciará León XIII en la "Notre consolation" (1891-1892), pero antes, será en la "Rerum novarum" (1891) donde este Papa trate este problema más detenidamente. Así, encabezará un apartado con la expresión "Deberes generales del Estado", en el que de forma general se hace referencia al "deber inexcusable de los gobernantes" de procurar la prosperidad del Estado. Y a ella se llega, además de por el cumplimiento de

¹³¹Doctrina Pontificia, T. III, obra cit., p. 248.

¹³²León XIII, Il y a deux ans, en Doctrina pontificia, T. II, obra cit., pp. 284-286.

una serie de mandatos y costumbres tradicionales del catolicismo ("probidad de las costumbres, recta y ordenada constitución de las familias y la observancia de la religión y de la justicia"), por "las moderadas cargas públicas y su equitativa distribución, los progresos de la industria y del comercio, la floreciente agricultura y otros factores de esta índole...". Y esta actividad tendrá que ir dirigida tanto a la "gente rica" como a la proletaria ¹³³. Cuarenta años más tarde, Pio XI confirmará este pensamiento en la encíclica "Quadragesimo anno". De esta forma, la existencia de unos deberes o de unas obligaciones en el Estado ocupará ya un lugar preferente en los textos católicos.

Pero esta actuación hacia el bien común también deberá presidir la actuación de los ciudadanos. En este sentido se expresa en 1901, León XIII en la epístola encíclica "Graves de communi" ¹³⁴.

En 1903, con Pio X se da luz a un texto en el que se resumen las normas fundamentales del comportamiento social católico: "Fin dalla prima nostra enciclica". En ella, después de ciertas declaraciones en las que se expresa la idea de la imposibilidad de hacer que todos los hombres sean iguales y se proclama el derecho de propiedad, se señalarán las obligaciones de los proletarios

¹³³Vid. Rerum novarum, en Ocho grandes mensajes, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1973, pp. 38 y 39.

¹³⁴"El hombre no vive en el Estado para procurar exclusivamente su bien particular, sino que vive para procurar también el bien de todos: para que la parte que algunos no puedan aportar a la totalidad del bien común quede suplida por la mayor contribución de los que pueden". Doctrina Pontificia, T. III, obra cit., p. 433.

y de los obreros y las de los capitalistas y patronos ¹³⁵.

Con Benedicto XV los problemas relativos al deber de obediencia se siguen planteando en el mismo sentido. La obediencia al poder se predica justificándola en el origen divino de éste. Y en este sentido, en la encíclica "Ad beatissimi" (La guerra mundial y sus causas. 1914), afirma: "desde el momento en que se quiso atribuir el origen de toda humana potestad, no a Dios, creador y dueño de todas las cosas, sino a la libre voluntad de los hombres, los vínculos de mutua obligación que deben existir entre los superiores y los súbditos se han aflojado hasta el punto de que casi han llegado a desaparecer". Pero, se dice también, "toda autoridad existente entre los hombres, ya sea soberana o subalterna, es divina en su origen". Y de aquí se concluye que "a los que están investidos de autoridad se les ha de obedecer, no de cualquier modo, sino religiosamente, por obligación de conciencia, a no ser que manden algo que sea contrario a las divinas leyes" ¹³⁶.

Con Pio XI se seguirá manteniendo la argumentación divina dentro de las justificaciones de los deberes de obediencia y de gobierno. En este sentido, en la encíclica "Ubi arcano" (1922),

¹³⁵Vid. Doctrina pontificia, T. III, obra cit., pp. 463 y ss.

¹³⁶Benedicto XV, Ad beatissimi, Doctrina Pontificia, T. II, obra cit., pp. 446 y 447. Y en este mismo sentido en otro texto afirmará: "En toda sociedad y en todo Estado es un hecho comprobado que la observancia de las leyes produce un florecimiento general dentro de la paz; en cambio, el descuido o el desprecio de las leyes provoca la perturbación del orden público y del orden privado causada por las discordias y las concupiscencias". Benedicto XV, Alloc. consist. de 4 de diciembre de 1916, recogido en Documentos pontificios, T. II, obra cit., p. 446, n. 20.

Deberes y obligaciones en la Constitución

cuando se refiere a las causas de los males que afectaban al mundo en esos años se afirma: "Se ha excluido a Dios y a Jesucristo de la legislación y del gobierno... Los fundamentos de la autoridad han desaparecido al suprimirse la razón fundamental del derecho del gobernante a mandar y de la obligación de los gobernados a obedecer". Al mismo tiempo se señalará el deber de los Estados de someterse a las enseñanzas y mandatos de Jesucristo, como único camino para lograr la paz de los pueblos ¹³⁷. En la encíclica "Divini illius magistri" se recordará a los gobiernos su obligación de orientar sus disposiciones hacia el bien común ¹³⁸. Por su parte, la encíclica "Divini redemptoris" (1937), señalará la tendencia espontánea del hombre hacia la sociedad civil. Esta se concibe como el medio que utiliza el hombre para alcanzar su fin, es decir, la felicidad terrena y el desenvolvimiento de todas las cualidades individuales y sociales insertas en la naturaleza humana. Pero, "de la misma manera que el hombre no puede rechazar los deberes que le vinculan con el Estado y han sido impuestos por Dios, y por esto las autoridades del Estado tienen el derecho de obliga al ciudadano al cumplimiento coactivo de esos deberes cuando se niega ilegítimamente a ello, así también la sociedad no puede despojar al hombre de los derechos personales que le han sido concedidos por el Creador ni imposibi-

¹³⁷ Doctrina pontificia, T. III, obra cit., pp. 564 y 571.

¹³⁸ Vid. Doctrina pontificia, T. II, obra cit., p. 547.

litar arbitrariamente el uso de esos derechos" ¹³⁹. Y continúa: "El hombre, lo mismo que el Estado, tiene su origen en el Creador, y el hombre y el Estado están por Dios mutuamente ordenados entre sí; por consiguiente, ni el ciudadano ni el estado pueden negar los deberes correlativos que pesan sobre cada uno de ellos, ni pueden negar o disminuir los derechos del otro" ¹⁴⁰. Los 'deberes' del Estado serán recalcados en esta encíclica: colaborar con la Iglesia; proveer al bien común creando aquellos medios materiales sin los cuales todo Estado, por muy perfecta que sea su constitución, se derrumbará; realizar una administración sobria y prudente; y dejar en libertad a la Iglesia en la realización de sus funciones ¹⁴¹.

El bien común será también con Pio XII el deber fundamental del Estado ¹⁴². En este sentido, en un discurso que con-

¹³⁹Pio XI, "Divini redemptoris", en Doctrina Pontificia, T. III, p. 856.

¹⁴⁰Doctrina pontificia, T. III, obra cit., p. 859.

¹⁴¹Doctrina pontificia, T. III, obra cit., pp. 887-889.

¹⁴²En la encíclica "Summi pontificatus" (1939) se afirma: "Por que el poder político..., ha sido establecido por el supremo Creador para regular la vida pública según las prescripciones de aquel orden inmutable que se apoya y es regido por principios universales; para facilitar a la persona humana, en esta vida presente, la consecución de la perfección física, intelectual y moral, y para ayudar a los ciudadanos a conseguir el fin sobrenatural, que constituye su destino supremo". Y así: "El Estado, por tanto, tiene esta noble misión: reconocer, regular y promover en la vida nacional las actividades y las iniciativas privadas de los individuos; dirigir convenientemente estas actividades al bien común, el cual no puede quedar determinado por el capricho de nadie ni por la exclusiva prosperidad temporal de la sociedad civil, sino que debe ser definido de acuerdo con la perfección natural del hombre, a la cual está destinado el Estado por el Creador como medio y como garantía" Pio XII, "Summi pontificatus", en Doctrina pontificia, T. II, obra cit., p. 777.

memora el 50 aniversario de la encíclica Rerum novarum, llamado "La solemnità" (1941), se afirma: "Tutelar el campo intangible de los derechos de la persona humana y hacerle llevadero el cumplimiento de sus deberes, debe ser oficio esencial de todo poder público" ¹⁴³.

La asunción de la idea de un Estado que fomente, estimule, ordene, supla y complete es ya patente por ejemplo en la "Mater et magistra" de Juan XXIII ¹⁴⁴, si bien con Pio XI ya vimos que se daban algunas notas de la misma. En ésta última se hará referencia también a la obligación del Estado de garantizar la "libre iniciativa, salvaguardando, sin embargo, incólumes los derechos esenciales de la persona humana". Del mismo modo se afirma: "Por lo que toca al Estado, cuya finalidad consiste en la realización del bien común, en el orden de los bienes terrenos, no puede en absoluto desentenderse de los asuntos económicos de los ciudadanos; más aún, debe estar presente y cuidar oportunamente: primero, que la actividad económica produzca la abundancia de bienes, cuyo uso es necesario para la práctica de la virtud; segundo, tutelar los derechos de todos los ciudadanos, y en primer lugar de los débiles, como son los obreros, las mujeres y los niños.

¹⁴³Doctrina pontificia, T. III, obra cit., p. 957.

¹⁴⁴Vid. Ocho grandes mensajes, obra cit., p. 144. El sistema económico que se deduce de esta encíclica es, según SANCHEZ AGESTA, "intrínsecamente humano, en cuanto que los hombres, en virtud del principio de libre iniciativa, son sujetos de una actividad económica", pero, implica también "una intervención coordinadora, integradora y supletiva del Estado". Iniciativa personal e intervención de los poderes públicos en el campo económico. La Constitución económica de los Estados, en AA.VV., Comentarios a la Mater et Magistra, BAC, Madrid 1962, p. 145.

Obligaciones jurídicas básicas

Como tampoco le está permitido al Estado desatender jamás la obligación que le impone velar por el mejoramiento de las condiciones de vida del trabajador" ¹⁴⁵.

Pero será en la "Pacem in Terris" donde se recogerán las tesis más interesantes respecto a las obligaciones y deberes básicos ¹⁴⁶, coincidiendo con la aceptación definitiva de los derechos fundamentales y de la soberanía popular. En ella se fundamenta la convivencia de los hombres en su dignidad, de la que emanan una serie de derechos y de deberes universales e inviolables de los que no se puede renunciar. Respecto a estos últimos, se predica su conexión necesaria con los primeros: "Es asimismo consecuencia de lo dicho que, en la sociedad humana, a un determinado derecho natural de cada hombre corresponda en los demás el deber de reconocerlo y respetarlo". Y de esta forma se afirma: "Por tanto, quienes al reivindicar sus derechos, olvidan por completo sus deberes o no les dan la importancia debida, se asemejan a los que derriban con una mano lo que con la otra construyeron" ¹⁴⁷. Algún autor ha visto en esta encíclica un cambio en el pensamiento de la Iglesia al dar mayor fuerza a los

¹⁴⁵Sobre la participación activa de los trabajadores en la empresa en la Mater et Magistra vid. Fernando GUERRERO, Participación activa de los trabajadores en la empresa, en AA.VV., Comentarios a la Mater et Magistra, BAC, Madrid 1962. Sobre el carácter social de la propiedad en esta encíclica vid. Joaquín RUIZ GIMENEZ, La propiedad, en AA.VV., Comentarios a la Mater et Magistra, obra cit., pp. 432 y ss.

¹⁴⁶No en vano, el prof. J. L. ARANGUREN la calificó como la "encíclica de la libertad". Vid. Meditación para España. en Comentarios civiles a la Encíclica "Pacem in Terris", obra cit., p. 58.

¹⁴⁷Vid. Ocho grandes mensajes, obra cit., p. 218.

Deberes y obligaciones en la Constitución

derechos que a las obligaciones ¹⁴⁸. Entre los deberes la encíclica destacará dentro de la convivencia civil los de respetar los derechos y cumplir las obligaciones y prestar su colaboración a los demás en una multitud de obras. En este sentido, el bien común (entendido como el respeto y defensa de los derechos y deberes de la persona humana y también como "el conjunto de aquellas condiciones de vida social con las cuales los hombres, las familias y las asociaciones pueden lograr con mayor plenitud y facilidad su propia perfección" ¹⁴⁹), será la fuente de la que deriven o en la que se apoyen los deberes y las obligaciones tanto de los ciudadanos como de los gobernantes: "Todos los individuos y grupos intermedios tienen el deber de prestar su colaboración personal al bien común. De donde se sigue la conclusión fundamental de que todos ellos han de acomodar sus intereses a las necesidades de los demás, y la de que deben enderezar sus prestaciones en bienes o servicios al fin que los gobernantes han establecido, según normas de justicia y respetando los procedimientos y límites fijados para el gobierno. Los gobernantes, por tanto, deben dictar aquellas disposiciones que, además de su

¹⁴⁸Vid. en este sentido Carlos SORIA, Derechos y deberes de la persona humana, en AA.VV., Comentarios a la Pacem in Terris, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 1963, p. 183, donde dice: "Es curioso, sin embargo, señalar la ausencia en la encíclica de un catálogo de deberes, paralelo a la declaración de derechos. Sin duda... se ha considerado justamente innecesario, puesto que el cumplimiento de estos deberes está completamente ligado a la existencia y realización de los derechos correspondientes y, por consiguiente, en cierto modo, subsumido en ella".

¹⁴⁹Vid. la Constitución Gaudium et spes, en Ocho grandes mensajes, obra cit., p. 467.

Obligaciones jurídicas básicas

perfección formal jurídica, se ordenen por entero al bien de la comunidad o puedan conducir a él" ¹⁵⁰. Más concretamente los deberes de los gobernantes consistirán en: defender los derechos y deberes del hombre, armonizarlos y regularlos y favorecer su ejercicio mediante acciones positivas ¹⁵¹. Si todos los hombres deben reconocerse mutuamente como seres portadores de derechos, el gobernante tiene también que realizar ese reconocimiento, pero además debe crear las condiciones que lo hagan posible ¹⁵².

Esta exaltación de la importancia de los deberes y de las obligaciones que se derivan de la convivencia de los hombres continuará en otros textos. Así por ejemplo la Constitución "Gaudium et spes", dictada por Pablo VI, señalará: "La aceptación de las relaciones sociales y su observancia deben ser consideradas por todos como uno de los principales deberes del hombre contemporáneo" ¹⁵³.

Dentro de las ideas políticas, en el siglo XX, con el pensamiento social consolidado, se suceden distintas construcciones positivas de las obligaciones. Como escribe Truyol y Serra, "las primeras consecuencias de la revolución industrial

¹⁵⁰Ocho grandes mensajes, obra cit., pp. 225 y 226.

¹⁵¹Según RUIZ GIMENEZ, en la *Pacem in Terris*, el poder político será concebido como servicio. Vid. Raíz y sentido de la relación política, en AA.VV., Comentarios a la Pacem in Terris, obra cit., p. 265.

¹⁵²M. AGUILAR NAVARRO, *Las comunidades políticas nacionales*, sujetos de derechos y deberes, obra cit., p. 294.

¹⁵³Ocho grandes mensajes, obra cit., p. 416.

bajo el signo de la libre concurrencia habían dado lugar a condiciones de trabajo durísimas y muchas veces inhumanas, que ponían de manifiesto la insuficiencia de los derechos individuales si la democracia política no se convertía además en democracia social" ¹⁵⁴. Se plasmará así la idea de la necesidad de que el Estado intervenga en la regulación de las relaciones sociales, convirtiéndose ésta necesidad en obligación ¹⁵⁵. A esto se une la configuración del Estado como social, atribuyéndole como fin la integración social y la responsabilidad de convertir en Derecho tres postulados ético-sociales: la obligación social de los individuos entre sí, "lo que implica que los derechos sociales de cada uno tengan como límite los derechos sociales de los demás y la aportación de los unos a mejorar las condiciones de los otros"; las obligaciones sociales de los individuos frente a la generalidad, que conlleva a la limitación jurídica de algunos de los derechos individuales clásicos"; la obligación social del Estado frente a sus ciudadanos ¹⁵⁶. La función represiva del

¹⁵⁴A. TRUYOL Y SERRA, Los derechos humanos, obra cit., p. 20.

¹⁵⁵Un ejemplo radical, fuera del contexto en el que nos estamos moviendo, es el de la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de febrero de 1917 (redactada por Lenin), que fue incorporada a la Constitución de la República Federativa de los Soviets de Rusia de 1918, y que constituye más que una declaración de derechos una proclamación de principios. En ella, como obligación de los ciudadanos más característica se establece la de trabajo. Así el artículo 3.f dice: "Para suprimir los elementos parásitos de la sociedad y organizar la vida económica del país queda establecido el trabajo general obligatorio". Vid. Benito de CASTRO CID, El reconocimiento de los derechos humanos, Tecnos, Madrid 1981, p. 51.

¹⁵⁶Vid. M. GARCIA PELAYO, Las transformaciones del Estado contemporáneo, obra cit., pp. 45 y 46.

Obligaciones jurídicas básicas

Estado, se verá así complementada con las funciones promocional y redistributiva ¹⁵⁷.

La **Constitución Mexicana de 1917** recoge las obligaciones de escolaridad al establecer la educación primaria como obligatoria y gratuita. Del mismo modo se emplean largos artículos para enunciar las obligaciones de los individuos entre las que destacan la de defensa y la de contribución al gasto público (art. 31.3 y 31.4) y voto (36.3). Del mismo modo, y como expresión de la necesidad de la actividad promotora del Estado se señalarán una serie de obligaciones en éste orientadas a la satisfacción de las necesidades básicas de la comunidad y de los ciudadanos.

La **Constitución del Reich alemán (Constitución de Weimar)** de 14 de agosto de 1919 dió un importante impulso a las obligaciones, que se consideran unidas a los derechos y, en ocasiones, límites a su ejercicio ¹⁵⁸. En su artículo 109 subrayará: "Todos los alemanes son iguales ante la ley. Hombres y mujeres tienen, en principio, los mismos derechos y deberes políticos". En cuanto a las obligaciones la Constitución de Weimar empleará distintas conceptualizaciones según la situación que se trate.

¹⁵⁷Vid. N. BOBBIO, Contribución a la Teoría del Derecho, trad. de A. Ruiz Miguel, Fernando Torres, Valencia 1980, pp. 375 y ss. Sobre las dificultades de la tesis de Bobbio en lo referente a la función promocional como verdadera función del Estado y en cuanto a su vinculación con las sanciones positivas, vid. Vincenzo FERRARI, Funciones del Derecho, obra cit., pp. 125 y 126.

¹⁵⁸Vid. en este sentido J. CASTAN TOBEÑAS, Los derechos humanos, obra cit., p. 107.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Así por ejemplo, respecto al ciudadano se habla en ocasiones de deber moral ("Sin perjuicio de su libertad personal, todo alemán tiene el deber moral de emplear sus fuerzas intelectuales y físicas conforme lo exija el bien de la comunidad". Art. 163), de obligación general (art. 145, refiriéndose a la enseñanza primaria), de deber ("Todo alemán tiene el deber de aceptar, con sujeción a las leyes, cargos no retribuidos". Art. 132. O también el art. 133, párrafo 2, cuando se refiere al deber militar), de obligación ("Todos los ciudadanos están obligados a prestar al estado y al municipio servicios personales, con arreglo a las leyes". Art. 133), de deber supremo (la educación de la prole del art. 120). Las obligaciones del Estado se contemplarán no de forma sistemática sino que irán apareciendo a lo largo del texto, destacando las derivadas de la concepción promocional del Derecho. En este sentido destacan los artículos 119 y 122, y el Título V. Por último, hay que destacar el significado que en esta Constitución se atribuye a la propiedad, considerándola no sólo como derecho sino también como obligación. El artículo 153, en su último párrafo señala: "La propiedad obliga" (p. 191).

Será la **Constitución polaca de 1921** la que, por primera vez, de prioridad a las obligaciones sobre los derechos. Su capítulo V llevará por título "Los deberes y derechos generales de los ciudadanos", y en él se recogerá la obligación de fidelidad a la República, de respetar a la autoridad legítima,

de instrucción elemental, etc... ¹⁵⁹.

La **Constitución española de 1931** también recogerá la idea del Estado promotor. Así, en el art. 47 se protege al campesino, mientras que el 48 atribuye al Estado el servicio de la cultura. Se considera al trabajo como una obligación social (art. 47); se establece la enseñanza primaria como obligatoria (art. 48); se alude a la obligación de los padres (que recae subsidiariamente en el Estado) de alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos (art. 43); se reclaca la obligación del servicio militar (art. 37); etc...

En otro contexto, la **Constitución soviética de 1936**, destacará el carácter básico y principal de los derechos sociales y económicos y la correlación estricta entre éstos y las obligaciones: "Tal correlación se manifiesta, de una parte, al fijarse normativamente los fines y límites en el ejercicio de cada derecho,; y de otro, al prescribir de forma expresa los deberes de los ciudadanos, que fundamentalmente se refieren al deber de respetar las reglas de la vida de la sociedad socialista, al cumplimiento de las obligaciones laborales y sociales y a la defensa de la propiedad socialista" ¹⁶⁰.

En la **Constitución italiana de 1947** se presenta a la obligación de solidaridad como superior en la misma definición de la

¹⁵⁹Vid. Daniel COLARD, *Essai sur la problématique des devoirs de l'homme*, obra cit., p. 342.

¹⁶⁰A. PEREZ LUÑO, Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, obra cit., p. 124. Vid. el texto en M. DUVERGER, Constitutions et documents politiques, obra cit., pp. 641 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

República. En este sentido se habla tanto de la solidaridad política, de la económica, así como de la social, concibiéndola como 'deber' imprescriptible (buscando, sin duda, el dotar de fuerza emotiva a esas situaciones. El artículo 2 dice: "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ya como individuo, ya en las agrupaciones donde se desarrolla su personalidad, y demanda el cumplimiento de los deberes imprescriptibles de solidaridad política, económica y social". Con la misma idea, el art. 4º, párrafo 2º dice: "Todo ciudadano tiene el deber de desempeñar, de acuerdo con sus posibilidades y según su elección, una actividad o una función que concurra al progreso material y espiritual de la sociedad". Por otro lado, se recoge una formulación positiva de la obligación promocional en el artículo 3º, párrafo 2 (que influyó claramente en la Constitución española): "Incumbe a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad e igualdad de los ciudadanos, impidan el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país". Asimismo se hace referencia también, como obligaciones de los poderes públicos, la promoción de las autonomías (art. 5), de la cultura y de la investigación (art. 9), protección de las minorías (art. 6), del paisaje y patrimonio histórico y artístico (art. 9). Además, en la Primera Parte, dedicada a los "Derechos y Deberes de los ciudadanos", se recogerán otras obligaciones positivas del gobierno como la tutela de la salud (art. 32), la

Obligaciones jurídicas básicas

protección del trabajo (art. 35).

También se plasma en la Constitución italiana la obligación de obediencia al Derecho. El art. 54 del texto constitucional se expresa en los siguientes términos: "Todos los ciudadanos tienen el deber de ser fieles a la República y de observar su Constitución y sus leyes". De la misma forma se habla de la obligación de los padres de mantener, instruir y educar a los hijos (art. 30), de la enseñanza primaria obligatoria (art. 34), de la defensa de la patria y del servicio militar (art. 52) y de la contribución al gasto público (art. 53). Asimismo se recoge la obligación de funcionamiento democrático de los sindicatos (art. 39) y de los partidos políticos (art. 49). Por último, es de destacar la formulación que se da al derecho de sufragio, al que se considera como 'deber' cívico (sin relevancia jurídica). En este sentido, el art. 48, párrafo 2º, dice: "El voto es personal e igual, libre y secreto. Su ejercicio es un deber cívico".

La **ley fundamental de la República Federal de Alemania** de 8 de mayo de 1949 por su parte, dará una primacía radical a los derechos sobre las obligaciones. Las apariciones de éstas últimas en el texto constitucional se hacen, salvo contadas excepciones que ahora subrayaré, a continuación de la formulación de un derecho fundamental, bien como necesario comportamiento de otro o del Estado frente al mismo, bien como posible excepción. Las formulaciones de las obligaciones que no se acogen a estas características pueden reducirse a dos. La primera se recoge en el

Deberes y obligaciones en la Constitución

art. 1.1, donde se hace referencia a la obligación del poder estatal de respetar la dignidad del pueblo. La segunda en el art. 6.2, donde se habla la obligación del cuidado y la educación de los hijos.

La **Constitución francesa de 1958**, destaca en su preámbulo su "su vinculación a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional, tal como han sido definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el preámbulo de la Constitución de 1946". En este sentido, el preámbulo de la Constitución francesa de 1946, "reafirma solemnemente los derechos y las libertades del hombre y del ciudadano consagradas por la Declaración de los Derechos de 1789 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República" ¹⁶¹. Este preámbulo destaca como obligación de los poderes públicos la protección de la salud, la seguridad material, el descanso, el ocio, proporcionar los medios adecuados de existencia y la organización de la enseñanza. Asimismo se contempla la obligación de trabajar y la solidaridad ante las cargas que resulten de las calamidades públicas.

En Francia, la reflexión sobre la importancia de las obligaciones se ha mantenido vigente, llegándose incluso a elaborar por los Comités para la Defensa de la República, en mayo de 1971, un "Proyecto de Declaración de los Deberes del

¹⁶¹Vid. Angel LLAMAS CASCON, Los principios fundamentales reconocidos en las leyes de la República, en Revista de las Cortes Generales, num. 15, Madrid 1988.

Obligaciones jurídicas básicas

Ciudadano", con 19 artículos. En él se afirma que los deberes resultan del papel que la creación ha asignado al individuo en el universo y en la vida social, siendo inherentes a la condición humana. El art. 1, señala el deber de participar en la evolución de la especie y de sus estructuras sociales; el art. 3, los deberes de los padres en relación con los hijos (inculcar los principios de la moral universal y el civismo, así como procurarles el desarrollo intelectual y físico); el art. 7, resalta la necesidad de la participación de los ciudadanos en la sociedad y del cumplimiento de sus obligaciones; el art. 9, se refiere al deber de votar; el art. 12 a la solidaridad; el art. 14, al deber de obediencia a las disposiciones originadas por un Poder democrático, así como las obligaciones que tienen los poderes en la realización de su función; el art. 16 hace alusión a los impuestos; y el art. 19, plantea la existencia de deberes hacia la naturaleza y hacia los animales ¹⁶².

La **Constitución portuguesa de 1976**, revisada por ley constitucional de 30 de septiembre de 1982, subraya la importancia de las obligaciones. En ella, la proclamación de los derechos suele ir acompañada por la señalación de las obligaciones. En el Título I, se positiviza un supuesto derecho de resistencia, al afirmar: "Todos tendrán derecho a resistir a cualquier orden que atente a sus derechos, libertades y garantías y a repeler por la fuerza toda agresión cuando no sea posible recurrir a la

¹⁶²Vid. el texto completo en Daniel COLARD, *Essai sur la problématique des devoirs de l'homme*, obra cit., pp. 371 a 373.

Deberes y obligaciones en la Constitución

autoridad pública" (art. 21).

Pero, en lo que atañe de forma directa a las obligaciones básicas, destaca el Título III llamado "Derechos y Deberes económicos, sociales y culturales". En él, como hemos resaltado, la enunciación de los derechos va acompañada por la señalización de las obligaciones que lo acompañan, sobre todo dirigidas al Estado y especificando la orientación de las medidas a desarrollar para el disfrute de los mismos. Así, el art. 59 proclama el derecho y el deber de trabajar, afirmando además que "corresponde al Estado, a través de planes de política económica o social, garantizar el derecho al trabajo...". El art. 60 se refiere a los derechos de los trabajadores y en él, en su punto 2 se afirma: "Incumbe al Estado asegurar las condiciones de trabajo, retribución y reposo a que los trabajadores tienen derecho y concretamente...". El art. 63, sobre la Seguridad Social, también impone una serie de obligaciones al Estado, de la misma forma que el art. 64, éste sobre la salud, hace lo mismo. Los arts. 65 y 66 que se refieren a la vivienda y al medio ambiente y a la calidad de vida respectivamente, señalan también unas obligaciones al Estado para asegurar el disfrute de éstos derechos. En éste último, en su punto 4 se afirma tajantemente: "El Estado debe promover la mejoría progresiva y acelerada de la calidad de vida de todos los portugueses. El art. 67, cuyo contenido es la familia, impone de la misma forma obligaciones al Estado. Y lo mismo sucede con los artículos 73, 74, 75, 77, 78 y 79, que tratan sobre la educación, la investigación científica, la enseñanza,

el goce y creación cultural y el deporte.

