

La filosofía del derecho

Ronald Dworkin
(compilador)

Traducción
JAVIER SÁINZ DE LOS TERREROS



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA

II

¿ES EL DERECHO UN SISTEMA DE NORMAS?*

R. M. DWORKIN

I. POSITIVISMO

El positivismo contiene unas pocas proposiciones fundamentales que constituyen su estructura y que sin duda (aunque no todo filósofo de los llamados positivistas las aceptaría tal como yo las presento) definen la postura general que quiero examinar. Estos principios fundamentales pueden resumirse del modo siguiente:

a) El derecho de una colectividad consiste en una serie de normas especiales que la comunidad utiliza, directamente o de modo indirecto, para determinar qué comportamientos deberá punir o imponer coercitivamente el poder público. Estas normas especiales es posible identificarlas y diferenciarlas por medio de criterios específicos, por piedras de toque que no tienen que ver con su contenido, sino que se refieren a sus *fuentes* o a cómo se aprobaron o modificaron. Cabe utilizar estos criterios de génesis u origen

* De "The Model of Rules", *University of Chicago Law Review*, núm. 35 (1967), p. 14. Reimpresión autorizada por el autor. Se han escrito varios artículos en réplica a este ensayo. Se citan muchos de ellos, y figuran algunas críticas de sus argumentos, en DWORKIN, "Social Rules and Legal-Theory", *Yale Law Journal*, núm. 81 (1972), p. 855.

para distinguir las normas legales válidas de las espurias —que abogados y litigantes esgrimen erróneamente como normas legales— y de otras clases de normas sociales —por lo regular englobadas bajo la rúbrica general de “normas morales”— que la comunidad observa pero no impone mediante el poder público.

b) Esta serie de normas legales válidas agota el concepto de “derecho positivo”, de suerte que, si un caso determinado no encaja claramente en alguna de tales normas (porque ninguna parece aplicable, o porque las que lo parecen son vagas, o por alguna otra razón), no puede decidirse el caso “aplicando el derecho”, sino que habrá de resolverlo un funcionario judicial “ejercitando su arbitrio”, lo cual significa que deberá guiarse por alguna norma extrajurídica que le sirva de pauta para crear una nueva norma legal, o completar una preexistente.

c) Decir que alguien tiene una “obligación legal” equivale a afirmar que su situación está comprendida en una norma legal válida que le obliga a hacer algo o a abstenerse de hacerlo. (Decir que tiene un derecho legal, o un poder legal de la clase que sea, o una inmunidad o privilegio legal, es afirmar, reticentemente, que otros tienen obligaciones legales, reales o hipotéticas, de obrar o de abstenerse en determinados sentidos que le afectan.) En ausencia de tal norma legal válida, no hay obligación legal; por consiguiente, cuando un juez resuelve una cuestión ejercitando su prudente arbitrio, no impone ninguna obligación legal en orden a esa cuestión.

Esto es, no obstante, sólo el armazón del positivismo. El contenido lo disponen de modo diferente los diversos positivistas, y alguno incluso arregla la estructura a su manera. Las diferentes versiones di-

lieren principalmente en su descripción de la prueba de origen que una norma debe pasar para contar como norma jurídica.

Austin, por ejemplo, concibe su versión de esa prueba fundamental como una serie de definiciones y distinciones entrelazadas.¹ Define una obligación como la subordinación a una norma, una norma como un mandato general, y un mandato como la expresión de un deseo de que otras personas se comporten de un modo determinado, respaldado por la voluntad y la potestad de imponer coactivamente esa expresión en caso de desobediencia. Distingue varias clases de normas (legales, morales o religiosas) según qué persona o grupo sea el autor del mandato general representado en la norma. En toda comunidad política —razona Austin— se puede encontrar un poder soberano, constituido por un individuo o grupo determinado al que las demás personas obedecen habitualmente pero que no acostumbra a obedecer, por su parte, a nadie. Las normas legales de una colectividad son, pues, mandatos generales desplegados por el poder soberano. La definición de obligación legal de este autor se deriva de su definición de ley. Tiene una obligación legal —piensa— quien, figurando entre los destinatarios de alguna orden general del poder soberano, se expone a una sanción si no obedece esa orden.

Naturalmente, el soberano no puede prever solución para todas las contingencias mediante un sistema de órdenes, y algunas de éstas serán inevitablemente vagas o de perfiles un tanto confusos. Por consiguiente —según Austin—, el soberano concede a quienes aplican la ley —los jueces— un poder discrecional por

¹ J. AUSTIN, *The Provinces of Jurisprudence Determined* (1832).

el cual puedan crear nuevas órdenes cuando se les presenten casos inusitados o problemáticos; los jueces crean nuevas normas o adaptan normas tradicionales, y el soberano, entonces, puede impugnar estas novedades o confirmarlas tácitamente en el caso contrario.

El modelo de Austin es realmente bello por su simplicidad. En él se afirma el primer dogma del positivismo —que el derecho consiste en una serie de normas especialmente elegidas para regular el orden público— y se ofrece un sencillo criterio fáctico —¿qué ha mandado el soberano?— como el único necesario para identificar esas normas especiales. No obstante, andando el tiempo, quienes estudiaron y trataron de aplicar ese modelo lo encontraron demasiado simple. Se alzaron muchas objeciones, entre las cuales dos parecen fundamentales. En primer lugar, la hipótesis clave de Austin, de que en toda comunidad puede encontrarse un determinado grupo o institución que domina en última instancia a todos los demás grupos, no parece valedera en la sociedad compleja. El mando político, en una nación moderna, es pluralista y versátil, es materia de moderación, compromiso, cooperación y alianza, de modo que resulta a menudo imposible indicar una persona o un grupo que ostente ese espectacular dominio que haría falta para calificarle de soberano con arreglo a la tesis de Austin. Interesa afirmar, en los Estados Unidos por ejemplo, que el “pueblo” es soberano; pero esto apenas significa nada, y no ofrece en sí ningún criterio para determinar lo que el pueblo ha mandado o distinguir sus mandatos legales de los sociales o morales.

En segundo lugar, los críticos han echado de ver que el análisis de Austin no explica en absoluto, ni reconoce tampoco, ciertos hechos pasmosos que reflejan nuestras actitudes frente a “la ley”. Solemos ha-

cer una importante distinción entre el derecho y los preceptos generales de otro orden (los de un bandido, por ejemplo); consideramos que las coerciones del derecho —y sus sanciones— difieren de los mandatos de un bandolero en que obligan de manera distinta. El análisis de Austin no da cabida a tal distinción, porque define una obligación como sujeción a la amenaza de coacción y, por tanto, funda la autoridad del derecho exclusivamente en la potestad y la intención del soberano de infligir un daño a quienes lo infrinjan. Esta distinción que hacemos es acaso ilusoria: nuestra percepción de una autoridad especial inherente al derecho está quizá basada en un vestigio religioso o en otra especie de ilusión colectiva; pero Austin no lo demuestra, y tenemos razón para insistir en que un análisis de nuestro concepto de derecho reconocerá y explicará nuestras actitudes, o bien demostrará por qué son erróneas.

La versión que H. L. A. Hart hace del positivismo es más compleja, en dos sentidos, que la de Austin. En primer lugar, reconoce —lo que Austin no hace— que existen normas de diversas categorías lógicas; distingue dos categorías de normas, que llama “primarias” y “secundarias”. En segundo lugar, rechaza la teoría de Austin, según la cual una norma jurídica es una especie de mandato, y la sustituye por un análisis general más elaborado de su naturaleza. Hemos de detenernos en cada uno de estos puntos, y observar después cómo se combinan en el concepto de derecho del mismo autor.

La distinción de Hart entre normas primarias y secundarias es de gran importancia.² Normas jurídicas primarias son las que conceden derechos e imponen

² Véase HART, *The Concept of Law* (1961), pp. 89-96.

obligaciones a los miembros de una comunidad. Las normas de derecho penal que prohíben robar, asesinar o conducir demasiado aprisa son ejemplos elocuentes de normas primarias. Normas secundarias son las que estipulan cómo y por quién pueden formarse, aprobarse, modificarse o extinguirse tales normas primarias. Las reglas que estipulan la composición del Congreso y su procedimiento legislativo son ejemplos de normas secundarias. Las normas relativas a la celebración de contratos y a la testamentaría son también secundarias, porque estipulan de qué manera determinadas normas que regulan ciertas obligaciones legales (por ejemplo, las cláusulas de un contrato o las disposiciones de un testamento) nacen y son modificadas.

Su análisis general de las normas tiene también considerable importancia.³ Austin afirmó que toda norma jurídica es un mandato general, y que una persona queda obligada por ella cuando es susceptible de sufrir una pena en caso de que la incumpla. Hart pone de manifiesto que esto desvanece la distinción entre *ser obligado* a hacer algo y *estar obligado* a hacerlo. Cuando una persona está sometida a una norma, se halla obligada —no se ve obligada por simple coacción— a hacer lo que esa norma ordena; de ahí la diferencia entre estar sujeto a una norma y exponerse a un daño si se incumple una orden. Una norma difiere de una orden, entre otras cosas, por ser *normativa*, por establecer una pauta de comportamiento que entraña una exigencia sobre el objeto que trasciende de la posible amenaza para asegurar su cumplimiento. Una norma no será jamás obligatoria por el mero hecho de que una persona dotada de poder material

³ *Op. cit.*, pp. 79-88.

así lo desee; esa persona ha de tener *autoridad* para emitirla o no habrá tal norma, y dicha autoridad sólo puede provenir de otra norma que obligue ya a las personas a quienes se dirige. Ésa es la diferencia entre una ley válida y las órdenes de un pistolero.

Así, en la teoría general de las normas que ofrece Hart, la autoridad de éstas no depende del poder físico de sus autores. Si examinamos de qué modo nacen las diversas normas —nos dice— y atendemos a la distinción entre normas primarias y secundarias, vemos que la autoridad de una norma tiene dos orígenes posibles.⁴

a) Una norma puede llegar a obligar a un grupo de personas porque dicho grupo *haya aceptado*, en la práctica, esa regla como patrón de conducta. No basta que el grupo simplemente se atenga a un modelo de comportamiento: aunque la mayoría de los ingleses va al cine los sábados por la tarde, no han aceptado ninguna norma que les obligue a ello. Una práctica constituye la aceptación de una norma sólo cuando quienes observan esa práctica consideran dicha norma obligatoria y la reconocen como razón o justificación de su comportamiento, y como razón para criticar el de otros que no la observan.

b) Una norma puede adquirir fuerza obligatoria de un modo completamente distinto: por haberse promulgado de conformidad con una norma *secundaria* que estipula que las normas promulgadas de ese modo deben ser vinculantes. Si la norma fundacional de un club estipula, por ejemplo, que podrán adoptarse unos estatutos por mayoría, los estatutos así votados serán vinculantes para los miembros, y no por una práctica de aceptación de esta clase de estatutos, sino

⁴ *Op. cit.*, pp. 97-107.

porque la norma fundacional así lo establece. Usamos el concepto de *validez* en este sentido: las normas que son vinculantes por haberse creado de la manera estipulada por una norma secundaria son llamadas normas “válidas”. Podemos, pues, consignar la distinción fundamental de Hart de este modo: una norma puede ser vinculante *a)* porque es aceptada, o *b)* porque es válida.

