

HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho* (trad. Genaro Carrió). Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963, pp. 1-32; 99-191; 229-261.

HERBERT L. A. HART

Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford

EL CONCEPTO DE DERECHO

Traducción de
GENARO R. CARRIÓ



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

PREFACIO A LA EDICIÓN CASTELLANA

Constituye una satisfacción muy grande para mí el hecho de que mi libro The Concept of Law esté ahora al alcance de los lectores de habla española, y en una traducción que, según mi modo de ver, reúne todo lo que debe ser una traducción. Lamento no poder escribir en español, pero puedo leerlo lo suficientemente bien como para darme cuenta de que el Dr. Genaro R. Carrió ha cumplido su tarea con rara destreza y gran comprensión. Ha superado algunos obstáculos muy serios. La terminología del derecho y de la filosofía jurídica ingleses contiene muchas expresiones que carecen de equivalentes simples en español; porque las palabras de cada uno de esos idiomas están con frecuencia cargadas de una teoría jurídica extraña al otro y llevan en sí implicaciones diferentes. Por añadidura, al escribir mi libro creí necesario, para destacar aspectos del derecho previamente desatendidos, inventar o usar expresiones que no son familiares ni siquiera para los juristas ingleses. Nada de esto, empero, ha impedido que el Dr. Carrió comprendiera lo que quise decir, por lo menos tan bien como lo comprendo yo. Le agradezco la laboriosidad y el cuidado que ha puesto en la traducción.

Oxford, marzo de 1963.

PREFACIO A LA EDICIÓN INGLESA

En este libro he querido promover la comprensión del derecho, la coerción y la moral, en cuanto fenómenos sociales diferentes, aunque relacionados. Si bien está primariamente dirigido al estudioso de la teoría jurídica, espero que sea también útil a aquellos que se interesan principalmente en la filosofía moral o política o en la sociología, más que en el derecho. El jurista verá en este libro un ensayo de teoría jurídica analítica (analytical jurisprudence), porque se ocupa de la clarificación de la estructura general del pensamiento jurídico, y no de la crítica del derecho o política jurídica. Además, en muchos puntos he planteado problemas que bien puede decirse que versan sobre el significado de términos. Así, por ejemplo, he considerado cómo "verse obligado" difiere de "tener una obligación"; cómo el enunciado de que una regla es una norma jurídica válida difiere de una predicción de la conducta de los funcionarios; qué es lo que quiere decir la aserción de que un grupo social observa una regla y cómo difiere de la aserción de que sus miembros hacen habitual-mente ciertas cosas y cómo se asemeja a ella. Ciertamente, uno de los temas centrales del libro es que ni el derecho, ni ninguna otra forma de estructura social, puede ser comprendido sin una apreciación de ciertas distinciones cruciales entre dos tipos diferentes de enunciados, que he denominado "internos" y "externos" y que pueden ser formulados dondequiera se observan reglas sociales.

A pesar de su preocupación por el análisis, el libro puede también ser considerado un ensayo de sociología descriptiva; porque la sugestión de que las investigaciones sobre los significados

de las palabras simplemente arrojan luz sobre éstas, es falsa. Muchas distinciones importantes, que no son inmediatamente obvias, entre tipos de situación social, o relaciones, pueden ser esclarecidas mejor mediante un examen de los usos típicos de las expresiones relevantes y de la manera en que éstas dependen de un contexto social que a menudo no se expresa. En este campo de estudio es particularmente verdad, como decía el Profesor J. L. Austin, que podemos usar "una conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra apercepción de los fenómenos".

Es obvio que tengo una enorme deuda frente a otros autores; en verdad buena parte del libro se ocupa de las deficiencias de un modelo simple de sistema jurídico, construido según las líneas de la teoría imperativa de Austin. Vero en el texto el lector encontrará muy pocas referencias a otros autores y muy pocas notas de pie de página. En lugar de ello hallará, al final del libro, notas extensas para ser leídas después de cada capítulo; allí se relacionan las opiniones expresadas en el texto con las de mis predecesores y mis contemporáneos, y se formulan sugerencias sobre las maneras en que se -puede proseguir el razonamiento en los trabajos de ellos. He adoptado este criterio, en parte porque la línea de argumento del libro es continua, y su continuidad quedaría interrumpida por la comparación con otras teorías. Pero también he tenido en mira un propósito pedagógico: confío en que esta estructura puede desalentar la creencia de que un libro de teoría general del derecho es, por sobre todo, una obra en la que uno se informa sobre el contenido de otros libros. Mientras esta creencia persista entre los autores, poco progresará nuestra disciplina, y mientras persista entre los lectores, el valor educativo de aquélla seguirá siendo muy escaso.

He sido deudor durante demasiado tiempo de demasiados amigos para ser capaz ahora de señalar todas mis obligaciones. Pero tengo que reconocer una deuda especial frente a A. M. Ho-r.oré, cuya crítica detallada puso de manifiesto muchas confusiones de pensamiento e ineptitudes de estilo. He tratado de eliminarlas, pero temo que ha quedado mucho que él no aprobaría. A conversaciones con G. A. Paul debo lo que pueda haber de

valor en la filosofía política de este libro y en la interpretación del derecho natural que en él hago; tengo que agradecerle también el haber leído las pruebas. Me siento también muy agradecido a Rupert Cross y P. F. Strawson, que leyeron el texto, por su beneficioso consejo y crítica.

H. L. A. HART

Oxford, febrero de 1961.

CAPÍTULO I PREGUNTAS PERSISTENTES

1. PERPLEJIDADES DE LA TEORÍA JURÍDICA

Pocas preguntas referentes a la sociedad humana han sido formuladas con tanta persistencia y respondidas por pensadores serios de maneras tan diversas, extrañas, y aun paradójicas, como la pregunta "¿qué es derecho?". Aunque limitemos nuestra atención a la teoría jurídica de los últimos ciento cincuenta años, y dejemos a un lado la especulación clásica y medioeval acerca de la "naturaleza" del derecho, nos daremos con una situación que no encuentra paralelo en ningún otro tema estudiado en forma sistemática como disciplina académica autónoma. No hay una vasta literatura consagrada a contestar las preguntas "¿qué es química?" o "¿qué es medicina?", como la hay para responder a la pregunta "¿qué es derecho?". Unas pocas líneas en la primera página de un manual elemental es todo cuanto debe considerar el estudiante de aquellas ciencias; y las respuestas que se le dan son de un tipo muy diferente al de las que recibe el estudiante de derecho. Nadie ha pensado que es esclarecedor o importante insistir en que la medicina es "lo que los médicos hacen respecto de las enfermedades", o "una predicción de lo que los médicos harán", o declarar que lo que comúnmente es reconocido como una parte característica, central, de la química, por ejemplo, el estudio de los ácidos, no es en realidad parte de ella. Sin embargo, en el caso del derecho, se han dicho con frecuencia cosas que a primera vista parecen tan extrañas como éstas, y no sólo se las ha dicho sino que se ha insistido en ellas con elocuencia y pasión, como si fueran revelaciones de verdades sobre el derecho, oscu-

recidas desde tiempo atrás por representaciones groseramente falsas de su naturaleza esencial.

"Lo que los funcionarios hacen respecto de las disputas es... el derecho mismo"¹; "Las profecías de lo que los tribunales harán... es lo que entiendo por derecho";² "Las leyes son fuentes de derecho... no partes del derecho mismo";³ "El derecho constitucional no es otra cosa que moral positiva";⁴ "No se debe robar; si alguien roba deberá ser castigado.... Si existe, la primera norma está contenida en la segunda, que es la única norma genuina.... El derecho es la norma primaria que establece la sanción"⁸.

Estas son sólo unas pocas de las numerosas afirmaciones y negaciones sobre la naturaleza del derecho que, por lo menos a primera vista, se presentan como extrañas y paradójicas. Algunas de ellas parecen hallarse en conflicto con las creencias más firmemente arraigadas y ser fácilmente refutables; es así que estamos tentados de contestar: "Por supuesto que las leyes *son* derecho, al menos un tipo de derecho aunque hay otros"; "Seguro que derecho no puede significar simplemente lo que los funcionarios hacen o lo que los tribunales harán, puesto que es menester una norma de derecho para que alguien sea funcionario o juez".

Sin embargo, estas expresiones aparentemente paradójicas no fueron formuladas por visionarios o por filósofos interesados profesionalmente en poner en duda los veredictos más elementales del sentido común. Ellas son el resultado de una prolongada reflexión sobre el derecho, llevada a cabo por hombres que han sido primordialmente juristas, dedicados profesionalmente a la enseñanza o a la práctica de aquél, y en algunos casos, a su aplicación como jueces. Además, lo que ellos dijeron sobre el derecho realmente incrementó, en su tiempo y lugar, nuestra comprensión del mismo. Porque, entendidos en su contexto, tales

¹ Llewellyn, *The Bramble Bush* (2a. ed., 1951), p. 9.

² O. W. Holmes, "The Path of the Law", en *Collected • Pavers* (1920), p. 173.

³ J. C. Gray, *The Nature and Sources of the Law* (1902), s. 276.

⁴ Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832). Conferencia VI (ed. 1954, p. 259).

⁸ Kelsen, *General Theory of Law and State* (1949), p. 61.

enunciados son *a la vez* esclarecedores y desconcertantes: se parecen más a gruesas exageraciones de algunas verdades sobre el derecho, indebidamente desatendidas, que a definiciones frías. Arrojan una luz que nos hace ver mucho que permanecía oculto en el derecho; pero la luz es tan brillante que nos ciega respecto del resto y seguimos así sin una visión clara del conjunto.

Este interminable debate teórico en los libros, contrasta extrañamente con la capacidad de la mayoría de los hombres para citar ejemplos de derecho, con facilidad y confianza, si se les pide que lo hagan. Pocos ingleses ignoran que hay normas de derecho que prohíben el homicidio, otras que obligan a pagar el impuesto a los réditos, otras que especifican qué es lo que hay que hacer para otorgar un testamento válido. Virtualmente todos, salvo el niño o el extranjero que se encuentra con la palabra inglesa "law" por vez primera, podrían multiplicar fácilmente tales ejemplos, y la mayoría de la gente podría hacer algo más. Podrían describir, por lo menos en esquema, cómo se determina si algo es derecho en Inglaterra; saben que hay expertos a quienes consultar, y tribunales que tienen la última palabra, revestida de autoridad, sobre tales cuestiones. Generalmente se sabe mucho más que esto. La mayoría de la gente educada tiene la idea de que las reglas de derecho de Inglaterra forman algún tipo de sistema, y que en Francia o en los Estados Unidos o en Rusia, y, por cierto, en casi todas las partes del mundo que son concebidas como un "país" independiente, hay sistemas jurídicos que son, en líneas generales, similares en estructura, a pesar de sus importantes diferencias. Sin duda que una educación habría fracasado seriamente si no informara sobre estos hechos, y no pensaríamos que es un signo de gran sutileza si quienes los conocen pueden decirnos también cuáles son los puntos importantes de semejanza entre los diferentes sistemas jurídicos. Podríamos esperar de todo hombre culto que fuera capaz de identificar estas características destacadas, en una forma esquemática del tipo siguiente. Ellas comprenden (I) reglas que prohíben o hacen obligatorios ciertos tipos de conducta bajo amenaza de aplicar una pena; (II) reglas que exigen que indemnicemos a quienes hemos dañado de

ciertas maneras; (III) reglas que especifican qué es lo que tenemos que hacer para otorgar testamentos y celebrar contratos u otros acuerdos que confieren derechos y crean obligaciones; (IV) tribunales que determinan cuáles son las reglas y cuándo han sido transgredidas, y que fijan el castigo a aplicar o la compensación a pagar; (V) una legislatura que hace nuevas reglas y deroga las anteriores.

