

HERBERT L. A. HART

Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford

EL CONCEPTO DE DERECHO

Traducción de
GENARO R. CARRIÓ

UNIVERSIDAD ADOLFO IBARRAZ
BIBLIOTECA



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

D

CAPÍTULO V

EL DERECHO COMO UNION DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

1. UN NUEVO PUNTO DE PARTIDA

En los tres capítulos precedentes hemos visto que, en varios puntos cruciales, el modelo simple del derecho como órdenes coercitivos del soberano no reproduce algunas de las características salientes de un sistema jurídico. Para demostrar esto no creímos necesario invocar, como otros críticos, el derecho internacional o el derecho primitivo, que algunos pueden considerar ejemplos discutibles o casos marginales de derecho; en lugar de ello señalamos ciertas notas familiares del derecho de un estado moderno, y mostramos que ellas resultaban desfiguradas o totalmente desatendidas en esta teoría demasiado simple.

Las principales formas en que dicha teoría fracasa son lo suficientemente instructivas para merecer un segundo resumen. Primero, se hizo claro que aunque entre todas las variedades de derecho son las leyes penales, que prohíben o prescriben ciertas acciones bajo castigo, las que más se parecen a órdenes respaldadas por amenazas dadas por una persona a otras, tales leyes, sin embargo, difieren de dichas órdenes en un aspecto importante, a saber, que por lo común también se aplican a quienes las sancionan, y no simplemente a otros. En segundo lugar, hay otras variedades de normas, principalmente aquellas que confieren potestades jurídicas para decidir litigios o legislar (potestades públicas) o para crear o modificar relaciones jurídicas (potestades privadas), que no pueden, sin caer en el absurdo, ser interpretadas como órdenes respaldadas por amenazas. En tercer lugar,

hay reglas jurídicas que difieren de las órdenes en su modo de origen, porque ellas no son creadas por nada análogo a una prescripción explícita. Finalmente, el análisis del derecho en términos del soberano habitualmente obedecido y necesariamente libre de toda limitación jurídica, no da razón de la continuidad de la autoridad legislativa, característica de un moderno sistema jurídico, y la persona o personas soberanas no pueden ser identificadas con el electorado o con la legislatura de un estado moderno.

Será menester recordar que al criticar así la concepción del derecho como órdenes coercitivas del soberano, consideramos también una cantidad de artificios auxiliares que fueron introducidos a costa de alterar la simplicidad primitiva de la teoría para superar sus dificultades. Pero también estos recursos fracasaron. Uno de ellos, la noción de orden tácita, pareció no tener aplicación a las complejas realidades de un sistema jurídico moderno, sino únicamente a situaciones mucho más simples, tales como la de un general que deliberadamente se abstiene de interferir en las órdenes dadas por sus subordinados. Otros artificios, tales como el de tratar a las reglas que confieren potestades como meros fragmentos de reglas que imponen deberes, o de tratar a todas las reglas como dirigidas únicamente a los funcionarios, desfiguran las maneras en que se alude a esas reglas, se las concibe, y se las usa efectivamente en la vida social. Esto no tiene mejores títulos para obtener nuestro asentimiento que la teoría de que todas las reglas de un juego son "realmente" directivas para el árbitro. El artificio para reconciliar el carácter auto-obligatorio de la legislación con la teoría de que una ley es una orden dada a otros, fue considerar a los legisladores, cuando actúan en su capacidad oficial, como una persona que ordena a otras, entre quienes se incluye a los propios legisladores en su capacidad privada. Este recurso en sí impecable, obliga a complementar la teoría con algo que ella no contiene: la noción de una regla que define lo que hay que hacer para legislar. Porque sólo conformándose con tal regla los legisladores tienen una capacidad oficial y una personalidad separada, que puede distinguirse de la que poseen en cuanto individuos particulares.

Los tres capítulos precedentes, por lo tanto, son testimonio de un fracaso y, obviamente, hace falta empezar de nuevo. El fracaso, empero, es aleccionador, y mereció la consideración detallada que le dedicamos, porque en cada punto en que la teoría no se adecuó a los hechos fue posible ver, por lo menos en forma esquemática, por qué tenía que fracasar y qué es lo que hacía falta para obtener una mejor explicación. La raíz del fracaso es que los elementos con que se ha construido la teoría, a saber las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni tampoco pueden producir mediante su combinación, la idea de regla, sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho. Es verdad que la idea de regla no es en modo alguno simple: hemos visto ya en el capítulo III que, para hacer justicia a la complejidad de un sistema jurídico, es necesario distinguir entre dos tipos diferentes, aunque relacionados, de reglas. Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones.

Hemos ofrecido ya algún análisis preliminar de lo que va implicado en la afirmación de que en un determinado grupo social existen reglas de estos dos tipos, y en este capítulo no sólo llevaremos ese análisis un poco más adelante sino que defendemos la tesis general de que en la combinación de estos dos tipos de reglas se encuentra lo que Austin, erróneamente, creía

haber hallado en la noción de órdenes coercitivas, a saber, "la clave de la ciencia de la jurisprudencia". No pretenderemos, ciertamente, que siempre que se usa "con propiedad" la palabra "derecho" ha de hallarse esta combinación de reglas primarias y secundarias: porque resulta claro que los muy variados casos respecto de los cuales se usa la palabra "derecho" no están unidos entre sí por tal uniformidad simple, sino por relaciones menos directas, a menudo por relaciones de analogía, de forma o de contenido, con un caso central. Lo que trataremos de mostrar, en éste y en los capítulos subsiguientes, es que la mayor parte de las características del derecho que se han presentado como más desconcertantes y que han provocado, y hecho fracasar, la búsqueda de una definición, pueden ser clarificadas mejor si entendemos estos dos tipos de reglas y la acción recíproca entre ellos. Atribuimos a esta unión de elementos un lugar central en razón de su poder explicativo para elucidar los conceptos que constituyen la estructura del pensamiento jurídico. La justificación del uso de la palabra "derecho" para un campo aparentemente heterogéneo de casos es una cuestión secundaria, que puede ser abordada cuando se han aprehendido los elementos centrales.