El concepto de derecho de Hart es una construcción elaborada con estas diversas distinciones.⁵ Las comunidades primitivas poseen únicamente normas primarias, y éstas son vinculantes sólo en razón de unas prácticas de aceptación. No puede decirse que tales comunidades tienen “derecho”, por cuanto es imposible allí distinguir una serie de normas legales de otras normas sociales, como requiere el primer principio del positivismo; pero, tan pronto como una comunidad establece una norma secundaria fundamental que estipula cómo se identifican las normas legales, nace la idea de conjunto diferenciado de normas legales y, por ende, de derecho.

Hart denomina tal norma secundaria fundamental “regla de reconocimiento”. La regla de reconocimiento en una comunidad dada puede ser relativamente sencilla (“Lo que el Rey promulga es Ley”) o muy compleja (la Constitución de los Estados Unidos, con todas sus dificultades de interpretación, cabe considerarla una regla singular de reconocimiento). La demostración de la validez de determinada norma quizás haga necesario, por tanto, un complicado examen retrospectivo de validez, que partiendo de la norma en cuestión se remonte a esa norma fundamental. Así, una ordenanza de estacionamiento de la ciudad

⁵ *Op. cit.*, en varios pasajes, especialmente cap. vi.

de New Haven es válida porque ha sido adoptada por un consejo municipal, conforme a los procedimientos y dentro de la competencia que especifica la ley municipal, adoptada por el estado de Connecticut de conformidad con los procedimientos y dentro de la competencia especificada por la Constitución de dicho estado, que a su vez fue adoptada de acuerdo con los requisitos que establece la Constitución de los Estados Unidos.

Naturalmente, una regla de reconocimiento, siendo superior por hipótesis, no puede encontrar en sí misma su validez, pero tampoco puede cumplir los criterios de validez estipulados por una norma más fundamental. La regla de reconocimiento es la única norma de un sistema legal cuya fuerza de obligar depende de su aceptación. Si deseamos saber qué norma de reconocimiento ha adoptado u observa una comunidad concreta, hemos de observar cómo se comportan sus ciudadanos y, en especial, sus funcionarios. Debemos observar también qué argumentos decisivos aceptan como demostrativos de la validez de una norma determinada, y qué argumentos decisivos utilizan para criticar a otros funcionarios, o a instituciones. No podemos aplicar ningún criterio rutinario, pero no hay peligro de que confundamos la norma de reconocimiento con las normas de moralidad de una comunidad. Se identifica la norma de reconocimiento porque su ámbito es el funcionamiento del aparato estatal compuesto por cámaras legislativas, tribunales, entidades públicas, policía, etcétera.

De este modo, Hart salva los fundamentos del positivismo de entre los errores de Austin. Conviene con éste en que pueden crearse normas válidas de derecho por actos de funcionarios o instituciones públicas. Austin pensaba que la autoridad de dichas institu-

ciones residía sólo en su monopolio del poder. Hart, en cambio cifra su autoridad en las normas constitucionales que sirven de base a su actuación, normas que han sido aceptadas, en forma de norma fundamental de reconocimiento, por la comunidad que gobiernan. Este fundamento legitima las decisiones de la administración pública y les confiere la impronta y exigencia obligatoria de que carecían los puros mandatos del poder soberano propuestos por Austin.

La teoría de Hart difiere también de la de Austin en reconocer que las diversas comunidades usan diferentes criterios definitorios de lo que es derecho, y que algunas admiten otros medios de crear derecho aparte de la actuación deliberada de una institución legislativa. Hart menciona la “práctica consuetudinaria inveterada” y la “relación (de una norma) con decisiones judiciales” como otros criterios que se utilizan con frecuencia, aunque generalmente junto con el legislativo y subordinados a éste.

Así la versión del positivismo de Hart es más compleja que la de Austin, y su criterio sobre la validez de las normas jurídicas, más sofisticado. Sin embargo, ambos modelos son muy similares en un cierto aspecto. Hart, como Austin, reconoce que las normas legales tienen límites borrosos (se refiere a esto diciendo que presentan una “contextura indefinida”) y, también como Austin, da razón de los casos problemáticos diciendo que los jueces gozan de potestad discrecional y la ejercitan para decidir tales casos mediante leyes *ad hoc*.⁶ (Más adelante, trataré de demostrar que quien considera el derecho como un orden especial de normas tiende inevitablemente a expli-

⁶ *Op. cit.*, cap. VII.

car los casos difíciles desde el punto de vista del ejercicio de una potestad discrecional por parte de una persona.)

II. NORMAS, PRINCIPIOS Y DIRECTRICES

Deseo hacer un alegato contra el positivismo, y utilizaré la versión de H. L. A. Hart como blanco en cuanto necesite un blanco concreto. Centraré mi argumentación en el hecho de que, cuando los juristas razonan o disputan acerca de derechos y obligaciones legales, particularmente en esos casos difíciles donde los problemas que se les plantean a propósito de estos conceptos parecen más agudos, hacen uso de pautas que no funcionan como normas jurídicas, sino en calidad de principios, directrices o normas de otra clase. Debo afirmar que el positivismo es un modelo de sistema normativo, y su noción central de un criterio fundamental único para probar la validez del derecho nos obliga a pasar por alto las importantes funciones de esas normas extrajurídicas.

Acabo de hablar de “principios, directrices o normas de otra clase”. La mayor parte de las veces usaré el término “principio” genéricamente, para referirme a todo un orden de normas extrajurídicas; en ocasiones, no obstante, seré más preciso, y distinguiré entre principios y directrices. Aunque ningún pasaje del presente alegato contradirá esa distinción, debo remachar cómo la inferí. Llamo “directriz”^{*} a la cla-

^{*}Aunque el vocablo inglés *policy* puede significar “plan” o “política”, he descartado aquí este último sentido por ambiguo. Según el *Diccionario de uso del español*, de María Moliner, “directriz” es un “conjunto de principios y propósitos que se tienen en cuenta al planear, organizar o fundar una cosa” (p. ej. “las directrices del nuevo partido”). [N. del T.]

se de norma que establece una meta que ha de alcanzarse, generalmente en orden al perfeccionamiento de algún aspecto económico, político o social de la colectividad (si bien algunos objetivos son negativos, pues estipulan que hay que proteger de alteraciones adversas ciertos aspectos actuales). Denomino “principio” a una norma que es menester observar, no porque haga posible o asegure una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral. Así, la norma según la cual debe disminuirse el número de accidentes de automóvil es una directriz, y la norma de que ningún hombre puede aprovecharse de los efectos de sus propios delitos es un principio. Cabe destruir la distinción construyendo un principio que establezca una meta social (p. ej., el objetivo de una sociedad en la que ningún hombre saque provecho de su iniquidad), o construyendo una directriz que establezca un principio (p. ej., el de que el objetivo propuesto por la directriz sea meritorio) o adoptando la tesis utilitarista de que los principios de justicia son enunciados de objetivos enmascarados (ya que con ellos se trata de asegurar la máxima felicidad del mayor número de personas). Si la distinción fuese rebatida de este modo, quedarían absolutamente desvirtuadas las aplicaciones que se le dan en determinados contextos.⁷

Mi propósito inmediato es, no obstante, el de distinguir entre principios en sentido genérico y normas jurídicas. Para eso empezaré por citar algunos ejemplos de aquéllos. Los que ofrezco aquí han sido escogidos al azar; casi todas las causas contenidas en

⁷ Véase DWORKIN, “Wasserstrom: The Judicial Decision”, en *Ethics*, núm. 75 (1964), p. 47.

los libros de precedentes judiciales utilizados en las escuelas de derecho ofrecen ejemplos igualmente pertinentes. En 1889, un tribunal de Nueva York, en la famosa causa de *Riggs vs. Palmer*,⁸ tuvo que decidir si un heredero instituido en el testamento de su abuelo podía heredarle por dicho testamento, aun después de haber asesinado a su abuelo con ese fin. El tribunal comenzó su argumentación con la concesión siguiente: “Es absolutamente cierto que las leyes que regulan el otorgamiento, la prueba y los efectos del testamento, y la restitución de bienes, si se interpretan literalmente, y si su vigor y eficacia no pueden en modo alguno y bajo ninguna circunstancia verificarse o modificarse, otorgan estos bienes, en propiedad al asesino”.⁹ Pero el tribunal hizo notar seguidamente que “la vigencia y los efectos de todas las leyes y todos los contratos pueden ser verificados a la luz de las máximas generales y fundamentales del *common law*. Nadie tiene derecho a aprovecharse de su propio fraude, o a sacar provecho de su delito, o a fundar una demanda en su propia iniquidad, o a adquirir la propiedad a consecuencia de su crimen”.¹⁰ Así pues, el asesino no entró en posesión de la herencia.

En 1960, un tribunal de Nueva Jersey hubo de abordar, en la causa de *Henningsen vs. Bloomfield Motors, Inc.*,¹¹ la importante cuestión de si (o hasta que punto) un fabricante de automóviles puede limitar su responsabilidad en caso de que éstos salgan defectuosos. Henningsen había comprado un automóvil, y firmado un contrato a tenor del cual la responsabilidad del fabricante se limitaba a la reparación

⁸ 115 N. Y., 506, 22 N. E. 188 (1889).

⁹ *Ibid.*, en 509, 22 N. E., 189.

¹⁰ *Ibid.*, 511, 22 N. E., en 190.