En el ámbito internacional, se da un pequeño giro a la importancia de las obligaciones ya que en el mismo, van a predominar la proclamación de obligaciones sobre todo referentes a los Estados. Esto no debe extrañarnos si atendemos a las causas de la necesidad de acudir a la protección internacional en materia de derechos y obligaciones fundamentales. La historia de los derechos y de las obligaciones está presidida por la dialéctica individuo-Estado. En un primer momento se da una importancia extrema al individuo, reduciendo la labor del Estado a procurar el disfrute de ciertas pretensiones y necesidades y limitando su poder. Más adelante, se tomará conciencia de la necesidad de que el Estado participe de forma activa en estas situaciones no sólo ya protegiendo sino también removiendo y promoviendo. Pero aún así permanecerán dos tipos de problemas que complicarán la resolución y satisfacción de las necesidades. El primero será el tradicional de la limitación del poder mientras que el segundo irá relacionado con la aparición de ciertos asuntos que exigen la participación activa de varios países. Así se buscará el instaurar una soberanía por encima de la propia de cada Estado, abandonando la concepción tradicional de ésta, que se remontaba a Bodino. No es extraño que con estos objetivos, al lado de las afirmaciones de derechos se de una importancia fundamental a las obligaciones de los Estados. Pero también podremos observar alusiones a las obligaciones de los ciudadanos cuyo cumplimiento es necesario para conseguir los objetivos de la comunidad inter-

nacional. En muchas ocasiones se podrá observar un significado eminentemente ético en la formulación de las obligaciones así como el empleo de lenguaje claramente emotivo. Esto no será otra cosa que la reacción ante la exigibilidad real de lo plasmado en el texto frente a los Estados por lo que se busca dar una justificación moral a lo escrito.

El examen de los textos internacionales lo vamos a realizar de manera general y distinguiendo aquellos que corresponden a un continente determinado de los que corresponden al ámbito intercontinental.

Dentro del plano continental destaca como primer paso fundamental la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre** (1948). Como ha escrito Gros Espiell, no puede dudarse que ésta Declaración se inscribe en un proceso histórico americano en el que la idea de que el ser humano es titular de derechos consustanciales con su naturaleza, inalienables e imprescriptibles y de que esos derechos coexisten con deberes correlativos, ha sido una constante ¹⁶³. De ahí que en el texto se de gran importancia a las obligaciones, destacando su conceptualización ética. En el párrafo segundo del preámbulo se afirma: "El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad".

¹⁶³Vid. Hector GROS ESPIELL, Estudios sobre derechos humanos, obra cit., p. 88.

Obligaciones jurídicas básicas

Y a partir de aquí se subraya en los sucesivos párrafos que "los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan". Asimismo se resalta que "es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría". También que "es deber del hombre ejercer, mantener y estimular, por todos los medios a su alcance, la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu". Concluyendo el preámbulo con la siguiente afirmación: "Y puesto que la moral y las buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre".

Por su parte, el capítulo II de la Declaración americana de 1948 se refiere ya de forma directa a las obligaciones de los americanos, llevando por título el de "Deberes". Así, el art. 29 se refiere al "deber de convivir con los demás". El art. 30 a la obligación de los padres de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores, y a la obligación de éstos de honrar a sus padres así como de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten. El art. 31 recoge la obligación de enseñanza o instrucción primaria y el art. 32 la de voto. El artículo 33 se refiere a la obligación de obediencia: "Toda persona tiene el deber de obedecer a la ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquél en que se encuentre". El art. 34 contempla la obligación de defensa a la patria y la de prestación de servicios en caso de calamidad o de elección popular.

Deberes y obligaciones en la Constitución

El art. 35 completa éste último, mientras que el art. 36 habla de la obligación de contribución al gasto público: "Toda persona tiene el deber de pagar los impuestos establecidos por la ley para el sostenimiento de los servicios públicos". El art. 37 se refiere a la obligación de trabajar. Por último, el art. 38 hace alusión a la obligación del extranjero de no interferir en actividades políticas privativas de los ciudadanos de ese país.

En el ámbito americano ésta Declaración se verá completada con la **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (Pacto de San Jose de Costa Rica, 1970). La Primera Parte de esta Convención lleva el título de "Deberes de los Estados y Derechos Protegidos", y su primer capítulo está dedicado a la enumeración de las obligaciones de los Estados, señalando la de respetar los derechos fundamentales y la de adoptar "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos" tales derechos. El capítulo quinto de esta Primera Parte, lleva por título "deberes de las personas" y consta de un sólo artículo (art. 32: "Correlación entre deberes y derechos") en el que puede leerse: "1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática".

En Europa el primer paso importante en esta materia se dará con el **Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos** (Derecho vigente en España de acuerdo con el artículo 10.2

Obligaciones jurídicas básicas

de la Constitución) firmado en Roma en 1950. En él, no se hace alusión de forma directa y clara a las obligaciones básicas ya que se orienta hacia la proclamación de derechos. No obstante, se puede señalar la presencia, al menos implícitamente, de obligaciones en el Estado y en los ciudadanos (de respeto a los derechos), así como la alusión a la existencia de obligaciones cívicas.

Al Convenio le seguirán una serie de Protocolos, pero será en la **Carta Social Europea** (1961) donde las obligaciones básicas adquirirán una importancia mayor. Las dos primeras partes de la Carta están dedicadas a la enumeración de una serie de derechos y principios, pero ya en ella se puede observar la presencia implícita de ciertas obligaciones, como las derivadas de los derechos económico-sociales y culturales. La Tercera Parte, constituida por el artículo 20, se refiere ya directamente a las obligaciones (de los Estados), relacionándolas con las dos primeras partes. En este sentido se proclama la obligación de todos los Estados contratantes de considerar la primera parte de la Carta como "una declaración que determina los objetivos cuya realización perseguirá por todos los medios útiles". Los artículos 1 (derecho al trabajo), 5 (derecho sindical), 6 (derecho de negociación colectiva), 12 (derecho a la seguridad social), 13 (derecho a la asistencia social y médica), 16 (derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica) y 19 (derecho de los trabajadores emigrantes y de sus familias a la protección y asistencia), tendrán la misma caracterización.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Además, de esta segunda parte, cada Estado deberá escoger otros artículos (un mínimo de diez) u otros párrafos numerados (mínimo de 45 numerados), y considerarlos como obligatorios.

Son interesantes también los esfuerzos realizados en el continente africano ¹⁶⁴, que han culminado en la **Carta Africana sobre Derechos de los Hombres y de los Pueblos** (adoptada por la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la OUA, el 27 de junio de 1981 y que entro en vigor el 21 de octubre de 1986). En este texto se dedica el Capítulo II de la Primera Parte a los "Deberes", si bien ya en su Preámbulo, en el párrafo 7 puede leerse: "...que el disfrute de derechos y libertades también implica el cumplimiento de deberes por parte de todos". Dentro del capítulo dedicado a los 'deberes' destacan los artículos 27, 28 y 29. En el 27.1 se dice: "Todo individuo tendrá deberes para con su familia y sociedad, para con el Estado y otras comunidades legalmente reconocidas, así como para la comunidad internacional". Por su parte el 27.2 dice: "Los derechos y libertades de cada individuo se ejercerán con la debida consideración a los derechos de los demás, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común". El art. 28 señala la obligación que tienen todos los individuos de respetar y considerar a los demás sin que pueda existir ningún tipo de discriminación. Mientras que el art. 29 se refiere ya a otra serie de obligaciones más concretas y específicas.

¹⁶⁴Vid. al respecto Daniel COLARD, *Essai sur la problématique des devoirs de l'homme*, obra cit., pp. 343 y 344.

Obligaciones jurídicas básicas

En cuanto a los textos intercontinentales, hay que comenzar con la **Declaración Universal de Derechos Humanos** (1948), si bien desde el Tratado de Versalles (1919), ya se estaban realizando esfuerzos en la defensa de los derechos y en la señalización de las obligaciones. La Declaración Universal se centra casi exclusivamente en la afirmación de derechos, teniendo también importancia las obligaciones que surgen en los Estados en virtud de aquellos. Respecto a las obligaciones de los ciudadanos, la Declaración dedica un artículo, el 29, cuyo punto 1 se afirma: "Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad". En el punto 2, puede leerse: "En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática". Por su parte, el artículo 29.3 dice: "Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas".

A la Declaración Universal le seguirán numerosos documentos de entre los cuales, los más significativos son: **Los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Economicos-Sociales y Culturales**. El primer pacto, el de Derechos Civiles y Políticos (1966), recoge en su primera parte la obliga-

Deberes y obligaciones en la Constitución

ción que tienen todos los Estados de cooperar económicamente con el fin de alcanzar un beneficio recíproco (art. 1.2). La segunda parte se dedica a señalar la obligación de los Estados que acepten el Pacto de respetar y garantizar los derechos que en él se enuncian (art. 2.1) adoptando las medidas oportunas (art. 2.2). Esta obligación constituye uno de los fundamentos mismos del Pacto, ya que en uno de los considerandos del preámbulo se declara: "Considerando que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados la obligación de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos...". El resto del texto se dedica a proclamar una serie de derechos fundamentales, sin hacer alusión a posibles obligaciones ¹⁶⁵.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), se fundamenta también en la idea de la obligación que tienen todos los Estados de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades, y además, da un paso más al afirmar: "Comprendiendo que el individuo, por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en este Pacto...". Expresión de la primera idea son toda la Primera y Segunda Parte, donde se habla de la obligación de cooperación económica entre los Estados, y de la obligación de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos

¹⁶⁵Aunque quizá pueda entenderse como figura de este tipo la contemplada en el art. 20.1: "Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley".

Obligaciones jurídicas básicas

que en el Pacto se reconocen, sometiéndolos únicamente a limitaciones determinadas por ley y sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general. La segunda idea se encuentra reflejada en algunos puntos de la Tercera Parte, si bien en ésta se seguirá manteniendo el enfoque tradicional que destina las obligaciones a los Estados. Así como ocurría con la Constitución portuguesa, las proclamaciones de derechos fundamentales vienen acompañadas de las correspondientes obligaciones del Estado, tendentes a que el derecho adquiriera una realización efectiva.

PRIMERA APROXIMACION A LAS OBLIGACIONES JURIDICAS SUPERIORES

La consideración de las obligaciones que vamos a denominar como superiores obedece en parte a **criterios materiales** y en parte a **criterios formales**. Criterios materiales derivados de la idea de que al menos los contenidos del artículo 9, son configuradores del modelo de Estado y del sistema jurídico-político que se adopta en la Constitución ¹⁶⁶, sin los cuales no parece que el mismo pueda ser configurado ¹⁶⁷. Criterios formales porque la

¹⁶⁶En este sentido el Tribunal Supremo en Sentencia sobre el "caso del Bar Hendaya", de 22 de marzo de 1986 (Ref. Aranzadi 1683), declaró ya la existencia de obligaciones surgidas a partir del Estado de Derecho y la proclamación de los valores superiores.

¹⁶⁷Para Pedro de VEGA se trata de normas superiores pero exclusivamente señaladas así por un criterio formal: "Son, sin duda, normas superiores, pero sin que en la definición de esa superioridad intervenga ningún tipo de

Deberes y obligaciones en la Constitución

propia Constitución, en su artículo 168, dispone que la revisión de los mismos es equiparable a la de todo el texto constitucional, y de ahí el que puedan considerarse como obligaciones superiores. Estos últimos criterios son los que cobran un significado mayor en la clasificación aquí realizada. Las obligaciones superiores son aquellas que el constituyente ha protegido de una manera especial y además configuran el sistema, pero en este último sentido no son las únicas, en cambio, en el primero sí ¹⁶⁸.

Los siguientes puntos van a dedicarse a cierto tipo de deberes u obligaciones que constituyen el vértice de los deberes u obligaciones básicas con referencia a la vida social, y el fundamento de muchas obligaciones jurídicas fundamentales y constitucionales ¹⁶⁹. A partir de la justificación de estos deberes u obligaciones, va a surgir la posibilidad de fundamentar determinadas normas que afectan a la libertad de las personas.

Dentro de una sociedad de tipo democrático, puede decirse

contenidos valorativos". La Reforma Constitucional, Tecnos, Madrid 1985, p. 155.

¹⁶⁸Respecto al artículo 168, Pedro de VEGA entiende que no parece que tenga un sentido material porque "si bajo la regulación compleja que en él se hace, lo que se pretende amparar son los bienes y valores políticos supremos del Ordenamiento constitucional, es lo cierto que, valores, indiscutiblemente considerados fundamentales, no aparecen recogidos ni protegidos por ella y, sin embargo, si lo están determinados supuestos que probablemente no deberían ser siquiera objeto de tratamiento constitucional". La Reforma Constitucional, obra cit., p. 148.

¹⁶⁹Continuamos teniendo presente la distinción entre deber y obligación si bien en el tratamiento general de estos problemas se empleará, por ahora, indistintamente de deber y obligación.

Obligaciones jurídicas básicas

con Peces-Barba que "el deber del poder político, de las instituciones, de los operadores jurídicos, será procurar esa salvaguardia de la seguridad de la libertad y de la igualdad y el deber de los ciudadanos de una sociedad así constituida, y donde ellos pueden participar en la elaboración de esos fines, será el obedecer al Derecho consecuencia de la acción del poder político"¹⁷⁰. En este sentido, las obligaciones que se sitúan en el vértice del Ordenamiento y que sirven para justificar determinadas normas, van a tener como contenido el de obedecer determinadas disposiciones y de organizar, proteger y promover los valores ya fundamentados.

Creo que el primer autor que introduce un estudio relativamente completo de éste tipo de deberes es **Hobbes**. Hasta este autor no se realiza un tratamiento que pueda considerarse en cierta forma moderno¹⁷¹. Si bien sus consideraciones hay que situarlas dentro de un momento histórico determinado, pueden servirnos como punto de partida.

Hobbes considera a todos los hombres como iguales, de ahí la inseguridad que reina en el Estado de Naturaleza. De la igualdad y de la inseguridad se deriva una situación de temor recíproco entre todos los hombres, que va a ser descrito por

¹⁷⁰Gregorio PECES-BARBA, Los deberes fundamentales, obra cit., p. 337.

¹⁷¹Entre las obras más clásicas puede destacarse la de CÍCERÓN, Los oficios o los deberes, obra cit., donde en la página 43 destaca, entre todas las obligaciones, aquellas que contribuyen a la conservación de la sociedad y a la unión de los hombres.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Hobbes como un estado de lucha de todos contra todos ¹⁷². Las Leyes de la Naturaleza son dictados de la razón, preceptos inmutables y eternos que tienen como objetivo la paz y la seguridad, pero que no tienen la fuerza suficiente para alcanzarlas ¹⁷³ y por ésto, se hace necesaria la existencia de un poder común, del Estado ¹⁷⁴. El Estado será así considerado como una persona cuya voluntad es la voluntad de todos en virtud del pacto y a la que son transferidos los derechos de todos los ciudadanos ¹⁷⁵. Con ello se podrá lograr uno de los objetivos primarios de los hombres que es la felicidad, con lo que la existencia del Estado

¹⁷²"Es por ello manifiesto que durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que les obligue a todos al respeto, están en aquella condición que se llama guerra; y una guerra como de todo hombre contra todo hombre" HOBBS, Leviatán, obra cit., p. 224. En esta idea vid. también GROCIO, Del Derecho de la guerra y de la paz, obra cit., para quien una de las razones del pacto fue la "debilidad de las familias separadas contra la violencia". En contra de esto vid. actualmente Robert NOZICK, Anarquía, Estado y Utopía, obra cit., pp. 18 y ss. Locke también señala a la inseguridad derivada de la igualdad de los hombres como uno de los factores determinantes del establecimiento del Estado civil, aunque se distingue de Hobbes ya que para Locke, el Estado de naturaleza no es un Estado de guerra. Vid. LOCKE, Ensayo sobre el gobierno civil, obra cit., p. 93. Vid. también KANT, Idea de una historia universal en sentido cosmopolita, obra cit., pp. 48 y 49.

¹⁷³Vid. HOBBS, Leviatán, obra cit., p. 263.

¹⁷⁴En éste sentido puede verse la obra de TÖNNIES, Vida y doctrina de Thomas Hobbes, trad. de E. Imaz, Revista de Occidente, Madrid 1932, pp. 246 y 247. La construcción pactista del Estado no siempre sigue el esquema hobbesiano. Así, algunos autores contemplan la posibilidad de un estado social, sin existencia de un Poder común, del que es necesario salir por el establecimiento del comercio, y de otras causas. Con ello, se presenta así un primer estado del hombre individual, seguido de un estado social del tipo de una comunidad sin poder, y por último de un estado social en el que ya si que existe la institución del poder. Vid. por ejemplo, VOLNEY, Las ruinas de Palmira, obra cit.

¹⁷⁵Vid. HOBBS, Del Ciudadano, obra cit., p. 122.

Obligaciones jurídicas básicas

es vista como una necesidad ¹⁷⁶.

De esta forma, podemos entender el sentido de las obligaciones en Hobbes: necesidad de la existencia del Estado que se considera como algo bueno y necesario, por lo que parece ser una exigencia moral. De aquí van a partir los dos deberes que caracterizamos como superiores: el deber de los gobernantes y el deber de obediencia. Ambos tienen un fundamento moral y además, no van a poder ser considerados como jurídicos ya que no emanan de la ley.

De la realización misma del pacto, deriva la obligación de obediencia al Poder ¹⁷⁷; "una vez construido el Estado, los súbditos no tienen más deber natural (o moral) que el de obedecer, salvo en casos excepcionales y perfectamente delimitados"

¹⁷⁶"Fuera del Estado, cada uno tiene derecho sobre todo, pero no puede gozar de nada; en la sociedad civil, cada cual tiene un derecho limitado, pero está seguro de disfrutarlo". HOBBS, Del Ciudadano, obra cit., p. 172. PUFENDORF, en Le Droit de la Nature et des Gens, obra cit., critica esta afirmación de Hobbes (T. I, lib. III, cap. IV, p. 416), pero contempla también la necesidad de la sociedad civil. Así, afirma como ley fundamental del Derecho natural: "que chacun doit être porté à former et entretenir, autant qu'il dépend de lui, une société paisible avec tous les autres, conformément à la constitution et au but de tout le Genre Humain sans exception" (t. I, lib. II, cap. III, pp. 222 y 223). La idea de la necesidad del estado es también presentada por los autores de la Escuela Española de Derecho natural. Así por ejemplo, Domingo de Soto viene a plantear la existencia de una especie de Estado de naturaleza caracterizado por continuas luchas del que es imprescindible salir, para formar una verdadera sociedad en la que los hombres se ayudasen entre sí. La instauración del poder vendrá determinada por Dios. Vid. Domingo DE SOTO, De la Justicia y del Derecho, obra cit., lib. IV, cuestión IV, art. 1, p. 302.

¹⁷⁷Vid. HOBBS, Del Ciudadano, obra cit., pp. 122 y 123.

Deberes y obligaciones en la Constitución

178. No va a ser tomado en consideración ni el fin ni la naturaleza del deber, sino sólo su cumplimiento, y como considera Hobbes que todo Derecho que proviene del poder es justo, no puede fundamentarse la desobediencia en la injusticia ¹⁷⁹. La importancia del pacto como creador del deber de obediencia es tan grande que Hobbes llegará a afirmar: "Y si algún soberano concibiera una ley civil en la forma "no te rebelarás" haría algo inútil, porque si los ciudadanos no se han obligado primero a obedecer, es decir, a no rebelarse, toda ley es inválida. Por otro lado, la obligación que les obliga a lo que ya se habían obligado antes, es superflúa" ¹⁸⁰.

Pero como "el fin del pacto social y del Estado en él originado es garantizar la vida, la paz, y la seguridad y el pleno desarrollo espiritual y material de los asociados" ¹⁸¹, al ciudadano le estará permitido desobedecer siempre que se establezca alguna obligación que atente a alguno de esos fines ¹⁸².

¹⁷⁸BOBBIO, Estudios de Historia de la Filosofía. De Hobbes a Gramsci, obra cit., p. 159. En éste sentido vid. HOBBS, Del Ciudadano, obra cit., p. 231.

¹⁷⁹Vid. PARAMO ARGUELLES, H.L.A. Hart y la Teoría analítica del Derecho, obra cit., p. 124.

¹⁸⁰HOBBS, Del Ciudadano, obra cit., p. 231. En este sentido también en Leviatán, obra cit., p. 200.

¹⁸¹Eusebio FERNANDEZ, Teoría de la Justicia y Derechos Humanos, obra cit., p. 171.

¹⁸²Vid. HOBBS, Leviatán, obra cit., p. 306. Como escribe BOBBIO: "El soberano puede ordenar todo excepto aquello que ponga en peligro la vida terrena o la eterna: frente a una mandato de esa índole, surge el derecho de resistencia o, textualmente, la libertad de desobedecer". Estudios de Historia de la Filosofía. De Hobbes..., obra cit., p. 167. Así HOBBS también

Obligaciones jurídicas básicas

Con ésto parece Hobbes destacar el segundo deber antes mencionado, el deber de los gobernantes, y lo hace distinguiendo el ámbito moral del jurídico, subrayando un deber general del Estado que podríamos encuadrarlo en el mundo moral, y unas obligaciones y autoobligaciones que podríamos calificarlas como jurídicas. Respecto del primero, dice Hobbes: "Todos los deberes de los gobernantes se resumen en ésta sólo frase: la salud del pueblo es la ley suprema" ¹⁸³, refiriéndose en otro momento a la seguridad del pueblo ¹⁸⁴. Los intereses de los ciudadanos son según Hobbes la defensa contra los enemigos exteriores, el mantenimiento de la paz interna, el enriquecimiento compatible con la seguridad pública y el goce de una libertad inofensiva ¹⁸⁵. Así, el deber fundamental de los gobernantes será el de dictar leyes que aseguren la felicidad, aparten los errores de las doctrinas "depravadas" que perturban la paz interna, establezcan una proporción entre las cargas y los beneficios y entre el delito y la pena, favorezcan a los ciudadanos obedientes y castiguen a los desobedientes, garanticen los derechos y castiguen a los jueces que no lo hagan, etc... ¹⁸⁶. Como vemos, Hobbes nos presenta éste deber como proveniente del pacto y necesario para la existencia

parece contemplar la posibilidad de la desobediencia a monarcas que se aparten de lo mandado por Dios. Vid. Leviatán, obra cit., pp. 629 y ss.

¹⁸³ HOBBS, Del Ciudadano, obra cit., p. 204.

¹⁸⁴ HOBBS, Leviatán, obra cit., p. 407.

¹⁸⁵ HOBBS, Del Ciudadano, obra cit., p. 206.

¹⁸⁶ Vid. HOBBS, Del Ciudadano, obra cit., pp. 205 a 215.

Deberes y obligaciones en la Constitución

de la sociedad; se trata de un deber o de una obligación moral¹⁸⁷, que expresan la relación entre el Derecho y el Poder. Por otro lado, ésto puede confirmar la idea de Hobbes relativa a la inexistencia de obligaciones jurídicas que tengan como titular al Estado. Así Hobbes distingue dos casos, uno relativo a las obligaciones que surgen de las leyes civiles, obligaciones que nunca podrán afectar al Estado, porque sería convertir a obligante y obligado en una misma persona, con lo que se podría liberar de la obligación en cualquier momento. El otro caso se refiere a las obligaciones del Estado con sus ciudadanos que, para Hobbes, tampoco pueden existir ya que la voluntad del Estado es la voluntad de todos, por lo que vuelven a coincidir obligante y obligado encontrándonos en la misma situación anterior¹⁸⁸.

Así, podemos destacar tres ideas básicas en ésta materia dentro de la obra de Hobbes:

a) Existencia de un deber de obediencia a los mandatos proveniente del pacto, que tiene un fundamento moral y no jurídico

¹⁸⁷Además, el soberano sólo tiene que rendir cuentas a Dios del cumplimiento de ésta obligación. Vid. HOBBS, Leviatán, obra cit., p. 407.

¹⁸⁸Hobbes expresa ésta imposibilidad claramente cuando dice: "Nadie puede darse algo a sí mismo porque eso supone que ya tiene lo que puede darse; ni obligarse consigo mismo, porque el obligado y el obligante serían una sola y misma persona, y como el obligante puede liberar al obligado, a quien se obligare consigo mismo lo haría inútilmente, ya que puede liberarse a sí mismo a su arbitrio; y quien puede eso, ya es libre efectivamente. De ahí que el Estado no esté obligado, por las leyes civiles, por ser las leyes civiles las leyes del Estado. Si estuviera obligado por ellas, estaría obligado consigo mismo. Tampoco puede obligarse el Estado para con su ciudadano, puesto que éste, si quiere, puede liberarlo de su obligación y lo quiere siempre que el Estado quiere (ya que para todo, la voluntad de cada ciudadano está contenida en la voluntad del Estado)". HOBBS, Del Ciudadano, obra cit., p. 134.

189.

b) Existencia de un deber del Estado, hacia el buen gobierno, proveniente del pacto, que tiene también un fundamento moral y no jurídico.

Digo que tienen un fundamento moral porque se tratan de dos tipos de obligaciones o deberes que son consideradas, al menos, como algo bueno para lograr alguna cosa que es buena por su valor intrínseco. Son expresables mediante imperativos hipotéticos, aunque en algunos casos también en categóricos, y son necesarias para lograr un objetivo de ese tipo. En éste caso serían necesarias para lograr el pleno desarrollo humano ¹⁹⁰.

c) Como expresa Gettell: "como la función esencial del soberano es la protección de sus súbditos, el deber de éstos corre parejo con la capacidad del soberano para el cumplimiento de

¹⁸⁹ Como escribe L. J. MACFARLANE, este deber procede en realidad de la tercera ley de la naturaleza que es para Hobbes el cumplimiento de los acuerdos. Vid. Teoría Política moderna, trad. de G. Solana Alonso, Espasa Calpe, Madrid 1978, p. 155.

¹⁹⁰ KANT se refiere a los deberes de gobierno en éstos términos: "por el contrario, se trata de una nueva idea de la razón que tiene, sin embargo, su indudable realidad (práctica), a saber, la de obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si éstas pudieran haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo, ya que considera a cada súbdito, en la medida en que éste quiera ser ciudadano, como si hubiere expresado su acuerdo con una voluntad tal". Teoría y práctica, obra cit., p. 37. Mientras que en relación a los deberes de obediencia escribe: "De ahí se sigue que toda oposición contra el supremo poder legislativo, toda incitación que haga pasar a la acción el descontento de los súbditos, todo levantamiento que estallare en rebelión, es el delito supremo y más punible de una comunidad, porque destruye sus fundamentos". KANT, Teoría y práctica, obra cit., p. 40. Como vemos puede destacarse también el fundamento moral de los mismos. Sobre la sumisión del súbdito al Poder en Kant, vid. también La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 150, 151, 217 y 218.

aquellos fines" ¹⁹¹.

Teniendo como punto de mira la obra de Hobbes, muchos autores elaborarán teorías sobre los deberes y obligaciones de obediencia y de los poderes públicos ¹⁹².

Parece ser que como expresa Farrel, "las ventajas de vivir en sociedad tienen como contrapartida ciertos deberes mínimos, que recaen indistintamente sobre todos los ciudadanos; sin esos deberes la convivencia suele considerarse imposible, o al menos dificultosa" ¹⁹³.

A mi entender nos hallamos ante dos situaciones que encuentran su origen primero en el convenio y en la comunicación ¹⁹⁴. Se trata de dos de las obligaciones o deberes fruto de la comunicación intersubjetiva y que se plantean desde el momento en el que los hombres deciden vivir juntos ¹⁹⁵. En una sociedad de tipo democrático comunicativo, en último término van a coincidir. En

¹⁹¹Raymond G. GETTELL, Historia de las ideas políticas, obra cit., p. 358.

¹⁹²Por ejemplo, es significativo PUFENDORF, Le Droit de la Nature et des Gens, obra cit.

¹⁹³Martin D. FARREL, Supererogación y deber, obra cit., p. 38. Vid. en este sentido J. BENTHAM, Fragmento sobre el gobierno, obra cit., p. 68.

¹⁹⁴Para PASSERIN D'ENTREVES, hablar de deberes de este tipo supone realizar una abstracción metafísica erigiendo al Estado como valor supremo. Vid. La noción de Estado, obra cit., p. 37.

¹⁹⁵Según MACINTYRE: "En cualquier sociedad en que el gobierno no expresa o representa a la comunidad moral de los ciudadanos, sino un conjunto de convenios institucionales para imponer la unidad burocrática a una sociedad que carece de consenso moral auténtico, la naturaleza de la obligación política deviene sistemáticamente confusa". Tras la virtud, obra cit., p. 312. Pero no creo que pueda negarse la existencia de una misma base moral común en la sociedad.

Obligaciones jurídicas básicas

palabras de Dino Pasini, en una sociedad y en un sistema de este tipo, "la obligación política de los gobernantes termina coincidiendo con la misma autoobligación política, así como el gobierno de la cosa pública coincide con el autogobierno, con la autodeterminación del Estado-sociedad, del pueblo" ¹⁹⁶.

A estas situaciones se las ha querido fundamentar por otras vías. Así, por ejemplo, se ha hablado de derivaciones de una necesidad divina o también de coincidencia con obligaciones que derivan de los papeles que desempeñan las personas en su comunidad. En este último sentido se expresa Dworkin.

Para este autor, las obligaciones políticas pueden ser consideradas como obligaciones asociativas que se fundamentan en las ideas de comunidad y fraternidad ¹⁹⁷. Obligaciones asociativas son, para Dworkin, "las responsabilidades especiales que la práctica social atribuye a los miembros de algún grupo social o biológico". Es decir, "las responsabilidades de familia, amigos o vecinos" ¹⁹⁸. Se trata de una obligación apoyada en ciertas actitudes de los miembros de una comunidad de principio ¹⁹⁹,

¹⁹⁶Dino PASINI, *Il problema del fondamento dell'obbligo politico*, obra cit., pp. 153 y 154. Vid. en este sentido Eugen HUBER, El Derecho y su realización, obra cit., p. 175.