2. LA IDEA DE OBLIGACION

Se recordará que la teoría del derecho como órdenes coercitivas, a pesar de sus errores, partía de la apreciación perfectamente correcta del hecho de que donde hay normas jurídicas la conducta humana se hace en algún sentido no optativa, u obligatoria. Al elegir este punto de partida, la teoría estaba bien inspirada, y al construir una nueva explicación del derecho en términos de la interacción de reglas primarias y secundarias, nosotros también partiremos de la misma idea. Sin embargo, es aquí, en este crucial primer paso, donde tenemos más que aprender de los errores de aquella teoría.

Recordemos la situación del asaltante. A. ordena a B. entregarle el dinero y lo amenaza con disparar sobre él si no cumple. De acuerdo con la teoría de las órdenes coercitivas esta situación ejemplifica el concepto de obligación o deber en ge-

neral. La obligación jurídica consiste en esta situación a escala mayor; A. tiene que ser el soberano, habitualmente obedecido, y las órdenes tienen que ser generales, prescribiendo cursos de conducta y no acciones aisladas. La plausibilidad de pretender que la situación del asaltante despliega el significado de "obligación", consiste en el hecho de que, ciertamente, es una situación en la que diríamos que B., si obedeció, "se vio obligado" a ello. Sin embargo, es igualmente cierto que no describiríamos adecuadamente la situación si dijéramos, en base a estos hechos, que B. "tenía la obligación" o el "deber" de entregar el dinero. Así, desde el comienzo, resulta claro que necesitamos algo más para comprender la idea de obligación. Hay una diferencia, todavía no explicada, entre la aserción de que alguien *se vio obligado* a hacer algo, y la aserción de que *tenía la obligación* de hacerlo. Lo primero es, a menudo, una afirmación acerca de las creencias y motivos que acompañan a una acción: decir que B. se vio obligado a entregar el dinero puede significar simplemente, como ocurre en el caso del asaltante, que él creyó que si no lo hacía sufriría algún daño u otras consecuencias desagradables, y entregó el dinero para evitar dichas consecuencias. En tales casos la perspectiva de lo que podría sucederle al agente si desobedece, hace que algo que en otras circunstancias hubiera preferido hacer (conservar el dinero) resulte una acción menos preferible.

Dos elementos adicionales complican ligeramente la elucidación de la idea de verse obligado a hacer algo. Parece claro que no pensaríamos que B. se vio obligado a entregar el dinero si el daño con que se lo amenazó hubiera sido, de acuerdo con la apreciación común, un daño trivial en comparación con las desventajas o consecuencias serias, para B. o para otros, de acatar las órdenes. Tal sería el caso, por ejemplo, si A. simplemente hubiera amenazado a B. con pellizcarlo. Tampoco diríamos, quizás, que B. se vio obligado, si no había fundamentos razonables para pensar que A. llevaría a la práctica su amenaza de causarle un daño relativamente serio. Sin embargo, aunque en esta noción van implícitas tales referencias a la apreciación común de un daño comparativo y de un cálculo razonable de probabilidad,

el enunciado de que una persona se vio obligada a obedecer a otra es, en lo principal, un enunciado psicológico que se refiere a las creencias y motivos que acompañaron a una acción. Pero el enunciado de que alguien *tenía la obligación* de hacer algo es de un tipo muy diferente y hay numerosos signos de esa diferencia. Así, no sólo ocurre que los hechos acerca de la acción de B. y sus creencias y motivos, en el caso del asaltante, aunque suficientes para sustentar la afirmación de que B. se vio obligado a entregar su cartera, no son *suficientes* para sustentar el enunciado de que tenía la obligación de hacerlo. Ocurre también que hechos de este tipo, es decir, hechos acerca de creencias y motivos, *no son necesarios* para la verdad de un enunciado que afirma que una persona tenía la obligación de hacer algo. Así, el enunciado de que una persona tenía la obligación, por ejemplo, de decir la verdad o de presentarse a cumplir el servicio militar, sigue siendo verdadero aunque esa persona creyera (razonablemente o no) que nunca sería descubierto y que nada tenía que temer a causa de la desobediencia. Además, mientras que el enunciado de que alguien tenía esa obligación es totalmente independiente del problema de si efectivamente se presentó o no al servicio militar, el enunciado de que alguien se vio obligado a hacer algo lleva normalmente la implicación de que realmente lo hizo.

Algunos teóricos, entre ellos Austin, advirtiendo quizás la general irrelevancia de las creencias, temores y motivos de una persona respecto de la cuestión de si ella tenía obligación de hacer algo, han definido esta noción no en términos de esos hechos subjetivos, sino en términos de la *probabilidad* o *riesgo* de que la persona que tiene la obligación sufra un castigo o un "mal" a manos de otros en caso de desobediencia. Esto, en efecto, es tratar a los enunciados de obligación no como enunciados psicológicos, sino como predicciones o cálculos del riesgo de recibir un castigo o sufrir un "mal". A muchos teóricos posteriores esto les ha parecido una revelación, que trae a la tierra una noción esquivada y la reformula en los mismos términos claros, rigurosos y empíricos que se usan en la ciencia. Algunas veces ha sido

aceptado, en efecto, como la única alternativa frente a las concepciones metafísicas de la obligación y el deber en tanto que objetos invisibles que existen misteriosamente "por encima" o "por detrás" del mundo de los hechos ordinarios y observables. Pero hay muchas razones para rechazar esta interpretación de los enunciados de obligación como predicciones, y ella no es realmente la única alternativa frente a una metafísica oscura.