¹¹ 32 N. J. 358, 161 A. 2.º 69 (1960).

de las piezas defectuosas y que “esta garantía sustituye expresamente cualesquiera otras garantías, obligaciones o responsabilidades”. Henningsen alegó que, al menos en las circunstancias de su caso, el fabricante no debería escudarse en esta limitación, sino que habría de responder por los gastos médicos y de otra clase a cargo de las víctimas de un choque. No consiguió señalar ninguna ley, ni norma jurídica alguna aceptada que impidiera al fabricante acogerse al contrato. El tribunal, sin embargo, dio la razón a Henningsen. En diversos puntos de la argumentación del tribunal, se hicieron las siguientes remisiones a normas o pautas sociales: a) “Debemos tener en cuenta el principio general de que, no habiendo fraude, una persona que se niegue a leer un contrato antes de firmarlo no podrá posteriormente eximirse de las cargas derivadas de él”.¹² b) “En la aplicación de ese principio, el dogma fundamental de la libertad de las partes capaces para contratar es un factor importante.”¹³ c) “La libertad contractual no es una doctrina tan inmutable como para no poder negar su aplicabilidad en la esfera que nos ocupa.”¹⁴ d) “En una sociedad como la nuestra, donde el automóvil es un instrumento habitual y necesario para la vida diaria, y en la que su utilización se halla tan expuesta a peligros para el conductor, los pasajeros y el público, el fabricante está sujeto a una obligación especial en relación con la construcción, promoción y venta de sus coches. En consecuencia, los tribunales deben examinar atentamente los contratos de compraventa, por ver si en ellos se estipulan correctamente los intereses del con-

¹² *Ibid.*, en 386, 161 A. 2º en 84.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Ibid.*, 388, 161 A. 2º en 86.

sumidor y el interés público.”¹⁵ e) “¿Existe algún principio más familiar o más firmemente arraigado en la historia del derecho anglonorteamericano que la doctrina fundamental de que los tribunales no permitirán que los utilicen como instrumentos de iniquidad e injusticia?”¹⁶ f) “Más concretamente, los tribunales no suelen prestarse a la aplicación de ‘pactos’ en los que una de las partes se haya aprovechado de la indigencia económica de la otra...”¹⁷

Las normas aducidas en estas citas no son de la clase que consideramos legales. Parecen muy diferentes de proposiciones como “La máxima velocidad autorizada en la autopista de peaje es de sesenta millas por hora” o “Un testamento no es válido si no va firmado por tres testigos”. La diferencia consiste en que son principios legales, y no normas legales.

Esa diferencia entre principios legales y normas legales es una distinción lógica. Ambos órdenes de normas señalan decisiones concretas sobre obligaciones legales en circunstancias determinadas, pero difieren por el carácter de la solución que ofrecen. Las normas legales son aplicables por completo o no son aplicables en absoluto. Si se dan en un caso los supuestos de hecho de la norma, y ésta es válida, la respuesta que ofrece debe ser aceptada; si no es válida, no contribuye en nada a la solución.

Esta disyuntiva de “todo o nada” se ve más claramente si se examina de qué modo funcionan las normas; no las jurídicas, sino las aplicables a ciertas actividades (a un deporte, por ejemplo). Una regla del

¹⁵ *Ibid.*, 161 A. 2º en 85.

¹⁶ *Ibid.*, en 389, 161 A. 2º en 86 (cita del *Frankfurter Journal* en la causa *Estados Unidos versus Bethlehem Steel*, 315 U. S. 289, 326 (1942)).

¹⁷ *Idem.*

béisbol estipula que si un *striker* o bateador no contesta tres lanzamientos de pelota queda fuera de juego. Un funcionario judicial no puede, sin incurrir en incongruencia, dar por válido este enunciado de una regla de béisbol y resolver, no obstante, que un bateador que ha fallado tres *strikes* no queda fuera de juego. Desde luego, cabe admitir excepciones a la regla (el bateador que ha fallado tres *strikes* no queda *out* si el *catcher* no agarra el tercero). Sin embargo, un enunciado exacto de la regla debería tener en cuenta esta excepción, y el que la omitiera sería incompleto. Si la lista de excepciones es muy larga, resulta prolija su enumeración cada vez que se cita una regla; pero no hay razón alguna, en teoría, para omitir esa enumeración, y cuanto más extensa sea, más exacto será el enunciado.

Si tomamos como modelo las reglas del béisbol, encontramos que las normas jurídicas, como la regla de que un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos, concuerdan con ese modelo. Si el requisito de los tres testigos es una norma legal válida, no es posible que un testamento firmado sólo por dos testigos tenga validez. En esta norma puede haber excepciones, y, si realmente las hay, un enunciado tan simple de ella, sin enumeración de excepciones, resulta inexacto e incompleto. En teoría al menos, pueden enumerarse todas ellas, y el enunciado será tanto más completo cuanto más numerosa sea su lista.

Pero no es así como actúan los principios expuestos en las citas a modo de muestra. Aun los que semejan mucho normas legales no establecen consecuencias jurídicas que se produzcan indefectiblemente al cumplirse las condiciones previstas. Al expresar que nuestro derecho respeta el principio de que nadie puede aprovecharse de su propio error, no queremos

decir que el derecho no autorice jamás a un hombre a sacar provecho de los errores que comete. De hecho, es frecuente que una persona se aproveche, con todas las de la ley, de sus errores legales. El caso más notorio es el de la posesión adversa: quien penetra en predio ajeno y permanece en él durante el tiempo suficiente, adquirirá algún día el derecho a cruzar ese predio siempre que quiera. Existen, empero, otros ejemplos mucho menos graves. Si un hombre abandona un puesto de trabajo, incumpliendo un contrato, para ocupar otro puesto mucho mejor remunerado, tendrá que indemnizar a su anterior patrono, pero generalmente gozará del derecho a retener el nuevo empleo. Si un recluso se fuga, estando bajo fianza, y atraviesa los límites de un estado para hacer en otro una brillante inversión, podrá ser reintegrado a la cárcel, pero los beneficios que haya obtenido quedarán de su propiedad.

Estos tres ejemplos, como otros innumerables ejemplos en contrario que cabe imaginar, no nos parecen demostrativos de que el principio de no aprovecharse de los propios errores no figura en nuestro sistema legal, o de que es incompleto y debe completarse con excepciones restrictivas. Tampoco consideramos que estos “contraejemplos” sean excepciones (al menos, en el sentido en que puede constituir excepción que un *catcher* pierda el tercer *strike*), porque no podemos pretender que sea posible englobarlos mediante un simple enunciado extensivo del principio en cuestión. Éstos no son, ni siquiera en teoría, susceptibles de enumeración, por cuanto en tal supuesto tendríamos que mencionar no sólo los casos (como el de posesión adversa) en que alguna institución haya dispuesto que se puede sacar provecho de un error, sino también los innumerables casos imaginarios en

que sabemos de antemano que el principio no sería válido. La enumeración de algunos de éstos serviría para agudizar nuestra capacidad de apreciación de la importancia del principio (dimensión a la que me referiré en breve), pero no contribuiría a un enunciado más exacto o completo.

Un principio como el mencionado (“Nadie puede sacar provecho de su delito”) no implica siquiera la manifestación de las circunstancias que harían necesaria su aplicación; expone más bien una razón a favor de argumentaciones encaminadas en cierto sentido, pero no implica necesariamente una decisión concreta. Si un hombre posee o está a punto de recibir algo, como consecuencia inmediata de un acto ilegal que ha cometido con ese fin, ésa es una razón que el derecho ha de tomar en consideración para decidir si ese hombre debe conservar el bien en cuestión. Puede haber otros principios o directrices a favor de la argumentación opuesta: por ejemplo, la directriz de ganar justo título o el principio que limita la pena a lo que el legislador haya estipulado. Siendo así, cabe la posibilidad de que nuestro principio no prospere; pero eso no quiere decir que éste no sea un principio propio de nuestro sistema jurídico, porque en el caso siguiente, en el que estas consideraciones contrarias están ausentes o atenuadas, el principio puede ser decisivo. Lo que queremos decir cuando afirmamos que un principio determinado es un principio de nuestro derecho, es que los funcionarios judiciales han de tenerlo en cuenta, si es pertinente, como argumento que puede inclinar en un sentido o en otro.

La distinción lógica entre normas y principios nos parece más clara cuando consideramos principios que no parecen normativos. Examinemos la proposición incluida en el apartado *d)* de las citas de la tesis *Hen-*

ningsen, de que “el fabricante está sujeto a una obligación especial en relación con la construcción, promoción y venta de sus coches”. No se trata con ello de especificar los deberes que tal obligación entraña, o manifestar qué derechos adquieren, en consecuencia, los usuarios de automóviles. Afirmo simplemente —y éste es un eslabón fundamental de la argumentación de *Henningsen*— que los fabricantes de automóviles deben atenerse a normas de mayor rango que otros fabricantes, y gozar en menor medida que éstos del derecho a valerse del principio contradictorio de libertad contractual. Esto no significa que no puedan jamás recurrir a dicho principio, o que los tribunales den nueva redacción a los contratos de compra de automóviles según su arbitrio; quiere decir únicamente que, si una cláusula determinada parece injusta u onerosa, los tribunales tienen menos razón para hacerla valer que si se refiriese a la compra de corbatas. La “obligación especial” inclina a adoptar el fallo de no ejecutar los términos de un contrato de compra de un automóvil, pero no impone tal decisión.

Esta primera diferencia entre normas y principios implica otra más. Los principios tienen una dimensión de la que carecen las normas jurídicas: la dimensión de peso específico o importancia. Cuando se entrecruzan varios principios (por ejemplo, cuando la directriz de proteger a los consumidores de automóviles concurre con el principio de libertad contractual), quien debe resolver el conflicto ha de tener en cuenta la importancia relativa de cada uno. No es ésta, desde luego, una valoración exacta, y la estimación de que un principio o directriz en concreto es más importante que otro será, en múltiples ocasiones, discutible. No obstante, forman parte integrante del concepto de principio jurídico dos aspectos: que tiene la dimen-

sión aludida, y que la pregunta sobre su peso específico o importancia no carece de sentido.

Las reglas no poseen esa dimensión. Podemos hablar de reglas importantes o no importantes *en el aspecto funcional* (la regla del béisbol según la cual tres *strikes* determinan la situación de “fuera” es más importante que la que autoriza a los corredores a robarse una base, porque la alteración de la primera entrañaría una modificación mucho mayor que la de la segunda). En tal sentido, una norma legal puede ser más importante que otra porque influya con mayor intensidad o de manera más significativa en la regulación de un comportamiento; pero no podemos afirmar que una norma es más importante que otra dentro del sistema normativo de suerte que, en caso de conflicto entre ambas, deba prevalecer una por virtud de su mayor importancia. En caso de conflicto de normas, una de éstas no es válida. La decisión de cuál es válida y cuál debe abandonarse o desecharse ha de tomarse atendiendo a consideraciones ajenas a ellas. Un ordenamiento jurídico podría regular tales conflictos por otras normas, que dieran preferencia a la promulgada por la autoridad de mayor rango, o a la promulgada en fecha posterior, o a la más especializada o que establecieran otras clases de prelación. Por otro lado, un ordenamiento jurídico puede dar primacía a la norma apoyada en principios más importantes. (El nuestro hace uso de ambas técnicas.)