¹⁹⁷Vid. R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., pp. 205 a 207.

¹⁹⁸Vid. R. DWORKIN, Law's Empire, obra cit., p. 196.

¹⁹⁹Estas actitudes son: "First, they must regard the group's obligations as special, holding distinctly within the group, rather than as general duties its members owe equally to persons outside it. Second, they must accept that these responsibilities are personal: than they run directly from each member to each other member, not just to the group as a whole in some collective sense... Third, members must see these responsibilities as

resumibles en la idea de fraternidad ²⁰⁰.

EL PROBLEMA DEL TERMINO OBLIGACION POLITICA

Tradicionalmente se viene calificando a estos deberes u obligaciones como políticas. Este término recibe un primer tratamiento sistemático en la obra de Thomas Hill Green. Para este autor, la obligación política era una obligación jurídica que podía descomponerse en tres: obligación del súbdito hacia el soberano, obligación del ciudadano hacia el Estado y obligaciones de los individuos entre sí ²⁰¹.

El término ha ido adquiriendo cierta fuerza llegando incluso a obtener, para ciertos autores, una categoría independiente de las obligaciones jurídicas y de las morales ²⁰².

following from a more general responsibility each has of concern for the well-being of others in the group... Fourth, members must suppose that the group's practices show not only concern but an equal concern for all members". Law's Empire, obra cit., pp. 199 y 200.

²⁰⁰Vid. las referencias a la relación entre el Derecho y la Moral en Dworkin que se realizan en este trabajo.

²⁰¹Thomas HILL GREEN, L'obbbligazione politica, obra cit., p. 143. Sobre la obligación de obediencia en T. Hill Green, vid. Geoffrey MARSHALL, Teoría Constitucional, trad. y prol. de R. Garcia Cotarelo, Espasa-Calpe, Madrid 1982, pp. 262 y ss.

²⁰²Vid. por ejemplo A. PASSERIN D'ENTREVES, Obbligo politico e libertà di coscienza, en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Anno L, Giuffrè, Milano 1973. J. P. PLAMENATZ, Consentimiento, libertad y obligación política, obra cit., p. 131. En Francia, por ejemplo, R. POLIN se refiere a la obligación política como aquella que relaciona al individuo con la comunidad política. Vid. L'obligation politique, Presses Universitaires de France, Paris 1971, p. 35. En España LEGAZ, en, La obligación política, obra cit., pp. 326 y ss. También Eusebio FERNANDEZ mantiene el término de obligación política si bien recalcando que se trata de un tipo peculiar de

Obligaciones jurídicas básicas

Así por ejemplo, para Passerin D'Entreves, la obligación política es aquella que contempla al hombre como ciudadano. Las obligaciones políticas se diferencian de las jurídicas en que estas últimas están caracterizadas por la sanción o mejor por "las consecuencias negativas o positivas que acompañan a la observancia o a la no observancia de las leyes". En cambio, en la obligación política el elemento que predomina es la "aceptación, expresa o tácita, de los principios que la inspiran, de los fines que persiguen" y por lo tanto, "de un criterio sustancial de valor". Por otro lado, la diferencia entre las obligaciones políticas y las morales radicaría en lo que Passerin llama el "carácter de globalidad". Así, las primeras significan la aceptación en bloque de una determinada comunidad política, mientras que las segundas, al ser expresión de la autonomía de la persona, no tienen ese carácter global sino que se determinan exclusivamente caso por caso y están sustraídas al elemento autoritario ²⁰³.

Aparte de ciertos comentarios que luego se harán sobre el momento de la actuación de la voluntad en la obligación y aparte

obligación moral. Vid. El punto de vista moral y la obediencia al Derecho, ponencia presentada a las XII Jornadas de profesores de Filosofía Jurídica y Social sobre Derecho y Obligatoriedad, Oviedo 28-30 de marzo, 1990.

²⁰³Vid. Alessandro PASSERIN D'ENTREVES, *Obbligo politico e libertà di coscienza*, obra cit., pp. 41 a 43. Por otro lado, esta distinción no es tan clara en otro trabajo de este autor donde habla de la legitimidad como vértice de la obligación política. Vid. *Intorno all'obbligo politico*, en Rivista di Filosofia, vol. LVII, N. 2, 1966, pp. 12 y ss. Vid. también A. PASSERIN D'ENTREVES, *Il problema dell'obbligazione politica nel pensiero inglese contemporaneo*, en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Anno VIII-Fasc. I, Roma 1928.

también de que este mismo autor no distingue en todas las ocasiones estas figuras tan claramente ²⁰⁴, me parece que el empleo del término obligación política no está totalmente justificado o, al menos, no está determinado respecto de las otras figuras.

Passerin D'Entreves pone como diferencia entre las obligaciones políticas y las jurídicas el elemento de la sanción. Si nos fijamos bien en ella podemos relacionarla plenamente con el término autoridad, que es el que sirve de distinción entre la obligación política y la moral. Así, en un momento es característica propia de las obligaciones políticas pero no de las morales y en otro es propio de las obligaciones morales pero no de las políticas.

Cuando Passerin se refiere a la obligación política como aceptación global de una comunidad política, me parece más oportuno sustituir el término obligación por el de compromiso, con el que se clarificaría la situación.

En este sentido, no me parece posible distinguir las sanciones políticas de las morales o de las jurídicas. Respecto a estas últimas, su nota característica es la pertenencia al Ordenamiento: una sanción es jurídica si está contemplada por un sistema jurídico. Y si se quisiese presentar a la sanción política como una sanción que no deriva de la existencia de un aparato centralizado, sino que depende de la fuerza social o de algo parecido, estaríamos refiriéndonos a la sanción moral o a una sanción

²⁰⁴En este sentido vid. la cita anterior, así como *Obbligo politico e libertà di coscienza*, obra cit., pp. 54 y 55.

Obligaciones jurídicas básicas

social distinta de la jurídica. Por otro lado, caracterizar a la obligación política como aceptación de principios, de fines o de valores, supone su inclusión en el ámbito moral.

Parece más oportuno contemplar a las **obligaciones políticas no como una clase de obligaciones sino en todo caso como una subclase** (aunque creo que induce a errores conceptuales) **ya sea de las obligaciones jurídicas o ya sea de las obligaciones morales** ²⁰⁵, según estén o no positivizadas (pudiendo coincidir en ese momento). Y creo que además eso es lo que hace Passerin: colocar las llamadas "obligaciones políticas" unas veces dentro de las jurídicas y otras dentro de las morales.

Si nos referimos a obligaciones políticas no positivizadas, estaremos hablando de obligaciones morales. Mientras estas estén en esa situación podemos decir con Singer que las obligaciones políticas "son aquellas obligaciones morales que se asocian de manera peculiar con formas de organización política" ²⁰⁶.

²⁰⁵En este sentido es en el que Peter SINGER habla de las obligaciones políticas. Vid. Democracia y desobediencia, obra cit., p. 13. Vid. también PECES-BARBA, Desobediencia civil y objeción de conciencia, obra cit., p. 161. Para BOBBIO, La Política es una parte de la Moral. Vid. Derechos del hombre y filosofía de la historia, obra cit., p. 33. Sobre la estrecha relación entre moral y política vid. J. L. ARANGUREN, Ética de la felicidad y otros lenguajes, obra cit., p. 90. Por su parte NINO, considera la Teoría política como una parte de la Teoría moral en sentido amplio. Vid. Ética y derechos humanos, obra cit., p. 45. Pero hay autores que llegan a conclusiones totalmente distintas a las que aquí expresamos, hablando no de obligaciones jurídicas sino de obligaciones políticas. Vid. J. BENTHAM, Fragmento sobre el gobierno, obra cit., p. 128; Sobre la relación entre ética y política vid. Ernesto GARZON VALDES, Acerca de la tesis de la separación entre ética y política, obra cit., pp. 111 y ss. Sobre la relación entre Derecho y Política vid. H. KELSEN, ¿Qué es Justicia?, obra cit., p. 278.

²⁰⁶Peter SINGER, Democracia y desobediencia, obra cit., p. 13.

Y esto es también aplicable para aquellos autores que distinguen el campo moral y el político en lo referente a las obligaciones, proponiendo que el diálogo moral es personal mientras que el político es más bien impersonal. Estos autores, aunque reconocen que pueden haber diálogos morales públicos y políticos privados, afirman que, "los sermones públicos no tienen la misma función que los discursos morales (por lo menos no es de lo que se trata primeramente), y las relaciones personales no son clave del discurso político". Concluyendo: "No existe la política privada, la política íntima" ²⁰⁷.

Esta posición puede ser contestada desde los mismos planteamientos con los que se respondía a Passerin. Las "obligaciones políticas" no integradas en el Ordenamiento no van a ser más que obligaciones morales (si se quiere, del tipo intersubjetivo). Una vez positivizadas serán obligaciones jurídicas.

Pero también se ha querido individualizar la obligación política entendiéndola como posibilidad sin opción. Así, para Legaz, la obligación jurídica se presenta con un cuadro de posibilidades que, como mínimo pueden reducirse a dos: el cumplimiento y el incumplimiento. La realización del primero no supondría, en ningún momento, la salida del sistema, pero tampoco la realización del segundo, ya que el propio sistema prevee determinadas

²⁰⁷Hanna F. PITKIN, Wittgenstein: el lenguaje, la política y la justicia, trad. R. Montoro Romero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, p. 299.

Obligaciones jurídicas básicas

consecuencias para esos casos. Por su parte, la obligación moral es posibilidad con relativa opción: "No es que exista la facultad de elegir entre distintas posibilidades, como si todas fueran indiferentes en orden al fin último, sino que su posible deshonestidad no aniquila la índole constitutivamente moral del sujeto; se produce un desorden moral, pero desde una situación que sigue siendo moral" ²⁰⁸. Diferente a estas dos figuras es la de la obligación política, configurada como posibilidad sin opción: "quien no cumple con su obligación política se sitúa pura y simplemente fuera del ámbito político" ²⁰⁹. Esta caracterización supone partir de determinados presupuestos. Por un lado, de la contemplación de la obligación jurídica como obligación individual y no como una obligación colectiva. Dentro de su concepción no cabría hablar de una obligación jurídica de sometimiento al Derecho (como es el caso de la Constitución española). Por otro lado, la concepción de la obligación moral, es también relegada a un estricto ámbito individual compaginable con una posible objetividad moral.

Como ha señalado Bobbio, hablar de una obligación política distinta de la obligación jurídica o de la moral, no es adecuado ²¹⁰: "...el adjetivo político no indica la cualidad de

²⁰⁸ LEGAZ, La obligación política, obra cit., p. 341.

²⁰⁹ LEGAZ, La obligación política, obra cit., p. 342.

²¹⁰ "Che si possa parlare di un obbligo politico distinto dall'obbligo giuridico e dall'obbligo morale, in altre parole che l'obbligo politico costituisca un tertium quid tra l'obbligo giuridico e l'obbligo morale, è una tesi che non cui ha mai persuaso". N. BOBBIO, en AAVV, Obbligazione

la obligación, como en cambio indican los adjetivos 'jurídico' y 'moral': estos dos adjetivos califican dos tipos diversos de obligación refiriéndolos a dos tipos diversos de leyes..., mientras 'político' referido a 'obligación' indica pura y simplemente el ámbito al que se refiere la obligación, no diversamente de lo que sucede en expresiones como 'obligación familiar' u 'obligación tributaria'" ²¹¹.

Incluso algunos autores, en esta línea, proponen la eliminación del término obligación política para éstas situaciones. Así, por ejemplo Scarpelli habla de compromiso ('impegno') político, que implica una línea de comportamiento respecto a las directrices de una política ²¹². El compromiso se distingue de las obligaciones jurídicas por la falta de la fuerza y de los deberes morales porque los medios políticos pueden apartarse del ámbito ético ²¹³.

Una formulación que parece adecuada, no en lo que atañe a la denominación, sino en cuanto al significado de estas situa-

politica e libertà di coscienza, obra cit., p. 172. Vid. también Guido FASSO, en AAVV, Obbligazione politica e libertà di coscienza, obra cit., p. 186.

²¹¹N. BOBBIO, en AAVV, Obbligazione politica e libertà di coscienza, obra cit., p. 173.

²¹²Vid. SCARPELLI, *Dovere morale, obbligo giuridico, impegno politico*, obra cit., p. 293. Para PASSERIN D'ENTREVES, *impegno* no parece ser un término adecuado: "'Impegno' mi sembra infatti parola troppo forte per una situazione che, pur implicando epecifici doveri, può derivare anche soltanto (come ben vederano gli antichi trattatisti) da un consenso tacito, o dal mero adeguarsi ad una convivenza civile". *Obbligo politico e libertà de coscienza*, obra cit., pp. 41 y 42.

²¹³SCARPELLI, *Dovere morale, obbligo giuridico, impegno politico*, obra cit., p. 294.

Obligaciones jurídicas básicas

ciones es la que emplea Legaz, para quien se trata de un tema que se relaciona con el de la autoridad, la naturaleza del Estado y el valor del Ordenamiento jurídico ²¹⁴. Así, un análisis sobre estos deberes u obligaciones tendrá que partir de la justificación del Poder ²¹⁵. Una vez justificado aparecen dos tipos de deberes y obligaciones necesarios para la existencia del Estado ²¹⁶, que si bien son calificados como políticos por Legaz, son originalmente concebidos. En este sentido escribe: "La obligación política es, pues, la obligación del ciudadano en su doble condición de imperante e imperado, aglutinados uno y otro por un núcleo de poder que obliga a ambos porque expresa y al mismo tiempo hace posible la realidad de la comunidad política que está en la raíz misma de todo humano existir. El ciudadano en cuanto súbdito, está sometido al poder, le debe acatamiento. El ciudadano en cuanto autoridad está también obligado por el poder, no puede hacer 'dejación de poder'" ²¹⁷.

Se trata pues de dos obligaciones distintas: Por un lado, la del Estado o de los poderes públicos que puede existir desde el momento en que los hombres quieren vivir ordenadamente y deciden que haya un Poder. Por otro lado, la obligación de

²¹⁴ LEGAZ, La obligación política, obra cit., p. 297. BOBBIO, identifica este tema con el de la legitimidad. Vid. AAVV, Obbligazione politica e libertà di coscienza, obra cit., p. 174.

²¹⁵ Vid. LEGAZ, La obligación política, obra cit., p. 299.

²¹⁶ Vid. también Dino PASINI, en AAVV, Obbligazione politica è libertà di coscienza, obra cit., p. 190.

²¹⁷ LEGAZ, La obligación política, obra cit., pp. 331 y 332.

obediencia que puede plantearse, en mi opinión, desde el momento en que ese Poder se convierte en democrático, si bien la configuración de ambas es necesaria para la existencia y continuidad de la sociedad ²¹⁸.

Otra diferencia consiste en que el deber o la obligación de los poderes públicos de la que hablamos podríamos considerarlas como cuasi-absolutas, como una figura que prevalece ante cualquier otra en casi todas, por no decir todas, las ocasiones ²¹⁹ -siendo un aspecto diferente el relativo a los medios para cumplir ésta-. La obligación de obediencia, en cambio, puede entrar en conflicto con otros deberes u obligaciones y sucumbir ante ellos ²²⁰. Con ello no hacemos más que subrayar que la figura del deber o de la obligación de obediencia puede ser para muchos más comprensible como obligación. El deber de gobierno y el de obediencia, y no así las obligaciones, suponen la asunción

²¹⁸Como escribió BODINO: "Toda república, toda corporación, todo colegio y toda familia se gobierna por mando y obediencia". Los seis libros de la República, obra cit., p. 65. El problema radica en el alcance del mando y de la obediencia.

²¹⁹No creo que pueda hablarse de la existencia de un deber y menos aún de una obligación que deba ser cumplida en todo momento. Como escribe A. I. MELDEN: "il fatto de avere un obbligo è cosa diversa dall'essere moralmente giustificati di soddisfarlo in particolari circostanze". La posizione sociale dei diritti e degli obblighi morali, obra cit., p. 252. En contra de ésta consideración puede citarse a Paola M. ARCARI, para quien no es posible hablar de obligaciones relativas ("un obbligo relativo non è più obbligo"), ya que en esos casos de lo que se habla es de elección. Vid. *Obbligatorietà morale e obbligatorietà giuridica*, obra cit., p. 53.

²²⁰De ahí que no crea que deba ser entendido éste deber como "obligación general que se aplica a todos los súbditos del Derecho y se refiere a todas las disposiciones jurídicas en todas las ocasiones a las que se aplican". J. RAZ, La autoridad del Derecho, obra cit., p. 290.

Obligaciones jurídicas básicas

de quien los predica, ya sea la comunidad o ya sea el individuo.

De todas formas, ambas situaciones pueden ser vistas como fruto de la comunicación y el diálogo y derivados y producidos en ellos, por lo que estarán incluidos en la conciencia de los participantes. La actuación disconforme a los mismos irá, en muchos casos, acompañada de sanciones morales que serán asumidas por los infractores.

Como vemos, las diferencias entre ambos deberes u obligaciones exige que los veamos brevemente de forma separada. Antes de hacerlo, para la mejor comprensión de lo que ahora sigue, repito que cuando hablo de deberes u obligaciones morales, hago referencia a aquellas situaciones expresión del diálogo intersubjetivo o de la reflexión individual, y por lo tanto, que no han sido recogidas, todavía, por el Ordenamiento jurídico. A las obligaciones jurídicas superiores básicas les ocurre lo mismo que a los derechos humanos; hasta su reconocimiento por el Ordenamiento jurídico son sólo deberes u obligaciones morales. Como escribe Eusebio Fernández refiriéndose a los derechos humanos: "...los derechos naturales solamente pueden ser considerados auténticos derechos en el sentido técnico jurídico del término, cuando se encuentren reconocidos en una norma jurídica de Derecho positivo" ²²¹. Así puede decirse que estos deberes u obligaciones superiores materiales, se convierten en jurídicos si se incor-

²²¹Eusebio FERNANDEZ, Teoría de la Justicia y Derechos humanos, obra cit., pp. 95 y 96.

Deberes y obligaciones en la Constitución

poran al Ordenamiento ²²².

²²²Gregorio PECES-BARBA, Los deberes fundamentales, obra cit., p. 338.

CAPITULO SEGUNDO: LAS OBLIGACIONES SUPERIORES MATERIALES ESPECIFICAS DEL PODER

SUS PRIMERAS FORMULACIONES

Las obligaciones superiores materiales de los poderes tienen un fundamento ético y derivan de lo que tradicionalmente se ha venido denominando como deber de gobierno o de buen gobierno ¹, empleando una terminología tomada de la época clásica, que mantendremos en el estudio moral de estas situaciones abandonándolo en el planteamiento jurídico, por las razones que más adelante veremos.

El deber de gobierno surge desde el momento en el que los hombres deciden formar una comunidad ordenada mediante un Poder ². Este deber puede ser descrito como aquel por el que el gobernar de acuerdo con los fines que la comunidad destaca por medio del diálogo se va a considerar como algo bueno en sí. La configuración del deber de gobierno y el de obediencia es intersubjetiva aunque puede constituirse también por medio de deberes individuales. Formulaciones de éste deber de gobierno las podemos

¹El empleo del término deber obedece a la intención de destacar su sentido moral. No debe perderse de vista que siguiendo la distinción por nosotros planteada, deber de buen gobierno será, para muchos, obligación de buen gobierno. Así, aunque se emplee deber, en ocasiones y para determinadas personas, se tratará más bien de obligación.

²El deber de gobierno es expresado de forma muy distinta por los autores. Así por ejemplo Francisco SUAREZ escribe: "así como las leyes se imponen a una comunidad, así deben darse principalmente por el bien de la comunidad". Las leyes, obra cit., lib. I, cap. VII, p. 39.

Deberes y obligaciones en la Constitución

encontrar en muchos autores, pero quizás entre todos destaquen los contractualistas cuando se produce el paso del estado de naturaleza al estado civil.

Antes habrá autores como **Cicerón**, que ya se plantean el tema de las obligaciones de los gobernantes, señalando como principales las de ajustarse a lo preceptuado por las leyes divinas y las de procurar la vida feliz de los ciudadanos ³.

En el **pensamiento humanista del siglo XVI**, también encontramos formulaciones de estas obligaciones orientadas hacia la limitación del poder, pero serán los monarcómacos quienes en ese mismo siglo y con ese sentido se refieran más extensamente a estas obligaciones ⁴.

Las obligaciones del Estado, adquieren una importancia singular en las obras de los autores del iusnaturalismo racionalista; entre ellos pueden destacarse aparte de las obras de Hobbes citadas, a Spinoza ⁵ o a Grocio, para quien el incumplimiento de las leyes y de la defensa de la República por parte de los príncipes debía ser castigado con su muerte, así como el conducir al pueblo a la ruina, si bien distinguía si se trataba de

³Vid. CICERON, Los oficios o los deberes, obra cit., p. 163.

⁴Sobre el pensamiento de los monarcómacos en lo referente a la limitación del poder vid. G. PECES-BARBA, La filosofía de los límites del poder en los siglos XVI y XVII, en Libertad, poder y socialismo, Civitas, Madrid 1978, pp. 32 y ss.

⁵Vid. Tratado Teológico Político. Tratado Político, obra cit., p. 167

actuaciones como mandatario máximo o como persona privada ⁶.

Pero será Pufendorf quien realice un tratamiento más amplio. Este autor será defensor de la idea de un Poder soberano y fuerte, pero establecerá para este una serie de deberes u obligaciones. En este sentido afirma que la soberanía está establecida para la conservación del genero humano y que el estado puede cometer dos tipos de injusticias hacia los ciudadanos: bien violando los deberes del soberano (ya sea hacia todos los ciudadanos, ya sea hacia alguno de ellos) o bien violando los deberes de los hombres ⁷.

Los deberes del soberano pertenecen más al Derecho natural que a las leyes civiles ⁸ y están destinados a la consecución del bien común ⁹. Estos deberes pueden resumirse en cumplir las máximas de la Ciencia de gobierno conduciendo a los súbditos hacia la virtud ¹⁰.

⁶Vid. Del Derecho de la guerra y de la Paz, obra cit., T. I, pp. 237 y 239. Vid también en esta misma obra las pp. 251 y 255.

⁷PUFENDORF, Le Droit de la Nature et des Gens, obra cit., T. II, lib. VII, cap. VIII, pp. 398 y 400.

⁸PUFENDORF, Le Droit de la Nature et des Gens, obra cit., T. II, lib. VII, cap. IX, p. 413. Más adelante veremos como concibe las autoobligaciones.

⁹PUFENDORF, Le Droit de la Nature et des Gens, obra cit., T. II, lib. VII, cap. IX, pp. 419 y ss.

¹⁰"Pour se rendre ensuite capables de bien appliquer les maximes générales de la Science du Gouvernement, il faut qu'ils connoissent à fond la constitution de leur Etat, & le naturel de leurs Sujets. Mais ils doivent sur tout se former aux Vertus les plus nécessaires pour soutenir le poids d'un Emploi si important; & apprendre à reglers toutes les manières d'une façon convenable à leur Dignité". PUFENDORF, Le Droit de la Nature et des Gens, obra cit., T. II, lib. VII, cap. IX, pp. 415 a 418. Y en este sentido también afirma: "Avant toutes choses, il est clair, que les Princes doivent s'instrui-

Deberes y obligaciones en la Constitución

Junto a estos deberes que podríamos denominar como generales, va a establecer un numeroso catálogo de deberes particulares que pueden reunirse en los siguientes:

- Conducir a los ciudadanos a las buenas costumbres.
- Hacer leyes: justas, equitativas, claras, sin ambigüedades, sin contradicciones, útiles, que se acomoden al Estado y al carácter del pueblo, suficiente para regular los conflictos y las relaciones de los ciudadanos.
- Hacer ejecutar bien las leyes.
- Castigar con penas proporcionales a los delitos.
- Impedir el daño entre los sujetos.
- Escoger ayudantes competentes.
- Exigir los impuestos de forma proporcional.
- Procurar la conservación y el aumento de los bienes de los particulares.
- Impedir las guerras civiles.
- Impedir las inversiones extranjeras ¹¹.

Partiendo de estos precedentes, puede afirmarse que los hombres en la comunicación van a expresar su deseo de vivir de forma ordenada y su deseo también de que sus necesidades y pretensiones sean satisfechas. De ahí que van a propugnar la exis-

re exactament de tout ce qui est necessaire pour avoir une exacte connoissance de leurs engagements; personne ne pouvant se bien aquitter d'une chose qu'il ne fait pas". Le Droit de la Nature et des Gens, obra cit., T. II, lib. VII, cap. IX, p. 413.

¹¹PUFENDORF, Le Droit de la Nature et des Gens, obra cit., T. II, lib. VII, cap. IX, pp. 420 y ss.

Obligaciones superiores materiales del poder

tencia de un Poder que dirija sus movimientos hacia esos fines.

Se trata de un deber que no exige la existencia de un Poder democrático. Desde que los hombres en la comunicación deciden formar un Poder, ya comienza la existencia del deber ¹², es decir de un deber orientado hacia un fin determinado. Lo que ocurre es que, como vimos, el Poder democrático parece ser el que mejor concuerda con la argumentación dialógica, por lo que parece también que éste deber será más perfecto dentro de un Poder que defiende la dignidad humana en la libertad y la igualdad.

De éste deber surgen obligaciones que afectan bien al Poder o bien al resto de los ciudadanos. Respecto a éstas últimas su estudio puede realizarse junto con el deber de obediencia. En lo que se refiere a las obligaciones derivadas del deber de gobierno y que tienen como sujeto al Poder, están en íntima conexión con las llamadas autoobligaciones.

LAS DOS VERTIENTES

Antes de entrar en el estudio de las autoobligaciones, habría que hacer una **distinción entre el deber o la obligación de gobierno y lo que podríamos llamar el deber o la obligación**

¹²En sentido parecido se expresa Vidal ABRIL CASTELLO, La obligación política: su naturaleza, en Revista de Estudios Políticos, num. 183-184, 1972, p. 151.

de "buen gobierno" ¹³. El primero, se produce desde el momento en el que los hombres deciden agruparse con un Poder común. En ese instante aparece el deber de gobierno como algo bueno en sí y de él surgirán una serie de obligaciones morales para realizarlo. El segundo, el deber de buen gobierno o deber de recto gobierno en la terminología clásica ¹⁴, constituye una perfección del primero y su contenido estriba no sólo ya en establecer las condiciones necesarias de gobernabilidad, sino en enfocar ésta en la manera determinada por los hombres, es decir, de acuerdo a los fines que se proponen ¹⁵. A este parece referirse Legaz cuando habla de las dos vertientes propias del uso del poder: "la una se refiere a cómo se usa del poder; la otra, más radical, versa simplemente acerca de si se quiere usar del poder" ¹⁶.

¹³El término deber de buen gobierno es empleado por J. BENTHAM, vid. Fragmento sobre el gobierno, obra cit., p. 68. Este podría identificarse con el procurar placeres y evitar penas (Vid. BENTHAM, Tratados de legislación civil y penal, obra cit., p. 52) o con la producción de la felicidad (vid. Tratados de legislación civil y penal, obra cit., p. 75).

¹⁴En El Politico de PLATON, se habla de recto gobierno como aquel que usa su ciencia con miras a conservar y mejorar la ciudad. Obra cit., p. 62.

¹⁵En este sentido SUAREZ escribía: "...cuando el poder ha sido dado inmediatamente por los mismos hombres, es evidentísimo que no ha sido dado para utilidad del príncipe sino para el bien común de los que lo han dado". Las leyes, obra cit., lib. I, cap. VII, p. 40 y lib. III, cap. XI, p. 238.

¹⁶LEGAZ, La obligación política, obra cit., p. 318.

A. DEBER DE GOBIERNO

El deber de gobierno ¹⁷ se identifica con el **deber de todo Estado de mantener la convivencia pacífica y de instaurar un sistema jurídico-político estable**. Este deber es independiente del tipo de poder. Su formulación clásica se encuentra en Platón ¹⁸, si bien será Locke quien se referirá de forma clara a este deber, al señalar una serie de obligaciones en los gobernantes sin las cuales no es posible la continuidad de la comunidad. En este sentido escribe sobre la necesidad de gobierno mediante leyes fijas y conocidas por el pueblo, a un determinado empleo de la fuerza, etc... ¹⁹. Este deber de gobierno no tiene un contenido de defensa de las libertades, por lo menos así no es planteado en sus orígenes, sino que va destinado a poder mantener el orden en la sociedad o, si se quiere emplear como modelo la tesis contractual, para mantener el pacto social ²⁰.

El deber o la obligación de gobierno aparece, en principio, justificada únicamente por el fin del mantenimiento de la

¹⁷ Como ya he advertido empleo deber para destacar su sentido moral, aunque para muchos sea más una obligación que un deber.

¹⁸ PLATON se refiere en algún momento a la justicia como la actuación de los gobernantes dentro de sus funciones. Vid. La República, obra cit., vol. II, p. 88.