La objeción fundamental es que la interpretación predictiva oscurece el hecho de que, cuando existen reglas, las desviaciones respecto de ellas no son simples fundamentos para la predicción de que sobrevendrán reacciones hostiles o de que un tribunal aplicará sanciones a quienes las transgreden; tales desviaciones son también una razón o justificación para dichas reacciones y sanciones. En el capítulo IV ya hicimos notar esta indiferencia hacia el aspecto interno de las reglas; en el presente capítulo nos ocuparemos más en detalle de ello.

Hay, empero, una segunda objeción, más simple, a la interpretación predictiva de la obligación. Si fuera verdad que el enunciado de que una persona tenía una obligación significa que era probable que *él* sufriera un castigo en caso de desobediencia, sería una contradicción decir que dicha persona tenía una obligación, por ejemplo, la de presentarse a cumplir el servicio militar, pero que debido al hecho de que consiguió huir de la jurisdicción, o pudo sobornar a la policía o al tribunal, no existe la mínima probabilidad de que sea aprehendido o de que se le aplique un castigo. En realidad no hay contradicción en decir esto, y tales enunciados son frecuentemente formulados y comprendidos.

Es verdad, por supuesto, que en un sistema jurídico normal en el que se sanciona una elevada proporción de transgresiones, un transgresor corre usualmente el riesgo de sufrir el castigo; así por lo común, el enunciado de que una persona tiene una obligación y el enunciado de que es probable que se lo castigue a causa de la desobediencia, serán ambos verdaderos. En verdad, la conexión entre estos dos enunciados es de algún modo más fuerte: por lo menos en un sistema nacional bien puede ocurrir

que, a menos que *en general* sea probable, que se apliquen las sanciones a los transgresores, de poco o nada valdría hacer enunciados particulares acerca de las obligaciones de una persona. En este sentido, se puede decir que tales enunciados presuponen la creencia en el funcionamiento normal continuado del sistema de sanciones, del mismo modo que en el fútbol la expresión "saque lateral" presupone, aunque no afirma, que los jugadores, el árbitro y el *linesman* probablemente tomarán las consiguientes medidas. Sin embargo, es crucial para la comprensión de la idea de obligación advertir que en los casos individuales el enunciado de que una persona tiene una obligación según cierta regla, y la predicción de que probablemente habrá de sufrir un castigo a causa de la desobediencia, pueden no coincidir.

Resulta claro que en la situación del asaltante no hay obligación, aunque la idea más simple de verse obligado a hacer algo puede bien ser definida según los elementos allí presentes. Para comprender la idea general de obligación como necesario preliminar para comprenderla en su forma jurídica, debemos volver nuestra mirada a una situación social distinta que, a diferencia de la situación del asaltante, incluye la existencia de reglas sociales; porque esta situación contribuye de dos maneras al significado del enunciado de que una persona tiene una obligación. Primero, la existencia de tales reglas, que hacen de ciertos tipos de comportamiento una pauta o modelo, es el trasfondo normal o el contexto propio, aunque no expreso, de tal enunciado; y, en segundo lugar, la función distintiva de este último es aplicar tal regla general a una persona particular, destacando el hecho de que su caso queda comprendido por ella. Hemos visto ya en el capítulo IV que en la existencia de reglas sociales está de por medio una combinación de conducta regular con una actitud distintiva hacia esa conducta en cuanto pauta o modelo de comportamiento. Hemos visto también las principales formas en que aquéllas difieren de los meros hábitos sociales, y cómo el variado vocabulario normativo ("deber", "tener que", etc.), se usa para destacar o poner de manifiesto la pauta o modelo y las desviaciones respecto del mismo, y para formular las exigencias, críticas o re-

conocimientos que pueden basarse en él. Dentro de esta clase de términos normativos, las palabras "obligación" y "deber" forman una importante subclase, y llevan consigo ciertas implicaciones que por lo común no están presentes en las otras. De aquí que aunque para entender la noción de obligación o deber es ciertamente indispensable captar los elementos que en general diferencian las reglas sociales de los meros hábitos, ello no es de por sí suficiente.

El enunciado de que alguien tiene o está sometido a una obligación, implica sin duda alguna la existencia de una regla; sin embargo no siempre es el caso que cuando existen reglas, la conducta requerida por ellas es concebida en términos de obligación. "El debía" ("he ought to have") y "él tenía la obligación" ("he had an obligation to") no son siempre expresiones intercambiables, aún cuando ambas coinciden en comportar una referencia implícita a pautas o criterios de conducta existentes, o son usadas para extraer conclusiones, en casos particulares, a partir de una regla general. Las reglas de etiqueta o del habla correcta, son ciertamente reglas: ellas no son meros hábitos convergentes o regularidades de conducta; se las enseña y se hacen esfuerzos para preservarlas; son usadas para criticar nuestra conducta y la conducta ajena mediante el característico vocabulario normativo, "Debes quitarte el sombrero", "Es incorrecto decir 'fuistes'". Pero usar, en conexión con reglas de este tipo, las palabras "obligación" o "deber", sería engañoso o equívoco y no simplemente anómalo desde un punto de vista estilístico. Describiría en forma inadecuada una situación social, porque aunque la línea que separa las reglas de obligación de otras reglas es, en ciertos puntos, una línea vaga, sin embargo la razón principal de la distinción es bastante clara.