Si todo esto es de conocimiento común, ¿cómo es que la pregunta "¿qué es derecho?" ha persistido y ha recibido respuestas tan variadas y extraordinarias? ¿Es porque, además de los casos típicos claros, constituidos por los sistemas jurídicos de los estados modernos, que nadie en su sano juicio dudaría que son sistemas jurídicos, existen también casos dudosos, acerca de cuya "calidad jurídica" no sólo vacilan los hombres cultos comunes, sino también los juristas? El derecho primitivo y el derecho internacional son los más importantes de tales casos dudosos, y es patente que muchos entienden que hay razones, aunque por lo común no concluyentes, para considerar que es impropio extender el presente uso convencional de la palabra "derecho" a estos casos. Por cierto que la existencia de tales casos cuestionables o discutibles ha dado origen a una controversia prolongada y de alguna manera estéril, pero es patente que esos casos no pueden explicar las perplejidades sobre la naturaleza general del derecho, expresadas por la persistente pregunta "¿qué es derecho?" Que ésta no puede ser la raíz de las dificultades, parece manifiesto por dos razones.

Primero, es completamente obvio por qué se vacila en los referidos casos. El derecho internacional carece de legislatura, los estados no pueden ser llevados ante los tribunales internacionales sin su previo consentimiento, y no existe un sistema centralmente organizado y efectivo de sanciones. Ciertos tipos de derecho primitivo, incluso aquellos a partir de los cuales pueden haber ido evolucionando en forma gradual algunos sistemas jurídicos contemporáneos, presentan características similares a las señaladas, y es perfectamente claro para cualquiera que lo que hace que su clasificación se presente como cuestionable es su desvia-

ción de los casos típicos, en estos aspectos. No hay ningún misterio en ello.

En segundo lugar, no es en virtud de una peculiaridad de términos complejos como "derecho" y "sistema jurídico" que estamos forzados a aceptar que hay casos típicos claros y casos límites discutibles. Es hoy un hecho familiar (aunque demasiado poco subrayado) que es menester hacer esta distinción respecto de casi todos los términos generales que usamos para clasificar características de la vida humana y del mundo en que vivimos. A veces la diferencia entre el caso típico claro, o paradigma, del uso de una expresión, y los casos discutibles, es sólo una cuestión de grado. Un hombre con un cráneo reluciente es claramente calvo; otro que tiene una hirsuta melena, claramente no lo es; pero la cuestión de si es calvo un tercer hombre que tiene una mata de cabellos aquí y otra allá podría ser discutida interminablemente, si se la considerara importante, o si dependiera de ella alguna decisión práctica.

A veces la desviación respecto del caso típico no es una mera cuestión de grado, sino que surge cuando el caso típico es de hecho un complejo de elementos normalmente concomitantes pero distintos, alguno o algunos de los cuales pueden faltar en los casos debatibles. ¿Es un bote volador un "buque"? ¿Podemos seguir hablando de "ajedrez" si decidimos jugar sin la reina? Tales cuestiones pueden ser instructivas porque nos obligan a reflexionar, haciéndola explícita, sobre nuestra concepción de la composición del caso típico; pero es obvio que esto, que puede ser llamado el aspecto marginal de las cosas, es algo demasiado común para explicar el largo debate sobre el derecho. Además, sólo una parte relativamente pequeña y poco importante de las más famosas y controvertidas teorías jurídicas se ocupa del problema de si es o no propio usar las expresiones "derecho primitivo" o "derecho internacional" para describir los casos a los que ellas convencionalmente se aplican.

Cuando reflexionamos sobre la capacidad general de la gente para reconocer y citar ejemplos de normas de derecho, y so-

bre la cantidad de cosas que generalmente se sabe acerca del caso típico de sistema jurídico, podría parecer fácil poner fin a la persistente pregunta "¿qué es derecho?", señalando simplemente una serie de cosas familiares. ¿Por qué no nos limitamos a repetir la explicación esquemática de las características salientes de un sistema jurídico nacional que, quizás con excesivo optimismo, pusimos, en la pág. 3 en labios de un hombre culto? Podemos decir simplemente, "Tal es el caso típico de lo que se quiere decir con 'derecho' y 'sistema jurídico'; no hay que olvidar que además de estos casos típicos encontraremos también estructuras en la vida social que, aunque comparten algunas de estas características salientes, no tienen otras de ellas. Estos son casos debatidos respecto de los cuales no puede haber un argumento concluyente en favor o en contra de su clasificación como derecho".

Esta manera de tratar el problema sería agradablemente breve. Pero fuera de ése, no presentaría ningún otro aspecto favorable. Porque, en primer lugar, resulta claro que quienes se encuentran más perplejos ante la pregunta "¿qué es derecho?" no han olvidado, y no necesitan que se les recuerden, los hechos familiares que esta respuesta esquemática les ofrece. La profunda perplejidad que ha mantenido viva la pregunta, no es ignorancia u olvido o falta de capacidad para reconocer los fenómenos a los que la palabra "derecho" comúnmente se refiere. Además, si consideramos los términos de nuestra explicación esquemática de un sistema jurídico, es patente que ella no va mucho más allá de afirmar que en el caso típico, normal, van unidas normas jurídicas de tipo diverso. Esto es así, porque tanto un tribunal como una legislatura, que aparecen en ese breve esquema como elementos típicos de un sistema jurídico normal o común, son a su vez creaciones del derecho. Sólo cuando hay ciertos tipos de normas jurídicas que acuerdan a los hombres jurisdicción para decidir casos y autoridad para dictar reglas se constituye un tribunal o una legislatura.

Esta manera breve de tratar el problema, que se limita a recordar las convenciones existentes que rigen el uso de las expresiones

"derecho" y "sistema jurídico", es, por lo tanto, inútil. Obviamente lo mejor es posponer toda respuesta a la pregunta "¿qué es derecho?" hasta que descubramos qué es lo que realmente ha desconcertado a quienes la han hecho o tratado de contestar, aun cuando su familiaridad con el derecho y su capacidad para reconocer ejemplos de él sean indiscutibles. ¿Qué más quieren saber y por qué quieren saberlo? Es posible dar algo así como una respuesta general a *esta* pregunta. Porque hay ciertos temas principales recurrentes que han formado un foco constante de argumento y de contra-argumento acerca de la naturaleza del derecho, y provocado afirmaciones exageradas y paradójicas sobre el mismo, tales como las que ya hemos citado. La especulación sobre la naturaleza del derecho tiene una historia larga y complicada; sin embargo en visión retrospectiva se advierte que se ha centrado en forma casi continua en unas pocas cuestiones principales. Estas no fueron elegidas o inventadas gratuitamente para placer de la discusión académica; ellas se refieren a aspectos del derecho que, en todo tiempo y en forma natural, parecen dar origen a equívocos, de modo que la confusión y la consiguiente necesidad de una mayor claridad acerca de ellos puede coexistir, aún en los espíritus de pensadores profundos, con un firme dominio y conocimiento del derecho.

2. TRES PROBLEMAS RECURRENTES

Distinguiremos aquí tres de esos principales problemas recurrentes, y mostraremos después por qué ellos se presentan juntos bajo la forma de la exigencia de una *definición* del derecho o de una respuesta a la pregunta "¿qué es derecho?", o a preguntas estructuradas más oscuramente, tales como "¿cuál es la naturaleza (o la esencia) del derecho?".

Dos de estos problemas surgen de la manera siguiente. La característica general más destacada del derecho, en todo tiempo y lugar, es que su existencia significa que ciertos tipos de conducta humana no son ya optativos sino obligatorios, en *algún* sentido. Sin embargo, esta característica aparentemente simple

no lo es en realidad, porque dentro de la esfera de la conducta no optativa u obligatoria podemos distinguir diversas formas. El sentido primero, y el más simple, en que la conducta no es ya optativa, se presenta cuando un hombre se ve forzado a hacer lo que otro le dice, no porque sea compelido físicamente en el sentido de que se actúa sobre su cuerpo, sino porque el otro lo amenaza con consecuencias desagradables si se rehusa a hacer lo que éste quiere. El asaltante ordena a su víctima entregarle el bolso y le amenaza con disparar si no lo hace; si la víctima cumple, aludimos a la manera en que fue forzada a hacerlo diciendo que se vio *obligada* a ello. A algunos les ha parecido claro que esta situación en que una persona da a otra una orden respaldada por amenazas, y, en este sentido de "obligar", la obliga a cumplir, muestra la esencia del derecho, o, por lo menos, "la clave de la ciencia de la jurisprudencia"⁶. Este es el punto de partida del análisis de Austin que tanto ha influido en la teoría jurídica inglesa.

Es por cierto indudable que, a menudo, un sistema jurídico presenta, entre otros, este aspecto. Una ley penal que declara que cierta conducta es delito y especifica la pena para el transgresor, puede asemejarse a la situación del asaltante en escala mayor; y podemos pensar que la única diferencia es relativamente pequeña, a saber, que en el caso de las leyes las órdenes están dirigidas, por lo común, a un grupo que habitualmente las obedece. Pero por atractiva que pueda parecer esta reducción de los complejos fenómenos del derecho a este elemento simple, se ha visto, cuando se la examina más de cerca, que constituye una deformación y una fuente de confusión aun en el caso de una ley penal, en el que un análisis en estos términos simples parece ser más plausible. ¿En qué difieren, pues, el derecho y la obligación jurídica de las órdenes respaldadas por sanciones y cómo están relacionados con ellas? Este ha sido, en todo tiempo, un problema cardinal, latente en la pregunta "¿qué es derecho?".

Un segundo problema semejante surge de una segunda manera

⁶Austin, op. cit., Conferencia I, p. 13. Austin añade "y de la moral".

en que -la conducta puede ser no optativa sino obligatoria. Las reglas morales imponen obligaciones y excluyen ciertas áreas de conducta de la libre elección del individuo para comportarse como le place. Tal como un sistema jurídico contiene obviamente elementos estrechamente conectados con los casos simples de órdenes respaldadas por amenazas, así, en forma igualmente obvia, contiene elementos estrechamente conectados con ciertos aspectos de la moral. En ambos casos por igual es difícil identificar cuál es la relación precisa y estamos inclinados a ver en la conexión claramente cercana una identidad. No sólo el derecho y la moral comparten un vocabulario, de modo que puede hablarse de obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos; también todos los sistemas jurídicos nacionales reproducen la sustancia de ciertas exigencias morales fundamentales. El asesinato y el uso irresponsable de la violencia no son sino los ejemplos más obvios de la coincidencia entre las prohibiciones del derecho y la moral. Además, hay una idea, la de justicia, que parece unir ambos campos: es al mismo tiempo una virtud especialmente adecuada al derecho y la más jurídica de las virtudes. Hablamos de "justicia *de acuerdo con el derecho*", y también de la justicia o injusticia *de las normas de derecho*.