No siempre se desprende claramente de la forma de una norma si ésta es una norma jurídica o un principio. La idea “Un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos” no difiere mucho, en el aspecto formal, de la que expresa “Nadie puede aprovecharse de su propio delito”; pero quien conozca, siquiera someramente, el derecho norteamericano sabe

distinguir en la primera de esas ideas el enunciado de una norma y en la segunda la afirmación de un principio. En muchos casos, esta distinción es difícil de hacer: cabe que no se haya dispuesto en qué calidad deberá aplicarse la regla en cuestión, y que este aspecto sea objeto de controversia. La primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos dispone que el Congreso no debe restringir la libertad de expresión; pues bien: ¿se trata de una norma y, en consecuencia, una ley que limitara dicha libertad sería anticonstitucional? Quienes sostienen que esa enmienda es una prohibición absoluta afirman que debe tomarse así, es decir, en calidad de norma. ¿O expresa, en cambio, un principio, de modo que, cuando se descubra una ley restrictiva del libre uso de la palabra se considerará anticonstitucional sólo en el caso de que el contexto no presente alguna directriz o principio lo bastante importante, dadas las circunstancias, como para justificar tal restricción? Esta última es la postura de quienes abogan por el criterio del llamado “riesgo actual e inminente” o por alguna otra forma de atenuación.

A veces, una norma y un principio desempeñan la misma función, y la diferencia entre ambos se reduce casi exclusivamente a una cuestión formal. El artículo primero de la Ley Sherman declara nulos los contratos restrictivos del comercio. Pues bien: el Tribunal Supremo tuvo que pronunciarse acerca de si esta disposición debía ser considerada una norma en sus propios términos (es decir, impugnación de todo contrato “que limite el comercio”, lo que casi todos los contratos hacen) o un principio que establece una razón para impugnar un contrato en ausencia de otras directrices eficaces en contrario. Dicho tribunal interpretó esa disposición como norma, pero cual si contuviera el

término “inmoderada” y prohibiera sólo la limitación “inmoderada” del comercio.¹⁸ Con esto, se hizo posible que esa disposición funcionara lógicamente como norma jurídica (siempre que un tribunal aprecie una restricción “inmoderada” estará obligado a declarar inválido el contrato) y sustancialmente como principio (un tribunal debe tener en cuenta diversidad de principios y directrices para establecer si una restricción determinada, en ciertas circunstancias económicas, es “inmoderada”).

Desempeñan a menudo esta misma función palabras como “razonable”, “injusto” e “importante”. Cada uno de estos términos hace depender, hasta cierto punto, la aplicación de la norma que lo contiene de principios o directrices ajenos a la norma, y de esta manera la asemeja más a un principio; pero no hasta el extremo de convertir la norma en un principio, porque aun la más leve delimitación de estos términos deslinda la *clase* de principios y directrices en que se apoya la norma. Si estamos sujetos a una norma legal que declara que los contratos “inmoderados” son nulos, o que los contratos abiertamente “injustos” no deben ejecutarse, habremos de enjuiciar la cuestión con mayor detenimiento que si dichos términos se hubieran omitido. Supongamos, no obstante, una causa en la que una consideración de directrices y principios lleve a la conclusión de que un contrato debe ejecutarse aunque su restricción es inmoderada, o a pesar de que es abiertamente injusto. La ejecución de tales contratos estaría prohibida por nuestras normas, y sólo podría admitirse, por tanto, si ellas fueran derogadas o modificadas. Si se trata, empero, no de una nor-

¹⁸ *Pleito Standard Oil versus Estados Unidos*, 221 U.S. 1, 60 (1911); y *Estados Unidos versus American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 180 (1911).

ma legal, sino de una directriz contraria a la ejecución de contratos inmoderados, o de un principio en virtud del cual los contratos injustos no deben aplicarse, éstos pueden ejecutarse sin que ello implique una infracción legal.

III. LOS PRINCIPIOS Y EL CONCEPTO DE DERECHO

Tan pronto como identificamos los principios del derecho como un orden peculiar de normas, diferente de las normas jurídicas, descubrimos súbitamente su presencia en torno nuestro. Los profesores de derecho los enseñan, los textos jurídicos los citan, los historiadores del derecho los celebran; pero estos principios parecen funcionar de modo más enérgico, revestir más importancia, en pleitos difíciles como las causas de *Riggs* y *Henningsen*. En causas como éstas, los principios tienen una influencia fundamental en alegatos a favor de determinados derechos y obligaciones legales. Una vez dictada la sentencia, podemos decir que el fallo responde a una norma concreta (p. ej., la que declara indigno para la sucesión al asesino del testador); pero esa regla no existía antes de la sentencia; el tribunal aduce principios en justificación de la adopción y aplicación de una nueva norma. En la causa *Riggs*, el tribunal citó el principio de que nadie puede aprovecharse de su error como regla previa con arreglo a la cual debía entenderse la ley testamentaria, y justificó de este modo una nueva interpretación de ésta. En la causa *Henningsen*, el tribunal trajo a colación una serie de principios y directrices entrelazados, en apoyo de una norma de nueva creación sobre la responsabilidad del fabricante por defectos de sus automóviles.

El análisis del concepto de obligación legal debe, pues, explicar la importancia de los principios en la consecución de determinados fallos. Podemos tomar dos actitudes muy diferentes al respecto:

a) Medir los principios jurídicos con el mismo rasero que las normas jurídicas y decir que algunos principios tienen fuerza de ley y deben ser respetados por jueces y abogados llamados a resolver sobre obligaciones legales. Si seguimos esta vía, hemos de afirmar que, al menos en los Estados Unidos, el “derecho” engloba tanto principios como normas.

b) Por otra parte, podríamos negar que los principios puedan obligar del mismo modo que las normas jurídicas. Diríamos, en cambio, que en causas como las de *Riggs* y *Henningsen* el juez busca, más allá de las normas que debe aplicar (o sea, más allá del derecho positivo), principios extrajurídicos que es libre de observar si le parece oportuno.

Cabe pensar que no hay mucha diferencia entre estos dos planes de acción, y que en ambos casos se trata de una aplicación peculiar de la palabra “derecho”; pero esto es un error, pues la elección entre estas dos explicaciones es de enorme trascendencia para el análisis de la obligación legal. Es una disyuntiva entre dos *conceptos* de un principio jurídico, una opción que podemos esclarecer comparándola a la elección que cabe efectuar entre dos nociones de norma legal. Se dice a veces, de una persona determinada, que “tiene por norma” hacer una cosa, en el sentido de que ha decidido observar una cierta práctica. Podemos decir, por ejemplo, que alguien tiene por norma correr dos kilómetros antes del desayuno porque quiere estar sano y ha puesto fe en un régimen. No queremos expresar con ello que esa persona

este sujeta a una norma que le obliga a correr dos kilómetros antes del desayuno, ni tampoco que considere obligatoria esa práctica. Aceptar una norma como obligatoria es distinto de tener por norma hacer algo. Volviendo al ejemplo de Hart, es diferente decir que los ingleses tienen por norma ver una película una vez por semana, de afirmar que entre ellos existe una norma en virtud de la cual deben ver una película una vez por semana. La segunda idea significa que si un inglés no cumpliera esa norma se expondría a críticas o censuras, lo que no sucede en el primer caso. La primera noción no excluye la posibilidad de una *especie* de crítica (pues cabe afirmar que quien no ve películas descuida su formación); pero no implica que quien no cumpla esa regla esté cometiendo un error *precisamente* por incumplirla.¹⁹

Si consideramos a los jueces de una colectividad como estamento, podemos describir de dos maneras las normas jurídicas que observan. Cabe que digamos, por ejemplo, que en cierta situación los jueces tienen por norma no ejecutar los testamentos en que no figuren tres testigos. Esto no significa que los pocos jueces que hagan valer dichos testamentos cometan un error al proceder así. Por otro lado, podemos decir que en esa situación rige una norma jurídica que prohíbe a los jueces ejecutar tales testamentos; esto implica que el juez que los ejecute cometerá un error. Hart, Austin y otros positivistas sostienen, naturalmente, esta última consideración de las normas legales; no les satisface en absoluto la explicación a base de la locución “tener por norma”. Sin embargo, no se

¹⁹ Esta distinción es en sustancia la misma que hizo RAWLS en “Two Concepts of Rules”, en *Philosophical Review*, núm. 64 (1955), p. 3.

trata de determinar cuál de las dos explicaciones es la correcta, sino cuál de ellas describe con más exactitud la realidad social. De la aceptación de una u otra se derivan otras importantes consecuencias. Si los jueces simplemente “tienen por norma” no ejecutar ciertos contratos, por ejemplo, no podremos, antes del fallo, afirmar que alguien “tiene derecho” a ese resultado, ni aducir tal proposición como posible justificación del fallo.

Las dos concepciones sobre los principios corren paralelas a estas dos explicaciones de las normas jurídicas. La primera dirección trata los principios como normas vinculantes para los jueces, de modo que éstos cometerían un error si no aplicaran los que son pertinentes. El segundo planteamiento considera los principios como resúmenes de las pautas que los jueces seguirían “por principio” si se vieran obligados a indagar más allá de las normas vinculantes. La elección entre estos planteamientos modifica, y quizás incluso determina, la respuesta que pueda darse a la cuestión de si un juez, en una causa difícil como la de *Riggs* o *Henningsen*, trata de hacer valer derechos y obligaciones legales preexistentes. Si tomamos la primera dirección, nos cabe todavía la posibilidad de argumentar que, puesto que tales jueces aplican normas legales vinculantes, ejecutan derechos y obligaciones legales; pero si tomamos la segunda, ese argumento resulta inadmisibles, y habremos de reconocer que tanto los familiares del asesino en el caso *Riggs* como el fabricante en el caso *Henningsen* fueron desposeídos de bienes propios por un acto de arbitrio judicial aplicado con carácter retroactivo (*ex post facto*). Esto podrá no sorprender a muchos lectores —la noción de arbitrio judicial ha rebasado el ámbito del derecho—; pero ilustra, sin duda, uno de los más espinosos enig-

mas que hace cavar a los filósofos en torno a la obligación legal. Si el desposeimiento de bienes propios en casos como éstos no puede justificarse apelando a una obligación reconocida, debe encontrarse otra justificación, y hasta ahora no se ha aportado ninguna satisfactoria.