Se dice y se piensa que una regla impone obligaciones cuando la exigencia general en favor de la conformidad es insistente, y la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo es grande. Tales reglas pueden ser de origen puramente consuetudinario: puede no haber un sistema centralmente organizado de castigos frente a la transgresión de ellas;

la presión social puede únicamente asumir la forma de una reacción crítica u hostil generalmente difundida que no llega a las sanciones físicas. Ella puede limitarse a manifestaciones verbales de desaprobación o a invocaciones al respeto de los individuos hacia la regla violada; puede depender en gran medida de sentimientos tales como vergüenza, remordimiento y culpa. Cuando la presión es del tipo mencionado en último término, podemos sentirnos inclinados a clasificar las reglas como parte de la moral del grupo social, y la obligación impuesta por ellas como obligación moral. A la inversa, cuando entre las formas de presión las sanciones físicas ocupan un lugar prominente o son usuales, aunque no estén definidas con precisión ni sean administradas por funcionarios, sino que su aplicación queda librada a la comunidad en general, estaremos inclinados a clasificar las reglas como una forma rudimentaria o primitiva de derecho. Podemos, por supuesto, hallar ambos tipos de presión social sería tras lo que es, en un sentido obvio, la misma regla de conducta. A veces esto puede ocurrir sin que haya indicación alguna de que una de ellas es peculiarmente apropiada para ser la forma de presión primaria, y la otra la secundaria; en tales casos la cuestión de si se trata de una regla moral o de una regla jurídica rudimentaria puede no ser susceptible de respuesta. Pero por el momento la posibilidad de trazar la línea entre el derecho y la moral no debe detenernos. Lo que vale la pena destacar es que la insistencia en la importancia o *seriedad* de la presión social que se encuentra tras las reglas es el factor primordial que determina que ellas sean concebidas como dando origen a obligaciones.

Otras dos características de la obligación van naturalmente unidas a esta característica primaria. Las reglas sustentadas por esta presión social sería son reputadas importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se atribuye gran valor. Es típico que reglas tan obviamente esenciales como las que restringen el libre uso de la fuerza sean concebidas en términos de obligación. Así también, las reglas que reclaman honestidad o veracidad, o que exigen que cumplamos con nuestras promesas, o que especifican qué ha de

hacer quien desempeña un papel o función distintivos dentro del grupo social, son concebidas en términos de "obligación" o *quízás*, con más frecuencia, de "deber". En segundo lugar, se reconoce generalmente que la conducta exigida por estas reglas, aunque sea beneficiosa para otros, puede hallarse en conflicto con lo que la persona que tiene el deber desea hacer. De aquí que se piensa que las obligaciones y deberes característicamente implican sacrificio o renuncia, y la constante posibilidad de conflicto entre la obligación o deber y el interés es, en todas las sociedades, uno de los lugares comunes del jurista y del moralista.

La imagen de una ligazón que ata a la persona obligada, imagen que la palabra "obligación" lleva en sí, y la noción similar de una deuda, latente en la palabra deber, son explicables en términos de estos tres factores, que distinguen las reglas de obligación o deber de otras reglas. En esta imagen que persigue a buena parte del pensamiento jurídico, la presión social aparece como una cadena que sujeta a aquellos que tienen obligaciones para que no puedan hacer lo que quieren. El otro extremo de la cadena está a veces en manos del grupo o de sus representantes oficiales, que reclaman el cumplimiento o aplican la pena; a veces es confiado por el grupo a un particular, que puede optar entre exigir o no el cumplimiento, o su valor equivalente. La primera situación típica los deberes u obligaciones del derecho penal; la segunda, los del derecho civil, donde concebimos a los particulares como titulares de derechos correlativos a las obligaciones.

Aunque estas imágenes o metáforas sean naturales y, quizás, esclarecedoras, no debemos permitir que se adueñen de nosotros, y nos lleven a una concepción equívoca de la obligación como algo que consiste esencialmente en algún sentimiento de presión o compulsión, experimentado por los obligados. El hecho de que las reglas que las imponen están por lo general sustentadas por una presión social sería, no implica que estar sometido a una obligación establecida por esas reglas es experimentar sentimientos de compulsión o de presión. De aquí que no es contradictorio decir que un cuentero empedernido tenía obligación de pagar el alquiler, pero no se sintió urgido a ello cuando se escapó sin ha-

cerlo. *Sentirse* obligado y tener una obligación son cosas diferentes, aunque con frecuencia concomitantes. Confundirlas sería una manera de desinterpretar, en términos de sentimientos psicológicos, el importante aspecto interno de las reglas que destacamos en el capítulo III.

Este aspecto interno de las reglas es, en verdad, algo a lo que tenemos que referirnos otra vez, antes de rechazar, en forma final, las pretensiones de la teoría predictiva. Porque un sostenedor de esta teoría bien puede preguntarnos por qué, si la presión social es una característica tan importante de las reglas que imponen obligaciones, estamos tan interesados en destacar las insuficiencias de la teoría predictiva, que asigna a esa misma característica un papel central, al definir la obligación en términos de la probabilidad de que el castigo amenazado, o la reacción hostil, subsigan a la desviación respecto de ciertas líneas de conducta. Puede parecer pequeña la diferencia que existe entre el análisis de un enunciado de obligación como la profecía, o el cálculo de probabilidad, de una reacción hostil frente a la conducta irregular, y nuestra tesis de que si bien ese enunciado presupone un trasfondo en el que las conductas irregulares enfrentan generalmente reacciones hostiles, su uso característico, sin embargo, no es predecir esto, sino expresar que el caso de una persona cae bajo tal regla. De hecho, sin embargo, esta diferencia no es pequeña. Por cierto que mientras no se capte su importancia no podremos entender adecuadamente todo el distintivo estilo de pensamiento, discurso y acción humanos que va involucrado en la existencia de reglas y que constituye la estructura normativa de la sociedad.