Estos hechos sugieren el punto de vista de que el derecho es entendido mejor como una "rama" de la moral o de la justicia y que es su congruencia con los principios de moral o justicia, y no el hecho de que constituye un cuerpo de órdenes y amenazas, lo que hace a su "esencia". Esta es la doctrina característica no sólo de las teorías escolásticas del derecho natural sino de cierta teoría jurídica contemporánea que critica al "positivismo" jurídico heredado de Austin. Sin embargo, también aquí las teorías que llevan a cabo esta estrecha asimilación del derecho a la moral, con frecuencia parecen confundir, en último término, uno y otro tipo de conducta obligatoria, y dejar un lugar insuficiente para las diferencias de especie entre las reglas morales y las jurídicas y para las divergencias en sus requerimientos. Estas son por lo menos tan importantes como las semejanzas y convergencias que también podemos hallar. Así, la afirmación de que "una norma

jurídica injusta no es una norma jurídica" ⁷, suena tanto a exageración y a paradoja, sino a falsedad, como "las leyes no son derecho", o "el derecho constitucional no es derecho". Es peculiar de la oscilación entre extremos, que caracteriza a la historia de la teoría jurídica, que aquellos que han visto en la estrecha asimilación entre el derecho y la moral nada más que una inferencia equivocada del hecho de que uno y otra comparten un vocabulario común de derechos y deberes, hayan protestado contra ello en términos igualmente exagerados y paradójicos. "Las profecías de lo que los tribunales harán de hecho, y no otra cosa más ambiciosa, es lo que entiendo por derecho"⁸.

El tercer problema principal que en forma perenne incita a preguntar "¿qué es derecho?" es más general. A primera vista puede parecer que el enunciado de que un sistema jurídico consiste, por lo menos en general, en *reglas*, no podría haber sido puesto en duda ni considerado difícil de entender. Tanto aquellos para quienes la clave de la comprensión del derecho se encuentra en la noción de órdenes respaldadas por amenazas, como aquellos que la ven en su relación con la moral o la justicia, hablan del derecho como algo que contiene reglas, si no está compuesto principalmente de ellas. Sin embargo, la insatisfacción, la confusión y la falta de certeza acerca de esta noción aparentemente no problemática, se encuentra en la base de buena parte de la perplejidad sobre la naturaleza del derecho. ¿Qué *son* las reglas?; ¿qué significa decir que una regla existe?; ¿los tribunales aplican realmente reglas o sólo fingen hacerlo? Una vez que la noción es cuestionada, y lo ha sido especialmente en la teoría jurídica de este siglo, aparecen las mayores divergencias de opinión. De ellas hablaremos rápidamente aquí.

Es cierto que hay reglas de tipos muy diferentes, no sólo en el sentido obvio de que además de las reglas jurídicas hay reglas de etiqueta y de lenguaje, reglas de juegos y reglamentos de clubs, sino en el sentido menos obvio de que aun dentro de cualquiera

⁷ "Non videtur esse lex quae iusta non fuerit": San Agustín I, De *Liberio Arbitrio*, 5; Santo Tomás, *Summa Theologica*, Pr. XCV, Arts. 2,4.

⁸ Holmes, loc. cit.

de estas esferas, las llamadas reglas pueden surgir de maneras diferentes y tener relaciones muy distintas con la conducta a que se refieren. Así, incluso dentro del derecho, algunas reglas son creadas por vía legislativa; otras no son creadas mediante ningún acto deliberado. Más importante aún es esto: algunas reglas son obligatorias en el sentido de que exigen que la gente se comporte de ciertas maneras, por ejemplo, absteniéndose de la violencia o pagando impuestos, lo desee o no; otras reglas, tales como las que prescriben el procedimiento, las formalidades y las condiciones para la celebración de matrimonios, otorgamiento de testamentos o realización de contratos, indican lo que la gente debe hacer para llevar a la práctica sus deseos. El mismo contraste que existe entre estos dos tipos de reglas se advierte entre aquellas reglas de un juego que proscriben ciertos tipos de conducta bajo penalidad (por ejemplo, el juego brusco o la falta de consideración al arbitro), y aquellas que especifican lo que hay que hacer para convertir un tanto o para ganar. Pero aún dejando a un lado por el momento esta complejidad, y considerando sólo el primer tipo de reglas (que son típicas del derecho criminal), encontramos, incluso entre los autores contemporáneos, la más amplia divergencia de opinión sobre qué significa afirmar que una regla de este tipo obligatorio simple existe. Algunos creen, en verdad, que la noción es misteriosa al extremo.

La primera explicación de la idea aparentemente simple de regla obligatoria que, quizás naturalmente, nos sentimos inclinados a dar, tiene que ser abandonada pronto. Es la que sostiene que decir que existe una regla sólo significa que un grupo de personas, o la mayor parte de ellas, se comporta "como regla", es decir, *generalmente*, de una determinada manera similar en ciertos tipos de circunstancias. Así, afirmar que en Inglaterra hay una regla que dice que un hombre no debe usar sombrero en la iglesia, o que debemos ponernos de pie cuando se ejecuta "God Save the Queen", sólo significa, según esta versión del problema, que la mayor parte de la gente generalmente hace estas cosas. Es patente que esto no basta, aunque trasmite parte de lo que se quiere decir. Puede existir una simple convergencia de

conducta entre los miembros de un grupo social (todos pueden beber té regularmente a la hora del desayuno o ir al cine una vez por semana) y, sin embargo, puede no haber regla que lo *exija*. La diferencia entre las dos situaciones sociales, la de mera conducta convergente y la de existencia de una regla social, se muestra también en el plano lingüístico. Al describir la última podemos, aunque no es necesario, usar ciertas palabras que serían equívocas si sólo se intentara afirmar la primera. Estas son las expresiones "tener que" ("must"), y "deber" ("should" o "ought to"), que a pesar de sus diferencias comparten ciertas funciones comunes al indicar la presencia de una regla que exige cierto comportamiento. En Inglaterra no hay ninguna regla que diga que todos tienen que, o deberían, o deben ir al cine una vez por semana: sólo es verdad que regularmente la gente concurre al cine una vez por semana. Pero *hay* una regla que dispone que los hombres deben estar descubiertos en la iglesia.

¿Cuál es, pues, la diferencia crucial entre la mera conducta convergente habitual en un grupo, y la existencia de una regla, de la que a menudo son signo las palabras "tener que" y "deber"? Aquí ciertamente los teóricos del derecho han estado divididos, en particular en nuestros días, en que diversos factores han traído este problema a superficie. En el caso de las reglas jurídicas se ha sostenido a menudo que la diferencia crucial (el elemento de "tener que" o "deber") consiste en el hecho de que las desviaciones de ciertos tipos de conducta probablemente suscitarán una reacción hostil, y, si se trata de reglas jurídicas, serán castigadas por los funcionarios. En el caso de los que pueden ser llamados meros hábitos del grupo, como ir una vez por semana al cine, las desviaciones no dan lugar a castigo, ni aun a reproche. Pero cuando hay reglas que exigen cierta conducta, incluso reglas no jurídicas como la que prescribe que los hombres se descubran en la iglesia, es probable que la desviación produzca una reacción de ese tipo. En el caso de las reglas jurídicas esta consecuencia predecible es precisa y está oficialmente organizada, mientras que en el caso no jurídico, aunque es probable una similar reacción

hostil frente a la desviación, ella no está organizada ni tiene carácter preciso.

Claro está que la predecibilidad del castigo es un aspecto importante de las reglas jurídicas; pero no es posible aceptar esto como una explicación exhaustiva de lo que se quiere decir con el enunciado de que existe una regla social, o como explicación exhaustiva del elemento de "tener que" o de "deber" encerrado en las reglas. Tal versión predictiva está abierta a muchas objeciones, pero una en particular, que es aplicable a toda una escuela de pensamiento jurídico de los países escandinavos, merece cuidadosa consideración. Es que si examinamos de cerca la actividad del juez o del funcionario que castiga las desviaciones de las reglas jurídicas (o la de aquellos particulares que censuran o critican las desviaciones de las reglas^ no jurídicas), vemos que en esta actividad las reglas desempeñan un papel que dicha versión predictiva deja sin explicación alguna. Porque el juez, al castigar, toma a la regla como *guía* y a la transgresión como la *razón* y *justificación* del castigo al transgresor. El juez no ve en la regla un enunciado que expresa que él y otros probablemente castigarán las transgresiones, aunque un espectador podría considerarla precisamente de esta manera. El aspecto predictivo de la regla (aunque totalmente real) es irrelevante a los fines del juez, mientras que el *status* de ella como guía y justificación es esencial. Lo mismo se aplica a las censuras informales por la transgresión de reglas no jurídicas. Ellas tampoco son meras reacciones predecibles frente a las desviaciones, sino algo que es guiado por la existencia de la regla y que se considera justificado por ésta. Así, decimos que censuramos o castigamos a un hombre *porque* ha infringido la regla, y no simplemente que era probable que lo castigaríamos o censuraríamos.

Sin embargo, algunos de los críticos que han insistido en estas objeciones a la explicación predictiva confiesan que hay aquí algo oscuro; algo que se resiste al análisis en términos fácticos, claros y rigurosos. ¿Qué *puede* haber en una regla además del castigo o censura regular, y por ella predecible, a quienes se desvían de las pautas usuales de conducta, que la distinga de un

simple hábito del grupo? ¿Puede realmente haber algo por detrás de estos hechos claramente verificables, algún elemento extra, que guía al juez y justifica la pena, o le da alguna razón para aplicarla? La dificultad en decir cuál es exactamente este elemento extra ha llevado a estos críticos de la teoría predictiva a insistir, a esta altura, en que todo el lenguaje de reglas, y el correspondiente uso de palabras tales como "tener que" y "deber", está colmado de una confusión que quizás exalte su importancia a los ojos de los hombres pero que carece de fundamento racional. Simplemente *pensamos* —pretenden esos críticos— que hay algo en la regla que nos obliga a hacer ciertas cosas y que nos guía o justifica al hacerlas, pero esta es una ilusión aunque sea una ilusión útil. Todo lo que hay, por detrás de los claros hechos verificables de la conducta del grupo y de la reacción predecible ante la desviación, son nuestros poderosos "sentimientos" que nos compelen a comportarnos de acuerdo con la regla y a actuar contra aquellos que no lo hacen. No reconocemos en estos sentimientos lo que tilos en verdad son, sino que imaginamos que hay algo externo, alguna parte invisible de la textura del universo, que nos guía y controla en estas actividades. Estamos aquí en el reino de la ficción, con el cual, se dice, el derecho ha estado siempre conectado. Sólo porque adoptamos esta ficción podemos hablar solemnemente del gobierno de "leyes y no de hombres". Este tipo de crítica, cualquiera sean los méritos de sus tesis positivas, exige por lo menos una elucidación adicional de la distinción entre reglas sociales y simples hábitos de conducta convergente. Esta distinción es crucial para la comprensión del derecho, y buena parte de los primeros capítulos de este libro se refiere a ella.