En el esquema estructural del positivismo que propuse anteriormente, enumeré la doctrina del arbitrio judicial como segundo dogma. Los positivistas sostienen que, cuando un supuesto no está previsto en ninguna norma clara, el juez debe ejercitar su potestad arbitral para decidir el caso mediante lo que representa una nueva norma legal. Debe existir una relación importante entre esta doctrina y la cuestión de cuál de los dos planteamientos de los principios jurídicos hemos de adoptar. Nos importará, pues, indagar si la doctrina es correcta y si entraña el segundo planteamiento como a primera vista parece. En camino hacia esas cuestiones, empero, hemos de pulir nuestro entendimiento del concepto de arbitrio judicial. Trataré de demostrar cómo ciertas confusiones sobre este concepto y, en particular, el fallido intento de distinguir sus diversas acepciones explican la popularidad de la doctrina del arbitrio judicial. Argumentaré que esa doctrina, en el sentido en que guarda relación con nuestra consideración de los principios, no encuentra ningún apoyo en los argumentos que los positivistas aducen para defenderla.

IV. EL ARBITRIO JUDICIAL

El concepto de arbitrio fue extraído del lenguaje ordinario por los positivistas, y para entenderlo hemos de situarlo por un momento en su antiguo con-

texto. ¿Qué significado tiene, en la vida ordinaria, la expresión de que alguien “puede decidir según su arbitrio”? Lo primero que se advierte es que el concepto está fuera de lugar, salvo en contextos muy especiales. Por ejemplo, no tiene sentido decir que yo tengo o no tengo arbitrio para elegir una casa destinada a mi familia. No es cierto que carezco de la facultad de hacer esa elección según mi prudente arbitrio; pero sería igualmente engañoso afirmar que tenga esa posibilidad. El concepto de arbitrio encaja sólo en una clase de contexto: cuando alguien está encargado de tomar decisiones sujetas a normas establecidas por una autoridad determinada. Tiene sentido hablar del arbitrio de un sargento sujeto a órdenes de sus superiores, o del de un funcionario de deportes o del juez de una competición, regido por un reglamento o por las condiciones de esa competición. El arbitrio, como el centro de un anillo, no existe más que como un campo abierto rodeado por un cinturón circundante de limitaciones. Es, por consiguiente, un concepto relativo. Siempre tendrán sentido las preguntas: “¿Arbitrio bajo qué normas?” o “¿Arbitrio respecto a qué autoridad?” Generalmente, podrá responderse a ellas fácilmente por el contexto, pero en algunos casos a un funcionario le será posible actuar según su arbitrio desde un punto de vista, pero no desde otro.

Como es común a casi todos los vocablos, el significado preciso de la palabra “arbitrio” está condicionado por los caracteres del contexto. Este término se halla siempre matizado por el fondo de datos sobrentendidos con el cual se emplea. Aunque los matices son muchos, nos podrá ser útil hacer algunas distinciones generales.

A veces usamos “arbitrio” en un sentido débil, sencillamente al decir que, por alguna razón, las normas

que un funcionario debe aplicar no pueden observarse maquinalmente, sino que precisan de un raciocinio. Utilizamos este sentido débil cuando el contexto no deja eso en claro, cuando el ámbito que nuestro auditorio admite no contiene esa información. Así, podemos decir que “las órdenes dadas al sargento le dejaban un amplio margen de arbitrio” a interlocutores que no saben cuáles eran esas órdenes o desconocen un hecho que daba vaguedad a ellas o las hacía difíciles de cumplir. Tendría perfecto sentido añadir, a modo de ampliación, que el teniente había ordenado al sargento que eligiera a los cinco hombres más experimentados de la patrulla, pero resultaba difícil determinar cuáles eran los que reunían esa condición.

A veces usamos el término en un sentido débil diferente, al decir tan sólo que un funcionario tiene autoridad terminante para tomar una decisión que no pueda ser anulada por ningún otro. Hablamos de este modo cuando aquél forma parte de una jerarquía de funcionarios estructurada de tal suerte que algunos de ellos tienen autoridad superior, pero en la cual los modelos de autoridad son diferentes para las diversas clases de decisiones. Así, diremos que en el béisbol ciertas decisiones, como la de si la pelota o el corredor llegó en primer lugar a la segunda base, se dejan a merced del árbitro de la segunda base, refiriéndonos a que en esta materia el árbitro jefe no tiene la potestad de imponer su criterio si disiente.

Llamo débiles a estos dos sentidos para distinguirlos de un sentido más fuerte. A veces no utilizamos el término “arbitrio” simplemente para afirmar que un funcionario debe hacer uso de su discernimiento para aplicar las normas que le son impuestas por la autoridad, sino para significar que en ciertas materias no está vinculado a las normas establecidas por la

autoridad en cuestión. En tal sentido, decimos que un sargento tiene posibilidad de decidir según su arbitrio si se le ha ordenado elegir cinco hombres para la patrulla que debe formar, o que el juez de una exposición canina puede decidir según su arbitrio si debe juzgar a los *foxterriers* antes que a los *boxers* cuando las normas no estipulan un orden de actuaciones. No utilizamos este sentido para comentar sobre la vaguedad o dificultad de las normas, o sobre quién tiene la última palabra en cuanto a su aplicación, sino sobre su alcance y las decisiones que parecen regular. Si se ordena a un sargento que admita a los cinco hombres más experimentados, no goza de arbitrio en este sentido más fuerte, porque esa orden representa una regulación de su decisión. Por ese mismo motivo, el árbitro de boxeo que ha de decidir qué púgil ha sido el más agresivo carece de arbitrio en sentido fuerte.²⁰

Si alguien dijese que el sargento o el árbitro tenía arbitrio en estos casos, habríamos de interpretar esta afirmación, si lo permitiese el contexto, como si se hubiera tomado el término en uno de los sentidos débiles mencionados. Supongamos, por ejemplo, que el teniente ordenase al sargento seleccionar los cinco hombres que juzgase más experimentados y añadiese a continuación que el sargento tenía la posibilidad de elegirlos a su arbitrio; o que el reglamento dispusiera que el árbitro debía declarar vencedor del asalto al pú-

²⁰ No he hablado del tan traído y llevado concepto jurisprudencial del arbitrio "limitado", porque no presenta especiales dificultades, dada la relatividad del arbitrio. Supongamos que se ordena al sargento que escoja "entre" hombres experimentados, o que "tenga en cuenta la experiencia". Podría decirse que goza de arbitrio limitado para reclutar su patrulla, o bien de arbitrio pleno para optar entre escoger hombres con experiencia o adoptar, además, otros requisitos.

gil más agresivo, pudiendo elegirlo a su arbitrio. Habríamos de entender estas afirmaciones en el segundo sentido débil, o sea, con referencia a la cuestión de revisión de la decisión. El primer sentido débil —que las decisiones admiten discernimiento— sería ocioso, y el tercero —fuerte— quedaría excluido por el mismo carácter de las afirmaciones.

Hemos de soslayar una tentadora confusión. El sentido fuerte del arbitrio no es equivalente a libertad de acción, ni excluye un juicio crítico. En casi todas las situaciones en que actúa la persona —incluidas aquellas en las que no se trata de decidir con sumisión a una autoridad especial y no se plantea, por tanto, la cuestión del arbitrio— son pertinentes ciertas normas de racionalidad, justicia y eficacia. Criticamos recíprocamente nuestros actos sobre la base de estas normas, y no hay razón que nos lo impida cuando los actos están más bien hacia el centro que fuera de la órbita de una autoridad especial. Así, podemos decir que el sargento a quien se concedió arbitrio (en sentido fuerte) para constituir una patrulla lo hizo de manera estúpida, maliciosa o descuidada, o que el juez que gozaba de arbitrio en orden al examen de los perros se equivocó, porque admitió primero a los *boxers* aunque los *airedales* fueran sólo tres y los *boxers* muchos más. El arbitrio de un funcionario no significa que sea libre de decidir sin atender a normas de sensatez y justicia, sino sólo que su decisión no está regida por una norma dictada por la autoridad concreta en la que pensamos cuando planteamos la cuestión del arbitrio. Sin duda, esta última clase de libertad es importante; de ahí el sentido fuerte de arbitrio. Quien tenga discreción en este tercer sentido podrá ser criticado, pero no por desobediencia, como en el caso del soldado; cabrá decir que ha cometido un error, pero no

que ha privado a un participante de un fallo al que éste tenía derecho, como en el caso de un árbitro deportivo o un juez de concurso.

Hechas estas observaciones, ahora podemos volver a la doctrina positivista del arbitrio judicial. A tenor de dicha doctrina, si una causa no está regida por una norma preestablecida, el juez debe fallar mediante el ejercicio de su arbitrio. Necesitamos examinar esta doctrina y verificar su relación con nuestra exposición de los principios; pero ante todo hemos de preguntar con arreglo a qué sentido de arbitrio tenemos que interpretarla.

Algunos nominalistas argumentan que a los jueces les corresponde siempre arbitrio, aun cuando sea aplicable al caso una norma clara, porque los jueces son en definitiva los árbitros últimos del derecho. Esta doctrina del arbitrio utiliza el segundo sentido débil del término, pues hace hincapié en que ninguna autoridad superior revisa las decisiones del tribunal de más alto rango. No tiene, por tanto, relación con la cuestión de cómo explicamos los principios, sino que atañe más bien a nuestra manera de explicar las normas.

Los positivistas no se refieren a su doctrina en estos términos, porque dicen que un juez no goza de arbitrio cuando dispone de una norma clara y reconocida. Si atendemos a los argumentos de los positivistas a favor de esta doctrina, podemos suponer que utilizan el término “arbitrio” en el primer sentido débil, para significar solamente que los jueces deben a veces ejercitar su discernimiento al aplicar normas legales. Su argumentación llama la atención sobre el hecho de que algunas normas jurídicas son vagas —el profesor Hart, por ejemplo, dice que todas las normas jurídicas tienen “estructura indeterminada”—,

y de que se plantean casos —como el *Henningsen*— en los que no parece aplicable ninguna norma reconocida. Aducen que los jueces deben a veces desviarse por cuestiones de derecho, y que dos jueces con la misma formación y el mismo grado de inteligencia discreparán a menudo.