El siguiente contraste, que se formula también en términos del aspecto "interno" y "externo" de las reglas, puede servir para destacar lo que da a esta distinción su enorme importancia para comprender no sólo el derecho, sino la estructura de cualquier sociedad. Cuando un grupo social tiene ciertas reglas de conducta, este hecho abre la posibilidad de tipos de aserción estrechamente relacionados entre sí, aunque diferentes; porque es posible ocuparse de las reglas como un mero observador que no

las acepta, o como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta. Podemos llamar a estos puntos de vista, el "punto de vista externo" y el "interno", respectivamente. Los enunciados hechos desde el punto de vista externo pueden, a su vez, ser de tipos diferentes. Porque el observador puede, sin aceptar él mismo las reglas, afirmar que el grupo las acepta, y referirse así, desde afuera, a la manera en que *ellos* ven las reglas desde el punto de vista interno. Pero cualesquiera sean las reglas, sean ellas de juegos, como las del ajedrez o del fútbol, o reglas jurídicas o morales, podemos, si lo preferimos, ocupar la posición de un observador que ni siquiera se refiere de esa manera al punto de vista interno del grupo. Tal observador se satisface simplemente con registrar las regularidades de conducta observables en que parcialmente consiste la conformidad con las reglas, y aquellas regularidades adicionales, en la forma de reacción hostil, reprobaciones, o castigos, que enfrentan a las desviaciones. Después de un tiempo el observador externo puede, sobre la base de las regularidades observadas, correlacionar la desviación con la reacción hostil y predecir con un aceptable grado de acierto, calculando las probabilidades, que una desviación de la conducta normal del grupo dará lugar a la reacción hostil o al castigo. Tal conocimiento no sólo puede revelar mucho acerca del grupo, sino que puede capacitar al espectador para vivir en él libre de las consecuencias desagradables que aguardarían a quien intentara vivir en el grupo sin poseer tal conocimiento.

Sin embargo, si el observador se atiene realmente en forma rígida a este punto de vista extremo y no da ninguna explicación de la manera en que los miembros del grupo que aceptan las reglas contemplan su propia conducta regular, su descripción de la vida de éstos no podrá ser, en modo alguno, una descripción en términos de reglas ni, por lo tanto, en términos de las nociones de obligación o deber que son dependientes de la noción de regla. En lugar de ello, su descripción será en términos de regularidades de conducta observables, predicciones, probabilidades y signos. Para tal observador, las desviaciones de un miembro del

grupo respecto de la conducta normal serán un signo de que probablemente sobrevendrá una reacción hostil, y nada más. Su visión del problema será como la de aquel que habiendo observado durante algún tiempo el funcionamiento de una señal de tránsito en una calle de movimiento intenso, se limita a decir que cuando se enciende la luz roja hay una alta probabilidad de que el tránsito se detenga. El ve en la señal luminosa un simple *signo natural de que* la gente se comportará de cierta manera, tal como las nubes son un *signo de que* lloverá. De esa manera nuestro observador no verá toda una dimensión de la vida social de aquellos a quienes observa, ya que para éstos la luz roja no es un mero signo de que los otros se detendrán: los miembros del grupo ven en la luz roja una *señal* para que ellos se detengan, y, por ello, una razón para detenerse de conformidad con las reglas que hacen que el detenerse cuando se enciende la luz roja sea una pauta o criterio de conducta y una obligación. Mencionar esto es introducir en la explicación la manera en que el grupo contempla su propia conducta. Es referirse al aspecto interno de las reglas, vistas desde el punto de vista interno.

El punto de vista externo puede reproducir muy aproximadamente la manera en que las reglas funcionan en la vida de ciertos miembros del grupo, a saber, aquellos que rechazan sus reglas y únicamente se interesan en ellas porque piensan que la violación desencadenará, probablemente, consecuencias desagradables. Su punto de vista tiene que expresarse diciendo: "Me vi obligado a hacerlo", "Es probable que me sancionen si...", "Probablemente Ud. será penado si...", "Ellos le harán esto si...". Pero no necesita formas de expresión como "tenía la obligación" o "Ud. tiene la obligación", porque ellas son únicamente exigidas por quienes ven su conducta y la de otras personas desde el punto de vista interno. Lo que no puede reproducir el punto de vista externo, que se limita a las regularidades observables de conducta, es la manera en que las reglas funcionan como tales en la vida de quienes normalmente constituyen la mayoría de la sociedad. Estos son los funcionarios, abogados, o particulares que las usan, en situación tras situación, como guías para conducir la

vida social, como fundamento para reclamaciones, demandas, reconocimientos, críticas o castigos, esto es, en todas las transacciones familiares de la vida conforme a reglas. Para ellos la violación de una regla no es simplemente una base para la predicción de que sobrevendrá cierta reacción hostil, sino una *razón* para esa hostilidad.

Es probable que la vida de cualquier sociedad que se guía por reglas, jurídicas o no, consiste, en cualquier momento dado, en una tensión entre quienes, por una parte, aceptan las reglas y voluntariamente cooperan en su mantenimiento, y ven por ello su conducta, y la de otras personas, en términos de las reglas, y quienes, por otra parte, rechazan las reglas y las consideran únicamente desde el punto de vista externo, como signos de un posible castigo. Una de las dificultades que enfrenta cualquier teoría jurídica ansiosa de hacer justicia a la complejidad de los hechos, es tener en cuenta la presencia de ambos puntos de vista y no decretar, por vía de definición, que uno de ellos no existe. Quizás todas nuestras críticas a la teoría predictiva de la obligación pueden ser resumidas de la mejor manera, diciendo que ella hace precisamente eso con el aspecto interno de las reglas obligatorias.