El escepticismo respecto del carácter de las reglas jurídicas no ha asumido siempre, sin embargo, la forma extrema de condenar la noción misma de regla obligatoria como confusa o ficticia. En lugar de ello, la forma más dominante de ese escepticismo en los Estados Unidos y en Inglaterra nos invita a reconsiderar el punto de vista de que un orden jurídico en su *totalidad* o aun *principalmente* consiste en reglas. No cabe duda de que los tribunales estructuran sus decisiones como para dar la impresión de que ellas

son la consecuencia necesaria de reglas predeterminadas cuyo significado es fijo y claro. En casos muy simples esto puede ser así; pero en la amplia mayoría de los casos que se ventilan ante los tribunales, ni las leyes ni los precedentes en los que, según se pretende, están contenidas las reglas, permiten un único resultado. En los casos más importantes hay siempre una elección. El juez tiene que optar entre posibles significados alternativos de las palabras de una ley, o entre interpretaciones discrepantes de qué es lo que "expresa" un precedente. Únicamente la tradición de que los jueces "hallan" y no "crean" el derecho oculta esto, y presenta sus fallos como si fueran deducciones fácilmente hechas a partir de reglas claras preexistentes, sin que intervenga la elección del juez. Las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido, y en algunos casos puede ser difícil imaginar un debate acerca del significado de la regla. No parece probable que la cláusula de la sección 9 de la Ley de Testamentos de 1837, que exige dos testigos para un testamento, suscite problemas de interpretación. Sin embargo todas las reglas poseen una penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas. Aun el significado de la cláusula aparentemente inocente de la Ley de Testamentos que dispone que el testador debe *firmar* el testamento, puede resultar dudoso en ciertas circunstancias. ¿Qué pasa si el testador usó un seudónimo?, ¿o si otro guió su mano?, ¿o sí escribió únicamente sus iniciales?, ¿o si puso su nombre completo, correctamente, sin ayuda de nadie, pero en la parte superior de la primera hoja en lugar de colocarlo en la parte inferior de la última? En todos estos casos, ¿ha "firmado" según el significado de aquella regla jurídica?

Si puede aparecer tanta incertidumbre en humildes esferas del derecho privado, ¿cuánta más no encontraremos en las grandilocuentes frases de una constitución, tales como las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los Estados Unidos, que establecen que nadie será "privado de la vida, de la libertad, o de la propiedad sin debido proceso legal?". Un autor⁸ ha dicho que el

⁹ J. D. March, "Sociological Jurisprudence Revisited", 8 *Stanford Law Review* (1956), p. 518.

verdadero significado de esta frase es en realidad plenamente claro. Significa: "ningún w será x o y sin z , donde w , x , y , y z pueden asumir cualquier valor dentro de un amplio campo". Para rematar la historia, los escépticos nos recuerdan que no sólo las reglas son inciertas, sino que la interpretación del tribunal, además de hallarse revestida de autoridad, puede ser definitiva. En vista de todo esto, la concepción del derecho que ve en él esencialmente una cuestión de reglas ¿no es acaso una exageración grosera, si no un error? Tales pensamientos conducen a la paradójica negativa que ya hemos citado: "Las leyes son fuentes de derecho, no partes del derecho *mismo*"¹⁰.

3. DEFINICIÓN

He aquí, pues, los tres problemas recurrentes: ¿En qué se diferencia el derecho de las órdenes respaldadas por amenazas, y qué relación tiene con ellas? ¿En qué se diferencia la obligación jurídica de la obligación moral, y qué relación tiene con ella? ¿Qué son las reglas, y en qué medida el derecho es una cuestión de reglas? El principal propósito de la mayor parte de la especulación sobre la "naturaleza" del derecho ha sido eliminar dudas y perplejidades acerca de estas tres cuestiones. Ahora es posible ver por qué esta especulación ha sido usualmente concebida como una búsqueda de la definición del derecho, y también por qué al menos las formas familiares de definición han hecho tan poco para resolver las persistentes dificultades y dudas. La definición, como la palabra *lo* sugiere, es primariamente una cuestión de trazar límites o discriminar entre un tipo de cosa y otro, que el lenguaje distingue mediante una palabra separada. La necesidad de tal delimitación es experimentada con frecuencia por quienes están perfectamente habituados al uso cotidiano de la palabra en cuestión, pero no pueden enunciar o explicar las distinciones que, según ellos sienten, dividen un tipo de cosa de otro. Todos nosotros nos hallamos a veces en esa situación: es fundamentalmente

¹⁰ Grey, loc. cit.

la del hombre que dice, "Yo puedo reconocer un elefante si la veo, pero no puedo definirlo". La misma situación fue expresada en algunas famosas palabras de San Agustín ¹¹ sobre la noción de tiempo. "¿Qué es pues 'tiempo'? Si nadie me lo pregunta lo sé; si deseo explicarlo a alguien que me lo pregunta, no lo sé". Es así que aun juristas avezados han sentido que, aunque conocen el derecho, hay mucho respecto del mismo y de sus relaciones con otras cosas que no pueden explicar y que no entienden plenamente. Como un hombre que puede dirigirse de un punto a otro de una ciudad familiar pero no puede explicar o mostrar a los demás cómo hacerlo, quienes insisten en una definición necesitan un mapa que exhiba con claridad las relaciones que oscuramente perciben entre el derecho que conocen y otras cosas. A veces en tales casos una definición de una palabra puede proporcionar tal mapa: puede hacer explícito el principio latente que guía nuestro uso de la palabra, y al mismo tiempo puede exhibir relaciones entre el tipo de fenómenos a los cuales la aplicamos y otros fenómenos. Se dice a veces que la definición es "meramente verbal" o "simplemente acerca de palabras"; pero esto puede ser sumamente equívoco cuando la expresión definida pertenece al uso corriente. Aun la definición de triángulo como "figura rectilínea de tres lados", o la definición de elefante como un "cuadrúpedo que se distingue de otros porque posee una piel gruesa, colmillos y trompa", nos instruye en forma muy humilde sobre el uso típico de esas palabras y sobre las cosas a que ellas se aplican. Una definición de ese tipo familiar hace dos cosas a la vez. Simultáneamente suministra un código o fórmula que traduce la palabra a otros términos que, se entienden bien, y ubica para nosotros el tipo de cosa a que se refiere la palabra según el uso, indicando las características que comparte con una familia más amplia de cosas y aquellas que la distinguen de otras de la misma familia. Al buscar y hallar tales definiciones "no contemplamos simplemente palabras... sino también las realidades para hablar acerca de las cuales usamos las palabras. Estamos

¹¹Confesiones, XIV, 17.

usando una agudizada conciencia de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos"¹³

Esta forma de definición (*per genus et differentiatn*) que vemos en el caso simple del triángulo o del elefante, es la más simple y de alguna manera la más satisfactoria, porque nos da una forma de palabras que puede ser siempre colocada en reemplazo de la palabra definida. Pero no siempre disponemos de ella, y cuando tal cosa ocurre, no es siempre esclarecedora. Su éxito depende de condiciones que a menudo no se presentan. La principal entre ellas es que haya una familia más amplia de cosas o *genus*, cuyo carácter tengamos en claro, y dentro de la cual la definición ubique lo que define; porque obviamente una definición que nos dice que algo es miembro de una familia no puede sernos de ayuda si sólo tenemos ideas vagas y confusas sobre el carácter de la familia. Es esta exigencia la que en el caso del derecho hace que esta forma de definición sea inútil, porque aquí no hay ninguna categoría general familiar, bien comprendida, que incluya al derecho como miembro. La categoría que se presenta en forma más obvia para ser utilizada de esta manera en una definición del derecho, es la familia general de *reglas de conducta*; sin embargo el concepto de regla, como hemos visto, es tan desconcertante como el de derecho mismo, de tal manera que las definiciones que comienzan identificando a los preceptos jurídicos como una especie de reglas, por lo común no hacen progresar mucho nuestra comprensión de aquél. Por esto, hace falta algo más fundamental que una forma de definición que se usa con éxito para ubicar alguna clase especial, subordinada, dentro de alguna clase de cosas general, familiar, bien entendida.

Hay, sin embargo, otros obstáculos formidables al uso provechoso de esta forma simple de definición en el caso del derecho. La suposición de que una expresión general puede ser definida de esta manera, descansa en el presupuesto tácito de que todos los ejemplos a los que ella se aplica tienen características comu-

¹² J. L. Austin, "A Plea for Excuses", *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 57 (1956-7), 8.

nes que son significadas por dicha expresión. Claro está que ya a un nivel relativamente elemental, la existencia de casos marginales reclama nuestra atención, y esto muestra que el presupuesto de que los diversos ejemplos de un término general deben poseer las mismas características puede tener carácter dogmático. A menudo el uso ordinario, o aún el uso técnico, de una palabra, es plenamente "abierto", en el sentido de que no *prohibe* la extensión del término a casos en los que sólo están presentes algunas de las características normalmente concomitantes. Esto, tal como ya lo hemos observado, es aplicable al derecho internacional y a ciertas formas de derecho primitivo, de modo que es siempre posible discutir con plausibilidad en favor y en contra de dicha extensión. Lo que es *mas* importante es que, además de tales casos marginales, los diversos ejemplos de un término general están a menudo unidos entre sí de maneras totalmente diferentes de la postulada por la forma simple de definición. Pueden estar unidos por analogía, como cuando hablamos del "pie" de un hombre y también del "pie" de una montaña. Pueden estar unidos por *diferentes* relaciones con un elemento central. Así, se advierte tal principio unificador en la aplicación de la palabra "saludable" no sólo a un hombre sino también al color de su piel y a sus ejercicios matutinos. El segundo es un *signo* y los últimos una *causa* de la primera característica central. O también —y aquí quizás tenemos un principio semejante al que unifica los diversos tipos de reglas que constituyen un sistema jurídico— los diversos ejemplos pueden ser partes diferentes de alguna actividad compleja. El uso del adjetivo "ferroviario" aplicado no sólo a un tren sino también a las líneas, a una estación, a un mozo de servicio y a una sociedad anónima, está gobernado por este tipo de principio unificador.

Hay por supuesto muchos otros tipos de definición además de la muy simple forma tradicional que hemos examinado, pero parece claro, cuando recordamos el carácter de los tres principales problemas que hemos identificado como problemas que subyacen a la recurrente pregunta: "¿qué es derecho?", que nada lo suficientemente conciso como para ser considerado una definición,

puede proporcionarle una respuesta satisfactoria. Las cuestiones subyacentes son demasiado distintas entre sí y demasiado fundamentales para ser susceptibles de este tipo de solución. Esto es lo que muestra la historia de los intentos de dar definiciones concisas. Sin embargo, el instinto que a menudo ha agrupado estas tres cuestiones bajo una única pregunta o pedido de definición, no ha estado mal orientado; porque, como mostraremos en el desarrollo de este libro, es posible aislar y caracterizar un conjunto central de elementos que forman una parte común de la respuesta a las tres. Se verá mejor lo que son estos elementos y por qué merecen el papel importante asignado a ellos en este libro, si consideramos primero, en detalle, las deficiencias de la concepción que ha dominado en tan gran medida la teoría jurídica inglesa desde que Austin la expuso. Me refiero a la pretensión de que la clave para comprender el derecho ha de hallarse en la noción simple de orden respaldada por amenazas, que el propio Austin denominó "mandato" (*command*). La investigación de las deficiencias de esta teoría ocupa los próximos tres capítulos. Al criticarla en primer término, y al diferir para los capítulos ulteriores la consideración de su principal antagonista, hemos dejado a un lado conscientemente el orden histórico en que se ha desarrollado la moderna teoría jurídica; porque la pretensión rival de que se entiende mejor el derecho a través de su conexión "necesaria" con la moral, es una doctrina anterior, que Austin, al igual que Bentham antes que él, tomó como objeto principal de ataque. Nuestra excusa para este trato a-histórico, si es que ella hace falta, es que los errores de la teoría simple del imperativo son un índice mejor de la verdad que los de las más complejas teorías rivales.