¹⁹ Vid. LOCKE, Ensayo sobre el gobierno civil, obra cit., pp. 96 y 97. Sobre la necesidad de publicidad de las normas vid. BURLAMAQUI, Principes du Droit Naturel, obra cit., Premiere Partie, cap. VIII, pp. 117 y 118.

²⁰ Una prueba de esto puede verse en MAQUIAVELO, para quien los deberes de los gobernantes viene a significar la conservación del Estado. Vid. El Príncipe, obra cit., p. 88.

Deberes y obligaciones en la Constitución

sociedad o si se prefiere por el de la seguridad, independientemente de las libertades. Como veremos, esta primera concepción se matizará en la historia, con los nuevos caracteres del Derecho moderno (y por consiguiente también del Estado de Derecho), en cuyo concepto mismo se encontrarán requisitos materiales de defensa de las libertades. Así, la seguridad no será equiparable ya sólo a certeza o predictibilidad sino que llevará consigo otros elementos.

Una formulación moderna de este deber de gobierno puede identificarse con lo que se ha llamado "**moral interna del Derecho**", que no es más que la proyección del Poder en los ciudadanos. Como escribe Lyons, "el intento de regular la conducta por medio de las leyes asigna unos principios que deben ser respetados por los que gobiernan, pues de otro modo no cumplen su propósito general". Así, estos principios "equivalen a una moral 'interna' porque están implícitos en el concepto y la naturaleza de Derecho. Y es una 'moral' porque depara unos criterios para evaluar la conducta oficial" ²¹.

El deber de gobierno en este sentido va a consistir en realizar aquellas **condiciones que hacen posible la existencia del Derecho** ²². Estas condiciones que Fuller ha llamado moral interna

²¹David LYONS, Ética y Derecho, obra cit., p. 83.

²²Con ello no ignoro que nos apartamos de la consideración de Lon. L. FULLER sobre la moralidad interna. Según este, no es posible hablar de moral interna como moral de deber. La moral interna entra dentro del campo de lo que para él es la moral de aspiración. Vid. en este sentido, La Moral del Derecho, trad. de F. Navarro, ed. Trillas, México 1967, pp. 12 y ss. y 52 y ss. Sobre la distinción entre moral de deber y moral de aspiración y su aplicación a las

Obligaciones superiores materiales del poder

del Derecho, pueden resumirse de la siguiente forma:

- a) Generalidad: que supone el que las reglas deben existir y al mismo tiempo ser generales.
- b) Promulgación: las leyes han de ser promulgadas y publicadas para su conocimiento y para evitar así su incumplimiento debido a la falta de este.
- c) Irretroactividad: no se debe aplicar en ningún caso leyes retroactivas.
- d) Claridad: el Derecho no debe emplear ni un lenguaje oscuro ni ser de técnica complicada, con el fin de que el ciudadano pueda comprenderlo.
- e) Ausencia de contradicciones.
- f) No requerir cosas imposibles: ya que esto no haría más que aumentar la confusión en el ciudadano y convertir al Derecho en un fantasma con forma de papel.
- g) Estabilidad: el Derecho no puede variar de un día para otro. Su exigencia de claridad, conocimiento, etc..., le exigen estar formulado de tal forma que le permita adaptarse a ciertos cambios sociales o de otro tipo.
- h) Congruencia entre la acción oficial y la ley declarada ²³.

Como puede desprenderse de un análisis de estos requisitos, muchos de ellos se relacionan entre sí y otros dependen ya de

decisiones jurídicas vid. Jerzy WROBLEWSKI, Livelli di giustificazione delle decisioni giuridiche, en Etica e Diritto, a cura di L. Gianformaggio e E. Lecaldano, obra cit., p. 225 y 226.

²³Vid. Lon L. FULLER, La Moral del Derecho, obra cit., pp. 56 a 104.

Deberes y obligaciones en la Constitución

ciertas ideologías y no propiamente aplicables a todo tipo de gobierno, aunque sí a una definición actual de Derecho. Por otro lado, a estos requisitos hay que unir aquellos tendentes al funcionamiento político tales como la formación de la Administración Pública y el desarrollo de sus funciones, así como el establecimiento de un Poder judicial ordenado y eficaz, entre otras muchas.

Como ya hemos apuntado, el deber de gobierno, que en su origen suponía el deber de procurar la gobernabilidad, se ha convertido, en el mundo moderno, en un deber de organización del poder y de defensa de las libertades, adquiriendo así determinados matices que le hacen predicable de un concepto de Estado y de Derecho moderno propio de nuestra cultura, no siendo así aplicable a otras situaciones ajenas a estas notas.

Pero el deber u obligación de gobierno, puede ser también ampliado, abarcando no sólo la base de las personas que ostentan el poder sino también a los ciudadanos en general. Así, Legaz escribe: "Es obligatorio querer usar del poder. Querer no usar el poder efectivo que se tiene significa tanto como negar existencialmente la realidad política en la que se está integrado y a la que por definición, habría que servir". Y esto porque, "el súbdito es más que un mero súbdito, más que un sujeto de deberes jurídicos o morales de obediencia", es "un creador activo de poder, y así su deber de ciudadano, su 'obligación política' no consiste únicamente en una obediencia pasiva y externa, sino en

la celebración activa y responsable" ²⁴.

La consideración principal de este deber es no ya individual ni intersubjetiva, sino casi me atrevería a llamar objetiva, derivada de la necesidad de existencia de un Poder común.

Si quisieramos relacionar este deber con un posible deber de obediencia, ello exigiría en todo caso el buen cumplimiento del primero.

B. DEBER DE BUEN GOBIERNO

Como sabemos, para Legaz puede hablarse de obligación de gobernar; pero en este sentido escribe: "Ahora bien, como el poder se constituye en el consentimiento y la obediencia, afirmar el poder significa crear ininterrumpidamente posibilidades de obediencia, cosa que no puede lograrse más que partiendo del reconocimiento del carácter de ser racional y libre del que obedece" ²⁵. Y en este sentido puede afirmarse con Plamenatz que: "como el gobierno no es nada más que un grupo de hombres cooperando para la realización de ciertos fines, es obvio que su deber de promover el bien y evitar el mal es precisamente similar al de todos los otros hombres" ²⁶.

²⁴ LEGAZ, La obligación política, obra cit., pp. 318 y 332 (respectivamente).

²⁵ LEGAZ, Una forma de obligación política. El deber ser 'animal político', en Humanismo, Estado y Derecho, Bosch, Barcelona 1960, p. 356.

²⁶ J. P. PLAMENATZ, Consentimiento, libertad y obligación política, obra cit., p. 131.

En una fundamentación como la nuestra, el "buen gobierno" sería aquel que estuviese destinado hacia los valores de libertad e igualdad, con todo lo que ello significa. Así, el concepto "buen", significa en éste caso, aquello que es considerado como bueno por la comunidad dialógica, y según las reflexiones que venimos realizando éste deber u obligación de buen gobierno donde mejor va a encuadrar es dentro de un Poder democrático ²⁷.

El deber u obligación de buen gobierno van a presentar de manera primordial la forma intersubjetiva, ya que son expresión del diálogo. Esto no quiere decir que pueda darse un deber de buen gobierno de tipo individual -basado en la conciencia individual de aquel o aquellos que detentan el Poder-, u obligación individual que sería la repercusión del deber en el individuo.

El buen gobierno comprende en sí ya la obligación o el deber de gobierno, si bien los matiza y dirige hacia unos fines determinados. De este deber encontramos también **formulaciones clásicas** como hemos visto. A ellas podríamos añadir otras.

Así por ejemplo, para Sócrates los gobernantes debían ordenar lo conveniente a los gobernados ²⁸. Por su parte, Platón señala la búsqueda de la felicidad como el objetivo de todo hombre, por lo que el primer deber del gobierno tiene que consistir en establecer los medios que crean oportunos para hacer a los

²⁷El objetivo del gobierno debe estar en procurar la mayor felicidad posible de la comunidad, pero dentro de un grado suficiente de satisfacción de las necesidades básicas.

²⁸Vid. PLATON, La República, obra cit., vol. I, p. 32.

hombres felices ²⁹. Asimismo, señala Platón como deber principal, el que tienen los gobernantes de hacer mejores a sus ciudadanos ³⁰. En definitiva el recto gobierno según estas concepciones, sería aquel compuesto por las personas que "usen su ciencia y la justicia con miras a conservarla y mejorar en lo posible su antiguo estado inferior" ³¹. La recta forma de gobierno tendrá que seguir así el fin de toda ciudad que no es otro que la felicidad de todos y no de unos pocos ³².

Por su parte, Aristóteles señala como deber del gobierno la consecución de la felicidad y el logro del bien político. Así, según él, la felicidad es entendida como virtud que debe llenar a todos los de una ciudad y no solo a unos pocos ³³. Por otra parte, el bien político, que es otro deber de los gobernantes, va a consistir en el logro de la justicia que no es otra cosa que aquello que es conveniente para la comunidad ³⁴.

Este tipo de argumentaciones se irán multiplicando hasta adquirir formulaciones modernas. Actualmente podemos decir que

²⁹Vid. PLATON, Las Leyes, obra cit., vol. I, p. 12.

³⁰Vid. PLATON, Gorgias, obra cit., p. 106. Vid. también Las Leyes, obra cit., vol. I, p. 89.

³¹Vid. PLATON, El Político, obra cit., p. 62, en palabras del extranjero de Elea.

³²"...nosotros no establecemos la ciudad mirando a que una clase de gente sea especialmente feliz, sino para que los sea en el mayor grado posible la ciudad toda". PLATON, La República, obra cit., vol. II, p. 61.

³³Vid. ARISTOTELES, Política, obra cit., p. 127.

³⁴Vid. ARISTOTELES, Política, obra cit., p. 90.

Deberes y obligaciones en la Constitución

una de las obligaciones más importantes que corresponden al Poder dentro de un sistema democrático es la protección y desarrollo de la tolerancia y con ella la satisfacción de las pretensiones y necesidades humanas y el establecimiento concreto de las obligaciones ³⁵, que en ocasiones serán reflejo de la protección de las necesidades y en otras no ³⁶.

En este sentido, el deber de buen gobierno va a implicar al menos: a) Que en el mantenimiento y protección de los derechos y obligaciones, el Poder intervenga de forma meditada, sabiendo siempre que el mal que intente evitar deberá ser mayor que el que pueda producir con su intervención ³⁷. b) Que junto con el deber general de promover el bien, los que gobiernan deben actuar de

³⁵Vid. en este sentido Otfried HÖFFE, Estudios sobre Teoría del Derecho y la Justicia, obra cit., p. 149.

³⁶Así por ejemplo, con el reconocimiento de los derechos civiles y políticos surgirá una obligación en el Estado en el sentido de garantizar el ejercicio efectivo y libre de los mismos. Por su parte, el reconocimiento de derechos económico-sociales y culturales, producirán la obligación del Estado de dedicar, dentro de sus posibilidades económicas y financieras, los recursos necesarios para su satisfacción. Vid en este sentido, Hector GROS ESPIEL, Estudios sobre derechos humanos, obra cit., pp. 329 y ss. Y antes Giuseppino TREVES, La difesa de la libertà individuale nella nuova Costituzione, en Rivista di Diritto Pubblico, La Giustizia Amministrativa, Roma 1949, p. 136. Pero no sólo hay que entender a las obligaciones como reflejos de los derechos. Muchas de ellas van a tener una consistencia propia.

³⁷Así, para BENTHAM: "El gobierno es como la medicina: lo único que debe ocuparle es la elección entre los males. Toda la ley es un mal, porque toda ley es una infracción de la libertad; pero, lo repito, el gobierno no puede hacer más que escoger entre males, ¿y cual debe ser el objeto que debe proponerse el legislador al hacer esta elección?. Debe asegurar dos cosas; 1º que en cada caso, los incidentes que quiere prevenir son realmente males, y 2º, que estos males son mayores que los que él hace para prevenirlos". Tratados sobre legislación civil y penal, obra cit., p. 66.

Obligaciones superiores materiales del poder

tal manera que ejerzan la coacción en el menor grado posible ³⁸.

c) Que el Poder en la realización de la promoción del disfrute de las pretensiones, necesidades, valores, etc..., y de la sanción del incumplimiento de las obligaciones, también debe premiar (en una sociedad como la descrita en este trabajo donde el diálogo es el elemento característico) el cumplimiento de las mismas ³⁹. Esta medida, como ya escribió Beccaria, podría ayudar al mejor cumplimiento de las obligaciones y también sería una medida tendente a evitar los delitos ⁴⁰.

El deber u obligación de buen gobierno en su aspecto general no es otra cosa que la **resolución de las necesidades y pretensiones individuales, políticas, económicas, sociales y culturales, así como el establecimiento de las obligaciones propias de**

³⁸J. P. PLAMENATZ, Consentimiento, libertad y obligación política, obra cit., p. 132. Y de esta forma también afirma: Los gobernantes "pueden reconciliar su deber de promover otros bienes con su deber de promover la libertad sólo en el grado en que actúen según los deseos expresados por sus compañeros. Siempre que actúen de esa manera su derecho para hacerlo así depende no sólo de su deber de promover la libertad; porque pueden justificar sus acciones enumerando no sólo los otros bienes para los cuales son un medio, sino también los males de la coacción que han evitado". Obra cit., pp. 132 y 133.

³⁹Este enfoque de los deberes del Estado puede ser rebatido por teorías con distinta orientación. Así por ejemplo, en una concepción liberal no cabría esta función promocional del estado. En este sentido DWORKIN escribe: "El gobierno debe tratar a quienes gobiernan en consideración, esto es, como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración, y con respecto, o sea como seres humanos capaces de llegar a concepciones inteligentes de como han de vivir su vida, y de actuar de acuerdo con ellas. El gobierno no sólo debe tratar a la gente con consideración y respeto, sino con igual consideración y respeto. No debe distribuir bienes u oportunidades de manera desigual, basándose en que algunos ciudadanos tienen derecho a más porque son dignos de mayor consideración". Los derechos en serio, obra cit., pp. 388 y 389.

⁴⁰BECCARIA, De los delitos y las penas, trad. de J. A. de las Casas, Alianza Editorial, Madrid 1968, p. 110.

Deberes y obligaciones en la Constitución

los individuos a él sometido, teniendo como punto de apoyo el constituido por el respeto justo, en la libertad y la igualdad, por la dignidad humana como expresión de la comunicación intersubjetiva. Este deber no es sólo de protección, sino también, de promoción ⁴¹. Así, al igual que hemos señalado la evolución del deber de gobierno hacia el sentido de organizar y defender las libertades, el deber de buen gobierno irá adquiriendo un sentido propio independiente del primero con la promoción y compaginación de la libertad y la igualdad, adquiriendo así la obligación de promover las libertades y de realizar cierta redistribución de bienes con el fin de intentar lograr la igualdad real.

Por último, es importante destacar la importante **conexión que tiene el buen gobierno con la obediencia**. La existencia de la segunda depende de la del primero. Así como en el caso del deber u obligación de gobierno esto ya se daba relativamente, en este caso la relación se hace palpable. Si por ejemplo atendemos a la necesidad de leyes establecidas, con el deber u obligación de buen gobierno, esta necesidad se llena de contenidos materiales destinados a la consecución de los fines de la comunidad con lo que el deber u obligación de obediencia va a contar con múltiples razones para su cumplimiento ⁴². En otro orden de cosas, podemos afirmar que el mal uso del gobierno va a derivar

⁴¹Vid. Gregorio PECES-BARBA, Los deberes fundamentales, obra cit., p. 338.

⁴²Vid. LOCKE, Ensayo sobre el gobierno civil, obra cit., p. 105.

en tiranía ⁴³, frente a la cual parece imposible hablar propiamente de deber de obediencia, aunque en algunos casos no de obligación.

LAS AUTOOBLIGACIONES

Las autoobligaciones adquieren singular importancia dentro de una democracia, ya que ésta implica "identidad de dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, de los que mandan y los que obedecen" ⁴⁴. El estudio sobre ellas varía según se trate de obligaciones de gobierno o de buen gobierno. Nótese que hablamos de autoobligaciones y no de autodeberes. El emplear el término autodeber constituye sin duda una redundancia. Todos los deberes son autoasumidos -incluso los que son fruto de consideraciones intersubjetivas-: deber es un término independiente. No ocurre lo mismo con la obligación, que es relacional.

Si nos fijamos en la obligación de gobierno, de ella surgen una serie de obligaciones que no tienen porque denominarse autoobligaciones. La comunidad de comunicación establece determinadas obligaciones que son necesarias, a su entender, para la realización del gobierno. Esto puede entenderse de dos formas: a) el Poder no se ha impuesto a sí mismo una obligación, no se trata pues de una autoobligación. b) el Poder, como expresión de propo-

⁴³Vid. LOCKE, Ensayo sobre el gobierno civil, obra cit., pp. 152 y 153.

⁴⁴Carl SCHMITT, Teoría de la Constitución, obra cit., p. 230.

Deberes y obligaciones en la Constitución

siciones y voluntades de la comunidad, se identifica con ella, por lo que aquí sí podríamos hablar relativamente de autoobligación. Se trata de obligaciones destinadas sólo a la posibilidad de gobierno. En el primer caso, el Poder no responde ante sí mismo sino ante la comunidad, en el segundo ante los dos, que son uno sólo. Digo que en este caso se podría hablar sólo relativamente de autoobligaciones porque como escribió Rousseau, "hay mucha diferencia entre obligarse con uno mismo o con un todo del que se forma parte" ⁴⁵.

Si el Poder no cumple con sus obligaciones en el primer caso, estará sujeto a una sanción de tipo moral y en el segundo también ⁴⁶. Lo que ocurre es que en el segundo caso él mismo se podrá liberar en cierta forma de esa obligación (aunque siempre con el consentimiento de la comunidad). Entiendo pues que la autoobligación es relativa.

Si atendemos a la figura de la obligación de buen gobierno, la reflexión sigue un camino idéntico a la consideración anterior, si bien la fuerza de las obligaciones, o si se prefiere de las autoobligaciones, va a ser mayor, y la sanción derivada de su incumplimiento impuesta por la comunidad (sanción moral en alguna de sus formas), va a ser más fuerte también.

Me parece necesario advertir en éste punto, que la posible

⁴⁵Vid. J. J. ROUSSEAU, El Contrato Social, obra cit., p. 44.

⁴⁶Nótese que el sentido en el que empleamos Poder varia de un caso a otro. El primero es Poder en sentido restringido, como fuerza. El segundo es Poder en sentido amplio, como conjunto de fuerzas sociales, políticas, económicas, etc...

Obligaciones superiores materiales del poder

plasmación de éstos deberes u obligaciones en el ámbito jurídico produce un profundo cambio. Los deberes y obligaciones son de tipo moral, fruto de la comunicación y del diálogo y no están incorporadas al Ordenamiento jurídico, por lo que no tienen repercusión directa en el mundo jurídico. Del no cumplimiento de los mismos va a sobrevenir, como mucho, una sanción moral y no una sanción jurídica.

Hay quienes se refieren a una posible sanción política, aludiendo a la pérdida de confianza en las elecciones o a la desobediencia ⁴⁷. Pero la desobediencia, como veremos, supone una actuación que se apoya en fundamentos morales, aunque en un principio pueden parecer exclusivamente políticos. Hablar de sanción política como algo independiente de sanción moral, supone fragmentar dos niveles de reflexión que están íntimamente conectados. Toda sanción política puede ser bien sanción moral (derivada de la no sumisión a unos principios morales rectores de los fines políticos) o bien sanción jurídica (derivada de la no sumisión al Ordenamiento jurídico). En ocasiones el aspecto político prima, pero debe ser siempre contemplado dentro del ámbito moral o jurídico.

La plasmación de éstos deberes en el Ordenamiento, es decir, la incorporación de los mismos por el Poder en sentido amplio,

⁴⁷ Así, por ejemplo M. ARAGON distingue entre control social (no institucionalizado y difuso), político (institucionalizado, subjetivo, voluntario) y jurídico (institucionalizado, basado en razones jurídicas y de ejercicio necesario). La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control judicial, en Revista Española de Derecho Constitucional, num. 17, Madrid 1986, pp. 95 y 96.

Deberes y obligaciones en la Constitución

los va a convertir en obligaciones jurídicas. El deber de gobierno se convertirá así en obligación jurídica siempre que la comunidad de comunicación por medio del Poder así lo disponga en la norma o siempre que aquellos que tienen la fuerza del Poder lo quieran. Lo mismo ocurrirá con el deber o la obligación de "buen gobierno", que si es, como aquí se afirma, fruto de la comunicación intersubjetiva, donde mejor va a encontrar su positivación como obligación jurídica es dentro de un Ordenamiento producido por un Poder democrático.

En la reflexión jurídica el tema de las autoobligaciones sufre un pequeño cambio. Las obligaciones son impuestas por el Poder y aún así queda sujeto a las mismas. Como escribió ya Vitoria: "Es muy cierto que depende de la voluntad regia el dictar o no la ley; pero una vez dictada no está ya en su arbitrio el hallarse o no obligado por ella" ⁴⁸. Su incumplimiento, situándonos en un contexto democrático, va a llevar como resultado una sanción moral en sentido fuerte y seguramente una sanción jurídica. Lo que ocurre es que quizás ésta última no sea lo

⁴⁸Francisco de VITORIA, Reelecciones de Indias y del Derecho de la Guerra, versión al español del Marqués de Olivares, Espasa Calpe, Madrid 1928, p. 306. En este sentido afirma (en la p. 305) que, tanto los legisladores como los reyes están obligados a cumplir las leyes: "Esto se demuestra, en primer lugar, considerando que el legislador obraría mal no cumpliéndolas, ya que con ello haría agravio a la República y a los demás ciudadanos de ella, cuando siendo él parte de la República rehusara el tomar parte en sus cargas y obligaciones del modo que incumbe a su calidad y a la dignidad de su persona. Ciertamente esta obligación es derivada y recíproca. Las leyes dictadas por el rey tienen todas la fuerza de obligar si son aceptadas por toda la República, como antes hemos dicho. Por otro lado, las leyes promulgadas por la República obligan a todos si han sido llevadas al Rey, y siendo por él mismo aceptadas obligan asimismo al Rey".

suficientemente fuerte como para llegar a su perfecta realización ⁴⁹.

En este sentido hay autores que niegan la posible existencia de obligaciones en el Estado. Así, por ejemplo, Bentham al preguntarse si los gobernantes pueden estar sujetos a obligaciones y si pueden ser sancionados en el cumplimiento de sus funciones, contesta: "No, pues si estuvieran obligados bajo una pena prescrita por la ley, bien a hacer o a no hacer algo, no serían como suponemos, gobernantes supremos aquellos a cuyos mandatos quedan obligados, bajo pena, los súbditos" ⁵⁰. Y antes de Bentham será Kant quien parezca también negar este tipo de obligaciones, sobre todo desde el punto de vista jurídico-político ⁵¹. Kant afirma la

⁴⁹Ya vimos el tratamiento de HOBBS en éste sentido. SUAREZ realiza un razonamiento similar. En un primer momento, parece negar la posibilidad de la existencia de obligaciones en la persona del soberano. Y ésto lo dice empleando la tesis que luego será utilizada por Hobbes y por autores más modernos: la imposibilidad de imponerse uno a sí mismo una obligación, en el sentido de imponerse un precepto. "La razón es clara; un precepto requiere jurisdicción o dominio; ahora bien, nadie puede tener jurisdicción sobre sí mismo ni estar sujeto a sí mismo" (SUAREZ, Las leyes, obra cit., lib. III, cap. XXXV, p. 351). Pero luego esta tesis cambia ya que, basándose, entre otras razones, en las obligaciones de la comunidad, entiende que el legislador y el soberano deben observar las leyes como los demás miembros de la misma (Vid. SUAREZ, Las leyes, obra cit., lib. III, cap. XXXV, p. 352). Así escribe: "Juzgo, pues, que se debe decir que el príncipe está obligado a observar su propia ley", y ello en virtud del carácter mismo de la ley y por su eficacia. (SUAREZ, Las leyes, obra cit., lib. III, cap. XXXV, p. 353). Lo que ocurre es que ésta obligación del soberano no es totalmente igual que la del súbdito ya que la ley no va a poder desenvolver la fuerza coactiva en su persona: el rey no tiene superior y no puede coaccionarse a sí mismo.

⁵⁰J. BENTHAM, Fragmento sobre el gobierno, obra cit., pp. 127 y ss.

⁵¹La afirmación de la posibilidad de autoobligaciones negada en cierta manera por Kant es admitida por autores que desarrollan concepciones de signo más absoluto que las de Kant. Vid. por ejemplo, PUFENDORF, Le Droit de la Natures et des Gens, obra cit., T. II, lib. VII, cap. VI, p. 369 y lib. VIII, cap. X, pp. 596 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

necesidad de pasar del Estado de Naturaleza a la Sociedad Civil, con lo que constituirá un Poder fuerte que regule la convivencia entre los hombres. Pero los resultados de este paso, algo confusos en su obra, van a desembocar en la negación de la imposición de obligaciones al Poder.

Kant propugna el establecimiento de un Poder dentro de la Sociedad Civil en cuya formación todos los ciudadanos participen ⁵², y por el que sus relaciones estarán presididas por los siguientes principios: "1. La libertad de cada miembro de la sociedad, en cuanto hombre. 2. La igualdad de éste con cualquier otro, en cuanto súbdito. 3. La independencia de cada miembro de una comunidad, en cuanto ciudadano" ⁵³. La imposibilidad de poder hablar de autoobligaciones en el pensamiento kantiano vendría derivada de las afirmaciones de Kant en el sentido de entender el Derecho y la legislación como la expresión de la voluntad de todos, por lo que toda disposición es querida por todos y no obliga a nadie ⁵⁴. Así, expresa que no se puede imponer obli-

⁵²KANT, Si el género humano se halla en constante progreso hacia mejor, en Filosofía de la Historia, obra cit., pp. 113 y 120.

⁵³KANT, Teoría y Práctica, obra cit., p. 27.

⁵⁴Así escribe: "Todo derecho depende de leyes. Pero una ley pública, que determina para todos lo que les debe estar jurídicamente permitido o prohibido, es el acto de una voluntad pública, de la cual procede todo derecho, y, por tanto, no ha de cometer injusticia contra nadie. Más, a este respecto, tal voluntad no puede ser sino la voluntad del pueblo entero (ya que todos deciden sobre todos y, por ende, cada uno sobre sí mismo), pues sólo contra sí mismo, la mera voluntad de éste no puede decidir sobre uno mismo nada que pudiera ser justo; consiguientemente, su ley requeriría aún otra ley que limitara su legislación; y por ello ninguna voluntad particular puede ser lagisladora para una comunidad". KANT, Teoría y Práctica, obra cit., p. 33. Vid. también La Metafísica de las Costumbres, obra cit., p. 80 y 81.

gaciones al jefe del Estado por parte del pueblo, ya que aquel es la expresión de la voluntad de éste. Y en otro sentido afirmará: "Cada miembro de la comunidad tiene derechos de coacción frente a cualquier otro, circunstancia de la que sólo queda excluido el jefe de dicha comunidad... Pues si también éste pudiera ser coaccionado, no sería entonces el jefe de Estado..."
55 .

Quizás sea por esto por lo que Kelsen parece negar la posible existencia de autoobligaciones, entendidas en sentido jurídico. Este autor, entendía como obligaciones jurídicas el hecho de que "el orden coactivo enlaza un acto coactivo, como sanción, a la conducta contraria" y será en estas ocasiones preferible hablar de obligaciones morales y políticas ⁵⁶. Para Kelsen, "el criterio de la sanción, de la pena o de las medidas de ejecución como resultado de una conducta antijurídica, no puede ser aplicado al Estado, puesto que sería inconcebible la idea de una coacción ejercida por el Estado contra sí mismo" ⁵⁷. Pero van a

⁵⁵KANT, Teoría y Práctica, obra cit., p. 27. Y en la p. 44 escribe: "Asimismo, resultará comprensible que, antes de existir la voluntad general, el pueblo no posee ningún derecho de coacción contra quien le mande, porque sólo a través de éste puede aquel coaccionar jurídicamente; pero si existe esa voluntad general, tampoco puede ejercer coacción alguna contra él, pues en este caso el pueblo mismo sería la autoridad suprema; en consecuencia, nunca corresponde al pueblo un derecho de coacción (una facultad para oponerse, sea de palabra o de obra) contra el jefe del Estado".

⁵⁶KELSEN, Teoría Pura del Derecho, obra cit., pp. 305 y 306.

⁵⁷KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 213. Y en este sentido escribe: "La infracción del Derecho por el Estado mismo debe ser considerada, en todos y cada uno de los casos y bajo cualesquiera circunstancias, como una *contradictio in terminis*". Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 217.

Deberes y obligaciones en la Constitución

existir ocasiones en las que vamos a poder hablar de obligaciones estatales, si entendemos por éstas las obligaciones de los órganos estatales, es decir, "de los individuos que realizan una función específica determinada por el orden jurídico" ⁵⁸. Y deberán "reconocerse... como actividades específicas de un órgano aquellas que se manifiestan como la realización de la voluntad del Estado proclamada en la norma jurídica" ⁵⁹. Cualquier actividad de esos órganos debe estar amparada en la ley, por lo que pueden, en algún momento, llegar al incumplimiento de sus obligaciones. No obstante todo esto, existen dos casos que pueden situar al Estado en sí como sujeto de una obligación jurídica. Uno de ellos es cuando la obligación se refiere a una prestación patrimonial ⁶⁰, el otro es el caso de realización, por parte del Estado, de un acto antijurídico violatorio del Derecho Internacional ⁶¹.