3. LOS ELEMENTOS DEL DERECHO

Es posible, por supuesto, imaginar una sociedad sin una legislatura, tribunales o funcionarios de ningún tipo. Hay, ciertamente, muchos estudios de comunidades primitivas en los que no sólo se sostiene que esa posibilidad se ha realizado, sino que se describe en detalle la vida de una sociedad donde el único medio de control social es aquella actitud general del grupo hacia sus pautas o criterios de comportamiento, en términos de los cuales hemos caracterizado las reglas de obligación. Una estructura social de este tipo es designada a menudo como una estructura social basada en la "costumbre"; pero no usaremos esta palabra, porque con frecuencia sugiere que las reglas consuetudinarias son muy antiguas y están apoyadas en una presión social menor que la que sustenta a otras reglas. Para evitar estas implicacio-

nes nos referiremos a tal estructura social como una estructura de reglas primarias de obligación. Para que una sociedad pueda vivir únicamente con tales reglas primarias, hay ciertas condiciones que, concediendo algunas pocas verdades trilladas relativas a la naturaleza humana y al mundo en que vivimos, tienen que estar claramente satisfechas. La primera de estas condiciones es que las reglas tienen que restringir, de alguna manera, el libre uso de la violencia, el robo y el engaño, en cuanto acciones que los seres humanos se sienten tentados a realizar, pero que tienen, en general, que reprimir, para poder coexistir en proximidad cercana los unos con los otros. De hecho tales reglas siempre aparecen en las sociedades primitivas que conocemos, junto con una variedad de otras reglas que imponen a los individuos deberes positivos diversos, como cumplir ciertos servicios o hacer contribuciones a la vida común. En segundo lugar, aunque tal sociedad puede exhibir la tensión, ya descrita, entre los que aceptan las reglas, y los que las rechazan excepto cuando el miedo de la presión social los induce a conformarse con ellas, es obvio que el último grupo no puede ser más que una minoría, para que pueda sobrevivir una sociedad de personas que tienen aproximadamente la misma fuerza física, organizada con tan poca cohesión. Porque de otra manera, quienes rechazan las reglas encontrarían muy poca presión social que temer. Esto también está confirmado por lo que sabemos de las comunidades primitivas en las que, aunque hay disidentes y malhechores, la mayoría vive de acuerdo con las reglas vistas desde el punto de vista interno.

Más importante para nuestro propósito actual es la consideración siguiente. Es obvio que sólo una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común, y creencias, y ubicada en un ambiente o circunstancia estable, puede vivir con buen resultado según tal régimen de reglas no oficiales. En cualesquiera otras condiciones una forma tan simple de control social resultará defectuosa, y requerirá diversas formas de complementación. En primer lugar, las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ningun-

na marca común identificatoria, excepto, por supuesto, que ellas son las reglas que un grupo particular de seres humanos acepta. A este respecto se parecerán a nuestras reglas de etiqueta. Por ello, si surgen dudas sobre cuáles son las reglas, o sobre el alcance preciso de una regla determinada, no habrá precedente alguno para solucionar esas dudas, ya sea mediante referencia a un texto con autoridad o a la opinión de un funcionario cuyas declaraciones sobre el punto estén revestidas de ella. Porque, obviamente, tal procedimiento y el reconocimiento del texto o personas con autoridad, implican la existencia de reglas de un tipo diferente a las de obligación o deber que, *ex hypothesis*, son todas las reglas que el grupo tiene. Podemos llamar a este defecto de la estructura social simple de reglas primarias, su *falta de certeza*.

Un segundo defecto es el carácter *estático* de las reglas. El único modo de cambio de éstas conocido por tal sociedad será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligatorios; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas al principio con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas. En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas; porque, también aquí, la posibilidad de hacer esto presupone la existencia de reglas de un tipo diferente a las reglas primarias de obligación, que son las únicas que rigen la vida de esta sociedad. En un caso extremo las reglas pueden ser estáticas en un sentido más drástico. Aunque esto quizás no ha ocurrido en forma total en ninguna comunidad, merece ser considerado porque el remedio para ello es algo muy característico del derecho. En este caso extremo no sólo no habría manera de cambiar deliberadamente las reglas generales, sino que las obligaciones que ellas imponen en los casos particulares no podrían ser variadas o modificadas por la elección deliberada de ningún individuo. Todo individuo tendría simplemente obligaciones o deberes fijos de hacer algo o de abstenerse de hacerlo. Es cierto que a menudo podría ocurrir que otros se

beneficiaran con el cumplimiento de esas obligaciones; pero si sólo hay reglas primarias de obligación, los últimos no tendrían la potestad de liberar del cumplimiento a los obligados, ni la de transferir a terceros los beneficios que de tal cumplimiento derivarían. Porque tales actos de liberación o de transferencia crean cambios en las posiciones iniciales de los individuos, determinadas por las reglas primarias de obligación, y para que esos actos sean posibles tiene que haber reglas de un tipo diferente al de éstas.

El tercer defecto de esta forma simple de vida comunitaria, es la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas. Siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no violada y, salvo en las sociedades más pequeñas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva, y con autoridad, el hecho de la violación. La ausencia de tales determinaciones definitivas dotadas de autoridad no debe ser confundida con otra debilidad asociada a ella. Me refiero al hecho de que los castigos por la violación de las reglas, y otras formas de presión social que implican esfuerzo físico o el uso de la fuerza, no son administrados por un órgano especial, sino que su aplicación está librada a los individuos afectados o al grupo en su conjunto. Es obvio que la pérdida de tiempo que significan los esfuerzos del grupo no organizado para apresar y castigar a los transgresores, y las encarnizadas *vendettas* que pueden resultar de la justicia por mano propia en ausencia de un monopolio oficial de "sanciones", pueden ser inconvenientes serios. La historia del derecho sugiere fuertemente, sin embargo, que la falta de órganos oficiales para determinar con autoridad el hecho de la violación de las reglas es un defecto mucho más serio; porque muchas sociedades procuran remedios para este defecto mucho antes que para el otro.

El remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma más simple de estructura social, consiste en complementar las reglas *primarias* de obligación con reglas *secun-*

darias que son de un tipo diferente. La introducción del remedio para cada defecto podría, en sí, ser considerada un paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico; pues cada remedio trae consigo muchos elementos que caracterizan al derecho: ciertamente los tres remedios en conjunto son suficientes para convertir el régimen de reglas primarias en algo que es indiscutiblemente un sistema jurídico. Consideraremos uno a uno estos remedios y mostraremos por qué el derecho puede ser caracterizado en la forma más esclarecedora como una unión de reglas primarias de obligación con esas reglas secundarias. Antes de hacer esto, sin embargo, debemos subrayar los siguientes puntos generales. Si bien los remedios consisten en la introducción de reglas que por cierto son distintas entre sí, como lo son de las reglas primarias que complementan, ellas tienen importantes características en común y están conectadas de diversas maneras. Se puede decir que ellas se encuentran en un nivel distinto que las reglas primarias porque son *acerca* de éstas; en otros términos, mientras las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer, estas reglas secundarias se ocupan de las reglas primarias. Ellas especifican la manera en que las reglas primarias pueden ser verificadas en forma concluyente, introducidas, eliminadas, modificadas, y su violación determinada de manera incontrovertible.

La forma más simple de remedio para la *falta de certeza* del régimen de reglas primarias, es la introducción de lo que llamaremos una "regla de reconocimiento" ("*rule of recognition*"). Esta especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce. La existencia de tal regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas. Como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de las reglas, dotado de autoridad. No hay duda de que como cuestión histórica este paso

del mundo prejurídico al jurídico puede ser cumplido en etapas distinguibles, la primera de las cuales es la mera reducción a escritura de las reglas hasta ese momento no escritas. Este no es en sí el paso crucial, aunque es muy importante. Lo que es crucial es el reconocimiento de la referencia a la escritura o inscripción como *revestida de autoridad*, es decir, como la forma *propia* de resolver las dudas acerca de la existencia de la regla. Donde hay ese reconocimiento hay una forma muy simple de regla secundaria: una regla para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación.

En un sistema jurídico desarrollado las reglas de reconocimiento son, por supuesto, más complejas; en lugar de identificar las reglas exclusivamente por referencia a un texto o lista, ellas lo hacen por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Esta puede ser el hecho de haber sido sancionadas por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales. Además, cuando más de una de tales características generales son consideradas como criterios de identificación, pueden establecerse normas para su posible conflicto estructurándolas en un orden de superioridad, como ocurre, por ejemplo, con la usual subordinación de la costumbre o del precedente a la ley, que es considerada una "fuente superior" de derecho. Tal complejidad puede hacer que las reglas de reconocimiento en un sistema jurídico moderno parezcan muy diferentes de la simple aceptación de un texto revestido de autoridad. Sin embargo, aún en esta forma más simple, tal regla trae consigo muchos elementos distintivos del derecho. Al proporcionar una marca o signo con autoridad introduce, aunque en forma embrionaria, la idea de un sistema jurídico. Porque las reglas no son ya un conjunto discreto inconexo, sino que, de una manera simple, están unificadas. Además, en la operación simple de identificar una regla dada como poseedora de la característica exigida de pertenecer a una lista de reglas a la que se atribuye autoridad, tenemos el germen de la idea de validez jurídica.

El remedio para la cualidad *estática* del régimen de reglas

primarias, consiste en la introducción de lo que llamaremos "reglas de cambio". La forma más simple de tal regla es aquella que faculta a un individuo o cuerpo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores. Como hemos sostenido ya en el Capítulo IV, es en términos de tal regla, y no en términos de las órdenes respaldadas por amenazas, que han de ser entendidas las ideas de creación y derogación de normas jurídicas por vía legislativa. Tales reglas de cambio pueden ser muy simples o muy complejas; las potestades conferidas pueden ser ilimitadas o limitadas de diversas maneras; y las reglas, además de especificar las personas que han de legislar, pueden definir en forma más o menos rígida el procedimiento a ser seguido en la legislación. Obviamente habrá una conexión muy estrecha entre las reglas de cambio y las de reconocimiento: porque donde existen las primeras, las últimas necesariamente incorporarán una referencia a la legislación como característica identificatoria de las reglas, aunque no es menester que mencionen todos los detalles del procedimiento legislativo. Por lo común las reglas de reconocimiento considerarán que un certificado oficial, o una copia oficial, bastan para acreditar que se ha cumplido con el procedimiento establecido. Por supuesto que si la estructura social es tan simple que la única "fuente de derecho" es la legislación, la regla de reconocimiento se limitará a especificar que la sanción legislativa es la única marca o señal identificatoria, o criterio de validez, de las reglas. Tal sería el caso, por ejemplo, en el imaginario reino de Rex I aludido en el Capítulo IV: allí la regla de reconocimiento diría simplemente que cualquier cosa que Rex I sancione es derecho.

Ya hemos descripto con algún detalle las reglas que confieren potestad a los individuos para variar las posiciones iniciales que les asignan las reglas primarias. Sin tales reglas que confieren potestades privadas, la sociedad carecería de algunas de las principales facilidades que el derecho le acuerda. Porque los actos que tales reglas hacen posibles son el otorgamiento de testamentos, la celebración de contratos, y muchas otras estructuras de derechos y de-

beres, creadas voluntariamente, que tipifican la vida bajo el derecho, aunque por supuesto también subyace una forma elemental de reglas que confieren potestad bajo la institución moral de la promesa. El parentesco entre estas reglas y las reglas de cambio que están en juego en la noción de legislación, es claro, y tal como lo ha mostrado una teoría tan reciente como la de Kelsen, muchas de las características que nos desconciertan en las instituciones del contrato o de la propiedad resultan clarificadas concibiendo los actos de celebrar un contrato, o de transferir una propiedad, como el ejercicio por parte de los individuos de potestades legislativas limitadas.