En varios lugares de este libro el lector encontrará discusiones de los casos marginales que han hecho dudar a los juristas respecto de la aplicación de las expresiones "derecho" o "sistema jurídico", pero la solución sugerida a esas dudas, que también encontrará aquí, es sólo una preocupación secundaria de este libro. Porque su propósito no es dar una definición de derecho, en el sentido de una regla según la cual se puede poner

a prueba la corrección del uso de la palabra; su propósito es hacer avanzar la teoría jurídica proporcionando un análisis más elaborado de la estructura distintiva de un sistema jurídico nacional, y una mejor comprensión de las semejanzas y diferencias entre el derecho, la coerción y la moral, como tipos de fenómenos sociales. El conjunto de elementos identificados en el curso del examen crítico de los próximos tres capítulos y descriptos en detalle en los capítulos V y VI, sirven este propósito en las maneras que quedarán demostradas en el resto del libro. Por esta razón ellos son tratados como los elementos centrales del concepto de derecho, que tienen primordial importancia en su elucidación.

CAPÍTULO II

NORMAS JURIDICAS, MANDATOS Y ORDENES

1. VARIEDADES DE IMPERATIVOS

El intento más claro y más completo de analizar el concepto de derecho en términos de los elementos aparentemente simples de mandatos y hábitos, fue el que realizó Austin en *The Province of Jurisprudence Determined*. En este capítulo y en los dos próximos expondremos y criticaremos una posición que, en lo substancial, es igual a la doctrina de Austin, pero que probablemente se diferencia de ella en ciertos puntos. Porque nuestro interés principal no está en Austin, sino en las credenciales de cierto tipo de teoría que ejerce una atracción perenne cualesquiera puedan ser sus defectos. Por tal razón, en los casos en que el significado de Austin es dudoso o cuando sus opiniones parecen contradictorias, no hemos vacilado en prescindir de uno u otras, y en enunciar una posición clara y coherente. Además, cuando Austin se limita a sugerir las maneras de responder a las críticas, las hemos desarrollado (en parte según las líneas seguidas por teóricos posteriores tales como Kelsen) para asegurar que la doctrina que consideraremos y criticaremos sea enunciada en su forma más fuerte.

En muchas diferentes situaciones de la vida social una persona puede expresar el deseo de que otra haga o se abstenga de hacer algo. Cuando este deseo se expresa no como una mera información interesante o como una auto-revelación deliberada, sino con la intención de que la otra persona actúe de conformidad con el deseo expresado, es usual en inglés y en muchos otros idiomas, aunque no necesario, valerse de una forma lingüística

especial llamada el *modo imperativo*, "¡Váyase a su casa!", "¡Venga aquí!", "¡Deténgase!", "¡No lo mate!". Las situaciones sociales en que nos dirigimos a los demás en forma imperativa son diversas al extremo; sin embargo incluyen algunos tipos principales que se repiten, cuya importancia está señalada por ciertas clasificaciones familiares. "Páseme la sal, por favor", es por lo común un simple *pedido*, puesto que normalmente esta expresión va dirigida a alguna persona que está en posición de prestar un servicio a quien la emite, y no sugiere un gran apuro ni da a entender qué puede ocurrir en caso de que el otro no acceda. La expresión "no me mate" sería normalmente formulada como una *súplica*, cuando la persona que la profiere está a merced de otra, o ésta puede librarla o sacarla de una situación riesgosa. La expresión "no se mueva", por su parte, puede ser una *advertencia* si quien la formula conoce la existencia de algún peligro inminente para el otro (por ejemplo una serpiente en la hierba) que puede evitarse si éste se quedá quieto.

Las variedades de situación social en que las formas imperativas del lenguaje se usan característicamente, aunque no en forma invariable, no sólo son numerosas sino que no se distinguen entre sí con precisión; y palabras tales como "súplica", "pedido" o "advertencia" sirven sólo para hacer unas pocas discriminaciones toscas. La más importante de estas situaciones es aquella para la cual la palabra "imperativo" parece especialmente apropiada. Es la que ilustra el caso del asaltante que le dice al empleado del banco "Entrégueme el dinero o disparo". Su nota distintiva, que nos lleva a decir que el asaltante *ordena* al empleado, y no simplemente le pide, y menos todavía le *suplica*, que le entregue el dinero, es que para asegurar el cumplimiento de sus deseos expresados, el primero amenaza con hacer algo que un hombre normal consideraría dañoso o desagradable, y de esa manera no entregar el dinero se torna una conducta sustancialmente menos preferible para el empleado. Si el asaltante tiene éxito, describiremos lo ocurrido diciendo que coaccionó al oficinista, y que éste estuvo, en este sentido, en poder de aquél. En tales casos pueden surgir difíciles cuestiones lingüísticas: po-

dríamos decir con propiedad que el asaltante *ordenó* al empleado entregarle el dinero y que el último le obedeció, pero sería en alguna medida equívoco expresar que el asaltante *dio una orden* al empleado, puesto que esta frase, que tiene resonancias militares, sugiere que hay algún derecho o autoridad para dar órdenes, cosa que falta en nuestro caso. Sería completamente natural, empero, decir que el asaltante dio a uno de sus secuaces la orden de que vigilara la puerta.

No es necesario que nos detengamos aquí en estas sutilezas. Aunque a menudo las palabras "orden" y "obediencia" pueden parecer ligadas a una cierta sugestión de autoridad y respeto, usaremos las expresiones "órdenes respaldadas por amenazas" y "órdenes coercitivas" para aludir a órdenes que, como la del asaltante, están apoyadas únicamente en amenazas, y utilizaremos las palabras "obediencia" y "obedecer" para referirnos al cumplimiento de tales órdenes. Sin embargo, es importante advertir, aunque más no sea que por la gran influencia que sobre los juristas ha tenido la definición de Austin de la noción de mandato (*command*), que la situación simple en que se emplea la amenaza del daño, y nada más que ella, para forzar la obediencia, no es la situación en que naturalmente hablamos de "mandatos" ("*commands*"). Esta palabra, que en inglés no es muy común fuera de los contextos militares, lleva consigo implicaciones muy fuertes de que existe una organización jerárquica de hombres, relativamente estable, como un ejército o un cuerpo de discípulos, en la que el "comandante" ocupa una posición de preeminencia.* Típicamente es el general (y no el sargento) quien comanda y da mandatos, aunque se usan estos términos para aludir a otras formas de preeminencia especial, como cuando en el Nuevo Testamento se dice que Cristo manda a sus discípulos. Más importante —porque ésta es una distinción crucial entre formas diferentes de "imperativos"— es el punto de que cuando se da un mandato no es menester que haya una ame-

* El autor alude a ciertas implicaciones de la palabra inglesa *command*, que he traducido por "mandato". No parece que esta última palabra tenga, en español, el mismo halo de sugerencias. (N. del T.).

naza latente de daño para el supuesto de desobediencia. Mandar es característicamente ejercer autoridad sobre hombres, no el poder de causar daño, y aunque puede ir combinado con amenazas de daños, un mandato no es primariamente una apelación al miedo sino al respeto a la autoridad.

Es obvio que la idea de un mandato con su muy fuerte conexión con la autoridad está mucho más cerca de la idea de derecho que la orden respaldada por amenazas de nuestro asaltante, aunque ésta es un ejemplo de lo que Austin, que no toma en cuenta las distinciones hechas en el último párrafo, llama equívocamente mandato. La noción de mandato, sin embargo, está demasiado cerca del derecho para nuestro propósito; porque el elemento de autoridad involucrado en el derecho ha sido siempre uno de los obstáculos en el camino de cualquier explicación fácil de lo que el derecho es. Por lo tanto no podemos usar provechosamente la noción de mandato en la elucidación del derecho, pues ella también implica dicho elemento. Es ciertamente una virtud del análisis de Austin, cualesquiera sean sus defectos, que a diferencia del elemento de autoridad, los elementos de la situación del asaltante no son en sí oscuros ni precisan mucha explicación; por ello es que seguiremos a Austin en un intento de construir a partir de allí la idea de derecho. No esperaremos, sin embargo, como esperaba Austin, tener éxito, sino, en cambio, sacar una lección de nuestro fracaso.

2. EL DERECHO COMO ORDENES COERCITIVAS

Aun en una sociedad grande y compleja, como la de un estado moderno, hay ocasiones en las que un funcionario, cara a cara con un individuo, le ordena hacer algo. Un policía ordena detenerse a un determinado conductor, o moverse a un determinado mendigo. Pero estas situaciones simples no son, y no podrían ser, la forma típica en que funciona el derecho, aunque más no sea que por la razón de que ninguna sociedad podría mantener el número necesario de órganos para asegurar que cada uno de sus miembros sea informado, en forma oficial y separada,

de cada uno de los actos que debe realizar. En lugar de ello, tales formas particularizadas de control, o bien son excepcionales, o bien constituyen complementos auxiliares o refuerzos de formas generales de directivas, que no nombran a individuos particulares, no están dirigidas a ellos, y no indican un acto particular a ser realizado. De aquí que la forma *típica*, incluso de una ley criminal (que de todas las variedades de normas jurídicas es la que más se asemeja a una orden respaldada por amenazas), es general de dos maneras; indica un tipo general de conducta y se aplica a una clase general de personas de quienes se espera que adviertan que rige para ellas y que cumplan con lo prescripto. Las directivas oficiales individualizadas, cara a cara, ocupan aquí un lugar secundario: si las directivas primarias generales no son obedecidas por un individuo particular, los funcionarios pueden recordárselas y exigirle que las acate, tal como hace un inspector de impuestos, o la desobediencia puede identificarse y documentarse oficialmente, y el castigo amenazado ser impuesto por un tribunal.

Por lo tanto, en forma primaria, aunque no exclusiva, el control jurídico es un control mediante directivas que en este doble sentido son *generales*. Esta es la primera característica que tenemos que añadir al modelo simple del asaltante, para que reproduzca las características del derecho. El campo de las personas afectadas y la manera en que dicho campo es establecido pueden variar con los distintos sistemas jurídicos y aun con normas diferentes. En un estado moderno se entiende usualmente que a falta de indicaciones especiales que amplíen o reduzcan la clase, sus normas jurídicas generales se aplican a todas las personas que se encuentren dentro de sus límites territoriales. En el derecho canónico se entiende, de modo semejante, que normalmente todos los miembros de la Iglesia se encuentran sometidos a su derecho, salvo cuando se indica una clase más limitada. En todos los casos el campo de aplicación de una norma es una cuestión de interpretación de la regla particular, sobre la base de dichos entendimientos generales. Vale la pena hacer notar aquí que aunque los juristas, entre ellos Austin, a veces hablan de que

las normas jurídicas se *dirigen*¹ a clases de personas, esto es engañoso en cuanto sugiere un paralelo con la situación cara a cara que realmente no existe, y que no está en la intención de quienes se expresan de ese modo. Ordenar a los demás que hagan ciertas cosas es una forma de comunicación e implica realmente dirigirse a ellos, es decir, atraer su atención o hacer lo necesario para atraerla, pero dictar normas jurídicas para los demás, no. Así el asaltante, mediante una única expresión, "Entrégueme esos billetes", expresa su deseo de que el empleado haga algo, y a la vez se *dirige* efectivamente a éste, es decir, hace lo que normalmente basta para llevar esa expresión a la atención del último. Si no hiciera lo segundo y se limitara a decir las mismas palabras en una habitación vacía, no se habría dirigido al empleado en modo alguno, y no le habría *ordenado* hacer algo: podríamos describir la situación expresando que el asaltante se ha limitado a decir las palabras "entrégueme esos billetes". En este aspecto, dictar normas jurídicas difiere de ordenar a los demás hacer cosas, y tenemos que tener en cuenta esta diferencia al usar esta idea simple como un modelo para el derecho. Puede ciertamente ser deseable que las normas jurídicas sean puestas en conocimiento de aquellos a quienes se aplican, inmediatamente después de ser dictadas. El propósito del legislador al crear normas se frustraría si no se procediera así en la generalidad de los casos, y los sistemas jurídicos disponen comúnmente, mediante reglas especiales sobre promulgación, que tal cosa se lleve a cabo. Pero las normas jurídicas pueden ser completas en cuanto tales antes de ser publicadas y aunque no se las publique. En ausencia de reglas especiales en contrario, las normas jurídicas son válidamente creadas aún cuando las personas afectadas por las mismas tengan que averiguar por su cuenta qué normas han sido dictadas y quiénes son los afectados por ellas. Los que aluden a que las normas jurídicas están "dirigidas" a ciertas personas, quieren decir usualmente que éstas son las personas a quienes la norma particular

¹ "Dirigidas a toda la comunidad", Austin, op. cit., p. 22.

se aplica, es decir, aquellas de quienes se exige un cierto comportamiento. Si usamos aquí la palabra "dirigidas", podemos pasar por alto una diferencia importante entre dictar una norma jurídica y dar una orden cara a cara, y a la vez podemos confundir estas dos preguntas diferentes: "¿a quién se aplica la norma?" y "¿a quién se ha hecho conocer la norma?".