Estas afirmaciones se hacen con facilidad; son lugares comunes para cualquiera que tenga cierta familiaridad con el derecho. Realmente, ahí radica la dificultad de suponer que los positivistas se proponen utilizar “arbitrio” en este sentido débil. La proposición de que cuando no hay norma clara disponible debe utilizarse el arbitrio en el sentido de discernimiento es una tautología; además, no tiene nada que ver con el problema de cómo explicar los principios del derecho. Es perfectamente coherente la afirmación de que el juez, en la causa *Riggs*, por ejemplo, tuvo que aplicar su discernimiento y de que estaba obligado a respetar el principio de que ningún hombre puede aprovecharse de sus errores. Los positivistas se expresan como si su doctrina del arbitrio judicial fuese una agudeza de ingenio en vez de una tautología, y como si se refiriese a la consideración de los principios. Hart, por ejemplo, dice que cuando el arbitrio del juez está en juego, no se puede hablar ya de su sumisión a normas, sino más bien de qué normas “utiliza por regla general”.²¹ Hart cree que cuando los jueces ejercitan su arbitrio, los principios que citan deben considerarse a tenor del segundo planteamiento, como lo que los tribunales suelen hacer “por principio”.

Parece, pues, que los positivistas, siquiera algunas veces, toman su doctrina en el tercer sentido— fuerte—

²¹ HART, *The Concept of Law* (1961), p. 144.

del arbitrio, si bien, en ese sentido, dicha doctrina atañe al manejo de los principios y ciertamente no representa ni más ni menos que una reiteración de nuestro segundo planteamiento. Es lo mismo decir que un juez tiene arbitrio cuando le faltan normas aplicables, en el sentido de que no está sujeto a ninguna norma con fuerza de ley, que decir que las pautas jurídicas que los jueces citan aparte de las normas jurídicas no les vinculan.

Así pues, debemos considerar la doctrina del arbitrio judicial en sentido fuerte. (En lo sucesivo, utilizaré el término “arbitrio” en tal sentido.) Los principios que citan los jueces en causas como las de *Riggs* o *Henningsen* ¿rigen sus fallos, como la orden dada al sargento de admitir a los hombres más experimentados y el deber del árbitro de elegir al púgil más agresivo rigen las decisiones de estos funcionarios? ¿Qué argumentos aduciría un positivista para demostrar que no?

1) Un positivista podría argumentar que los principios no pueden ser obligatorios o vinculantes. Eso sería, empero, un error. Naturalmente, queda en pie la cuestión de si un principio determinado vincula de hecho a un funcionario judicial; pero no hay nada en el carácter lógico de un principio que le niegue fuerza vinculante. Supongamos que el juez de la causa *Henningsen* hubiera pasado por alto el principio de que los fabricantes de automóviles tienen un deber especial para con los usuarios, o el principio de que los tribunales traten de proteger a las partes cuya posición negociante sea más débil, y hubiera decidido simplemente a favor del demandado citando, sin más, el principio de libertad contractual. Sus críticos no se habrían contentado con señalar que no había tenido

en cuenta consideraciones que otros jueces han atendido durante algún tiempo; los más hubieran dicho que el juez tenía el deber de formarse una opinión cabal de estos principios, y el demandante, el derecho de exigir que lo hiciera. Nosotros no queremos significar otra cosa cuando decimos que una norma es vinculante para el juez, que éste debe observarla si es aplicable y que, si no lo hace, habrá cometido el error consiguiente.

Y no sirve aducir que en una causa como la de *Henningsen* el tribunal está obligado sólo “moralmente” a tomar en consideración determinados principios, o que lo está “de modo institucional” o por razón de su oficio, o algo parecido. Con ello, queda en pie la cuestión de por qué esta clase de obligación (como quiera que la llamemos) es diferente de la obligación que las normas imponen a los jueces, y por qué nos autoriza a decir que los principios y las directrices no forman parte del derecho, sino que son solamente pautas extrajurídicas “que los tribunales utilizan de modo peculiar”.

2) Un positivista podría argumentar que, aunque algunos principios son vinculantes, en el sentido de que el juez debe tenerlos en cuenta, no pueden determinar un resultado peculiar. Éste es un argumento más difícil de ponderar, porque no está claro el sentido en que una norma “determina” un resultado. Quizá signifique esto que la norma *dicta* el resultado siempre que es aplicable, de tal modo que no vale ninguna otra. Siendo así, es indudable que los principios singulares no determinan resultados, pero esta afirmación es sólo otra manera de decir que los principios no son normas.

Únicamente las normas dictan resultados, venga

lo que venga. Cuando se llega a un resultado contrario es que la norma ha sido derogada o modificada. Los principios no tienen esa clase de eficacia: inclinan el fallo en un sentido, aunque no de manera concluyente, y quedan incólumes cuando no prevalecen. Esto no parece una razón para concluir que los jueces que deben contar con los principios gozan de arbitrio porque una serie de principios *puede* dictar un resultado. Si un juez cree que los principios que está obligado a reconocer apuntan en una dirección, y que los principios que apuntan en otra —si los hay— no son del mismo valor, debe decidir en consecuencia, del mismo modo que ha de acatar lo que considera una norma vinculante. Puede, desde luego, equivocarse en su valoración de los principios, pero también puede errar en su estimación de que la norma es vinculante. Cabe añadir que el sargento y el árbitro corren con frecuencia la misma suerte. Ningún factor dicta qué soldados son los más experimentados o qué púgiles los más agresivos. Estos funcionarios deben hacer juicios valorativos de la importancia relativa de estos diversos factores; pero no por ello gozan de arbitrio.

3) Un positivista, por otra parte, podría argüir que los principios no tienen valor de ley, porque su autoridad y, con mayor razón, su importancia son por esencia *discutibles*. Verdad es que generalmente no podemos *demostrar* la autoridad o importancia de un principio determinado de la misma manera que a veces demostramos la validez de una norma basándola en un acto legislativo del Congreso o en la opinión de un tribunal competente. En cambio, propugnamos un principio y su importancia recurriendo a una amalgama de prácticas y de preceptos, cuyas connota-

ciones de historia legislativa y judicial van acompañadas de remisiones a usos e interpretaciones sociales. No existe un criterio válido para comprobar la plausibilidad de esta argumentación: es materia opinable, y los hombres razonables pueden estar en desacuerdo. Pero tampoco en esto se distingue el juez de otros funcionarios que carecen de arbitrio. El sargento no dispone de piedra de toque para medir la experiencia, ni el árbitro la posee para comprobar el grado de agresividad. Ninguno de los dos tiene arbitrio, porque está obligado a elegir una interpretación, polémica o no, de lo que requiere la orden o la norma, y a actuar de acuerdo con esa interpretación. Éste es también el deber del juez.

Naturalmente, si a los positivistas les asiste la razón en otra de sus doctrinas (la teoría de que en todo ordenamiento jurídico existe un *criterio* concluyente del carácter vinculante de la ley, como la regla del reconocimiento del profesor Hart), se deduce que los principios no tienen fuerza de ley; pero difícilmente puede tomarse la incompatibilidad de los principios con la teoría positivista como argumento a favor de que los principios deban considerarse en un sentido determinado, pues eso sería dar por supuesto lo que aún no está demostrado. Nos interesa la condición de los principios porque queremos valorar el modelo positivista. Los positivistas no pueden defender por decreto su teoría de la regla de reconocimiento; si los principios no son susceptibles de prueba, deberán aducir otra razón de su carácter no jurídico. Como los principios parecen ejercer influencia en las discusiones sobre obligaciones legales (de ello dan testimonio también *Riggs* y *Henningsen*), un modelo que sostenga esa influencia tiene una ventaja inicial sobre el

que la excluya, y este último no puede propiamente alegarse en su defensa.

Éstos son los argumentos más evidentes que un positivista podría usar a favor de la doctrina del arbitrio en sentido fuerte, y a favor del segundo planteamiento de los principios. Mencionaré un segundo argumento en contra de esa doctrina y en pro del primer planteamiento. Muy pocas normas, o ninguna, pueden considerarse obligatorias para los jueces, a no ser que se reconozcan algunos principios vinculantes que en conjunto les obligan a tomar determinadas decisiones.

En la mayor parte de las jurisdicciones norteamericanas, y actualmente en Inglaterra también, no es infrecuente que los tribunales superiores rechacen normas reconocidas. Las normas del *common law* —las creadas por sentencias previas de los tribunales— son a veces anuladas directamente y en otras ocasiones modificadas radicalmente por fallos posteriores. Las normas legales están sujetas a interpretaciones sucesivas, aun en casos en que el resultado no es la realización del llamado “intento legislativo”.²² Si los tribunales pueden modificar a su arbitrio normas reconocidas, éstas dejan, por supuesto, de obligarles, y no constituyen ya derecho según el modelo positivista. Los positivistas, por tanto, deben argumentar que existen normas —obligatorias para los jueces— que determinan en qué circunstancias está autorizado un juez a rechazar o modificar una norma establecida y en qué otras no puede hacerlo.

Entonces, ¿cuándo se permite a un juez modificar

²² Véase WELLINGTON y ALBERT, “Statutory Interpretation and the Political Process: A Comment on *Sinclair versus Atkinson*”, en *Yale Law Journal*, núm. 72 (1963), p. 1547.

una norma jurídica existente? Los principios dan respuesta a esa interrogante, en dos sentidos. En primer lugar, es necesario, aunque no suficiente, que el juez estime que la modificación en cuestión favorecerá una directriz o servirá a algún principio, y que esa directriz y ese principio justifican la modificación. En el pleito *Riggs*, la modificación —una nueva interpretación de las normas sobre testamentos— estaba justificada por el principio de que ningún hombre debe aprovecharse de sus errores; en el pleito *Henningsen*, se modificaron ciertas normas sobre responsabilidad del fabricante de automóviles con arreglo a los principios y directrices —que he citado— de la opinión del tribunal.

Pero no todos los principios sirven para justificar una modificación de esta clase, o ninguna norma jurídica estaría a salvo. En cada caso, habrá principios aplicables y otros que no influirán en absoluto, y principios que regirán con mayor fuerza que los demás. No puede depender de las preferencias personales del juez la elección entre un maremágnum de respetables normas extrajurídicas, cualquiera de ellas aceptable en principio, porque, si así fuera, no podríamos afirmar la existencia de normas vinculantes. Siempre cabría imaginar un juez cuyas preferencias entre normas extrajurídicas fuesen tales que justificaran una modificación o una interpretación radicalmente nueva de la norma más arraigada.

En segundo lugar, cualquier juez que se proponga modificar la doctrina existente debe tener en cuenta algunas normas importantes que desaconsejan las desviaciones de la doctrina reconocida, y estas normas son en su mayoría principios. Entre ellas figura la doctrina de la “supremacía legislativa”, conjunto de principios y directrices que exigen al tribunal prestar

especial acatamiento a las normas emanadas del poder legislativo; comprenden asimismo la doctrina de los precedentes, otro conjunto de principios y directrices que reflejan el valor y la eficacia de la coherencia. Las doctrinas de la supremacía legislativa y de los precedentes inclinan a respetar el *statu quo*, cada una en su ámbito, pero no lo imponen. Los jueces no son libres, empero, de escoger entre los principios y directrices que componen estas doctrinas; si lo fueran, tampoco en este caso podría considerarse vinculante ninguna norma.