⁵⁸KELSEN, Teoría General del Derecho y del Estado, obra cit., p. 237. Vid. también KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 214.

⁵⁹KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 405.

⁶⁰"De hecho sólo se atribuye al Estado la violación de una obligación estatuida por el orden jurídico estatal y, por ende, también ésta, cuando tiene por contenido una prestación patrimonial, cuyo cumplimiento debe efectuarse con el patrimonio estatal, y la ejecución de la sanción, cuando ello se trata, también se efectúa sobre el patrimonio estatal". KELSEN, Teoría Pura del Derecho, obra cit., p. 309.

⁶¹"Un acto antijurídico violatorio del Derecho internacional puede, sin embargo, imputarse al Estado, del mismo modo que un acto antijurídico violatorio del Derecho nacional se puede imputar a cualquiera otra persona jurídica dentro del orden jurídico nacional". KELSEN, Teoría General del Derecho y del Estado, obra cit., p. 237.

Obligaciones superiores materiales del poder

Pero toda ésta consideración no está muy clara en la obra de Kelsen, ya que al referirse de forma directa a las autoobligaciones del Estado, su teoría vuelve a presentar oscilaciones. Así, en un primer momento considera que si es posible una autoobligación del Estado si por ésta entendemos la sujeción al Derecho por parte del Estado, y ésto lo recalca diciendo: "No es el Estado el que se subordina al Derecho por él creado, es el Derecho el que regula la conducta de los hombres y, especialmente, la conducta orientada a la producción del Derecho, sometiendo así a los hombres" ⁶². Como vemos, no se trata de una autoobligación del Estado en sí mismo considerado, sino que parece hacer alusión otra vez a los órganos. No obstante, merece la pena detenerse en éste punto, porque para Kelsen parece que es dudoso poder hablar de autoobligación, por lo menos en el sentido en el que se expresa en su obra: no parece que se pueda hablar de deberes del Estado producidos por una autoobligación, en el mismo sentido que se puede hablar de los deberes jurídicos de los ciudadanos ⁶³. Así, la "más importante diferencia que existe entre el deber del Estado y el deber de los demás sujetos reside en que el "deber ser" del Estado es siempre también, sin la menor excepción, su "querer", mientras que en los demás sujetos del Derecho puede mediar una discrepancia entre ambos, en cuanto se les puede imputar... lo que jamás puede imputarse

⁶²KELSEN, Teoría Pura del Derecho, obra cit., p. 315.

⁶³Vid. KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 375.

Deberes y obligaciones en la Constitución

al Estado, lo que jamás puede considerarse como voluntad de éste: el quebrantamiento del deber, la infracción del Derecho" ⁶⁴. Pero para entenderlo en el sentido de obligaciones jurídicas, habrá que hacer referencia a aquellos actos de sus órganos que producen obligaciones en el Estado. Son los creadores del Derecho los que, como órganos del Estado, crean sus derechos y sus deberes ⁶⁵. De ahí que sea evidente "que no puede ser tampoco la persona-Estado la que se exima a sí misma del deber jurídicamente estatuido por una norma jurídica concreta" ⁶⁶.

De todo esto se deduce, según Kelsen, que no pueden existir autoobligaciones en sentido estrictamente jurídico; si queremos hablar de autoobligaciones del Estado habremos de referirnos a unas obligaciones no jurídicas sino pertenecientes a otro ámbito, bien moral o bien político. De ésta forma, sólo "englobando en una unidad superior... el Estado y la Sociedad y haciendo caso omiso, desde un punto de vista sociológico, de la contraposición que entre éstos dos factores existe, podremos hablar de una autoobligación y una autoliberación del Estado y admitir una perfecta analogía con la moral autónoma; pero, al hacerlo así,

⁶⁴KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 389. Vid. también las pp. 214 y ss.

⁶⁵Vid. KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 378.

⁶⁶KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 378.

Obligaciones superiores materiales del poder

habremos abandonado por entero el punto de vista jurídico" ⁶⁷.

Estas dificultades pueden ser las que hacen que Santi Romano escriba sobre los deberes del Estado y las obligaciones del Estado (siguiendo su distinción característica entre deber y obligación, en el sentido de que sólo las obligaciones tienen derechos correlativos), refiriéndose a los deberes del estado o de sus órganos de gobierno frente a los ciudadanos y a las obligaciones del Estado o de sus órganos frente a la comunidad internacional ⁶⁸.

Como vemos, Santi Romano, se refiere a las autoobligaciones entendiéndolas como obligaciones con derechos correlativos. Estas obligaciones, según este autor son aquellas que tienen los Estados frente a la Comunidad Internacional, señalando también la posible existencia de obligaciones reales ⁶⁹. En este sentido, Thon habla de dos tipos de autoobligaciones: Las primeras surgen de la división de poderes y de los órganos del Estado, y son las que tiene éste frente a las personas revestidas de funciones. Las segundas son aquellas que se tienen frente a particulares pero que el mismo Thon las debilita notablemente, situándolas como correlativas a un derecho imperfecto ⁷⁰.

⁶⁷ KELSEN, Problemas capitales de la Teoría Jurídica del Estado, obra cit., p. 378.

⁶⁸ Santi ROMANO, El Ordenamiento Jurídico, obra cit., pp. 261 y ss.

⁶⁹ Santi ROMANO, El Ordenamiento Jurídico, obra cit., pp. 261 y ss.

⁷⁰ Vid. A. THON, Norma giuridica e diritto soggettivo, obra cit., pp. 139 y ss.

Las únicas posibles vías de negación a mi juicio están, en la consideración de órganos u hombres creadores del Derecho que están por encima del mismo: el grupo de Poder o aquellos superhombres que crean el Derecho sin someterse al mismo y también lo anulan a su antojo. Pero esta consideración no puede darse en el sistema democrático ⁷¹. Por lo menos en el plano teórico, el Estado de Derecho va a suponer que el propio Poder actúe dentro del Ordenamiento ⁷². Y dentro de la concepción democrática, el Estado "no puede actuar en contra o al margen del mismo Derecho que ha creado" ⁷³. Además, dentro del Poder democrático, el valor de la opinión del pueblo y su actitud sancionadora respecto al Poder, puede ser lo suficientemente fuerte como para hacerlo rectificar.

La imposición de obligaciones al Estado ⁷⁴ pueden sustentarse además, partiendo de postulados que son ya clásicos: La

⁷¹Como escribe HART: "La legislación, a diferencia del mero ordenar a otros hacer cosas bajo amenazas, puede perfectamente bien tener tal fuerza auto-obligatoria. Nada hay en ella que esencialmente excluya esta posibilidad. Es un fenómeno jurídico que sólo es desconcertante si, bajo la influencia del modelo, concebimos a las normas jurídicas como establecidas siempre por un hombre u hombres, que están por encima del Derecho para otros que se hallan sometidos a él". El concepto de Derecho, obra cit., p. 53.

⁷²Vid. Scoot GORDON, Bienestar, Justicia y libertad, obra cit., p. 178.

⁷³Nicolás M. LOPEZ CALERA, Introducción al estudio del Derecho, obra cit., p. 142. Y continua: La misma organización del Estado, que es plural, diversificada, jerárquica, hace que no haya una sólo subjetividad estatal no comprometida a actuar conforme a Derecho o a cumplir el Derecho. Los diversos órganos u organismos estatales, por propia definición, han de regular el Derecho".

⁷⁴Vid. Guido FALZONE, Le obbligazioni dello Stato, obra cit., pp. 123 y ss.

Obligaciones superiores materiales del poder

separación de poderes, el principio de legalidad en relación con el Estado de Derecho, la responsabilidad del Estado y la función promocional del Derecho en relación con el Estado Social.

La separación de poderes tiene su primera formulación tácita en Locke, cuando distingue entre poder legislativo, ejecutivo y federativo ⁷⁵. Pero será Montesquieu quien de forma expresa se refiere a ella, en el capítulo VI del *Espíritu de las Leyes*, titulado De la Constitución de Inglaterra ⁷⁶, produciéndose así un profundo cambio en la concepción del poder político como poder absoluto e indivisible ⁷⁷.

Montesquieu alude a la existencia de tres poderes dentro de cada Estado: "el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil". El primero es por el que el Príncipe hace y deroga las leyes. El segundo, llamado ejecutivo, es por el que se hace "la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasio-

⁷⁵Vid. LOCKE, Ensayo sobre el Gobierno Civil, obra cit., pp. 110 y ss.

⁷⁶Algunos han visto precedentes de esta división ya en PLATON, en el libro III de Las Leyes, y en ARISTOTELES, en el libro IV de la Política. Vid. en este sentido A. PASSERIN D'ENTREVES, La noción del Estado, obra cit., p. 134. A partir de la formulación de Montesquieu, será un postulado recogido por muchos autores. Así, puede citarse, por ejemplo, la división kantiana entre el poder soberano, el ejecutivo y el judicial. Vid. KANT, La Metafísica de las Costumbres, obra cit., pp. 142, 143, 147, 148 y 176.

⁷⁷La división del Poder era contemplada como causa de la extinción del Estado. Así por ejemplo HOBBS afirma: "Hay una sexta doctrina que se dirige de modo sencillo y directo contra la esencia de una república, y es que el poder soberano puede dividirse. Pues dividir el poder de una república es simplemente disolverla, dado que poderes mutuamente divididos se destruyen el uno al otro". Leviatán, obra cit., p. 399.

Deberes y obligaciones en la Constitución

nes". El tercero, llamado judicial, es por el que se castigan los delitos y se juzgan los litigios entre particulares ⁷⁸. La división de poderes permite llegar al estado de libertad política ⁷⁹, inconcebible sin la separación de estos: "Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes" ⁸⁰.

La división de poderes como ejercicio de control entre los poderes del Estado es compatible con la noción de soberanía ya que cada uno de estos poderes son a la vez expresión de la misma ⁸¹. La separación constituye hoy un apartado fundamental dentro de todas las constituciones y significa el origen de lo que se ha denominado responsabilidad política o del Estado ⁸². Su significado ha cambiado respecto a la que tenía en su origen (aislamiento e independencia de cada poder), entendiéndose ahora como promoción del control mutuo y recíproco entre los diversos poderes, institucionalizándose también otra forma de control que

⁷⁸ MONTESQUIEU, El Espíritu de las Leyes, obra cit., p. 202.

⁷⁹ "La libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su seguridad; para que esta libertad exista, es necesario un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer a otro". MONTESQUIEU, El Espíritu de las Leyes, obra cit., p. 202.

⁸⁰ MONTESQUIEU, El Espíritu de las Leyes, obra cit., p. 202.

⁸¹ Vid. A. PASSERIN D'ENTREVES, La noción del Estado, obra cit., p. 140. Vid. también E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 26.

⁸² Para ver una evolución dentro de los textos positivos de la división de poderes hacia la responsabilidad política, vid. Luis SANCHEZ AGESTA, Poder ejecutivo y división de poderes, en Revista Española de Derecho Constitucional, num. 3, vol. I, sept-dic., Madrid 1981.

Obligaciones superiores materiales del poder

tiene como punto de apoyo la Constitución ⁸³. Por otro lado, su conexión con el principio de legalidad es notoria ⁸⁴.

El principio de legalidad surge con el Estado de Derecho, si bien ya mucho antes se pueden apuntar antecedentes y ello porque, como apunta la profesora Lamarca, "las normas e institutos jurídicos no nacen abruptamente en la historia, sino que suelen ser fruto de una previa decantación cultural y social" ⁸⁵. Este principio, en sus primeras formulaciones, se presenta como limitación del poder real sobre determinadas materias, pero más adelante, con el reconocimiento de la potestad reglamentaria, se presenta también como necesidad de habilitaciones específicas para la regulación de determinados ámbitos ⁸⁶. Por último, con la aparición del Estado Social, el principio de legalidad, será entendido no sólo como respeto o no transgresión de lo manifestado en la ley, sino como actuación conforme a la misma (a los valores que en la misma se destacan).

El principio de legalidad supone el sometimiento de los

⁸³Vid. Francisco BALAGUER, Derechos fundamentales y Constitución normativa, obra cit., p. 211.

⁸⁴Vid. Luis ARROYO ZAPATERO, Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, en Revista Española de Derecho Constitucional, num. 8, mayo-agosto 1983, p. 12; E. GARCIA DE ENTERRIA, Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial, Tecnos, Madrid 1981, p. 286.

⁸⁵C. LAMARCA, Formación histórica y significado político de la legalidad penal, en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, núm. 2, 1987, p. 44.

⁸⁶Vid. Joaquín TORNOS MAS, La relación entre la ley y el reglamento: Reserva legal y remisión normativa. Algunos aspectos conflictivos a la luz de la jurisprudencia constitucional, en Revista de Administración Pública, num. 100-102, vol. I, ener-dic 1983, pp. 473 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

poderes públicos a la ley y en definitiva conlleva el que las normas jurídicas regulan también el origen, organización y funcionamiento del Poder ⁸⁷. Se trata uno de los fundamentos básicos de la seguridad jurídica.

La responsabilidad del Estado es algo esencial para el concepto de democracia ⁸⁸. Ella exige no ya una responsabilidad de tipo 'político' (pérdida del apoyo popular en las elecciones) sino jurídica, conectada con el Estado de Derecho ⁸⁹. Así, en esta responsabilidad podemos incluir tanto la del Estado-Administración, como la del Estado-Legislator, como la del Estado-Juez ⁹⁰, no es otra cosa que la consagración del valor igualdad en la sociedad jurídico-política.

Esta responsabilidad, en lo que respecta a la Administración, ha llevado a que algunos autores hablen incluso de derechos subjetivos reaccionales: "Cuando un acto de la Administración interfiere dicho ámbito vital (el de las personas) causando un daño cualquiera en el mismo y de modo no conforme a la norma, surge en el particular afectado un derecho a reaccionar contra el perjuicio sufrido, al objeto de reestablecer la integridad de su ámbito

⁸⁷Vid. en este sentido G. PECES-BARBA, Los deberes fundamentales, obra cit., p. 332.

⁸⁸Sobre la responsabilidad del Estado vid. Guido FALZONE, Le obbligazioni dello Stato, obra cit., pp. 157 y ss.

⁸⁹Vid. Antonio CARRO MARTINEZ, La democracia verdadera, en Revista de Administración Pública, num. 100-102, vol. I, enero-diciembre 1983, pp. 192 y 193.

⁹⁰Vid. Perfecto ANDRES IBAÑEZ y Claudio MOVILLA ALVAREZ, El Poder Judicial, obra cit., pp. 335 y ss.

vital dañado" ⁹¹.

La función promocional del Derecho surge con el paso del Estado liberal al Estado social y con la consiguiente atribución de funciones positivas al Poder para la satisfacción igual de las necesidades humanas básicas ⁹².

En definitiva, **al régimen democrático caracterizado por la defensa de los derechos fundamentales, se añade otra característica no menos importante: la existencia de obligaciones estatales.** Porque, como señala Luis Prieto: "si los derechos fundamentales quieren tener un significado propio y peculiar dentro de nuestra cultura jurídica es preciso configurarles ante todo como verdaderas obligaciones estatales" ⁹³. Y así, nuestra propia Constitución tiene que ser concebida como norma jurídica, y en esta línea, "como fuente inmediata de obligaciones para todos los poderes públicos, incluido el propio legislador" ⁹⁴.

⁹¹J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 897.

⁹²Vid, en este sentido G. PECES-BARBA, Los deberes fundamentales, obra cit., p. 13.

⁹³Luis PRIETO SANCHIS, Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos, obra cit., p. 293.

⁹⁴Carmen LAMARCA, Legalidad penal..., obra cit., p. 43.

LA OBLIGACION JURIDICA DE ORGANIZACION DEL PODER Y DEFENSA DE LAS LIBERTADES

A. INTRODUCCION

El deber u obligación de gobierno pueden encontrar **positiva-**ción convirtiéndose en obligación jurídica de gobierno o, como nosotros preferimos decir, en obligación juirídica de organiza-ción del poder y defensa de la libertad. Dentro de nuestra Constitución podemos encontrar al menos una presentación más o menos cercana a esta consideración dentro del artículo 9.3, en el que puede leerse: "La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favora- bles o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurí- dica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos" ⁹⁵. Además de constituir una formu- lación expresa de lo que venimos llamando obligación de organiza- ción del poder y defensa de la libertad, el artículo 9.3 es expresión del sometimiento del Poder al Derecho y en definiti- va de la obligación de obediencia al Derecho que tienen todos los poderes públicos (tanto los de ámbito ejecutivo, como los del

⁹⁵Según Pietro VIRGA: "Non può in verità negarsi che esista un generale obbligo per gli orghani statali di non violare le norme giuridiche e di fare un buon uso del potere discrezionale per il soddisfacimento dei fini e degli interessi pubblici; anzi dall'esistenza di questo generale dovere si è argomento per suporre vigente in ogni ordinamento giuridico moderno il prin- cipio della Pubblica Amministrazione il quale esprime la conformità della attività della Pubblica Amministrazione alla legge". Libertà giuridica e diritti fondamentali, obra cit., p. 158.

Obligaciones superiores materiales del poder

legislativo y judicial) ⁹⁶.

Hablamos de obligación de organización del poder y defensa de la libertad y no de obligación de gobierno, porque nos parece que esta última denominación podría entenderse como referente a uno sólo de sus destinatarios, esto es al poder ejecutivo, cuando sus titulares son todos los poderes públicos. Por otro lado, cuando vimos la formulación moral de esta obligación, señalamos su originario carácter formal, carácter que chocaría ahora con la referencia a la libertad que señalamos en su concepto. Esto puede entenderse por el nuevo carácter del Derecho moderno, que no se entiende sin un mínimo de contenido material en el sentido de defensa de la libertad (como ya apuntamos al hacer referencia al sentido moderno del Estado de Derecho), y que va a provocar que en la formulación de esta obligación pueda señalarse aspectos tanto formales como materiales.

La primera cuestión a dilucidar en este punto sería el valor de los principios constitucionales. Dentro de nuestra Constitución podemos encontrar diversos tipos de principios. Según Predieri existirían hasta cuatro.

- a) normas parámetros de las normas primarias, secundarias y de la actividad de los poderes públicos, que son anteriores a la Constitución. En este sentido habla del artículo 9.3 y del 103.
- b) normas que se califican como principios y que no son anteriores a la Constitución. Y así aquí distingue entre prescripciones

⁹⁶Vid. Angel GARRORENA MORALES, El Estado español como Estado social y democrático de Derecho, Tecnos, Madrid 1985, pp. 177 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

directamente operativas (Capítulo I del Título VIII) y principios que constituyen directrices vinculantes para el legislador y la Administración (Capítulo III del Título I).

c) principios que deben regular de forma especial determinados aspectos constitucionales. Por ejemplo los contenidos en el artículo 82.4 (principios de la delegación legislativa en la ley de bases) o en el 149.1.18º (sobre competencias exclusivas del Estado).

d) principios derivados de la normativa constitucional en su conjunto. Por ejemplo a los que hacen referencia el artículo 8.2 (fuerzas armadas conforme a los principios constitucionales) o el 117.5 (sobre la jurisdicción militar) ⁹⁷.

Por su parte, Torres del Moral, de forma general, habla de cuatro tipos de principios:

a) Principios políticos fundamentales del Estado: soberanía popular, autonomía territorial y democracia interna de partidos y sindicatos.

b) Principios inspiradores de la actuación de los poderes públicos: principios rectores de la política social y económica.

c) Principios técnico-jurídicos del Ordenamiento: los contenidos en el artículo 9.3 de la Constitución.

d) Principios informadores de una institución: por ejemplo los contemplados en el artículo 103 (de la Administración Pública),

⁹⁷Vid. Alberto PREDIERI, El sistema de fuentes del Derecho, trad. de M. Sanchez Morán, en AA.VV., La Constitución de 1978, obra cit., pp. 231 y ss.

Obligaciones superiores materiales del poder

o en el 134 (sobre los Presupuestos Generales) ⁹⁸.

Nosotros, vamos a diferenciar entre:

a) valores superiores: constituyen la norma básica material del sistema jurídico español ⁹⁹.

b) principios del artículo 9.3: constituyen la moral interna del Derecho o lo que denominamos obligación jurídica superior de organización y defensa de la libertad. Junto a estos van a poder presentarse otros principios como los señalados en el artículo 103, que constituyen a su vez una especie de moral interna de la Administración Pública ¹⁰⁰ o una parte especial de la obligación jurídica de organización y defensa de la libertad, con menor relevancia que el artículo 9.3 al no estar protegida su posible revisión por lo dispuesto en el artículo 168 de la Constitución.

c) principio de solidaridad del artículo 2 en relación con el 137: constituye la expresión de una obligación jurídica superior instrumental, que debe entenderse en relación con la unidad del Estado y el reconocimiento de la autonomía de las nacionalidades y regiones.

d) principios del Capítulo III del Título I: constituyen obligaciones constitucionales funcionales derivadas del artículo 9.2 de la Constitución, es decir expresión de la obligación jurídica

⁹⁸Antonio TORRES DEL MORAL, Principios de Derecho Constitucional Español, obra cit., vol. I, pp. 48 y 49.

⁹⁹Para la distinción entre valores y principios vid. Gregorio PECES-BARBA, Los valores superiores, obra cit., pp. 34 y ss.

¹⁰⁰Aquí se vería claramente la idea apuntada por Gregorio PECES-BARBA en el sentido de distinguir principios del sistema y principios de subsistemas.

Deberes y obligaciones en la Constitución

promocional.

Respecto a los principios del 9.3, puede afirmarse, como hemos anticipado, que se trata de una concreción de lo que algunos autores llaman la moral interna del Derecho ¹⁰¹ y que son reconducibles a la idea de seguridad jurídica ¹⁰². Se trata de una serie de principios que integran incluso el concepto formal del Derecho en sentido moderno y en nuestro area cultural ¹⁰³.

¹⁰¹Vid. en este sentido G. PECES-BARBA, Los valores superiores, obra cit., p. 39, donde refiriéndose al 9.3 afirma: "Es la llamada moral interna del Derecho, son rasgos característicos que se encuentran en un sistema jurídico de una sociedad democrática y que el legislador constituyente ha preferido positivizar para superar la vieja polémica sobre su origen, siobre si son expresión de una operación de deducción del sistema, o si son anteriores al sistema".

¹⁰²Angel M. ABELLAN-GARCIA, En torno a la comparación y diferencia entre valores y normas constitucionales, en Introducción a los derechos fundamentales, X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid 1988, vol. II, p. 696. En este sentido Jose L. MEZQUITA DEL CACHO, refiriéndose a la seguridad jurídica recoge una serie de exigencias que, además de incorporar otros principios, nos recuerdan a la ya examinada 'moral interna': "El Sistema Normativo -cuya ignorancia, precisamente por una exigencia de seguridad, no es invocable- deberá por ello mismo, por coherencia ética, ser claro, unívoco, completo en lo posible, con una ordenación cierta de sus fuentes, no disperso, ni abundoso en demasía, ni contradictorio; referido, en caso de pluralidad de ordenamientos internos, a espacios territoriales bien definidos, a efectos de competencia y vigencia; y en cualquier caso, también, ante el hecho indiscutible de la pluralidad de ordenamientos externos, y el no menos innegable de la abundancia de relaciones jurídicas trascendentes a ámbitos externos a la propia soberanía, establecedor de un sistema o guía para su régimen...; no retroactivo, en lo represivo, a situaciones producidas con anterioridad... Por lo demás el Ordenamiento debe ser eficaz...; expresarse en normas producidas de conformidad a requisitos formales ciertos y controlables; y debidamente jerarquizadas entre sí..." Seguridad jurídica y sistema cautelar, Bosch, Barcelona 1989, T. I, p. 79. Y más exhaustivamente en pp. 87 y ss.

¹⁰³Vid. Francisco RUBIO LLORENTE, La Constitución como fuente del Derecho, obra cit., pp. 55 y 56. Para M. J. MONTORO CHINER, alguna de las exigencias de lo que nosotros hemos denominado como 'moral interna' vendrían determinadas por la cláusula del Estado Social y no por la del Estado de Derecho. Vid. Adecuación al Ordenamiento y factibilidad: Presupuestos de calidad der las normas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989, p.

Obligaciones superiores materiales del poder

Son los mínimos que el Poder como creador del Derecho debe cumplir para llevar a efecto algunos de los fines del Derecho como son la paz y la seguridad en las relaciones ¹⁰⁴. Se trata de un conjunto de principios que como mínimo debe contener un Estado actual para ser considerado Estado de Derecho, y que obligan a los poderes públicos.

Por todo esto, no resulta extraño afirmar que "tanto los valores superiores del Ordenamiento como los principios generales del artículo 9 son normas jurídicas" ¹⁰⁵. En el caso del 9.3 no puede ser de otro modo porque está encuadrado en la misma definición de Derecho español y del sistema político como Estado de Derecho, en relación directa con el artículo 1.1. En este sentido, el artículo 9.3 tiene en el Ordenamiento jurídico una eficacia inmediata pero relativamente directa, esto es, puede ser planteado con independencia de cualquier otro precepto pero

39.

¹⁰⁴ Pueden comprenderse como requisitos formales y no materiales, debido a su presencia ya en el mismo concepto. Por eso encuentran acomodo en las figuras de la obligación jurídica de organización del poder, que nos se caracteriza por sus contenidos materiales. La crítica de Oscar ALZAGA (vid. La Constitución española de 1978, obra cit., p. 139) sobre este artículo en el sentido de que no recoge principios materiales no tiene así sentido.

¹⁰⁵ Jesús LEGUINA VILLA, Principios Generales del Derecho y Constitución, obra cit., p. 13. Y en este sentido el profesor Luciano PAREJO dice que los principios constitucionales, especialmente los del artículo 9, han sido manejados por el Tribunal Constitucional "como parámetros de la constitucionalidad, reglas de vigencia y aplicación inmediata capaces de determinar la inconstitucionalidad, prescripciones informantes del Ordenamiento en su totalidad y vinculantes para los poderes públicos (con independencia de que, en algún caso, tengan carácter limitado y permitan un cierto margen al legislador incluso en términos de deber positivo de actuación". Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, obra cit., p. 950.

Deberes y obligaciones en la Constitución

necesita de desarrollo y concrección.

La proclamación del Estado que en el artículo 1.1 se realiza junto con los valores superiores, provocan que el Estado de Derecho y los principios del artículo 9.3 no puedan ser interpretados, como veremos, dentro del sistema jurídico español en sentido exclusivamente formal. Así, Luciano Parejo afirma: "El Estado de Derecho continúa manifestándose técnicamente, de forma primaria, en la garantía de la libertad (art. 1.1) y, a su servicio, en los principios que tradicionalmente han conformado su imagen (art. 9.3), pero todas éstas técnicas (principios jurídicos) no actúan en un plano formal, abstracción hecha de cualquier referencia a valores sustantivos y, consecuentemente, con independencia de los que persiga la actuación estatal que formalizan"
106 .

No puede aducirse en contra del carácter vinculante de los principios del 9.3, el que estos no sean susceptibles de recurso de amparo en casos de violación de lo preceptuado en ellos, porque esta característica ¹⁰⁷ se contrarresta con el procedi-

¹⁰⁶ Luciano PAREJO ALFONSO, Estado social y Administración pública, obra cit., p. 77.

¹⁰⁷ Vid. en este sentido las Sentencias del Tribunal Constitucional 18/88 de 16 de febrero, BJC. num. 83, fund. juríd. 2, p. 309; 262/88 de 22 de diciembre, BJC. num. 93, fund. juríd. 2, p. 114; 263/88 de 22 de diciembre, BJC. num. 93, fund. juríd. 3, p. 117; 4/89 de 18 de enero, BJC. num. 94, fund. juríd. 2, p. 242; 10/89 de 24 de enero, BJC. num. 94, fund. juríd. 3, p. 272; 12/89 de 25 de enero, BJC. num. 94, fund. juríd. 3, p. 280; 35/89 de 14 de febrero, BJC. num. 95, fund. juríd. 1, p. 448; 133/89 de 19 de julio, BJC. núm. 100/102, fund. juríd. 3, p. 1325. Sobre la primacía de los derechos sobre los principios constitucionales vid. la Sentencia 32/82 de 7 de junio, BJC. num. 15, fund. juríd. 3, p. 554.



miento agravado de modificación que tiene este precepto en virtud del 168, y por la posibilidad de aplicación directa ¹⁰⁸. Además, en determinados casos si se podrá acudir al amparo cuando la violación de alguno de estos principios suponga también la violación de algunos de los derechos susceptibles de este recurso. Así, en alguna ocasión, el Tribunal Constitucional parece haber dado pie para entender el artículo 9 como posible objeto de amparo. Por ejemplo en su Sentencia 116/87 de 7 de julio, en relación con una cuestión de inconstitucionalidad sobre determinados artículos de la Ley 37/84 de 22 de octubre que definían los derechos del personal de las Fuerzas Armadas de la República, dentro del fundamento jurídico sexto, el Tribunal afirma: "Si cabe por el contrario, compartir la apreciación del Fiscal General del Estado, en relación con el parámetro constitucional del control, en el sentido de que, si bien la cuestión se plantea formalmente en relación con los artículos 1.1, 9º y 14 de la Constitución, y sin perjuicio de que como regla general los valores superiores del Ordenamiento y los principios constitucionales pueden bastar para promover recursos o plantear cuestiones de inconstitucionalidad, la presente cuestión debe quedar reducida debe quedar reducida a la alegada infracción del artículo 14"¹⁰⁹.