Además de la introducción de la característica de generalidad, es menester introducir un cambio más fundamental en la situación del asaltante, si es que hemos de tener un modelo plausible de la situación en que hay derecho. Es verdad que en cierto sentido el asaltante tiene un ascendiente o superioridad sobre el oficinista; el mismo radica en su temporaria posibilidad de formular una amenaza, que puede muy bien ser suficiente para hacer que el oficinista realice el acto particular que se le ordena. No hay otra forma de relación de superioridad e inferioridad entre los dos hombres, salvo esta brevísima relación coercitiva. Pero para los fines del asaltante esto puede bastar: porque la simple orden cara a cara "entrégume esos billetes o dispararé" se agota con la emergencia. El asaltante no da al oficinista (aunque bien puede dárselas a los secuaces de su banda) órdenes permanentes a ser seguidas de tiempo en tiempo por clases de personas. Las normas jurídicas, sin embargo, tienen en grado preeminente esta característica de "permanencia" o persistencia. De aquí que si hemos de usar la noción de órdenes respaldadas por amenazas como explicatoria de lo que son las normas jurídicas, tenemos que tratar de reproducir este carácter de perdurabilidad que ellas exhiben.

Es menester suponer, por lo tanto, que aquellos a quienes las órdenes generales se aplican sustentan la creencia general de que probablemente a la desobediencia seguirá la ejecución de la amenaza, no sólo en la primera promulgación de la orden, sino continuamente hasta que la orden sea revocada o cancelada. Puede decirse que esta creencia continua en las consecuencias de la desobediencia mantiene vivas o "en pie" las órdenes originales, aunque, como veremos más tarde, el análisis de la nota de persistencia del derecho en estos términos simples presenta dificultades.

des. Por supuesto, para que exista una creencia general de este tipo en la probabilidad continuada de la ejecución de la amenaza, puede exigirse de hecho la concurrencia de muchos factores que no podrían ser reproducidos en la situación del asaltante. Es posible que el poder para llevar a cabo amenazas unidas a tales órdenes permanentes, que afectan gran número de personas, sólo pueda existir de hecho, y sólo se lo pueda concebir como existente, si se sabe que un número considerable de habitantes están dispuestos a obedecer voluntariamente, es decir con independencia del temor a las amenazas, y a cooperar en la ejecución de éstas contra quienes desobedezcan.

Cualquiera sea el fundamento de esta creencia general en la probabilidad de la ejecución de las amenazas, tenemos que distinguirla de una característica necesaria adicional que hay que agregar a la situación del asaltante para que ella se aproxime a la situación estable en que indiscutiblemente hay derecho. Debemos suponer que, cualquiera sea el motivo de ello, la mayor parte de las órdenes son más frecuentemente obedecidas que desobedecidas por la mayor parte de las personas afectadas. Llamaremos a esto, siguiendo a Austin, un "hábito general de obediencia", y advertiremos, con dicho autor, que, al igual que muchos otros aspectos del derecho, ésta es una noción esencialmente vaga o imprecisa. El problema de saber cuánta gente tiene que obedecer, cuántas de esas órdenes generales tienen que ser obedecidas y durante cuánto tiempo tienen que serlo, para que haya derecho, es tan poco susceptible de respuesta precisa como la pregunta sobre el número de cabellos que debe tener un hombre para no ser calvo. Sin embargo en este hecho de la obediencia general se encuentra una distinción crucial entre las normas jurídicas y el caso simple originario de la orden del asaltante. La mera ascendencia temporaria de una persona sobre otra es naturalmente concebida como la antítesis polar del derecho, que tiene un carácter relativamente permanente y establecido; por cierto que en la mayor parte de los sistemas jurídicos ejercer un poder coercitivo tan breve como el ejercido por el asaltante constituiría un delito del derecho criminal. Queda por ver, en verdad, si esta noción simple, aun-

que confesadamente vaga, de la obediencia general habitual a las órdenes generales respaldadas por amenazas, basta realmente para reproducir el carácter estable y la continuidad que los sistemas jurídicos poseen.

El concepto de órdenes generales respaldadas por amenazas dadas por alguien que generalmente es obedecido, que hemos construido mediante adiciones sucesivas a la situación simple del caso del asaltante, se aproxima obviamente más a una ley penal sancionada por la legislatura de un estado moderno, que a cualquier otra variedad de derecho. Porque hay tipos de normas jurídicas que parecen *prima facie* muy diferentes de tales leyes penales, y más adelante tendremos que ocuparnos de la pretensión de que también estas otras variedades de derecho, a pesar de las apariencias de contrario, sólo son en realidad versiones complicadas o encubiertas de aquella misma forma. Pero incluso para reproducir las características de una ley penal en nuestro modelo construido de órdenes generales obedecidas generalmente, algo más hay que decir acerca de la persona que da las órdenes. El sistema jurídico de un estado moderno está caracterizado por un cierto tipo de *supremacía* dentro de su territorio y de *independencia* respecto de otros sistemas, que todavía no hemos reproducido en nuestro modelo simple. Estas dos nociones no son tan simples como pueden parecer, pero lo esencial de ellas desde el punto de vista del sentido común (que quizás no resulte adecuado) puede ser expresado como sigue: el derecho inglés, el derecho francés, el derecho de cualquier país moderno, regula la conducta de poblaciones que habitan territorios con límites geográficos bastante bien definidos. Dentro del territorio de cada país puede haber muchas diferentes personas o conjuntos de personas que dan órdenes generales respaldadas por amenazas y que reciben obediencia habitual. Pero debemos distinguir algunas de estas personas o cuerpos (por ejemplo, el London County Council o un ministro que ejerce lo que llamamos poderes de legislación delegados) como órganos *subordinados*, por oposición a la Reina en Parlamento, que es suprema. Podemos expresar esta relación en la simple terminología de los hábitos, diciendo que mientras que al crear

normas jurídicas la Reina en Parlamento no obedece a nadie habitualmente, los órganos subordinados se mantienen dentro de límites législativamente prescriptos, y de esa manera puede decirse que al crear normas jurídicas son agentes de la Reina en Parlamento. Si ellos no actuaran así no tendríamos en Inglaterra un sistema de derecho, sino una pluralidad de sistemas; mientras que en la realidad, precisamente porque la Reina en Parlamento es en este sentido suprema con relación a todas las restantes personas en el territorio, y los otros cuerpos no lo son, tenemos en Inglaterra un sistema *único*, en el que podemos distinguir una jerarquía de elementos supremos y subordinados.

La misma caracterización negativa de la Reina en Parlamento, como *no* obedeciendo habitualmente las órdenes de otros, define en forma tosca la noción de *independencia* que usamos al hablar de los distintos órdenes jurídicos de los diferentes países. La legislatura suprema de la Unión Soviética no tiene el hábito de obedecer a la Reina en Parlamento, y cualquier cosa que la última sancionara sobre los asuntos soviéticos (aunque podría constituir parte del derecho de Inglaterra) no sería parte del derecho de la Unión Soviética. Lo sería únicamente si la Reina en Parlamento fuese habitualmente obedecida por la legislatura de la Unión Soviética.

En esta versión simple, que más tarde examinaremos en forma crítica, dondequiera haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas, y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia. Esa persona o cuerpo debe ser internamente supremo y externamente independiente. Si, de acuerdo con Austin, llamamos "soberano" a tal persona o cuerpo de personas supremo e independiente, las normas jurídicas de cualquier país serán las órdenes generales respaldadas por amenazas dictadas por el soberano o por los subordinados que obedecen a aquél.

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 coercitivos 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 de- tallada 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 recia, 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, publicas 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 OBLIGACIÓN

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-

«eral- 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 "obliga-don", 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 oír 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 enuncio 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 arbitro 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 aqué-¹ Has 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" ("lie 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 'fuiestes'". 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 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 upo social, son concebidas en términos de "obligación" o quizás 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 tipifica 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 seria, 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 hacerlo

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 lá 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

acepta, o como un miembro del grupo que las acepta y que usa como guías de conducta. Podemos llamar a estos puntos el "punto de vista externo" y el "interno", respectivamente. Los enunciados hechos desde el punto de vista externo son 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 reacciones 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 veja 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 implicaciones

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 ninguna 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 precedimiento 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 hypothesi*, 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

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-

rfas 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 da 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, presión 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.

CAPÍTULO VI

LOS FUNDAMENTOS DE UN SISTEMA JURIDICO

1. REGLA DE RECONOCIMIENTO Y VALIDEZ JURIDICA

De acuerdo con la teoría criticada en el capítulo IV, los fundamentos de un sistema jurídico consisten en la situación que se da cuando la mayoría de un grupo social obedece habitualmente las órdenes respaldadas por amenazas de la persona o personas soberanas, quienes a su vez no obedecen habitualmente a nadie. Para dicha teoría esa situación social es, a la vez, condición necesaria y suficiente de la existencia del derecho. Hemos mostrado ya con cierto detalle la incapacidad de esa teoría para dar cuenta de algunas de las características salientes de un sistema jurídico nacional moderno; sin embargo, como lo sugiere su influencia sobre los espíritus de muchos pensadores, ella contiene, aunque en forma desdibujada y equívoca, ciertas verdades acerca de algunos aspectos importantes del derecho. Estas verdades, empero, sólo pueden ser presentadas con claridad, y su importancia correctamente apreciada, en términos de una situación social más compleja, en la que se acepta y utiliza una regla secundaria de reconocimiento para la identificación de reglas primarias de obligación. En esta situación, mejor que en ninguna otra, se puede decir que se dan los fundamentos de un sistema jurídico. En este capítulo examinaremos diversos elementos de ella, que sólo han recibido una expresión parcial o equívoca en la teoría del soberano y en las restantes concepciones.

Dondequiera se acepte tal regla de reconocimiento, tanto los particulares como los funcionarios tienen criterios con autoridad para identificar las reglas primarias de obligación. Los criterios así

dados pueden, como hemos visto, asumir una o más formas diversas: entre ellas se encuentran la referencia a un texto revestido de autoridad; a una sanción legislativa; a la práctica consuetudinaria; a las declaraciones generales de personas especificadas; o a decisiones judiciales pasadas, dictadas en casos particulares. En un sistema muy simple como el mundo de Rex I descrito en el Capítulo IV, donde sólo es derecho lo que él sanciona y no hay limitaciones de ningún tipo a su potestad legislativa impuestas por reglas consuetudinarias o por un texto constitucional, el único criterio para identificar algo como derecho será una simple referencia al hecho de haber sido sancionado por Rex I. La existencia de esta forma simple de regla de reconocimiento se manifestará en la práctica general de los funcionarios o de los particulares de identificar las reglas mediante ese criterio. En un sistema jurídico moderno donde hay una variedad de "fuentes" de derecho, la regla de reconocimiento es paralelamente más compleja: los criterios para identificar el derecho son múltiples y por lo común incluyen una constitución escrita, la sanción por una legislatura, y los precedentes judiciales. En la mayor parte de los casos se adoptan provisiones para posibles conflictos, clasificando estos criterios en un orden de subordinación y primacía relativas. Así, en nuestro sistema, el *common law* está subordinado a las leyes.