Consideremos, pues, a qué puede referirse quien diga que una norma determinada es vinculante. Quizá signifique con ello que la norma está positivamente apoyada en principios que el tribunal no es libre de desestimar y que en conjunto son más importantes que otros justificativos de una modificación, o bien se refiera al hecho de que cualquier cambio puede ser impugnado por una combinación de principios conservadores de supremacía legislativa y precedentes que el tribunal no puede libremente desconocer. Con harta frecuencia se referirá a ambos aspectos, ya que los principios conservadores, siendo principios y no normas, no son habitualmente lo bastante pujantes como para salvar una norma de *common law* o una ley obsoleta que no encuentra ningún apoyo en los principios sustantivos que el tribunal está obligado a respetar.

Cualquiera de estas implicaciones, naturalmente, considera derecho un cuerpo de principios y directrices, en el mismo sentido en que lo son las normas jurídicas; los acoge como normas que obligan a los funcionarios de una colectividad y regulan sus decisiones sobre derechos y obligaciones legales.

Nos quedamos con esta conclusión. Si la teoría positivista del arbitrio judicial es trivial porque utiliza “arbitrio” en sentido débil, o infundada porque los diversos argumentos que podemos esgrimir en su defensa son insuficientes, ¿cómo es que la han adoptado tantos juristas esmerados e inteligentes? No podemos confiar en nuestro planteamiento de esa teoría mientras no resolvamos esta cuestión. No basta con señalar (aunque esto acaso contribuya a hallar una explicación) que el término “arbitrio” tiene diversas acepciones que pueden confundirse. No confundimos estas acepciones cuando no pensamos sobre el derecho.

Parte de la explicación reside, desde luego, en la tendencia natural del jurista a asociar leyes y normas, y a considerar el derecho como un acervo o sistema de normas. Roscoe Pound, que diagnosticó esa tendencia hace muchos años, pensaba que los juristas de habla inglesa se veían inducidos a ella por el hecho de que en dicha lengua se utiliza el mismo término *law* para designar los conceptos “ley” y “derecho”, cambiando sólo el artículo.²³ (Otros idiomas, en cambio, hacen uso de dos palabras: *loi* y *droit*, y *Gesetz* y *Recht*, por ejemplo.) Esto puede haber surtido su efecto entre los positivistas de habla inglesa, ya que la expresión “una ley” (*a law*) sugiere ciertamente una norma; pero la razón principal de la asociación de derecho con normas es más profunda y reside —creo— en el hecho de que la formación jurídica ha consistido durante mucho tiempo en enseñar y examinar las normas reconocidas que constituyen el filo cortante del derecho.

²³ R. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law* (edición revisada, 1954), p. 56.

De todos modos, si un jurista considera que el derecho es un sistema normativo y, sin embargo, reconoce, como debe, que los jueces modifican antiguas normas e introducen otras nuevas, se adherirá naturalmente a la teoría del arbitrio judicial en sentido fuerte. En aquellos otros sistemas de normas sobre los que tiene experiencia (como los reglamentos de determinados juegos), tales normas constituyen la única autoridad especial que rige las decisiones oficiales, de modo que si un árbitro pudiera modificar una regla, tendría arbitrio en cuanto al contenido de ella. Los principios que los árbitros pudieran alegar al modificar las reglas representarían sólo sus preferencias “características”. Los positivistas tratan el derecho como el reglamento de béisbol revisado de este modo.

Existe otra consecuencia más sutil de esta hipótesis inicial de que el derecho es un sistema normativo. Cuando los positivistas atienden efectivamente a principios y directrices, los tratan como normas frustradas. Suponen que si son pautas de derecho deben ser normas jurídicas y, así, los toman como pautas que aspiran a ser normas. Cuando un positivista oye a alguien argumentar que los principios jurídicos forman parte del derecho, interpreta esto como argumento a favor de lo que denomina la teoría del “derecho superior”, en el sentido de que estos principios son las normas de un derecho de rango más alto que el ordinario.²⁴ Refuta esta teoría observando que unas veces se acatan estas “normas” y otras veces no, que frente a una regla como la de que “ningún hombre debe aprovecharse de sus errores” hay siempre otra regla contrapuesta como la que dice que “el derecho

²⁴ Véase, p. ej., DICKINSON, “The Law Behind Law” (puntos 1 y 2), *Columbia Law Review* (1929), núm. 29, pp. 112, 254.

favorece la certidumbre del título", y que no existe ningún criterio por el que pueda comprobarse la validez de "normas" como éstas. Concluye que estos principios y directrices no son normas válidas de un derecho superior al derecho ordinario, lo cual es verdad, porque no son normas. Concluye también que existen pautas extrajurídicas que el juez selecciona según su criterio en el ejercicio de su arbitrio, lo cual es falso. Es como si un zoólogo hubiera demostrado que los peces no son mamíferos, y de ahí concluiría que realmente son simples vegetales.

V. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

Esta discusión fue provocada por nuestras dos explicaciones contrapuestas de los principios jurídicos. Hemos examinado la segunda, que es la que los positivistas parecen haber adoptado con su doctrina del arbitrio judicial, y hemos descubierto en ella graves dificultades. Es oportuno que volvamos a la disyuntiva inicial. ¿Qué ocurriría si adoptáramos el primer planteamiento? ¿Qué consecuencias ocasionaría esta elección respecto a la estructura básica del positivismo? Desde luego, tendríamos que desechar el segundo dogma, la doctrina del arbitrio judicial (o bien aclarar que esta doctrina ha de interpretarse en el sentido de que los jueces deben ejercitar a menudo su capacidad de discernimiento). ¿Tendríamos que abandonar también, o modificar, el primer dogma, la proposición de que el derecho se distingue mediante criterios tales como los que pueden manifestarse en una regla magistral como la de reconocimiento del profesor Hart? Si han de considerarse derecho principios como los aducidos en las causas *Riggs* y *Hen-*

ningsen, respetando al mismo tiempo la noción de una regla magistral para distinguir el derecho, será preciso desplegar un criterio al que respondan los principios de carácter jurídico y sólo ellos. Comencemos con el criterio que propone Hart para identificar *normas* jurídicas válidas, y veamos si puede aplicarse también a los principios.

La mayoría de las normas jurídicas, según Hart, son válidas porque una institución competente las ha promulgado. Unas fueron creadas por una cámara legislativa, en forma de leyes formales; otras, por jueces que las formularon para decidir casos particulares, sentando así precedentes para el futuro; pero este criterio de origen no sirve para los principios de las causas *Riggs* y *Henningsen*. El origen de éstos como principios jurídicos no reside en una decisión concreta de una cámara legislativa o de un tribunal, sino en un sentido de conveniencia manifestado en el foro y en la opinión pública andando el tiempo. El hecho de que continúen en vigor depende de la permanencia de este sentido de conveniencia. Si dejara de parecer injusto que una persona se aproveche de sus errores, o justo imponer cargas especiales a los oligopolios que fabrican máquinas potencialmente peligrosas, estos principios apenas influirían ya en nuevos pleitos, aunque jamás hubieran sido impugnados o desechados. (En realidad, poco sentido tiene hablar de impugnación o rechazo de principios como éstos: cuando periclitán, no se rechazan sino que se suprimen.)

Verdaderamente, si se nos retara a fundamentar nuestra afirmación de que un principio es un principio de derecho, tendríamos que alegar causas anteriores en las que ese principio se hubiese citado o en cuyos alegatos figurase; deberíamos además mencionar una ley que recogiera ese principio (sería preferible que

fuera citado en el preámbulo de la ley o en los informes de la comisión, o en otros documentos legislativos adjuntos). Si no encontráramos tal fundamento institucional, probablemente no conseguiríamos imponer nuestra postura, y cuanto mayor fuera el fundamento hallado, más valor podríamos atribuir al principio en cuestión.

Sin embargo, no tendríamos la posibilidad de idear ninguna fórmula a fin de determinar qué dimensión y qué clase de fundamento institucional se requiere para dar carácter jurídico a un principio, y mucho menos para fijar su valor en un cierto orden de magnitud. Defendemos un principio determinado abordando todo un conjunto de pautas cambiantes, en formación, recíprocamente influidas (más bien con carácter de principios que de normas), sobre responsabilidad institucional, interpretación legal, fuerza persuasiva de diversas clases de precedentes y relación de todo esto con las prácticas morales coetáneas y un sinnúmero de pautas semejantes. No podríamos englobar todas ellas en una sola "norma", ni siquiera en una norma compleja, y, aunque lo consiguiéramos, el resultado guardaría muy poca relación con la descripción de Hart de la regla de reconocimiento, que es la descripción de una regla magistral muy estable que especifica "uno o varios caracteres cuya posesión por una norma propuesta se toma como indicio concluyente de que es una norma jurídica".²⁵

Por otra parte, las técnicas que aplicamos en defensa de los otros principios no se hallan (como está concebida la regla de reconocimiento de Hart) a niveles muy diferentes del de los principios que apoyan. La

²⁵ HART, *op. cit.*, p. 92.

distinción tajante de Hart entre aceptación y validez no es aplicable. Si abogamos por el principio de que un hombre no debe aprovecharse de su propio error, podemos citar las leyes de tribunales y cámaras legislativas que lo recogen, pero esto confirma tanto la aceptación del principio como su validez. (Parece extraño hablar de la validez de un principio, acaso porque la validez es un concepto que no admite términos medios, apropiado para normas, pero incompatible con la dimensión de importancia de un principio.) Si se nos pidiera (como bien podría suceder) que defendiéramos la doctrina concreta de precedentes o la técnica particular de interpretación legal que empleamos en este alegato, deberíamos ciertamente citar prácticas jurisprudenciales en las que se aplicó esa doctrina o técnica; pero deberíamos citar también otros principios generales que a nuestro juicio abonan esa práctica, y esto introduce una nota de validez en el acorde de la aceptación. Podríamos alegar, por ejemplo, que el uso que hacemos de precedentes y leyes anteriores se basa en un análisis peculiar de los aspectos de práctica legislativa o de doctrina de precedentes, o en los principios de la teoría democrática, o en una postura determinada en relación con la oportuna distribución de competencias entre instituciones nacionales y locales, o en algo por el estilo; pero tampoco esta vía de defensa es una calle de dirección única conducente a un principio último que descansa sólo en la aceptación. Nuestros principios de legislación, de precedentes, de democracia o de federalismo podrían ponerse también en tela de juicio; y si así fuera, tendríamos que defenderlos, pero no sólo desde el punto de vista práctico, sino desde la perspectiva de los otros principios y de las connotaciones de las diversas tendencias de las decisiones judiciales y le-

gislativas, aunque esto último implicase recurrir a las mismas doctrinas de interpretación que hubiéramos justificado mediante los principios que intentásemos ahora defender. En otras palabras: en este grado de abstracción, los principios más bien tienen cohesión que encadenamiento mutuo.