La configuración de alguno de estos principios como verdade-

¹⁰⁸Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/82 de 10 de marzo, BJC. num. 11, fund. juríd. 2, p. 204.

¹⁰⁹BJC. num. 75, p. 989. (El subrayado es mio).

Deberes y obligaciones en la Constitución

ras obligaciones presenta ciertas dificultades, pero no por ellas se tiene que abandonar esta perspectiva. Estos principios se dirigen al Estado, el cual se halla vinculado a ellos y a su establecimiento.

Los principios del art. 9.3, como ya hemos dicho, son reducibles al principio de seguridad, por lo que se hará alusión a este principio en primer lugar ¹¹⁰.

B. SEGURIDAD JURIDICA

Ha señalado Elías Díaz que "en cuanto sistema normativo, el Derecho se manifiesta, entre otras posibilidades, como sistema de seguridad; es decir, como control social para la implantación y realización de un determinado modelo de organización social" ¹¹¹. En este sentido, la seguridad se plantea como una de las funciones primordiales del Derecho, en cuanto orientación social

¹¹⁰ Como puede observarse con los principios del 9.3 ocurre lo mismo que con los valores superiores del 1.1. Estos, la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político, vimos que eran reducibles a uno de ellos: la justicia. Los principios del 9.3, por su parte, son también reducibles a uno de ellos: la seguridad. Vid. Jose L. MEZQUITA DEL CACHO, Seguridad jurídica y Sistema cautelar, obra cit., p. 220. J. L. VILLAR y E. SUÑE, reducen los principios del art. 9.3 a los de legalidad y seguridad. El principio de legalidad se relacionaría con el de jerarquía normativa, el de responsabilidad y el de interdicción de la arbitrariedad. El de seguridad con el de publicidad, el de irretroactividad y el de interdicción de la arbitrariedad. Vid. Comentario del art. 9, en Comentarios a las Leyes Políticas, T. I, dirig. por O. Alzaga, Edersa, Madrid 1983, p. 392 y ss. Sobre las relaciones entre la seguridad, la legalidad y la interdicción de la arbitrariedad, vid. F. SAINZ DE BUJANDA, Reflexiones sobre el sistema tributario español, en Hacienda y Derecho, Madrid 1963, T. III, p. 330.

¹¹¹ Elías DIAZ, Sociología y Filosofía del Derecho, obra cit., p. 39.

y tratamiento de conflicto declarados ¹¹².

La seguridad es, como señala Peces-Barba, "un concepto complejo que evoca tranquilidad, ausencia de miedo y de violencia pero que entronca también con servidumbre, como conformismo, como ausencia de iniciativa y como ausencia de libertad" ¹¹³. Si tomamos como referencia nuestra Constitución, podemos afirmar con Gaya Sicilia, que "entre todos los principios que el artículo 9.3 recoge, el de la seguridad jurídica aparece como eje o punto de referencia constante alrededor del cual giran los demás" ¹¹⁴. Por ejemplo, respecto a la irretroactividad, la seguridad jurídica incide ya que toda norma retroactiva puede considerarse como lesiva de la misma, si bien la intensidad de esta lesión será diversa en cada caso ¹¹⁵. Así, la seguridad jurídica se va alcanzando correlativamente a la realización y concreta práctica de

¹¹²Vid. V. FERRARI, Funciones del Derecho, obra cit., pp. 111 y ss.

¹¹³Gregorio PECES-BARBA, La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho, en Anuario de Derechos Humanos, núm. 6, Madrid 1990, p. 215.

¹¹⁴Regina GAYA SICILIA, El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional, obra cit., p. 321. Vid. también Fernando GARRIDO FALLA, Comentarios a la Constitución, obra cit., p. 169; Antonio TORRES DEL MORAL, Principios de Derecho Constitucional español, obra cit., vol. I, pp. 48, 51 y 71 y ss. Para Norberto ALVAREZ y J. L. MUÑOZ DE BAENA, la seguridad jurídica implica: legislación precisa, jerarquía normativa, principio de no retroactividad de las leyes y respeto al principio de 'fuerza de cosa juzgada'. Introducción Filosófica al Derecho, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid 1989, pp. 111 y ss.

¹¹⁵Vid. J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 373.

todos los demás principios ¹¹⁶.

El Tribunal Constitucional ha relacionado también la seguridad con los restantes principios, así por ejemplo, en su Sentencia 227/88 de 29 de mayo, dentro de su fundamento jurídico décimo, puede leerse: "la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene ese principio" ¹¹⁷.

El principio responde a la idea de la necesidad de conocer las consecuencias jurídicas de los actos de los individuos y de los poderes públicos ¹¹⁸, guardando estrecha relación con la necesidad de interpretar todo el Ordenamiento jurídico desde la

¹¹⁶Antonio TORRES DEL MORAL, Principios de Derecho Constitucional español, obra cit., p. 72. Vid. la matizaciones de Adolfo SERRANO DE TRIANA, La función de la seguridad jurídica en la doctrina del Tribunal Constitucional, en Libro Homenaje al prof. J. L. Villar Palasí, Civitas, Madrid 1989, p. 1248.

¹¹⁷BJC. num. 92, p. 1424. Y de la misma forma ha relacionado de forma individual a la seguridad con algún principio. Por ejemplo en la Sentencia 6/83 de 4 de febrero, BJC. num. 23, fund. juríd. 2, p. 223 relaciona seguridad e irretroactividad; en la Sentencia 15/86 de 31 de enero, BJC. num. 59, fund. juríd. 2, p. 317, relaciona la seguridad con la interdicción de la arbitrariedad; en la Sentencia 188/88 de 17 de octubre, BJC. num. 91, fund. juríd. 5, p. 1215, relaciona seguridad y publicidad; etc...

¹¹⁸Fernando GARRIDO FALLA, Comentarios a la Constitución, obra cit., p. 169. Vid. también Luis SANCHEZ AGESTA, Sistema político de la Constitución española de 1978, obra cit., p. 76. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha destacado la relación existente entre el principio de seguridad jurídica y las obligaciones de los poderes públicos. Vid. por ejemplo la Sentencia 149/89 de 22 de septiembre, BJC. núm. 102, en cuyo fundamento jurídico segundo (p. 1452), se afirma la relación entre la seguridad jurídica y la tutela efectiva de los derechos.

Obligaciones superiores materiales del poder

Constitución ¹¹⁹.

Mezquita del Cacho señala tres tipos de seguridad: a) seguridad protojurídica o seguridad-orden o seguridad por el Derecho: por la que hay seguridad pero no certeza y el Derecho es impuesto por el Estado sin la participación del ciudadano; b) seguridad jurídica o seguridad-certeza o seguridad en el Derecho: que es una conquista del Estado moderno y por la que puede hablarse de certeza y predictibilidad; c) seguridad ortojurídica: es la seguridad jurídica en permanente tensión, y busca la fusión con la justicia ¹²⁰.

Por su parte, Peces-Barba destaca tres dimensiones principales de la seguridad jurídica: a) Seguridad jurídica en relación con el poder, que se expresa "a través de instituciones, de principios de organización o de valores del Derecho público, que se reflejan en derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos o simples situaciones jurídicas de los ciudadanos y de los grupos". b) Seguridad jurídica en relación con el mismo Derecho, que "supone la existencia de mecanismos, de técnicas, formuladas como principios de organización, de interpretación o como derechos subjetivos, que funcionan en el interior del Ordenamiento", y que pueden identificarse con lo que Hart llama moral interna del Derecho. c) Seguridad jurídica en relación con la sociedad,

¹¹⁹Vid. A. E. PEREZ LUÑO, La interpretación de la Constitución, en Revista de las Cortes Generales, num. 1, Madrid 1984, p. 130.

¹²⁰Jose L. MEZQUITA DEL CACHO, Seguridad jurídica y sistema cautelar, obra cit., T. I, pp. 55 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

que "supone la extensión de la acción del Derecho a sectores tradicionalmente abandonados a la autonomía de la voluntad, a la libre acción de los particulares y se incorpora progresivamente a las preocupaciones y problemas de la cultura jurídica por influencia democrática y socialista" ¹²¹.

Nosotros vamos a distinguir dentro de la seguridad dos vertientes, que parecen haberse sucedido en la evolución histórica del Derecho ¹²², si bien son susceptibles de ser contempladas individualmente dentro del Derecho moderno:

a) **Vertiente formal:** en la que es expresión de la necesidad de certeza jurídica ¹²³, ausencia de duda, saber a que atenerse, predictibilidad ¹²⁴, y donde entra en relación con la publicidad de las normas y con el aspecto formal de los restantes principios ¹²⁵. Esta vertiente formal coincide con los dos primeros niveles de la seguridad que señala el profesor Atienza: el orden y la certeza jurídica (el primero con el significado de saber a que

¹²¹G. PECES-BARBA, La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho, obra cit., pp. 222 y ss.

¹²²Vid. G. PECES-BARBA, La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho, obra cit., pp. 218 y 219.

¹²³Vid. Antonio TORRES DEL MORAL, Principios de Derecho Constitucional español, obra cit., vol. I, p. 72.

¹²⁴Vid. N. LUHMANN, Sistema jurídico y dogmática jurídica, trad. de I. de Otto, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1983, pp. 46 y 68.

¹²⁵Vid. las Sentencias del Tribunal Constitucional 15/86 de 31 de enero, BJC. num. 59, fund. juríd. 2, p. 317 y 147/86 de 25 de noviembre, BJC. num. 68, fund. juríd. 5, p. 1353. Una exaltación de la certeza puede verse en Flavio LOPEZ DE OÑATE, La certeza del Derecho, trad. de J. Sentís Melendo y M. Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1953, pp. 15 y 73.

Obligaciones superiores materiales del poder

atenerse, el segundo con el de predictibilidad) ¹²⁶. Pero como ha señalado el Tribunal Constitucional, entiendo que con referencia a este sentido de la seguridad, ésta no puede erigirse en valor absoluto "por cuanto daría lugar a la congelación del Ordenamiento jurídico existente, siendo así que éste, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso" ¹²⁷. De ahí que se hace necesario contemplar la seguridad también desde otra vertiente.

b) **Vertiente material:** por la que la seguridad entra en relación con el artículo 1.1, es decir, con los valores que en él se recogen y con el Estado Social. Desde esta vertiente la seguridad se identifica con el aspecto material de los otros principios ¹²⁸. La certeza, dentro de la seguridad material, significaría no sólo que la norma o el cambio fuese predecible, sino que lo fuese, incorporando un más amplio contenido de libertad y un mayor contenido de protección judicial o de protección social

¹²⁶Vid. M. ATIENZA, Introducción al Derecho, obra cit., pp. 116 y 117. En este sentido Luis RECASENS SICHES distingue entre certeza y seguridad: la certeza es saber a que atenerse; la seguridad, saber que eso a lo cual puede uno atenerse tendrá forzosamente que ser cumplido. Introducción al estudio del Derecho, obra cit., p. 112.

¹²⁷Sentencia 126/87 de 16 de julio, BJC. num. 76/77, fund. juríd. 9, p. 1181.

¹²⁸Estas dos vertientes se conectan con los dos aspectos que algún autor ha señalado como contenido de la seguridad. Así, por ejemplo Eusebio GONZALEZ GARCIA, habla de la seguridad jurídica como certeza y de la seguridad como interdicción de la arbitrariedad. Vid. El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978, en La Constitución española y las fuentes del Derecho, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, vol. II, p. 984.

Deberes y obligaciones en la Constitución

¹²⁹. Seguridad y justicia no sería ya presentados como tradicionalmente se ha hecho, esto es, como valores antitéticos ¹³⁰, sino que podrían establecerse situaciones en la que la justicia se alcanzase a través de la seguridad. La vertiente material de la seguridad tendrá su origen en el Estado liberal, pero se confirmará y adquirirá sentido pleno en el Estado social con la aparición de la dimensión social de la seguridad ¹³¹.

La seguridad en este sentido, como explica Elías Díaz, es sinónimo de "ausencia de temor, como conciencia de que están seguras las 'cosas', suficientemente protegidas las 'exigencias' consideradas por el hombre no sólo como esenciales y fundamentales, sino incluso como importantes o simplemente como útiles". Y continúa: "la noción de seguridad trasciende el nivel de la mera legalidad para alojarse en el terreno de la legitimidad, es decir, de las valoraciones jurídicas" ¹³².

Y este es el sentido que el Tribunal Supremo destaca de la seguridad jurídica. Así, en su Sentencia de 15 de enero de 1988 (Ref. Aranzadi 80, pp. 65 y ss.), en contestación a un recurso de apelación contra Sentencia de la Audiencia de Valladolid en

¹²⁹Vid. Adolfo SERRANO DE TRIANA, La función de la seguridad jurídica, obra cit., pp. 1261 y ss. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha pronunciado en este sentido, por ejemplo en el caso Duinhof y Duguit de 22 de mayo de 1984.

¹³⁰Vid. todavía este sentido en la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/89 de 22 de mayo, BJC. num. 98, fund. juríd. 2, p. 946.

¹³¹Vid. G. PECES-BARBA, La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho, obra cit., p. 221.

¹³²Elías DIAZ, Sociología y Filosofía del Derecho, obra cit., p. 44.

Obligaciones superiores materiales del poder

materia de tributos, dentro del cuarto considerando dice: "Se trata de la seguridad personal y consiste en la tranquilidad de espíritu producida por la eliminación del miedo, seguridad que a su vez es el soporte de la libertad" ¹³³.

En fin, la previsibilidad, en este sentido, consistiría en "la capacidad de un determinado Ordenamiento jurídico para hacer previsibles, es decir, seguros, los valores de libertad e igualdad" ¹³⁴. En definitiva, en esta vertiente "la seguridad jurídica es un valor fundamental, cuya realización facilita la de la justicia" ¹³⁵.

La seguridad no va a ser pues, dentro de esta vertiente, obstáculo para la evolución del Derecho y su acomodo a los cambios sociales. A través de ella, esta transformación va a poder operarse. Si bien esta evolución y este sentido de la seguridad, tiene que establecerse con determinadas cautelas, para que no se produzcan transgresiones de ciertas garantías ¹³⁶.

¹³³Vid. también las Sentencias del Tribunal Supremo de 1988 de 16 y 19 de enero (Ref. Aranzadi 81 y 85, respectivamente), de 13 de febrero (Ref. Aranzadi 883), de 29 de marzo (Ref. Aranzadi 1738), de 8 de abril (Ref. Aranzadi 2589), de 20 de mayo (Ref. Aranzadi 3900), de 13 de junio (Ref. Aranzadi 4893), de 26 de julio (Ref. Aranzadi 6387), y de 9 y 16 de septiembre (Ref. Aranzadi 7006 y 7043, respectivamente). También de 1989 pueden citarse dos Sentencias de 17 de abril (Ref. Aranzadi 3379 y 3383).

¹³⁴Manuel ATIENZA, Introducción al Derecho, obra cit., p. 118.

¹³⁵Jose L. MEZQUITA DEL CACHO, Seguridad jurídica y Sistema cautelar, obra cit., T. I, p. 77.

¹³⁶Vid. en este sentido el voto particular de Francisco RUBIO LLORENTE y Antonio TRUYOL Y SERRA, a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/88 de 10 de noviembre, BJC. num. 92, p. 1379.

C. LEGALIDAD

El principio de legalidad ha sido perfilado de muy diversas formas en la historia. Como expresión de la necesidad de que toda acción para poder ser considerada válida tiene que estar apoyada en una norma que se constituye como fundamento previo (lo que no está permitido, está prohibido). Como expresión de la existencia de ciertos límites al ejercicio libre de determinadas acciones, que pueden realizarse sin necesidad de previa habilitación, con la única condición de que no contradigan esos límites (lo que no está prohibido, se entiende permitido) ¹³⁷.

Este principio nace unido a la seguridad como fin del Derecho pero su significado, al igual que ciertos principios originados en el Estado liberal, ha cambiado en la historia ¹³⁸. Este principio puede ser entendido, actualmente y separándose de su visión más tradicional de supremacía de la ley sobre las restantes fuentes ¹³⁹, bien en **sentido negativo** o bien en **sentido positivo**.

¹³⁷Vid. J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 196.

¹³⁸Como escribe J. L. MEZQUITA DEL CACHO: "la legalidad constituye así el nuevo y más firme basamento de la seguridad por el Derecho, pero al mismo tiempo inaugura una nueva seguridad en el Derecho". Seguridad jurídica y sistema cautelar, obra cit., T. I, p. 67. Vid. en esta misma obra cit., pp. 62 y ss., la relación entre legalidad y seguridad en la historia.

¹³⁹Así, la afirmación de Luis DIEZ PICAZO (vid. Constitución y fuentes del Derecho, en La Constitución española y las fuentes del Derecho, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, vol. I, pp. 655 y 656.), en el sentido de negar la existencia de este principio en todos los diversos aspecto del Ordenamiento, pierde sentido.

Obligaciones superiores materiales del poder

En el primer sentido, que es en el que encuentra mejor acomodo la obligación jurídica de organización y defensa de la libertad, el principio de legalidad significa la **sujección de los poderes públicos a la Constitución y al Ordenamiento** ¹⁴⁰. Desde este ángulo puede contemplarse también en su relación con la obligación jurídica de obediencia de los poderes públicos ¹⁴¹, en su significado de estricta observancia.

El sentido positivo del principio de legalidad, que encuentra acomodo en la figura de la obligación jurídica promocional (expresión jurídica de la obligación moral de buen gobierno), significa **no sólo el no contradecir lo dispuesto en el Ordenamiento, sino el actuar en su conformidad** ¹⁴². Como ha escrito Garcia de Enterría: "El verdadero fin de toda la construcción constitucional es así implantar el Derecho mediante la justicia, la libertad y la igualdad (art. 1); la legalidad y la ley son instrumentos indispensables para ese menester evidentemente, pero como tales instrumentos su función está subordinada a la finali-

¹⁴⁰En este sentido el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de febrero de 1985 (Ref. Aranzadi 491, pp. 395 y ss.), respuesta a unos recursos acumulados sobre aplicación de Reglamentación de elevadores, ha afirmado, en el quinto considerando, que el principio de legalidad "supone la versión del Estado de Derecho o sumisión de la actividad, de los Poderes públicos y los ciudadanos a la ley..."

¹⁴¹En este punto es donde propiamente se relacionan el principio de legalidad con el principio de seguridad, en lo que podríamos llamar justicia formal.

¹⁴²Vid. estas dos vertientes en Ignacio de OTTO, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, obra cit., pp. 157 y 158. Vid. también E. GARCIA DE ENTERRIA, Legislación delegada. Potestad reglamentaria y Control judicial, obra cit., pp. 286 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

dad que confesadamente han de perseguir" ¹⁴³. Desde este ángulo, el principio de legalidad se relacionan también con la obligación de obediencia de los poderes públicos, pero en su significado no ya de estricta observancia sino de actuación conforme al sentido de las normas.

Aparte de la proclamación general del 9.3, la Constitución ha precisado luego este principio: legalidad de los delitos y las infracciones administrativas (art. 25); legalidad tributaria y de prestaciones personales (31.3 y 133); legalidad de la Administración (103.1 y 106.1); legalidad de la actuación de jueces y tribunales (117.1); defensa de la legalidad por el Ministerio Fiscal (124.1); etc... ¹⁴⁴.

D. JERARQUIA NORMATIVA

El principio de jerarquía normativa constituye uno de los elementos más importantes para la realización efectiva del prin-

¹⁴³Eduardo GARCIA DE ENTERRIA, Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución, en Revista Española de Derecho Constitucional, num. 10, enero-abril 1984, p. 20.

¹⁴⁴Vid. en este sentido E. GARCIA DE ENTERRIA, Principio de legalidad, Estado Material de Derecho y Facultades interpretativas y constructivas de la Jurisprudencia en la Constitución, obra cit., pp. 11 y 12. También Fernando PEREZ ROYO, Las fuentes del Derecho tributario en el nuevo Ordenamiento Constitucional, en AA.VV., Hacienda y Constitución, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, pp. 19 y ss.

Obligaciones superiores materiales del poder

cipio de seguridad ¹⁴⁵, así como para impedir las transgresiones del principio de legalidad o la arbitrariedad de los poderes públicos tanto en el desarrollo de sus funciones normativas como en la aplicación del Derecho ¹⁴⁶.

Se trata de un tema que guarda estrecha relación con el de las fuentes del Derecho. Como ha señalado Bobbio, "la dificultad para ubicar todas las normas constitutivas de un Ordenamiento depende del hecho de que generalmente estas normas no provienen de una sola fuente" ¹⁴⁷. La consideración tradicional de la jerarquía normativa se fundamenta, dentro de las teorías que conciben el Derecho como sistema, en la construcción kelseniana. Entendemos que esta visión puede ser matizada, no por ello desvirtuando las corrientes propias del Ordenamiento jurídico, esto es, su unidad, coherencia y plenitud.

El principio adquiere relevancia al existir diversos tipos de normas dentro del Ordenamiento que provocan la necesidad de establecer ciertos requisitos que resuelvan casos de posibles

¹⁴⁵Aunque algún autor ha señalado la posibilidad de situaciones de tensión dentro de la Constitución provocadas por la relación entre el principio de jerarquía normativa y el de seguridad jurídica, por ejemplo, con ocasión de la interpretación de preceptos constitucionales abiertos y de la interpretación conforme con la Constitución de las normas jurídicas susceptibles de diferentes interpretaciones. Vid. Tomás QUADRA-SALCEDO, La Constitución como norma suprema y la seguridad jurídica, en A. Lopez Pina, División de poderes e interpretación, obra cit., pp. 139 y ss.

¹⁴⁶Vid. Eusebio GONZALEZ GARCIA, El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978, obra cit., p. 988. Vid también Luis SANCHEZ AGESTA, La jerarquía normativa en la constitución española de 1978, en La Constitución española y las fuentes del Derecho, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, vol. III, p. 1899.

¹⁴⁷N. BOBBIO, Teoría General del Derecho, obra cit., p. 153.

Deberes y obligaciones en la Constitución

conflictos ¹⁴⁸. Uno de estos requisitos es el de la jerarquía normativa, que consiste en otorgar a determinadas normas mayor fuerza de obligar. Es así un principio de organización del poder que puede ser contemplado como verdadera obligación del Estado sin la cual se hace difícil su funcionamiento efectivo y su regulación de las relaciones sociales mediante el Derecho.

De la Constitución, a primera vista, podría hablarse de la siguiente jerarquía normativa:

1. La Constitución.
2. Las Leyes Orgánicas.
3. Las Leyes Ordinarias.
4. Los Decretos-Leyes.
5. Los Decretos-Legislativos.
6. Los reglamentos.

Pero el principio se complica con el reconocimiento constitucional de las autonomías (art.2) que obliga a tener en cuenta otra cadena normativa, con la incidencia del Derecho Internacional y comunitario en el Derecho español, con la importante incidencia de la actividad administrativa, con el valor normativo de la autonomía colectiva y con la no menos importante labor de los tribunales en la aplicación e interpretación del Derecho (dando origen a lo que se ha denominado creación judicial del

¹⁴⁸Vid. en general Javier PEREZ ROYO, Las fuentes del Derecho, Tecnos, Madrid 1984.

Derecho) ¹⁴⁹.

Todas las disposiciones normativas que forman parte del Ordenamiento jurídico español, han de ser entendidas dentro de la unidad que todo sistema tiene, y que viene determinado por la existencia de un Poder que constituye, en última instancia, su fundamento de validez. Desde este punto es desde donde hay que situarse para entender el significado de la jerarquía en relación a la producción normativa.

Como escribe Santamaria Pastor, el **reconocimiento de las autonomías** no ha complicado el contenido dispositivo (material, en palabras de este autor) del principio de jerarquía pero si su ámbito de actuación. El contenido dispositivo se refiere a dos tipos de consecuencias: a) Positivas: atribución a cada norma de cierto grado de capacidad innovadora frente a las restantes (que puede ser activa, derogar o modificar; o pasiva, imposibilidad

¹⁴⁹Vid. en este sentido en relación con las autonomías E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, obra cit., vol. I, pp. 298 y ss; Francisco GONZALEZ NAVARRO, La norma fundamental que confiere validez a la Constitución española y al resto del Ordenamiento español, en Revista de Administración Pública, num. 100-102, vol. I, 1983, p. 31; Ricardo GARCIA MACHO, Reserva de ley y potestad reglamentaria, Ariel, Barcelona 1988, p. 112. En relación con el Derecho comunitario vid. Santiago MUÑOZ MACHADO, El Derecho interno y la Comunidad Europea, Civitas, Madrid 1986, p. 195. Sobre la autonomía colectiva en relación con la producción normativa vid. N. BOBBIO, Il contratto sociale, oggi, Guida Editori, Napoli 1980. Acerca del papel de los jueces en la creación del Derecho vid. G. PECES-BARBA, La creación judicial del Derecho desde la Teoría del Ordenamiento jurídico, en Rivista trimestrale di Diritto pubblico, 4, 1984. (También en Poder judicial, núm. 6). Sobre los distintos sentidos de la expresión los jueces crean Derecho vid. R. GUASTINI, Dalle fonti alle norme, obra cit., pp. 139 y ss. Sobre la complejidad estatal vid. M. GARCIA PELAYO, Las transformaciones del Estado Contemporáneo, obra cit., pp. 170 y ss. Esta ha hecho que haya autores que hablen de sistema normativo y de subsistemas normativos. Vid, por ejemplo Alberto PREDIERI, El sistema de fuentes del Derecho, obra cit., pp. 167 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

de derogarlas o modificarlas ¹⁵⁰). b) Negativas: nulidad de normas que contradicen a otras superiores. Por su parte, por lo que se refiere al ámbito de actuación hay que hacer ciertas advertencias: a) Sólo la Constitución se relaciona con todas las restantes normas por el principio de jerarquía. b) Este principio posee un ámbito de actuación dentro de cada sistema. Es decir, opera dentro del sistema normativo del Estado y dentro del sistema normativo de cada Comunidad Autónoma pero no en las relaciones entre los diversos sistemas. c) Las normas de los sistemas autonómicos están subordinadas jerárquicamente a la Constitución y a los Estatutos de Autonomía (que son normas estatales ¹⁵¹). Por su parte, las leyes marco, de transferencia o delegación y de armonización del art. 150 de la Constitución, son también superiores jerárquicamente a determinadas normas autonómicas. d) Las restantes relaciones entre las normas estatales y las normas autonómicas se rigen, por regla general, por el principio de

¹⁵⁰La jerarquía normativa suele establecerse atendiendo a la capacidad de derogar o a la imposibilidad de ser derogada. Vid. en este sentido Luis SANCHEZ AGESTA, *La jerarquía normativa en la Constitución española de 1978*, obra cit., pp. 1901 y ss; Jose Luis VILLAR PALASI, *El principio de la jerarquía de las normas según la nueva Constitución*, en La Constitución española y las fuentes del Derecho, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, Vol. III, p. 2100.

¹⁵¹Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, obra cit., vol. I, pp. 300 y 305. También E. GARCIA DE ENTERRIA, Estudios sobre autonomías territoriales, Civitas, Madrid 1985, pp. 295 y ss; S. MUÑOZ MACHADO, Derecho público de las Comunidades Autónomas, Civitas, Madrid 1982, p. 287.

Obligaciones superiores materiales del poder

competencia ¹⁵², o si se prefiere por el principio de jerarquía material ¹⁵³.

Aunque la Constitución no habla del principio de competencia, a él puede llegarse como ha señalado Predieri mediante el principio de legalidad del 9.3, entendido como regla en virtud de la cual todo el aparato del Estado, "no puede actuar sino de conformidad con la ley, en el ámbito en que la misma distribuye las competencias sobre áreas no reservadas a la propia ley. Ello comporta un reparto y una atribución de competencias que afecta no sólo a los órganos y servicios administrativos, que están habilitados para actuar cuando y en el modo en que la ley lo disponga, sino también a los órganos jurisdiccionales y, por relación con la Constitución, también a los órganos dotados de potestades legislativas y normativas" ¹⁵⁴.

Las diferencias entre uno y otro criterio radican en que en virtud del principio de jerarquía propiamente dicho o formal, la

¹⁵²Vid. J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., pp. 316 y ss. Sobre la naturaleza de las leyes de las Comunidades Autónomas en relación con las leyes estatales vid. J. A. ALONSO DE ANTONIO, El Estado autonómico y el principio de solidaridad como colaboración legislativa, Congreso de los Diputados, Madrid 1986, pp. 819 y ss.