Es importante distinguir entre esta *subordinación* relativa de un criterio a otro y la *derivación*, ya que como consecuencia de confundir estas dos ideas se ha logrado algún fundamento espurio para el punto de vista de que todo el derecho es "esencialmente" o "realmente" (aunque más no sea que "en forma tácita") el producto de la legislación. En nuestro sistema la costumbre y el precedente están subordinados a la legislación, puesto que las reglas consuetudinarias y las reglas del *common law* pueden verse privadas de su *status* de derecho por una ley. Sin embargo ellas no deben su *status* de derecho, por precario que éste sea, a un ejercicio "tácito" de potestad legislativa, sino a la aceptación de una regla de reconocimiento que les acuerda ese lugar independiente aunque subordinado. Aquí también, como en el ca-

so simple, la existencia de tal regla compleja de reconocimiento, con esa ordenación jerárquica de criterios distintos, se manifiesta en la práctica general de identificar las reglas mediante dichos criterios.

En la vida cotidiana de un sistema jurídico su regla de reconocimiento rara vez es formulada en forma expresa como una regla; aunque ocasionalmente los tribunales de Inglaterra pueden enunciar en términos generales el lugar relativo de un criterio de derecho respecto de otro, como cuando afirman la supremacía de las Leyes del Parlamento sobre otras fuentes, aceptadas o sugeridas. En la mayor parte de los casos la regla de reconocimiento no es expresada, sino que su existencia se muestra en la manera en que las reglas particulares son identificadas, ya por los tribunales u otros funcionarios, ya por los súbditos o sus consejeros. Hay, por supuesto, una diferencia entre el uso que los tribunales hacen de los criterios suministrados por la regla, y el uso que otros hacen de dichos criterios: porque cuando los tribunales llegan a una conclusión particular sobre la base de que una regla particular ha sido correctamente identificada como derecho, lo que ellos dicen tiene un *status* especial revestido de autoridad en mérito a lo establecido por otras reglas. En este aspecto, como en muchos otros, la regla de reconocimiento de un sistema jurídico se asemeja a la regla de tanteo de un juego. En el curso del juego, la regla general que define las actividades que modifican el marcador (p. ej.: lo que es un gol) rara vez es formulada; en lugar de ello es *usada* por las autoridades y por los jugadores al identificar las fases particulares que tienen relevancia para ganar. También aquí las declaraciones de las autoridades tienen un *status* especial revestido de autoridad, atribuido por otras reglas. Además, en ambos casos existe la posibilidad de un conflicto entre estas aplicaciones de la regla dotadas de autoridad, y el acuerdo general sobre lo que la regla obviamente exige según sus términos. Como veremos más tarde, esta es una complicación de la que hay que hacerse cargo en cualquier intento de explicar qué significa la existencia de un sistema de reglas de este tipo.

El uso, por los jueces y por otros, de reglas de reconoci-

miento no expresadas, para identificar reglas particulares del sistema, es característico del punto de vista interno. Quienes las usan de esta manera manifiestan así su propia aceptación de ellas en cuanto reglas orientadoras, y esta actitud trae aparejado un vocabulario característico, distinto de las expresiones naturales del punto de vista externo. Quizás la forma más simple es la expresión "It is the law that..." ("El derecho dispone que..."), que podemos hallar en boca no sólo de los jueces sino de los hombres comunes que viven bajo un sistema jurídico, cuando identifican una determinada regla del sistema. Tal expresión, como: "Saque lateral" o "Gol", es el lenguaje de una persona que aprecia una situación por referencia a reglas que, conjuntamente con otras personas, aquélla reconoce como apropiadas para ese propósito. Esta actitud de aceptación compartida de reglas debe ser contrapuesta a la de un observador que registra *ab extra* el hecho de que un grupo social acepta tales reglas, sin aceptarlas por su parte. La expresión natural de este punto de vista externo no es "It is the law that..." ("El derecho dispone que..."), sino "En Inglaterra reconocen como derecho... cualquier cosa sancionada por la Reina en Parlamento...". Denominaremos a la primera forma de expresión un *enunciado interno*, porque manifiesta el punto de vista interno y es usada con naturalidad por quien, aceptando la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que ella es aceptada, la aplica al reconocer como válida alguna regla particular del sistema. Denominaremos a la segunda forma de expresión un *enunciado externo*, porque es el lenguaje natural de un observador externo del sistema que, sin aceptar su regla de reconocimiento, enuncia el hecho de que otros la aceptan.

Si se comprende este uso de una regla de reconocimiento aceptada al formular enunciados internos, y se lo distingue cuidadosamente de un enunciado fáctico externo que afirma que esa regla es aceptada, desaparecen muchas oscuridades referentes a la noción de "validez" jurídica. Porque la palabra "válido" es usada con más frecuencia, aunque no siempre, precisamente en tales enunciados internos, que aplican a una regla particular de un sistema jurídico una regla de reconocimiento no expresa-

da pero aceptada. Decir que una determinada regla es válida es reconocer que ella satisface todos los requisitos establecidos en la regla de reconocimiento y, por lo tanto, que es una regla del sistema. Podemos en verdad decir simplemente que el enunciado de que una regla particular es válida significa que satisface todos los criterios establecidos por la regla de reconocimiento. Esto es incorrecto sólo en la medida en que podría oscurecer el carácter interno de tales enunciados; porque como la expresión "saque lateral" usada en el fútbol, estos enunciados de validez normalmente aplican a un caso particular una regla de reconocimiento aceptada por quien los formula y por otros, y no enuncian expresamente que la regla ha sido satisfecha.

Se dice que algunas de las perplejidades vinculadas con la idea de validez jurídica se refieren a la relación entre la validez y la "eficacia" del derecho. Si con "eficacia" se quiere aludir al hecho de que una regla de derecho que exige cierta conducta es más frecuentemente obedecida que desobedecida, resulta obvio que no hay una conexión necesaria entre la validez de una regla particular y su eficacia, salvo que la regla de reconocimiento del sistema incluya entre sus criterios, como algunas lo hacen, la provisión (algunas veces llamada regla de desuso) de que ninguna regla ha de valer como regla del sistema si hace mucho que ha dejado de ser eficaz.

Tenemos que distinguir entre la ineficacia de una regla particular, que puede o no afectar su validez, y una inobservancia general de las reglas del sistema. Esta puede ser tan completa y tan prolongada que, si se tratara de un nuevo sistema, diríamos que nunca se estableció como sistema jurídico de un determinado grupo, o si se tratara de un sistema que estuvo establecido alguna vez, diríamos que ha cesado de ser el sistema jurídico del grupo. En uno u otro caso, falta el contexto o trasfondo normal para formular cualquier enunciado interno en términos de las reglas del sistema. En tales casos generalmente *carecería de objeto* determinar los derechos y deberes de los particulares por referencia a las reglas primarias del sistema, o determinar la validez de cualquiera de sus reglas por referencia a su regla de reconocimiento.

Insistir en aplicar un sistema de reglas que nunca ha sido realmente efectivo, o que ha sido desechado, sería, excepto en circunstancias especiales mencionadas más abajo, tan inútil como determinar la marcha de un juego por referencia a una regla de tanteo que nunca fue aceptada o que fue desechada.

Se puede decir que una persona que hace un enunciado interno referente a la validez de una regla particular de un sistema *presupone* la verdad del enunciado fáctico externo de que el sistema es generalmente eficaz. Porque el uso normal de enunciados internos tiene lugar en tal contexto de eficacia general. Sería empero erróneo decir que los enunciados de validez "significan" que el sistema es generalmente eficaz. Porque aunque normalmente es inútil o vano hablar de la validez de una regla de un sistema que nunca ha sido establecido o que ha sido desechado, no es sin embargo un sinsentido ni es siempre inútil. Una manera vívida de enseñar Derecho Romano es hablar *como si* el sistema fuera todavía eficaz, examinar la validez de las reglas particulares y resolver problemas de acuerdo con ellas; y una manera de alimentar esperanzas en la restauración de un orden social anterior destruido por una revolución, y de rechazar el orden nuevo, es aferrarse a los criterios de validez jurídica del viejo régimen. Esto es lo que implícitamente hacen los rusos blancos que todavía se titulan propietarios de acuerdo con alguna regla que fue válida en la Rusia zarista.

El aprehender la conexión contextual normal entre el enunciado interno de que una determinada regla de un sistema es válida, y el enunciado externo de que el sistema es generalmente eficaz, nos ayudará a ver en su perspectiva adecuada la teoría corriente, según la cual afirmar la validez de una regla es predecir que ella será aplicada por los tribunales, o que se tomará alguna otra medida oficial. Esta teoría es similar en muchos aspectos al análisis predictivo de la obligación, que consideramos y rechazamos en el capítulo anterior. En ambos casos el motivo para formular la teoría predictiva es la convicción de que sólo así pueden evitarse las interpretaciones metafísicas: o el enunciado que dice que una regla es válida tiene que atribuir alguna propie-

dad misteriosa, no verificable empíricamente, o tiene que consistir en una predicción de la conducta futura de los funcionarios. También en ambos casos la plausibilidad de la teoría se debe al mismo hecho importante, a saber, que la verdad del enunciado fáctico externo, que un observador podría recoger, de que el sistema es generalmente eficaz y probablemente seguirá siendo así, se presupone normalmente por quienquiera acepta las reglas y formula un enunciado interno de obligación o validez. Los dos están por cierto asociados en forma muy estrecha. Por último, en ambos casos el error de la teoría es el mismo: consiste en desatender el carácter especial del enunciado interno y considerarlo como un enunciado externo acerca de la acción oficial.

Este error se hace aparente en forma inmediata cuando vemos cómo funciona en la decisión judicial el enunciado del juez de que una regla particular es válida; porque aunque, también aquí, al hacer tal enunciado el juez presupone, pero no expresa, la eficacia general del sistema, obviamente no está interesado en predecir su acción oficial ni la de otros. Su enunciado de que una regla es válida es un enunciado interno que reconoce que la regla satisface los requisitos para identificar lo que será considerado como derecho en su tribunal, y no constituye una profecía de su decisión, sino una parte de la *razón* de la misma. Es verdad que es más plausible sostener que el enunciado de que una regla es válida es una predicción, cuando tal enunciado es hecho por un particular; porque en el caso de conflicto entre un enunciado no oficial de validez o invalidez y el de un tribunal, vertido al decidir un caso, a menudo se justifica decir que quien formuló el primero debe rectificarse. Sin embargo aún aquí, como se verá en el capítulo VII cuando investiguemos el significado de tales conflictos entre las declaraciones oficiales y las exigencias obvias de las reglas, puede ser dogmático asumir que si hay que rectificarse es porque el enunciado ha resultado erróneo en cuanto había *predicho* falsamente lo que haría un tribunal. Porque hay más razones para rectificar enunciados que el hecho de que ellos sean erróneos, y también más maneras de equivocarse que lo que esta descripción admite.