El tercer complemento del régimen simple de reglas primarias, usado para remediar la insuficiencia de la presión social difusa que aquél ejerce, consiste en reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión particular se ha transgredido una regla primaria. La forma mínima de adjudicación consiste en tales determinaciones, y llamaremos a las reglas secundarias que confieren potestad de hacerlas "reglas de adjudicación". Además de identificar a los individuos que pueden juzgar, tales reglas definen también el procedimiento a seguir. Al igual que las otras reglas secundarias, están en un nivel diferente respecto de las reglas primarias: aunque pueden ser reforzadas mediante reglas que imponen a los jueces el deber de juzgar, ellas no imponen deberes sino que confieren potestades jurisdiccionales y acuerdan un *status* especial a las declaraciones judiciales relativas a la transgresión de obligaciones. Estas reglas, como las otras reglas secundarias, definen un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia. Además de estas semejanzas con las otras reglas secundarias, las reglas de adjudicación tienen conexiones íntimas con ellas. En verdad, un sistema que tiene reglas de adjudicación está también necesariamente comprometido a una regla de reconocimiento de tipo elemental e imperfecto. Esto es así porque, si los tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida, no puede evitarse que ellas sean considera-

das como determinaciones revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas. Así, la regla que confiere jurisdicción es también una regla de reconocimiento que identifica a las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales, y estas decisiones se convierten en una "fuente" de derecho. Es verdad que esta forma de regla de reconocimiento, inseparable de la forma mínima de jurisdicción, será muy imperfecta. A diferencia de un texto con autoridad o de un libro de leyes, las sentencias no pueden ser formuladas en términos generales y su uso como guías que señalan cuáles son las reglas, depende de una inferencia de algún modo frágil, hecha a partir de decisiones particulares, y el grado de certeza que ella proporciona tiene que fluctuar en función de la habilidad del intérprete y de la consistencia de los jueces.

Casi es innecesario agregar que en pocos sistemas jurídicos las potestades judiciales están limitadas a la determinación del hecho de la violación de las reglas primarias. La mayor parte de los sistemas, después de algún tiempo, han advertido las ventajas de una centralización adicional de la presión social; y han prohibido parcialmente el uso de castigos físicos o de auto-ayuda violenta por los particulares. En lugar de ello, han complementado las reglas primarias de obligación mediante reglas secundarias adicionales que especifican, o por lo menos limitan, los castigos por la transgresión de aquéllas, y han conferido a los jueces que verifican el hecho de la violación el poder exclusivo de disponer la aplicación de penas por otros funcionarios. Estas reglas secundarias proveen a las sanciones centralizadas oficiales del sistema.

Si recapitulamos y consideramos la estructura que ha resultado de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, es obvio que tenemos aquí, no sólo la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto al jurista como al teórico de la política.

Los conceptos específicamente jurídicos, que interesan profesionalmente al jurista, tales como los de obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación y jurisdicción,

y sanción, son elucidados mejor en términos de esta combinación de elementos. Pero además de ello, los conceptos que se encuentran en la intersección de la teoría del derecho con la teoría política, tales como los de Estado, autoridad y funcionario, exigen un análisis similar para que la oscuridad que todavía los rodea se disipe. No es difícil hallar la razón por la que un análisis en términos de reglas primarias y secundarias tiene este poder explicatorio. Muchas de las oscuridades y distorsiones que rodean a los conceptos jurídicos y políticos, surgen del hecho de que éstos implican esencialmente una referencia a lo que hemos llamado el punto de vista interno: el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecúa a las reglas, sino que *usan* las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás. Esto requiere una atención más detallada en el análisis de los conceptos jurídicos y políticos que la que usualmente éstos han recibido. Bajo el régimen simple de las reglas primarias el punto de vista interno se manifiesta, en su forma más sencilla, en el uso de aquellas reglas como fundamento para la crítica, y como justificación de las exigencias de conformidad, precisión social y castigo. El análisis de los conceptos básicos de obligación y deber reclama una referencia a estas manifestaciones más elementales del punto de vista interno. Con el agregado de las reglas secundarias, el campo de lo que se hace y dice desde el punto de vista interno se extiende y diversifica mucho. Con esta extensión aparece todo un conjunto de nuevos conceptos, cuyo análisis reclama una referencia al punto de vista interno. Entre ellos se encuentran las nociones de jurisdicción, legislación, validez, y, en general, de potestades jurídicas, privadas y públicas. Hay una constante inclinación a analizar estos conceptos en los términos del discurso ordinario o científico, que enuncia hechos, o del discurso predictivo. Pero esto sólo puede reproducir su aspecto externo; para hacer justicia a su aspecto distintivo o interno necesitamos ver las diferentes maneras en que los actos de creación jurídica del legislador, la adjudicación de un tribunal, el ejercicio de potestades privadas u oficiales, y otros "actos jurídicos", están relacionados con las reglas secundarias.

En el próximo capítulo mostraremos cómo las ideas de validez del derecho y de fuentes del derecho, y las verdades latentes entre los errores de las doctrinas del soberano, pueden ser reformuladas y clarificadas en términos de reglas de reconocimiento. Pero concluiremos este capítulo con una advertencia: aunque la combinación de reglas primarias y secundarias, en razón de que explica muchos aspectos del derecho, merece el lugar central asignado a ella, esto no puede por sí iluminar todos los problemas. La unión de reglas primarias y secundarias está en el centro de un sistema jurídico; pero no es el todo y a medida que nos alejamos del centro tenemos que ubicar, en las formas que indicaremos en capítulos posteriores, elementos de carácter diferente.