¹⁵³Ignacio de OTTO distingue entre jerarquía formal y material. La primera consiste "en que a las normas se les asignan diferentes rangos - superior o inferior- según la forma que adopten, es decir, con independencia de sus contenido". La segunda consiste en "asignar a ciertas normas -a ciertas clases de normas- la regulación de ciertas materias y sólo de ellas, de modo que la norma de que se trate es la única que puede regular una materia en concreto y, además, sólo puede ocuparse de ella". Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, obra cit., pp. 89 y 90.

¹⁵⁴A. PREDIERI, El sistema de fuentes del Derecho, obra cit., p. 178.

nulidad de una norma se produce si contradice otra superior (la validez depende del rango), mientras que en virtud del principio de competencia, o de jerarquía material, la contradicción no es necesaria para la invalidez sino que esta se produce si la norma regula una materia vedada ¹⁵⁵.

En cuanto al problema del Derecho internacional, hay que distinguir entre los **tratados internacionales** y el Derecho comunitario: "los tratados internacionales válidamente celebrados y oficialmente publicados en España integran el Ordenamiento jurídico español, según dispone el artículo 96.1 de la constitución. Pero, al fin y al cabo, son normas de creación estatal o a las que el Estado presta su consentimiento". Por el contrario, "el Derecho comunitario europeo posterior a los tratados constitutivos es creación de instituciones comunitarias dotadas de competencias propias que les han cedido los estados miembros; procede, así, de una fuente jurídica autónoma y se aplica a los Estados Miembros y a sus ciudadanos" ¹⁵⁶.

El rango normativo de los Tratados internacionales presenta una doble cara: "En el plano internacional, es indudable la prevalencia del tratado sobre las normas internas de los estados Partes, que no son invocables como justificación del incumplimiento de aquel... Pero en el orden interno, tampoco cabe duda

¹⁵⁵Vid. Ignacio de OTTO, Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, obra cit., pp. 91 y ss. donde se plantean también diversas posibilidades de conflictos entre ambos principios.

¹⁵⁶Antonio TORRES DEL MORAL, Principios de Derecho Constitucional español, obra cit., vol. I, p. 83.

Obligaciones superiores materiales del poder

de su subordinación a la Constitución" ¹⁵⁷. En lo que respecta a su relación con la ley, la doctrina internacionalista señala la superioridad jerárquica del Tratado sobre la ley orgánica u ordinaria ¹⁵⁸, mientras que la doctrina administrativista y constitucionalista ¹⁵⁹ soluciona la relación equiparando la situación jerárquica y aplicando el principio de competencia ¹⁶⁰.

En cuanto al **Derecho comunitario**, según los profesores García de Enterría y Fernández, su relación con el Derecho nacional se rige por tres principios: a) aplicabilidad inmediata; b) eficacia directa; y c) primacía sobre el Derecho nacional ¹⁶¹.

Las disposiciones comunitarias con rango de ley pueden clasificarse en: reglamentos, directivas y decisiones. El reglamento es un "acto normativo de carácter general, obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados

¹⁵⁷Antonio TORRES DEL MORAL, Principios de Derecho Constitucional español, obra cit., vol. II, p. 185.

¹⁵⁸Vid. por ejemplo M. DIEZ DE VELASCO, Instituciones de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid 1985, pp. 174 y ss; J. D. GONZALEZ CAMPOS, Curso de Derecho Internacional Público, Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo 1983, p. 205; J. A. PASTOR RIDRUEJO, Curso de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid 1986, p. 169; Araceli MANGAS MARTIN, Derecho comunitario europeo y Derecho español, Tecnos, Madrid 1987, pp. 121 y 122.

¹⁵⁹Vid. por ejemplo E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, obra cit., T. I, p. 169; A. TORRES DEL MORAL, Principios de Derecho Constitucional español, obra cit., vol. I, p. 84; S. MUÑOZ MACHADO, El Estado. El Derecho interno y la Comunidad europea, obra cit., p. 204.

¹⁶⁰Vid. las consideraciones de G. PECES-BARBA y L. PRIETO en, La Constitución española de 1978, obra cit., pp. 141 y ss.

¹⁶¹Vid. Curso de Derecho Administrativo, obra cit., vol. I, pp. 177 y 178.

miembros". En este sentido, el significado del reglamento en la Comunidad europea es equiparable al de la ley en los Derechos nacionales ¹⁶². La directiva, por su parte, es un "acto normativo típicamente comunitario cuyos destinatarios son los Estados Miembros y cuya obligatoriedad alcanza tan sólo a los resultados propuestos". Por último, la decisión es un "acto cuasinormativo de carácter particular, obligatorio en todos sus elementos, si bien tan sólo para los destinatarios de la misma" ¹⁶³. Las relaciones de las decisiones con las leyes internas se rigen por el principio de competencia ¹⁶⁴.

Junto a estas disposiciones, y ya sin rango de ley pueden citarse otras, entre las que destacan las recomendaciones y los dictámenes, que no tiene fuerza vinculante, pero que son instrumentos útiles de orientación de los comportamientos y de las legislaciones ¹⁶⁵.

Por lo que se refiere a la mayor **presencia de normativa procedente de la Administración**, nos limitaremos a señalar que entre estas normas es posible establecer una relación jerárquica que se expresa en el artículo 23 de la Ley de Régimen Jurídico

¹⁶²Vid. Guy ISAAC, Manual de Derecho Comunitario General, trad. de J. Bignozzi y S. Marfé, Ariel, Barcelona 1985, p. 135.

¹⁶³Richard PLENDER y J. PEREZ SANTOS, Introducción al Derecho Comunitario Europeo, Civitas. Madrid 1984, pp. 39 y ss.

¹⁶⁴Vid. A. TORRES DEL MORAL, Principios de Derecho Constitucional español, obra cit., vol. I, p. 84 y S. MUÑOZ MACHADO, El Derecho interno y la Comunidad Europea, obra cit., p. 231.

¹⁶⁵Guy ISAAC, Manual de Derecho Comunitario, obra cit., p. 139.

Obligaciones superiores materiales del poder

de la Administración del Estado, y que en sentido descendente es: Decretos, Ordenes acordadas por las Comisiones delegadas del Gobierno, Ordenes ministeriales, Disposiciones de autoridades y órganos inferiores (según el orden de su respectiva jerarquía).

En definitiva, con todas las salvedades que hemos hecho y siguiendo en gran medida el sistema de fuentes que señala Predieri ¹⁶⁶, podemos establecer la siguiente jerarquía dentro del Ordenamiento español, que atendería a la clásica distribución piramidal:

- a) normas constitucionales superiores (especialmente protegidas por el artículo 168).
- b) normas constitucionales relativas a derechos, libertades y obligaciones fundamentales.
- c) normas constitucionales ordinarias.
- d) fuentes primarias: leyes y disposiciones con fuerza de ley ¹⁶⁷, donde, puede considerarse que la ley orgánica adquiere un carácter superior en relación con las otras normas ¹⁶⁸.
- e) fuentes secundarias: disposiciones con rango inferior a la

¹⁶⁶Vid. El sistema de fuentes del Derecho, obra cit., pp. 208 y ss.

¹⁶⁷Por ejemplo: ley orgánica, decretos leyes, decretos legislativos, normas legislativas de las Comunidades Autónomas, derechos forales y regionales, reglamentos parlamentarios, actos que regulan el el estatuto del personal de las Cortes, actos reglamentarios sobre el estatuto de los miembros civiles y militares de la Casa Real, convenios colectivos, tratados internacionales, etc... Sobre la fuerza de ley del Estatuto del Personal de las Cortes vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 139/88 de 8 de julio, BJC. num. 87, fund. juríd. 2, p. 1102.

¹⁶⁸Vid. G. PECES-BARBA y L. PRIETO, La Constitución española de 1978, obra cit., pp. 109 y ss.

ley, costumbre y principios generales del Derecho.

f) fuentes terciarias: manifestaciones de autonomía de las partes que establecen efectos erga omnes.

Esta jerarquía normativa, que supone la transcripción positiva de lo que, empleando una terminología tradicional, se viene denominando fuentes del Derecho ¹⁶⁹, tendría que ser completada haciendo alusión a ciertos problemas como son el de la costumbre y los principios generales del Derecho, la autonomía colectiva y la creación judicial del Derecho. Un estudio detallado de los mismos harían este trabajo demasiado extenso y, por otro lado, no parece ser éste un tema esencial en relación con el objeto del trabajo. De ahí que hagamos sólo una breve alusión a los mismos.

El valor de la **costumbre** en relación con la Constitución resulta irrelevante ¹⁷⁰. Nuestro Código civil, en su artículo 1, afirma que la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada. En este sentido podemos destacar cuatro requisitos: a) uso social continuado y uniforme; b) uso observado con la creencia o convicción de que se trata de una norma obligato-

¹⁶⁹Vid. Agustín de ASIS GARROTE, Para una formulación de la Teoría de las fuentes del Derecho, Discurso de apertura del curso 1978-79, Valladolid 1978, p. 50, donde se afirma la necesidad de abandonar el tratamiento dogmático en esta materia.

¹⁷⁰Vid. en este sentido G. PECES-BARBA y L. PRIETO, La Constitución española de 1978, obra cit., p. 156.

ria; c) ha de ser racional; d) ha de ser probado ¹⁷¹.

En relación con los **principios generales del Derecho**, baste con señalar lo confuso de su denominación y ámbito. Esto provoca que cuando se hace referencia a ellos, se hable de muy diferentes tipos de normas. En este trabajo hemos hecho alusión a un determinado tipo de principios, sobre los que se volverá más adelante, y que son los que tienen mayor interés para este trabajo. Por otro lado, la regulación de los mismos que se realiza en el Código civil contribuye a esta confusión afirmando: "Los principios generales del Derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del Ordenamiento jurídico".

Respecto al valor normativo de la **autonomía colectiva**, hay que recalcar la notable incidencia que tienen en la configuración jurídica, hasta tal punto que se la ha considerado como configuradora de un nuevo contrato social ¹⁷². Dentro de ella destacan por su importancia los Convenios colectivos, las Condiciones generales de los contratos y los negocios jurídicos ¹⁷³. Esta forma de producción normativa tiene como fundamento principal el artículo 7 de la Constitución, donde se configura un modelo de sociedad pluralista, en el que cada grupo social participa en la

¹⁷¹Vid. J. PUIG BRUTAU, Introducción al Derecho civil, obra cit., pp. 203 y ss.

¹⁷²Vid. N. BOBBIO, Il contratto sociale, oggi, obra cit., p. 31.

¹⁷³Vid. L. DIEZ PICAZO, Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho, obra cit., pp. 127 y ss. Vid. también N.M. LOPEZ CALERA, Introducción al estudio del Derecho, obra cit., p. 135.

gestión del orden social ¹⁷⁴. La repercusión de estas actividades en la jerarquía normativa ha de entenderse siempre sometida a las leyes, si bien habrá que tener presente no sólo su aspecto formal sino también el material, con el objeto de no aminorar el valor que, como hemos visto, la Constitución otorga a los grupos ¹⁷⁵.

El problema relativo a la labor de los jueces en relación con el principio de jerarquía normativa (la **creación judicial del Derecho**), está adquiriendo una importancia fundamental en los sistemas normativos continentales ¹⁷⁶. El Ordenamiento jurídico está compuesto por un conjunto de normas que tienen diferentes orígenes (con un único fundamento de validez final), uno de los cuales se concreta en la actividad de los jueces y tribunales ¹⁷⁷.

Tradicionalmente, dentro del Derecho europeo continental ha prevalecido la idea de que la labor de los jueces era sólo de aplicación del Derecho vigente, señalando la necesidad de la

¹⁷⁴Vid. G. PECES-BARBA y L. PRIETO, La Constitución española de 1978, obra cit., p. 154.

¹⁷⁵Vid. G. PECES-BARBA y L. PRIETO, La Constitución española de 1978, obra cit., p. 155. Vid. también N. BOBBIO, Teoría General del Derecho, obra cit., p. 155.

¹⁷⁶Vid. G. PECES-BARBA, La creación judicial del Derecho desde la Teoría del Ordenamiento jurídico, obra cit., pp. 1010 y ss.

¹⁷⁷En contra de la creación judicial del Derecho pueden citarse a autores iusprivatistas clásicos, como por ejemplo: Demófilo DE BUEN, Introducción al estudio del Derecho civil, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1931, p. 327; F. CLEMENTE DE DIEGO, La función jurisdiccional de los jueces y la aplicación del Derecho en general, en Revista de Derecho Privado, T. I, 1913-14, p. 85; o, con matices, J. CASTAN, Teoría de la aplicación e investigación del Derecho, Reus, Madrid 1947, pp. 22 y 23 y 169 y ss.

generalidad de las normas, así como los peligros que podrían derivarse de la atribución de rango normativo a las decisiones judiciales. Pero como ya señaló Recasens, la función judicial tiene necesariamente dimensiones creadoras ¹⁷⁸.

Actualmente no puede negarse el carácter persuasivo que tiene toda decisión judicial, la existencia de lagunas que tienen que ser resueltas por los tribunales ¹⁷⁹, el abandono de la generalidad como elemento configurador de la norma jurídica ¹⁸⁰, así como la importancia de la interpretación de estas, "especialmente en esas zonas fronterizas de penumbra donde la interpretación creadora del juez, se alza prima sobre la simple interpretación aplicadora" ¹⁸¹.

Tomando como referencia las consideraciones de Peces-Barba, podemos decir que:

¹⁷⁸Vid. L. RECASENS SICHES, Introducción al estudio del Derecho, obra cit., p. 197. También L. PRIETO SANCHIS, Ideología e interpretación jurídica, obra cit., p. 81. Este autor escribe: "En cuanto creadores del Derecho, los tribunales pueden configurarse como órganos políticos en sentido amplio, respecto de los que no son descartables fórmulas de fiscalización de ese carácter; pero en cuanto obligados a dirimir conflictos según unas reglas previas que incorporan derechos subjetivos, los tribunales se presentan también como órganos vinculados, o, si se quiere, como órganos heterónomos de producción jurídica, que han de ajustar sus decisiones a ciertas pautas y modos de razonar". Ideología e interpretación jurídica, obra cit., p. 87.

¹⁷⁹Vid. L. PRIETO SANCHIS, Ideología e interpretación jurídica, obra cit., pp. 91 y ss.

¹⁸⁰Vid. J. PUIG BRUTAU, Introducción al Derecho civil, obra cit., 254 y ss.

¹⁸¹G. PECES-BARBA, La creación judicial del Derecho desde la Teoría del Ordenamiento jurídico, obra cit., p. 1023. Vid. también A. OLLERO, Interpretación del Derecho y positivismo legalista, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1982, pp. 187 y 188; L. PRIETO, Ideología e interpretación jurídica, obra cit., pp. 92 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

- a) Todos los jueces crean Derecho al resolver una pretensión sometida a su conocimiento.
- b) Determinados jueces pueden ejercer un control de legalidad de las disposiciones reglamentarias. Esto supone una producción normativa negativa de carácter general, en la medida en que se ejerce sobre disposiciones generales.
- c) Determinados jueces pueden ejercer un control de constitucionalidad sobre las leyes y las normas con rango de ley: "Esa función supone el ejercicio de una actividad de legislación negativa por un lado, y por otro, a través de la interpretación que tiene carácter exclusivo y vinculante, de la Constitución y de la prolongación de la textura abierta del Ordenamiento, el ejercicio de una actividad de creación de normas generales" ¹⁸².
- d) Determinados jueces, normalmente los que agotan las sucesivas instancias dictando sentencias definitivas, reciben poder de las normas de producción de normas para dictar normas jurídicas.

Los tribunales contribuyen a la configuración del Ordenamiento jurídico ya sea por medio de normas particulares como por medio de normas generales ¹⁸³.

¹⁸²G. PECES-BARBA, La creación judicial del Derecho, obra cit., p. 1026. Vid. las consideraciones de Raul BOCANEGRA SIERRA, en El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid 1982, pp. 240 y ss.

¹⁸³Vid. G. PECES-BARBA y L. PRIETO, La Constitución española de 1978, obra cit., p. 160. Para L. PRIETO, la calificación de los jueces como órganos de producción jurídica implica: "a) que los jueces producen normas jurídicas obligatorias, aún cuando eventualmente se aparten de las prescripciones legales; b) que las mismas son en casi todos los supuestos fruto de la aplicación de estándares preexistentes y de la creación de otros nuevos; c) que los elementos ideológicos o morales que se conjugan con el Derecho

Obligaciones superiores materiales del poder

Pero queda todavía pendiente la situación de las decisiones judiciales dentro de la jerarquía normativa. Resulta éste un tema de notable complejidad para ser abordado aquí con precisión. De todas formas podemos apuntar con Peces-Barba, que la labor del Tribunal Constitucional (en el control de constitucionalidad) de producción negativa, reviste un carácter superior al de la ley, estando la producción positiva en un mismo nivel jerárquico ¹⁸⁴. Por lo que se refiere a las pretensiones sometidas al conocimiento de los jueces y tribunales por personas individuales o jurídicas, parece que sus decisiones tienen un valor normativo equiparable al de una ley para sus destinatarios. Respecto al control sobre disposiciones reglamentarias, este equivale a otorgar a la decisión judicial un rango superior al del objeto de las mismas. Mientras que las resoluciones en última instancia, parece que tienen un valor de ley en relación también a los que se dirige.

No obstante, en este punto parece más adecuado apartarnos de la consideración tradicional de la jerarquía y concebir esta producción como un tipo especial apoyado de forma directa en normas de producción de normas, esto es en definitiva, en el fundamento de validez del Derecho. De éste surgen una serie de criterios formales y materiales (que se constituyen en reglas de reconocimiento) configuradores de las competencias para la

preexistente para dar lugar a una decisión judicial no resultan más objetivos ni cualitativamente distintos de los que pondera cualquier otro órgano de producción jurídica". Ideología e interpretación jurídica, obra cit., p. 110.

¹⁸⁴Vid. G. PECES-BARBA, La creación judicial del Derecho desde la Teoría del Ordenamiento jurídico, obra cit., p. 1026.

Deberes y obligaciones en la Constitución

creación de normas y que afectan a todos los encargados de realizarla. Los jueces y tribunales están también determinados por estas normas por lo que sus decisiones no pueden ser contrarias a ellas ¹⁸⁵, si bien ocupan un lugar propio independiente a otras cadenas de validez ¹⁸⁶, pero con notables relaciones (como hemos señalado anteriormente).

Con la complejidad de los orígenes de las normas parece que el criterio jerárquico resulta insuficiente ¹⁸⁷. Como ha señalado Peces-Barba, este criterio parece sustentarse sobre una concepción del Derecho apoyada exclusivamente en el Derecho legal ¹⁸⁸, por lo que como hemos visto, deja sin solución importantes problemas.

E. PUBLICIDAD DE LAS NORMAS

Como escribe Ignacio de Otto, "se trata de una exigencia del Estado de Derecho impuesta por el principio de que 'la ignorancia de las leyes no exime de su cumplimiento' (art. 6 del Cod. Civ.), exigencia de eficacia del Ordenamiento que conduciría a manifies-

¹⁸⁵Vid. lo referente al Poder judicial en el capítulo de las obligaciones constitucionales.

¹⁸⁶Vid. J. RAZ, La autoridad del Derecho, obra cit., pp. 85 y ss. Vid. G. PECES-BARBA, La creación judicial del Derecho desde la Teoría del Ordenamiento jurídico, obra cit., pp. 1027 y ss.

¹⁸⁷Vid. N. M. LOPEZ CALERA, Introducción al estudio del Derecho, obra cit., p. 132.

¹⁸⁸Vid. G. PECES-BARBA, La creación judicial del Derecho desde la Teoría del Ordenamiento jurídico, obra cit., p. 1030.

ta injusticia, y al absurdo en ocasiones, si no fuera obligada la publicación de las normas" ¹⁸⁹. En este sentido, la publicidad se relaciona con el principio de seguridad, en su significado de predictibilidad, ya que difícilmente se puede saber a qué atenerse en relación con el Derecho si este no está publicado ¹⁹⁰.

Predieri ha puesto de manifiesto que el término empleado por el artículo 9.3 (publicidad) es más amplio y menos específico que el de publicación (empleado por los artículos 91 en relación con las leyes, 96.1 en relación con los Tratados internacionales o 164.1 en relación con las sentencias del Tribunal Constitucional), que hubiese sido además más coherente con la tradición española (por ejemplo con los artículos 1.5 y 2.1 del Código civil). Esto, según este autor, puede dar lugar a diversas interpretaciones: "puede dar lugar a interpretaciones reductivas, que, por ejemplo, consideran idóneas formas de publicidad tales como la de parte del texto o la que se realice por medio de carteles o depósito del texto, sin necesidad de una publicación en imprenta que asegure una información potencialmente general. También puede dar lugar a interpretaciones extensivas evolutivas; por ejemplo, si la publicidad se conecta con la información y ésta se extiende al procedimiento de formación de los actos-fuente de normas, lo que implica la participación (o contradictorio) de los inte-

¹⁸⁹ Ignacio de OTTO, Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, obra cit., pp. 157 y 158. Sobre la publicidad de las normas vid. BERMEJO VERA, La publicación de las normas jurídicas, Unión Editorial, Madrid 1987.

¹⁹⁰ G. RADBRUCH relaciona seguridad y positividad y, por tanto, seguridad y publicidad. Vid. Filosofía del Derecho, obra cit., p. 96.

resados; o bien si el precepto constitucional se entiende en el sentido de desarrollar una publicidad efectiva, no limitada únicamente a la publicación legal, sino extendida hacia una difusión democrática de las normas, mediante el empleo de técnicas modernas y, en primer lugar, de las informáticas, vinculadas a la participación en los circuitos de comunicación y decisión"¹⁹¹.

La publicidad de las normas exigida en este artículo prohíbe el carácter oculto de las normas, por lo que puede afirmarse con Díez Picazo que "no son normas las que quedan ocultas o aquellas que no son de posible conocimiento para los ciudadanos"¹⁹².

La publicidad de las normas, que tiene como función el que todos los ciudadanos puedan razonablemente tener conocimiento de sus existencia y contenido, tiene su origen jurídico-positivo, en la Revolución francesa que creó el modelo de Boletín Legislativo Oficial (Bulletin des Lois)¹⁹³, teniendo como precedentes a Bodino y a ciertos autores encuadrables en el iusnaturalismo

¹⁹¹A. PREDIERI, El sistema de fuentes del Derecho, obra cit., pp. 200 y 201. Pablo S. GODERCH distingue entre principio de publicación formal (art. 91) y principio material de publicidad (art. 93). Vid. La publicación de las leyes, en G.R.E.T.E.L., La forma de las leyes, Bosch, Barcelona 1986, p. 265.

¹⁹²Luis DIEZ PICAZO, Constitución y fuentes del Derecho, obra cit., p. 657.

¹⁹³Vid. Pablo S. GODERCH, La publicación de las leyes, obra cit., p. 262. Sobre la idea de la necesidad de publicidad de las leyes en la Revolución francesa de 1789 vid. Javier de LUCAS, Sobre la ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789, en Anuario de Filosofía del Derecho, T. VI, Madrid 1989, pp. 130 y ss.

racionalista ¹⁹⁴.

Este principio comienza a imponerse a medida que se va abandonando la defensa de los secretos de Estado en los sistemas jurídicos modernos, de ahí que en la actualidad aparezca también íntimamente relacionado con el principio de legalidad.

Se trata de una exigencia predicable de cualquier Derecho moderno, y más si se trata de un Derecho nacido en un sistema democrático, que se presupone como transparente y en el que el poder y sus órganos no deben tener secretos para los ciudadanos que son sus verdaderos titulares y propietarios. Por otro lado, el talante de la Administración del Estado Social de Derecho "tiende a incrementar la publicidad y la comunicación con los ciudadanos como forma de asegurar la eficacia de la acción administrativa" ¹⁹⁵. La publicidad se convierte así en la expresión de esa obligación de informar a la que aludimos en la justificación del Poder democrático ¹⁹⁶.

En este sentido publicidad se relaciona también con claridad. Como ha señalado Montoro Chiner, la claridad de las normas supone la concrección de preceptos y esto significa aumento de

¹⁹⁴Vid. por ejemplo BODINO, Los seis libros de la República. obra cit., pp. 83; PUFENDORF, Le Droit de la Nature et des Gens, obra cit., T. II, lib. VII, cap. IX, pp. 420 y ss; BURLAMAQUI, Principes du Droit Naturel, obra cit., Premiere Partie, Cap. VIII, pp. 117 y 118; etc...

¹⁹⁵Vid. J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., pp. 251 y 252.

¹⁹⁶La obligación de informar en los poderes públicos ha sido señalada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 1 de junio de 1982 (Ref. Aranzadi 4175).

la seguridad jurídica. Así, la claridad en relación con la publicidad va a implicar la supresión en la medida de lo posible de la utilización de términos vagos y ambiguos ¹⁹⁷.

La publicidad es un requisito indispensable para la eficacia de las normas jurídicas y da sentido a los fines y funciones del Derecho, ya que, como escribe Garrido Falla, "crear el Derecho secretamente carecería de sentido" ¹⁹⁸.

El principio de publicidad, como hemos señalado, se concretiza luego en la Constitución en los artículos 91 (obligación de publicación de las leyes), 96.1 (obligación de publicar los Tratados internacionales) ¹⁹⁹, etc...

F. IRRETROACTIVIDAD DE LAS DISPOSICIONES SANCIONADORAS NO FAVORABLES O RESTRICTIVAS DE DERECHOS INDIVIDUALES

Ha señalado Lopez Menudo que no existe dificultad en hallar un fundamento al principio de irretroactividad; "la doctrina nos ofrece la más extensa gama de expresiones condenatorias; se invoca la justicia, la autoridad de la ley y la confianza que

¹⁹⁷M. J. MONTORO CHINER, Adecuación al Ordenamiento y factibilidad: Presupuestos de calidad de las normas, obra cit., pp. 56 y 57. Vid. también A. FERNANDEZ GALIANO, Derecho natural. Introducción Filosófica al Derecho, obra cit., p. 424.

¹⁹⁸Fernando GARRIDO FALLA, Comentarios a la Constitución, obra cit., p. 167.

¹⁹⁹Vid. J. D. GONZALEZ CAMPOS, Comentario al art. 1-5, en Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975, obra cit., p. 120. También Araceli MANGAS MARTIN, Derecho Comunitario europeo y Derecho español, obra cit., p. 50.

Obligaciones superiores materiales del poder

debe inspirar, la estabilidad de las relaciones jurídicas, la lógica, el orden, el sentido común, la 'formalidad que los hombres se merecen', la honestidad, la moralidad, etc..., como fundamentos contrarios a la retroactividad de las leyes; más la razón que comúnmente arguye la doctrina es la seguridad jurídica..." ²⁰⁰.

Este principio ha estado conectado en la historia con la materia penal, teniendo como fundamento lo contemplado en el artículo 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el que se afirmaba: "La ley no debe establecer más que penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada".

Su presencia en los textos constitucionales puede, según Lopez Menudo, dividirse en tres etapas:

- a) Una primera etapa en la que el principio aparece conectado con el de legalidad omitiéndose la irretroactividad.
- b) Una segunda en la que el principio se expresa con referencia al ámbito penal.
- c) Una tercera etapa en la que se extiende su aplicación a materias no penales ²⁰¹.

Como puede observarse, el principio de irretroactividad no

²⁰⁰F. LOPEZ MENUDO, El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas, Instituto Garcia Oviedo, Sevilla 1982, p. 38.

²⁰¹F. LOPEZ MENUDO, El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas, obra cit., p. 131.

Deberes y obligaciones en la Constitución

sólo se entronca con el de seguridad ²⁰², sino también con el de legalidad. Haciéndose esta relación más patente en aspectos de índole penal ²⁰³.

Asímismo, y siguiendo también a Lopez Menudo, pueden distinguirse cuatro grupos de constituciones dentro del Derecho comparado teniendo en cuenta la presencia de este principio:

- a) Constituciones que no hacen mención del mismo. Por ejemplo la suiza de 1874 o la danesa de 1953.
- b) Constituciones que hacen exclusiva alusión al principio de legalidad penal. Por ejemplo la rumana de 1974 o la soviética de 1977.
- c) Constituciones que contemplan ambos principios mediante la fórmula 'ley previa al delito'. Por ejemplo la italiana de 1947, la alemana de 1949 o la francesa de 1958.
- d) Constituciones que exceden del mero principio de irretroactividad en la ley penal. Por ejemplo la portuguesa de 1975 o la

²⁰²"La realidad es que, tanto la constitucionalización -en sentido estricto- del principio de irretroactividad, como la búsqueda de un fundamento constitucional para el mismo, nos hablan de una tendencia a alcanzar determinados niveles de seguridad frente a una eventual mudanza de criterios por parte del legislador... no cabe duda que la seguridad jurídica se beneficia. Entendida en su significado más elemental (como certeza)". Regina GAYA SICILIA, El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional, obra cit., pp. 56 y 57. Este entronque puede verse en BENTHAM, dentro de su crítica al Common Law por el establecimiento de normas "ex post facto". Vid. Tratados de legislación civil y penal, obra cit., pp. 575 y ss.