Así, aunque los principios encuentren su apoyo en actos oficiales de instituciones legales, no guardan con estos actos suficiente relación simple y directa como para que pueda estructurarse esa relación conforme a criterios especificados por una regla magistral concluyente de reconocimiento. ¿Existe algún otro procedimiento por el que pudieran someterse los principios a tal regla?

Hart, ciertamente, afirma que una regla magistral podría caracterizar de jurídicas no sólo normas promulgadas por instituciones legales concretas, sino también normas establecidas por costumbre. Le preocupa un problema que inquietó a otros positivistas, incluso a Austin. Muchas de nuestras normas legales más antiguas no fueron creadas explícitamente por una cámara legislativa o un tribunal. Cuando aparecieron por primera vez en textos legales y doctrinales, se las trató como integrantes del derecho por representar prácticas consuetudinarias de la colectividad o de una parte especializada de ella, como el comercio.²⁶ (Los ejemplos aducidos ordinariamente son normas de práctica comercial, como las que regu-

²⁶ Véase la nota "Custom and Trade Usage: Its Application to Commercial Dealings and the Common Law", en *Columbia Law Review*, núm. 55 (1955), p. 1192, y los datos citados allí en núm. 1, p. 1193. Como explica esa nota, las prácticas actuales de los tribunales en materia de reconocimiento de usos comerciales siguen la pauta de aplicar una serie de principios y directrices generales, y no un criterio que pudiera tomarse como parte de una regla de reconocimiento.

lan qué derechos se derivan de una forma normal de documento comercial.) Como Austin creía que toda ley es el mandato de un determinado poder soberano, sostenía que estas prácticas consuetudinarias no adquirirían carácter jurídico hasta que los tribunales (en calidad de agentes de poder soberano) las reconocían como tales, y que los tribunales incurrirían en una ficción si pretendieran otra cosa; pero tal opinión resulta arbitraria. Si se admite en general que una costumbre puede ser jurídica en sí misma, el que la teoría de Austin lo niegue no es convincente.

Hart rebate a Austin en este aspecto, al decir que la regla magistral podría estipular que alguna costumbre tuviera carácter jurídico aun antes de que los tribunales le reconocieran tal carácter; pero no resuelve la dificultad que esto plantea a su teoría general, porque no intenta formular los criterios que una regla magistral podría recoger para este fin. No puede utilizar, como único criterio, la condición de que la colectividad considere la práctica *moralmente* obligatoria, ya que esto no distingue las normas consuetudinarias legales de las normas consuetudinarias morales, y, por supuesto, no todos los deberes morales consuetudinarios inveterados de la colectividad adquieren fuerza de ley. Si, por otro lado, el criterio en cuestión es que la colectividad considere la práctica consuetudinaria *legalmente* obligatoria, queda socavado todo el sentido de la regla magistral, al menos para esta clase de normas legales. La regla magistral —dice Hart— marca la transformación de una sociedad primitiva en otra dotada de derecho, puesto que ofrece un criterio para determinar el carácter jurídico de las normas sociales que no es el de medir su aceptación; pero si la regla magistral dice simplemente que cualesquiera

normas que la colectividad acepta como jurídicamente obligatorias lo son en efecto, no ofrece ningún criterio de tal carácter, aparte del que aplicaríamos a falta de regla magistral. La regla magistral pierde en estos casos el carácter de regla de reconocimiento; puede decirse también que toda sociedad primitiva tiene una regla secundaria de reconocimiento, a saber, la de que todo lo que se acepta como obligatorio es obligatorio. Hart mismo, al exponer materias de derecho internacional, ridiculiza la idea de que tal regla pueda ser de reconocimiento, al descubrir la regla propuesta como “una mención vacua del simple hecho de que la sociedad en cuestión... observe ciertas pautas de conducta como reglas obligatorias”.²⁷

La consideración de Hart sobre la costumbre representa, realmente, el reconocimiento de que existen al menos algunas normas jurídicas que no son obligatorias porque su validez se apoye en criterios expuestos en una regla magistral, sino que su obligatoriedad —como la de la regla magistral— se debe a su aceptación como obligatorias por la colectividad. Esto deteriora la primorosa estructura piramidal que admirábamos en la teoría de Hart: ya no podemos decir que la regla magistral es válida sólo por su aceptación, siendo válidas todas las demás normas a tenor de aquélla.

Esto acaso sea sólo un pequeño descalabro, dado que las normas consuetudinarias que Hart tiene en cuenta no constituyen ya una parte considerable del derecho; pero denota que Hart se resistiría a extender el deterioro incluyendo bajo la rúbrica de “costumbre” todos los principios y directrices fundamen-

²⁷ HART, *op. cit.*, p. 230.

tales que hemos expuesto. Si tuviera que calificar éstos como integrantes del derecho y admitir, empero, que la única prueba de su normativa reside en su grado de aceptación como derecho por la colectividad o una parte de ella, Hart reduciría de manera muy pronunciada el sector del derecho en el que rige su regla magistral. No es que todos los principios y directrices escaparan por ello al imperio de ésta, pero el hecho sería bastante lamentable. Si se aceptan estos principios y directrices como normas jurídicas y, por ende, como pautas que los jueces han de observar al determinar obligaciones legales, resulta que *normas* como las invocadas por primera vez en las causas *Riggs* y *Henningsen* deben su fuerza de ley, al menos en parte, a la autoridad de ciertos principios y directrices, y no enteramente a la regla magistral de aceptación.

Así, no podemos adaptar la versión del positivismo defendida por Hart modificando su regla de reconocimiento de modo que abarque los principios. No es posible formular criterios de origen que adscriban los principios a actos legislativos, ni puede tenerse por válido su concepto de derecho consuetudinario —que constituye una excepción al primer dogma del positivismo— sin rechazar por completo dicho dogma. Sin embargo, cabe considerar otra posibilidad más. Si ninguna regla de reconocimiento ofrece un criterio para identificar los principios, ¿por qué no decir que éstos son fundamentales y *constituyen* la regla de aceptación de nuestro derecho? Para responder a la cuestión general de “qué es derecho válido en una jurisdicción norteamericana”, deberíamos, pues, definir todos los principios y normas constitucionales supremas vigentes a la sazón en dicha jurisdicción, atribuyendo a cada uno un rango específico. Un positivista podría entonces conceptuar esta serie de pautas

como regla de reconocimiento en esa jurisdicción. Esta solución tiene el atractivo de lo paradójico, pero representa evidentemente una rendición incondicional: si nos limitamos a designar nuestra regla de reconocimiento por la frase “la serie completa de principios en vigor”, habremos plasmado únicamente la tautología de que el derecho es el derecho. Si, en cambio, tratásemos de enumerar todos los principios en vigor, fracasaríamos. Son polémicos, su rango tiene suma importancia, son innumerables, y varían y se modifican con tanta rapidez que el comienzo de nuestra lista quedaría anticuado antes de que completásemos la mitad. Y aunque consiguiéramos nuestro propósito, no tendríamos de una clave para determinar lo jurídico, porque no quedaría nada susceptible de ser descifrado con nuestra clave.

Mi conclusión es que, si consideramos jurídicos los principios, debemos rechazar el primer dogma del positivismo, según el cual el derecho de una colectividad se distingue de otras pautas sociales mediante algún criterio en forma de regla magistral. Hemos decidido ya que tenemos que abandonar entonces el segundo dogma —la doctrina del arbitrio judicial— o aclararlo hasta convertirlo en una trivialidad. ¿Y qué decir del tercer dogma, la teoría positivista de la obligación legal?

Esta teoría sostiene que existe una obligación legal sólo cuando una norma jurídica reconocida impone tal obligación. De ahí que en una causa difícil —aquella para la que no puede encontrarse tal norma reconocida— no exista una obligación legal mientras el juez no cree una nueva norma para el futuro. El juez puede aplicar la nueva norma a las partes litigantes, pero ésta es una legislación *ex post facto*, no la confirmación de una obligación preexistente.

La doctrina positivista del arbitrio judicial (en sentido estricto) requería adoptar este punto de vista, ya que, si un juez puede decidir a su arbitrio, no es posible que haya ningún derecho u obligación legal —o sea, ningún título— que él deba imponer a las partes. No obstante, una vez desechada esa doctrina y admitido el carácter jurídico de los principios, admitimos también la posibilidad de que pueda imponerse una obligación legal tanto mediante una constelación de principios como por una norma preestablecida. No tenemos inconveniente en decir que existe una obligación legal siempre que las razones que abonan tal obligación, en forma de principios legales vinculantes de diverso carácter, pesan más que los argumentos en su contra.

Desde luego, habría que responder a muchas preguntas antes de que pudiéramos aceptar este planteamiento de la obligación legal. Si no existe una regla de reconocimiento, ni ningún criterio determinante del carácter jurídico en ese sentido, ¿cómo decidiremos qué principios serán decisivos, y en qué medida lo serán, para defender tal postura? ¿Cómo podremos decidir si una postura es más plausible que la otra? Si la obligación legal se funda en un juicio inde demostrable de esa clase, ¿cómo puede éste justificar la decisión judicial de que una de las partes tiene una obligación legal? ¿Concuerda este concepto de obligación con el modo de expresarse de juristas, jueces y particulares, y es coherente con nuestras actitudes sobre la obligación moral? ¿Contribuye este análisis a dilucidar los clásicos problemas jurisprudenciales sobre la naturaleza del derecho?

Es preciso abordar dichas cuestiones, pero aun éstas son de suyo más prometedoras que las soluciones positivistas. El positivismo no alcanza a resolver, con

sus propias tesis, esas desconcertantes causas cuya dificultad nos lleva a buscar teorías sobre el derecho. Llegados a estas causas, el positivismo nos remite a una doctrina del arbitrio judicial que no conduce a nada ni resuelve nada. Su concepción del derecho como un sistema normativo ha influido poderosamente en nuestra imaginación, acaso por su propia simplicidad. Si nos sacudimos el yugo de este modelo normativo, podremos establecer otro más acorde con la complejidad y falta de sencillez de nuestras prácticas.