²⁰³Como escribe Luis Felipe RUIZ ANTON, "una de las manifestaciones materiales del principio de legalidad en el ámbito del Derecho penal es tanto la prohibición de dictar leyes con efectos retroactivos desfavorables como de aplicarlas a hechos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor y, de igual forma, en sentido perjudicial para el afectado". El principio de irretroactividad de la ley penal en la doctrina y en la jurisprudencia, en Poder Judicial num. 6, Madrid 1986, pp. 95 y 96.

Obligaciones superiores materiales del poder

española de 1978 ²⁰⁴.

Así, puede afirmarse con Regina Gaya, nuestra Constitución supera dos extremos igualmente cuestionables. Por un lado la proclamación incondicionada de un principio de irretroactividad absoluto, que ataría las manos al legislador y perjudicaría en ocasiones al ciudadano. Por otro, la omisión de este principio, dejando vía libre al legislador y dando posibilidad a la arbitrariedad del mismo ²⁰⁵.

El principio de irretroactividad no sólo está presente en en artículo 9.3 de la Constitución, sino también en el artículo 25.1 (ámbito penal) que establece: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Y lo mismo puede decirse sel artículo 83.b, el cual en aspectos relacionados con la potestad legislativa del gobierno señala que las Leyes de Bases no podrán en ningún caso "facultar para dictar normas con caracter retroactivo".

Como puede observarse, el principio de irretroactividad contenido en nuestra Constitución es expresión por un lado del Estado de Derecho (sometimiento del Poder al Derecho relacionado con el principio de seguridad y el de legalidad) y por otro del

²⁰⁴Vid. F. LOPEZ MENUDO, El principio de irretroactividad de las normas jurídico-administrativas, obra cit., p. 135.

²⁰⁵Regina GAYA SICILIA, El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional, obra cit., p. 53.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Estado Social (promoción de condiciones que tiendan a la igualdad, y que requieren que en ocasiones puedan producirse ciertos tipos de normas retroactivas) ²⁰⁶.

En este sentido, la irretroactividad del 9.3 hay que entenderla dentro de los propios límites que la Constitución señala y que el Tribunal Constitucional ha recalcado. Así, el 9.3, como hemos dicho no prohíbe la retroactividad, que en determinados casos vendrá justificada ²⁰⁷, siempre que no afecte a derechos fundamentales ²⁰⁸. Por otro lado este principio no alcanza la materia fiscal y los derechos sociales ²⁰⁹, aunque por lo que respecta a estos últimos hay quienes piensan, coherentemente con el contenido material de la Constitución y en sentido contrario

²⁰⁶Vid. R. GAYA SICILIA, El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional, obra cit., p. 64; F. LOPEZ MENUDO, El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas, obra cit., pp. 146 y 147.

²⁰⁷Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 35/87 de 18 de marzo, BJC. num. 72, fund. juríd. 3, p. 468.

²⁰⁸El Tribunal Constitucional ha interpretado que la referencia del 9.3 a derechos individuales no puede entenderse como a todo tipo de derechos subjetivos. Vid. su Sentencia 42/86 de 10 de abril, BJC. num. 61, fund. juríd. 3, p. 531.

²⁰⁹Vid. F. LOPEZ MENUDO, El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas, obra cit., pp. 146 y 147. Sobre el efecto normativo de las normas tributarias vid. Francisco ESCRIBANO, La configuración jurídica del deber de contribuir. Perfiles constitucionales, Civitas, Madrid 1988, pp. 299 y ss. El Tribunal Supremo en Sentencias de 14 y 17 de abril de 1989 (Ref. Aranzadi 3379 y 3383, pp. 3831 y 3836 respectivamente), ha señalado que "es posible la eficacia retroactiva de las normas tributarias, siempre que no entren en colisión con otros principios constitucionales". En este sentido se ha expresado también el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en su Sentencia 126/87 de 16 de julio, BJC. num. 76/77, fund. juríd. 9 y 11, pp. 1181 y 1182.

Obligaciones superiores materiales del poder

al Tribunal Constitucional, que no quedan excluidos ²¹⁰.

La retroactividad ha de referirse siempre como "incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro no pertenece al campo estricto de irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna obligación, hayan de recibir" ²¹¹.

Este principio, pues, no excluye la retroactividad sino sólo establece unos supuestos en los que ésta no puede darse. De ahí que sea posible fundamentar casos de necesidad o exigencia de leyes retroactivas (como es el caso de aquellas medidas que tiendan a la igualdad social) ²¹².

El principio de irretroactividad va dirigido a todos los poderes públicos estableciendo así una obligación concreta en cuanto a su funcionamiento, si bien de distinto alcance y significado. Así, respecto al Poder Judicial se trata de un principio

²¹⁰Vid. en este sentido E. GARCIA DE ENTERRIA y T. R. FERNANDEZ, Curso de Derecho Administrativo, obra cit. T. I, pp. 81 y ss. También F. GARRIDO FALLA, Comentarios a la Constitución, obra cit., p. 169.

²¹¹Sentencia del Tribunal Constitucional 42/86 de 10 de abril, BJC. num. 61, fund. juríd. 3, p. 531. Vid. también de este mismo Tribunal las Sentencias 108/86 de 26 de julio, BJC. num. 64/65, fund. juríd. 17, pp. 1037 y 1038; 65/87 de 21 de mayo, BJC. num. 74, fund. juríd. 13 y 19, pp. 708 y 710; 117/87 de 8 de julio, BJC. num. 75, fund. juríd. 2, p. 1069; 188/88 de 17 de octubre, BJC. num. 91, fund. juríd. 5, p. 1215; 227/88 de 29 de noviembre, BJC. num. 92, fund. juríd. 9, p. 1424.

²¹²Vid. en este sentido Ignacio de OTTO, Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, obra cit., pp. 95 y ss.

Deberes y obligaciones en la Constitución

absoluto, cosa que no ocurre respecto a los otros poderes ²¹³.

Aquellos actos que sean contrarios a este principio podrán ser objeto de recurso de inconstitucionalidad e incluso de amparo cuando se transgreda directamente lo dispuesto en el artículo 25.1 ²¹⁴.

G. RESPONSABILIDAD DE LOS PODERES PUBLICOS

El principio de responsabilidad se halla muy unido al principio de legalidad ²¹⁵, y ha sido considerado como principio fundamental para la consecución de la democracia verdadera ²¹⁶. Es uno de los principios que plantea dificultades para concebirlo como obligación. Así no parece posible equiparar obligación y responsabilidad, a no ser que se adopte una visión kelseniana de este último concepto. La responsabilidad de los poderes públicos ha de ser entendida como obligación de todos los poderes de responder de su funcionamiento o de su no adecuación a lo dispuesto por la Constitución.

Este principio incluye la responsabilidad del Estado como

²¹³Vid. F. LOPEZ MENUDO, El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas, obra cit., p. 71.

²¹⁴Vid. R. GAYA SICILIA, El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional, obra cit., p. 326.

²¹⁵Vid. en este sentido J. L. VILLAR y E. SUÑE, Comentarios al art. 9, en Comentarios a las Leyes Políticas, obra cit., p. 382.

²¹⁶Vid. Antonio CARRO MARTINEZ, La democracia verdadera, en Revista de Administración Pública, num. 100-102, enero-diciembre 1983, vol. I, pp. 193 y ss.

Obligaciones superiores materiales del poder

tal y de sus funcionarios, y puede completarse con los artículos 102, 106.1, 121 de la Constitución y 42 a 49 de la Ley de Regimen Jurídico de la Administración del Estado ²¹⁷.

Puede así afirmarse que, "no se conocen otras excepciones a este principio general que las de irresponsabilidad regia, que es política y jurídica, y la inviolabilidad penal de los miembros de las Cámaras por sus actuaciones en el ejercicio de su cargo" ²¹⁸.

La responsabilidad del Estado se refiere, como vimos, tanto al ejecutivo, como al legislativo como al judicial ²¹⁹. La responsabilidad del legislador ha sido señalada reiteradamente por nuestra jurisprudencia, entre la que cabe destacar las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio y 25 de septiembre de 1987 ²²⁰. La responsabilidad del ejecutivo en lo referente al Gobierno

²¹⁷Vid. en este sentido F. GARRIDO FALLA, Comentarios a la Constitución, obra cit., p. 170.

²¹⁸A. TORRES DEL MORAL, Principios de Derecho Constitucional español, obra cit., vol. II, p. 243. Vid. también Juan MARTIN QUERALT, Incidencia de la nueva Constitución española en las responsabilidades de la Administración de la Hacienda Pública, en AA.VV., Hacienda y Constitución, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, p. 457.

²¹⁹En este sentido Agustín A. GORDILLO habla de responsabilidad del estado contractual y extracontractual. Vid. Teoría General del Derecho Administrativo, obra cit., p. 781.

²²⁰Vid. Fernando GARRIDO FALLA, La Administración Pública después de la Constitución, en Libro Homenaje al prof. J.L. Villar Palasí, Civitas, Madrid 1989, p. 493. También J. A. SANTAMARIA PASTOR, La Teoría de la responsabilidad del Estado-legislador, en Revista de Administración Pública, num. 68.

puede ser política o criminal ²²¹. La responsabilidad del poder judicial, por su parte, puede ser penal, civil y disciplinaria.

La responsabilidad de los poderes públicos será más adelante contemplada cuando se aluda a las obligaciones constitucionales derivadas de la obligación de organización del poder y defensa de la libertad, baste con añadir que se trata de un principio sin el cual no tendría objeto el referirse a las obligaciones de los poderes públicos.

H. INTERDICCION DE LA ARBITRARIEDAD DE LOS PODERES PUBLICOS

Según Recasens, la arbitrariedad consiste en que "el poder público, con un mero acto de fuerza, salte por encima de lo que es la norma o criterio válido vigente en un caso concreto y singular, sin responder a ninguna norma o criterio, o principio de carácter general, y sin crear una nueva regla que anule la anterior y la sustituya" ²²².

La interdicción de la arbitrariedad encuentra una relación íntima con los restantes principios. Así, ha sido entendida como

²²¹Vid. Faustino FERNANDEZ-MIRANDA ALONSO, La regulación del Gobierno en la Constitución, en Lecturas sobre la Constitución española, coord. por T.R. Fernández, T. II, UNED, Madrid 1979, pp. 102 y 108. Sobre la responsabilidad de la Administración vid. J. LEGUINA VILLA, El fundamento de la responsabilidad de la Administración, en Revista Española de Derecho Administrativo, num. 23, octubre-diciembre 1979, pp. 523 y ss.

²²²Luis RECASENS, Introducción al estudio del Derecho, obra cit., p. 108.

Obligaciones superiores materiales del poder

la manifestación negativa del principio de seguridad ²²³, o incluido dentro del de jerarquía normativa ²²⁴, o como tipo especial de legalidad ²²⁵. El Tribunal Constitucional por su parte, ha identificado arbitrariedad con discriminación, con la promulgación de un precepto no explicable, con la falta de justificación en la actuación de los poderes públicos, con la adopción de acuerdos o normas contradictorias con el sistema jurídico, con la adopción de normas que provoquen la desigualdad, con la adopción de normas o medidas fruto del capricho o inconsecuentes o incoherentes, con el ejercicio desproporcionado de determinadas potestades, con la adopción de medidas que supongan un sacrificio excesivo o innecesario de los derechos de los particulares,

²²³Vid. F. LOPEZ DE OÑATE, La certeza del Derecho, obra cit., pp. 145 y ss. Según Tomás MIR DE LA FUENTE, la seguridad supone ausencia de arbitrariedad normativa o aplicativa y existencia de medios para eliminar la arbitrariedad. Vid. Incidencia de la Constitución de 1978 en el sistema de recursos administrativos, en AA.VV., Hacienda y Constitución, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, pp. 537 y 538. Por su parte J. L. VILLAR y E. SUÑE afirman: En el fondo, la Constitución, en su artículo 9.3, pretende que ningún poder público pueda traicionar con su arbitrariedad la confianza que en él depositaron los particulares. De ahí la evidente interconexión entre el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el principio de seguridad jurídica". Comentario al art. 9, en Comentarios a la Leyes políticas, obra cit., p. 391.

²²⁴Vid. E. GONZALEZ GARCIA, El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978, obra cit., p. 988.

²²⁵Así, Elías DIAZ escribe: "Se da arbitrariedad -tipo especial de ilegalidad- cuando los órganos de poder hacen caso omiso de la propia legalidad o cuando utilizan incorrectamente los posibles márgenes de discrecionalidad". Sociología y Filosofía del Derecho, obra cit., p. 42. En este sentido MEZQUITA DEL CACHO escribe: "...lo que el inciso final del artículo 9.3 llama 'interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos' no es un principio aparte del de seguridad jurídica, ni tan siquiera al de legalidad como manifestación de aquél; sino en rigor, una faceta o secuela de éste último englobado -como él- en la Teoría General del primero". Seguridad jurídica y sistema cautelar, obra cit., p. 257.

etc... 226.

En este punto haremos sólo alusión a un aspecto del mismo como es la interdicción de la arbitrariedad de la Administración en el ejercicio de la potestad reglamentaria, si bien, esto no debe llevar a concluir que el principio se refiere sólo a la actuación de la Administración sino también a los demás poderes públicos 227. Como escribe Torres del Moral, la Constitución "no circunscribe esta prohibición a la actividad administrativa, sino que la extiende a la judicial y legislativa". Y así, respecto de estas dos últimas "reviste la forma de prohibición de trato desigual no razonable; o lo que es lo mismo: viene a coincidir con el principio de igualdad en y ante la ley" 228.

Sólo una aclaración parece necesaria en relación con la

²²⁶Vid. por ejemplo las Sentencias 12/86 de 3 de febrero, BJC. num. 83, fund. juríd. 4, p. 284; 108/86 de 26 de julio, BJC. num. 64/65, fund. juríd. 18, p. 1038; 49/88 de 22 de marzo, BJC. num. 84, fund. juríd. 13, p. 492; 227/88 de 29 de noviembre, BJC. num. 92, fund. juríd. 7, pp. 1422 y 1423.

²²⁷Vid. F. GARRIDO FALLA, Las fuentes del Derecho en la Constitución española, en La Constitución española y las fuentes del Derecho, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 1979, p. 47. También en Comentarios a la Constitución, obra cit., p. 170.

²²⁸A. TORRES DEL MORAL, Principios de Derecho Constitucional español, obra cit., vol. I, p. 77. En el mismo sentido se expresa MEZQUITA DEL CACHO, quien además señala otros casos de posible arbitrariedad tanto legislativa como judicial. Por ejemplo, en relación con la primera escribe: "desde la inestabilidad (leyes reiterativas sobre las mismas materias, inspiradas en criterios sucesivos y alternativamente contradictorios) a la tendenciosidad (leyes discriminatorias, u obedientes a revanchismos ideológicos de los partidos dominantes), pasando por la excepcionalidad injustificada e incluso por el respaldo desde el propio texto legal a medios gubernativos fuertemente susceptibles, por su relatividad, de arbitrariedad aplicativa". Seguridad jurídica y sistema cautelar, obra cit., T. I, pp. 159 y ss.

Obligaciones superiores materiales del poder

arbitrariedad del legislativo ²²⁹: el Tribunal Constitucional ha señalado que no puede entenderse como actuación arbitraria del poder legislativo, y por tanto contraria al 9.3, una determinada elección de medios constitucionales para el logro de fines del mismo tipo ²³⁰.

La voluntad administrativa suele expresarse a través de reglamentos que no gozan de inmunidad ya que no pueden contradecir normas de rango superior, ni transgredir el contenido material del Ordenamiento ²³¹. De ahí que la actuación administrativa esté sujeta a determinados controles que dictaminan la arbitrariedad o no de la misma, estando especialmente encargados de los mismos los tribunales de justicia ²³².

En este sentido, pueden comprenderse como supuestos de arbitrariedad reglamentaria: reglamentos que partan de una apre-

²²⁹Según el Tribunal Constitucional, la arbitrariedad del legislativo se tiene que tener en cuenta en relación con la Constitución. Vid. las Sentencias 66/85 de 23 de mayo, BJC. num. 50, fund. juríd. 1, pp. 641 y 642 y 227/88 de 29 de noviembre, BJC. num. 92, fund. juríd. 7, pp. 1422 y 1423.

²³⁰Así por ejemplo, en Sentencia 66/85 de 23 de mayo, BJC. num. 50, en contestación a un recurso previo de inconstitucionalidad contra el texto definitivo de la proposición de Ley orgánica derogatoria del recurso previo de inconstitucionalidad, dentro de su fundamento jurídico 1º (p. 642), afirma: "Es evidente, sin embargo, que esta desproporción de los medios empleados por el legislador para alcanzar el fin que se le atribuye es, en los términos en que el recurrente la ofrece, resultado de un juicio político, en cuyo mérito este Tribunal no puede entrar. La desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo sólo puede dar lugar a un enjuiciamiento por este Tribunal cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza".

²³¹Vid. en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1985 (Ref. Aranzadi 6239, p. 5259).

²³²Vid. Jose ALMAGRO NOSETE, Comentario al art. 24, en Comentarios a las Leyes Políticas, dirig. por O. Alzaga, Edersa, Madrid 1983, T. III, p. 33.

Deberes y obligaciones en la Constitución

ciación falsa de los hechos en virtud de los cuales se determinan, que impliquen una ruptura del principio de igualdad, que pretendan transgredir los "principios inmanentes a la naturaleza de las instituciones", que intenten establecer un régimen restrictivo que no guarde proporción o congruencia con las finalidades perseguidas, que supongan una manipulación de los medios elementales de vida de los destinatarios como instrumentos coercitivos, que aparezcan motivados en una finalidad de protección de simples intereses particulares, que vulneren los derechos fundamentales y los principios constitucionales, que aboquen a resultados manifiestamente injustos, que falten a la buena fe en la relación poder-súbdito, que falten a la buena administración, o que regulen algo reservado a la ley ²³³.

LA OBLIGACION JURIDICA PROMOCIONAL

A. INTRODUCCION

La obligación jurídica promocional, expresión de lo que en la reflexión moral llamabamos deber u obligación de buen gobierno, puede contemplarse como **obligación funcional** ²³⁴, sobre todo si nos fijamos en uno de sus titulares como es la Adminis-

²³³Vid. E. GARCIA DE ENTERRIA, Legislación delegada, Potestad reclamatoria y Control judicial, obra cit., pp. 217 y ss.

²³⁴Hay quien la considera como carga (vid. RESTA, L'onere di buona amministrazione, obra cit.), pero más adelante veremos como esto no es sostenible. También se habla de deberes de oficio o de servicio. Vid. F. PERGOLESI, Doveri dei cittadini, obra cit., p. 1130.

tración. De ahí que una primera aproximación a esta obligación consista en examinar la formulación de Falzone del 'deber' de buena Administración.

Para Falzone, la Administración, en el cuadro de las funciones públicas, "puede definirse como toda concreta actividad desarrollada por el Estado, directa o indirectamente, para procurar la satisfacción de los intereses públicos, esto es de aquellas necesidades colectivas que el Estado sitúa entre sus propios fines y que se sustancian en el promover y en el asegurar el bienestar de la colectividad..." ²³⁵.

En este sentido, puede afirmarse que la Administración está investida de un poder jurídico que, en muchas ocasiones se concibe también como 'deber', ya que "los poderes que constituyen el ejercicio de una función son también sus deberes". La voluntad del titular del poder no es una voluntad libre sino que está determinada por el fin, y este no es otro que el interés público ²³⁶. El elemento de deber que es propio del ejercicio de la función, "no se reduce a la obligatoriedad de la asunción o se limita al puro deber de cumplimiento", sino que implica una obligación para que el ejercicio de la función sea bien desarro-

²³⁵Guido FALZONE, Il dovere di buona amministrazione, obra cit., p. 14.

²³⁶G. FALZONE, Il dovere di buona amministrazione, obra cit., pp. 56 y 57. Vid. J. M. DE LA CUETARA, Las potestades administrativas, obra cit., pp. 44 a 47.

llado ²³⁷.

Este 'bien desarrollado' lleva inmerso el concepto de buena administración. Según Falzone, por buena administración o por buen gobierno, no puede entenderse una actividad media entre lo malo y lo inmejorable. No puede aplicarse la idea que se desarrolla por ejemplo en el Derecho privado sobre el buen padre de familia u otros conceptos afines. Buena administración significa que ésta debe desarrollarse en el modo más completo, oportuno y adecuado a los fines que se busca alcanzar ²³⁸. En este sentido Virga habla de fidelidad (no perjudicar a la Administración, no buscar fines personales, cumplimiento de los fines constitucionales), diligencia, exclusividad, conducta irreprochable, secreto y obediencia ²³⁹.

Así, el buen gobierno viene a complementar y a especificar la obligación de cumplimiento de la función pública ²⁴⁰, con lo que la obligación jurídica hacia el buen gobierno vuelve a relacionarse con la obligación jurídica de obediencia: el cumplimien-

²³⁷G. FALZONE, Il dovere di buona amministrazione, obra cit., p. 59. Hay quienes señalan además otra situación distinta y que sería la derivada de la obligación de cumplir la función pública con disciplina. Vid. en este sentido C. CARBONE, I doveri pubblici individuali nella Costituzione, obra cit., p. 177. Por otro lado hay quienes sólo se fijan en este aspecto. Vid. Santi ROMANO, Principii di Diritto Costituzionale Generale, obra cit., p. 171.

²³⁸G. FALZONE, Il dovere di buona amministrazione, obra cit., p. 64. En este sentido se expresa también RESTA, L'onere di buona amministrazione, obra cit., 128.

²³⁹Pietro VIRGA, Diritto Amministrativo, vol I, I principi, Giuffrè, Milano 1983, pp. 139 y 144.

²⁴⁰Vid. en este sentido G. LOMBARDI, Contributo allo studio dei Doveri Costituzionali, obra cit., pp. 184 y 185.

to de la primera se realizará en gran parte mediante el cumplimiento de la segunda por parte de los encargados del poder público ²⁴¹.

Pero, ¿qué tipo de situación jurídica puede aplicarse a esta exigencia de buena administración?. Ha esto se ha contestado de diferentes maneras. Así, hay quien habla en estas situaciones de deber ²⁴², de obligación ²⁴³, de carga ²⁴⁴, o de obligaciones funcionales ²⁴⁵, si bien la mayoría la encuadra dentro de la figura compuesta de la potestad-sujección o del poder-deber ²⁴⁶.

Lo que a nosotros nos interesa en este punto es el lado pasivo. En la segunda parte de este trabajo hablamos de dos posibles situaciones o momentos principales dentro de una relación jurídica: la sujección y la obligación. Pero aquí surge otra posible situación que también apuntamos aunque de forma incidental: la carga. Si atendemos a la exigencia de buen gobierno, y al ser la sujección un momento dentro de la obligación, esta

²⁴¹Vid. C. CARBONE, I doveri pubblici individuali nella Costituzione, obra cit., p. 246.

²⁴²FERRANTE, Il concetto di diritto soggettivo ed alcune sue applicazioni, Milano 1947, pp. 56 y ss.

²⁴³ROVELLI, Lo sciamento del potere, en Raccolta di scritti di Diritto pubblico in onore di Vachelli, Milano 1938, p. 459.

²⁴⁴RESTA, L'onere di buona amministrazione, obra cit.

²⁴⁵G. FALZONE, Il dovere di buona amministrazione, obra cit., p. 81.

²⁴⁶VASALLI, La potestà punitiva, Torino 1942, p. 74 y ss; MICHELI, L'onere della prova, Padova 1942, p. 82; FRANCHINI, La delegazione amministrativa, Milano 1950, p. 81.

Deberes y obligaciones en la Constitución

podrá ser bien una obligación o bien una carga.

La carga, como vimos, podía concebirse como "conducta positiva (de hacer)... establecida en interés propio del sujeto sobre el que pesa; de tal modo que su incumplimiento no entraña ilicitud alguna, sino la simple pérdida de una ventaja para cuya obtención esa conducta constituye un requisito" ²⁴⁷. Algunos la identifican con el deber ²⁴⁸, con la obligación ²⁴⁹ o como deber final ²⁵⁰.

Pero no parece posible identificar obligación y carga. Según Micheli, la obligación implica necesidad jurídica en beneficio de otro, mientras que la carga sería necesidad práctica en beneficio propio ²⁵¹. Por otro lado, la violación de una obligación constituye un acto ilícito, mientras que la de la carga

²⁴⁷J. A. SANTAMARIA PASTOR, Fundamentos de Derecho Administrativo, I, obra cit., p. 900. Vid. también G. GAVAZZI, L'onere tra la libertà e l'obbligo, obra cit.; FALZONE, Il dovere di buona amministrazione, obra cit., p. 69.

²⁴⁸SANTORO PASSARELLI, Istituzioni di Diritto civile, Padova 1948, p. 63.

²⁴⁹Para D'ONOFRIO, la carga no es más que un aspecto de la obligación. Vid. Lezioni di Diritto processuale civile, Napoli 1933, p. 38.

²⁵⁰Para FALZONE: "L'onere, in sostanza si riduce a quei doveri finali sui qualche non recente autore ha dedicato particolare attenzione. Rilevato come si sono certe azioni che l'uomo deve compiere se vuole produrre certi risultati giuridici, se vuole raggiungere certi fini giuridici, si afferma che l'oggetto di queste azioni, si pone come dovere finale pelsoggetto agente in vista del fine che si vuole perseguire. tali doveri non sono giuridici. Rispetto a questi, che sono doveri coattivi, i doveri finali possono definirsi come doveri liberi...". Il dovere di buona amministrazione, obra cit., p. 73. En este sentido niega que la buena administración pueda ser un deber final.

²⁵¹MICHELI, L'onere della prova, obra cit., pp. 57 y ss.

Obligaciones superiores materiales del poder

no ²⁵². Estas diferencias se hacen más notorias si nos planteamos la necesidad del buen gobierno.

Para Falzone lo correcto, en estos casos, sería hablar de deberes funcionales ²⁵³. Nosotros hemos abandonado el término deber dentro del Derecho, por lo que preferiremos hablar de obligaciones funcionales. En contra de esto quizás estaría Falzone, ya que para él la obligación es una necesidad jurídica de asumir un determinado comportamiento impuesto por la norma. Mientras que en la buena administración no se señala un sólo comportamiento sino que hay relativamente distintas posibilidades ²⁵⁴.

En las obligaciones funcionales el comportamiento sería de alguna manera libre si bien tendría que estar ajustado al fin para el que la obligación se impone ²⁵⁵.

La consideración del buen gobierno como obligación jurídica funcional presentaría dos problemas. Uno el de su figura correlativa y otro el de la posibilidad de sancionar la conducta contraria.

²⁵²Vid. en este sentido G. FALZONE, Il dovere di buona amministrazione, obra cit., p. 69.

²⁵³Los deberes funcionales son "il complesso dei doveri che sono da ricollegarsi all'esercizio di una funzione", constituyendo ellos mismos un vínculo.

²⁵⁴FALZONE, Il dovere di buona amministrazione, obra cit., pp. 71 y 72.

²⁵⁵Vid. FALZONE, Il dovere di buona amministrazione, obra cit., pp. 81 y 82. El contenido de la exigencia impuesto al titular de una función pública de actuar en el mejor modo para la satisfacción del interés a ésta conectado no puede calificarse como favorable o desfavorable sino como institucional. Vid. FALZONE, Il dovere di buona amministrazione, obra cit., p. 89.

Deberes y obligaciones en la Constitución

Respecto al primer problema, Falzone no cree que pueda hablarse, en los sujetos individuales, de un derecho correlativo a las obligaciones jurídicas funcionales. Y ello por dos razones: porque está impuesta en interés público y porque "existe un principio fundamental peculiar en el Derecho público, por el cual no puede mantenerse la existencia de un derecho perfecto frente a la Administración..." ²⁵⁶. No obstante si que puede hablarse de la existencia de un interés frente a esa obligación, interés que aisladamente considerado no es nada ya que se tiene que presentar con la lesión de un interés material ²⁵⁷.

Pero, según Falzone, si cambiamos elementos de la relación, es posible contraponer un cierto derecho subjetivo. Así, se podrá admitir el derecho a la buena administración en "la relación interna al ente público", con lo que cabría hablar de derechos del Estado frente a los titulares de sus órganos ²⁵⁸.

Por lo que se refiere a la posibilidad de sanción ²⁵⁹, según Falzone ésta "recae sobre la manifestación exterior de voluntad,

²⁵⁶FALZONE, Il dovere di buona amministrazione, obra cit., pp. 83 y 141. En favor de la existencia de un derecho subjetivo frente a estas obligaciones puede citarse a VIRGA, Libertà giuridica e diritti fondamentali, obra cit., pp. 80 y ss.

²⁵⁷Vid. FALZONE, Il dovere di buona amministrazione, obra cit., pp. 145 y 150.

²⁵⁸Vid. FALZONE, Il dovere di buona amministrazione, obra cit., pp. 141 y 142.

²⁵⁹BENTHAM, refiriéndose a los miembros del gobierno y a los funcionarios escribía: "Si por alguna causa actúan por su cuenta o en cuerpos subordinados, pueden ser castigados sin menoscabo de su supremacía". Fragmento sobre el gobierno, obra cit., p. 130, nota 102.