La regla de reconocimiento que suministra los criterios para determinar la validez de otras reglas del sistema es en un sentido importante, que trataremos de clarificar, una regla *última*; y cuando, como es usual, hay varios criterios clasificados en orden de subordinación y primacía relativas, uno de ellos es supremo. Estas ideas referentes al carácter último de la regla de reconocimiento, y a la supremacía de uno de sus criterios, merecen alguna atención. Es importante no confundirlas con la teoría, que hemos rechazado, de que en todo sistema de derecho, aunque se oculte tras las formas jurídicas, tiene que haber una potestad legislativa soberana que es jurídicamente ilimitada.

De estas dos ideas, la de criterio supremo y la de regla última, la primera es la más fácil de definir. Podemos decir que un criterio de validez jurídica (o fuente de derecho) es supremo, si las reglas identificadas por referencia a él son reconocidas como reglas del sistema, aun cuando contradigan reglas identificadas por referencias a los otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a los últimos no son reconocidas si contradicen las reglas identificadas por referencia al criterio supremo. Puede darse una similar explicación en términos comparativos de las nociones de criterio "superior" y criterio "subordinado", que ya hemos usado. Es obvio que las nociones de un criterio superior y un criterio supremo se refieren simplemente a un lugar *relativo* en una escala, y no importan ninguna noción de potestad legislativa jurídicamente *ilimitada*. Sin embargo, es fácil confundir "supremo" e "ilimitado", por lo menos en la teoría jurídica. Una razón para esto es que en las formas más simples de sistema jurídico las ideas de regla última de reconocimiento, criterio supremo, y legislatura jurídicamente ilimitada, parecen convergir. Porque cuando hay una legislatura que no está sometida a limitaciones constitucionales, y tiene competencia para privar a todas las otras reglas emanadas de otras fuentes de su *status* jurídico, es parte de la regla de reconocimiento de tal sistema que la sanción de aquella legislatura constituye el criterio supremo de validez. Esta es, de acuerdo con la teoría constitucional, la situación en el Reino Unido. Pero aun sistemas como el de los Estados Unidos, donde no existe

tal legislatura jurídicamente ilimitada, pueden perfectamente bien contener una regla última de reconocimiento que proporciona un conjunto de criterios de validez, uno de los cuales es supremo. Ocurre esto cuando la competencia legislativa de la legislatura ordinaria está limitada por una constitución que no contiene la potestad de introducir enmiendas, o que coloca algunas cláusulas fuera del alcance de esa potestad. Aquí no hay legislatura jurídicamente ilimitada, ni siquiera en la interpretación más amplia de "legislatura"; pero el sistema contiene, por supuesto, una regla última de reconocimiento y, en las cláusulas de la constitución, un criterio supremo de validez.

Entenderemos mejor el sentido en que la regla de reconocimiento es la regla *última* de un sistema, si seguimos una cadena muy familiar de razonamiento jurídico. Si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra regla. ¿Es válida esta pretendida ordenanza del County Council de Oxfordshire? Sí: porque fue dictada en ejercicio de las potestades conferidas, y de acuerdo con el procedimiento especificado, por un decreto del Ministerio de Salud Pública. A este primer nivel, el decreto suministra los criterios para apreciar la validez de la ordenanza. Puede no haber necesidad práctica de seguir adelante; pero existe la posibilidad de hacerlo. Podemos cuestionar la validez del decreto y apreciarla en términos de la ley que faculta al Ministro a adoptar tales medidas. Finalmente, cuando la validez de la ley ha sido cuestionada, y determinada por referencia a la regla que establece que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, alcanzamos un punto donde debemos detener nuestras investigaciones referentes a la validez: porque hemos llegado a una regla que, a semejanza del decreto y de la ley intermedios, proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, pero que, a diferencia de lo que ocurre en el caso de ellos, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas.

Podemos plantear muchos problemas, claro está, acerca de esta regla última. Podemos preguntarnos si es práctica de los

tribunales; legislaturas, funcionarios o ciudadanos particulares de Inglaterra usar efectivamente esta regla como regla última de reconocimiento. ¿O nuestro proceso de razonamiento jurídico ha sido un vano juego con los criterios de validez de un sistema desechado? Podemos preguntarnos si es satisfactorio un sistema jurídico que tiene a tal regla en su base. ¿Produce más mal que bien? ¿Hay razones prudentes para apoyarlo? ¿Existe una obligación moral de hacerlo? Estas son, es obvio, cuestiones muy importantes; pero es igualmente obvio que cuando formulamos tales preguntas acerca de la regla de reconocimiento, ya no estamos tratando de contestar a su respecto el mismo tipo de preguntas que con su ayuda contestamos acerca de las otras reglas. Cuando después de decir que una norma particular es válida porque satisface la regla de que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, sostenemos que esta última regla es usada en Inglaterra por los tribunales, funcionarios y particulares como regla de reconocimiento última, hemos pasado de un enunciado interno de derecho que afirma la validez de una regla del sistema a un enunciado externo de hecho, que un observador podría hacer aunque no aceptara el sistema. Así también, cuando pasamos del enunciado de que una disposición particular es válida, al enunciado de que la regla de reconocimiento del sistema es excelente, y el sistema basado sobre ella digno de apoyo, hemos pasado de un enunciado de validez jurídica a un enunciado de valor.

Algunos autores que han subrayado el carácter jurídicamente último de la regla de reconocimiento, han expresado esto diciendo que, mientras que la validez jurídica de otras reglas del sistema puede ser demostrada por referencia a ella, su propia validez no puede ser demostrada, sino que "se da por admitida", es "postulada" o es una "hipótesis". Esto, sin embargo, puede ser seriamente equívoco. Los enunciados de validez jurídica de reglas particulares, hechos en la vida cotidiana de un sistema por jueces, abogados o ciudadanos ordinarios, llevan consigo, en verdad, ciertas presuposiciones. Son enunciados internos de derecho que expresan el punto de vista de quienes

aceptan la regla de reconocimiento del sistema, y, como tales, dejan sin expresar mucho que podría ser expresado en enunciados externos de hecho acerca del sistema. Lo que queda así sin expresar forma el trasfondo o contexto normal de los enunciados de validez jurídica, y se dice, por tal razón, que es "presupuesto" por ellos. Pero es importante ver cuáles son precisamente estas cuestiones presupuestas, y no oscurecer su carácter. Ellas consisten en dos cosas. Primero, cuando alguien afirma seriamente la validez de una determinada regla de derecho, por ejemplo, una ley, usa una regla de reconocimiento que acepta como adecuada para identificar el derecho. En segundo lugar, ocurre que esta regla de reconocimiento, en términos de la cual aprecia la validez de una ley particular, no solamente es aceptada por él, sino que es la regla de reconocimiento efectivamente aceptada y empleada en el funcionamiento general del sistema. Si se pusiera en duda la verdad de esta presuposición, ella podría ser establecida por referencia a las prácticas efectivas: a la forma en que los tribunales identifican lo que ha de tenerse por derecho, y a la aquiescencia o aceptación general frente a esas identificaciones.

Ninguna de estas dos presuposiciones resulta bien descripta diciendo que "se da por admitida" una "validez" que no puede ser demostrada. Sólo necesitamos la palabra "validez", y así la usamos comúnmente, para resolver cuestiones que surgen *dentro* de un sistema de reglas, donde el *status* de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios suministrados por la regla de reconocimiento. No puede presentarse una cuestión de ese tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera. Expresar este hecho simple diciendo en forma oscura que su validez, "se da por admitida pero no puede ser demostrada", es como decir que damos por admitido, pero no podemos demostrar, que el metro de París, que es el criterio último de corrección de todas las medidas en el sistema métrico, es en sí correcto.

Una objeción más seria es que al expresar que "se da por

admitida" la validez de la regla de reconocimiento última, se oculta el carácter esencialmente fáctico de la segunda presuposición que está detrás de los enunciados de validez hechos por los juristas. Sin duda que la práctica de los jueces, funcionarios y otras personas, en que consiste la existencia efectiva de una regla de reconocimiento, es una cuestión compleja. Como veremos más adelante, hay situaciones, por cierto, en las que aparecen problemas sobre el alcance y contenido precisos de este tipo de regla, y aún sobre su existencia, que pueden no admitir una respuesta clara o determinada. Sin embargo es importante distinguir entre "dar por admitida la validez" y "presuponer la existencia" de tal regla; aunque más no sea porque no hacerlo oscurece lo que se quiere decir al afirmar que esa regla *existe*.

En el sistema simple de reglas primarias de obligación bosquejado en el capítulo anterior, la afirmación de que una determinada regla existe, sólo podía ser un enunciado de hecho externo, tal como el que un observador que no aceptara las reglas podría formular y verificar comprobando, como cuestión de hecho, si un determinado modo de conducta es generalmente aceptado como pauta o criterio y va acompañado por aquellas características que, según hemos visto, distinguen una regla social de los meros hábitos convergentes. De esta misma manera habría que interpretar y verificar la aserción de que en Inglaterra existe una regla —aunque no una regla jurídica— en el sentido de que debemos descubrirnos al entrar a una iglesia. Si se encuentran reglas de este tipo en la práctica efectiva de un grupo social, no cabe examinar como problema independiente el de su supuesta validez, aunque, por supuesto, su valor o conveniencia es un problema abierto a debate. Una vez que la existencia de las reglas ha sido establecida como hecho, sólo confundiríamos las cosas, afirmando o negando que ellas son válidas, o diciendo que "damos por admitida" su validez, pero que no podemos demostrarla. Por otra parte, cuando, como ocurre en los sistemas jurídicos desarrollados, tenemos un sistema que incluye una regla de reconocimiento, de modo que el *status* de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga ciertos criterios establecidos

en la regla de reconocimiento, esto trae aparejada una nueva aplicación de la palabra "existe". El enunciado de que una regla existe puede no ser ya, como ocurría en el caso simple de las reglas consuetudinarias, un enunciado externo del *hecho* de que cierto modo de conducta es generalmente aceptado en la práctica como pauta. Ahora puede ser un enunciado interno que aplica una regla de reconocimiento aceptada, pero no expresa, y que, dicho en forma tosca, significa únicamente que la regla es "válida según los criterios de validez del sistema". Sin embargo, en este aspecto, como en otros, una regla de reconocimiento es distinta de las otras reglas del sistema. La afirmación de que ella existe sólo puede ser un enunciado de hecho externo. Porque mientras que una regla subordinada de un sistema puede ser válida y, en ese sentido, "existir" aún cuando sea generalmente desobedecida, la regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el derecho por referencia a ciertos criterios. Su existencia es una cuestión de hecho.

2. NUEVAS PREGUNTAS

Una vez que abandonamos la opinión de que el fundamento de un sistema jurídico consiste en el hábito de obediencia a un soberano jurídicamente ilimitado, y la reemplazamos por la concepción de una regla de reconocimiento última, que da al sistema de reglas sus criterios de validez, aparece ante nuestros ojos todo un campo de atractivos e importantes problemas. Son problemas relativamente nuevos, porque permanecieron ocultos mientras la teoría jurídica y la teoría política se atenían a las viejas formas de pensamiento. Son también problemas difíciles, cuya solución plena exige, por una parte, la captación de algunas fundamentales cuestiones de derecho constitucional, y por otra, la apreciación de la característica manera en que las formas jurídicas pueden cambiar y desplazarse en silencio. Por lo tanto, sólo investigaremos estos problemas en la medida en que ellos influyen sobre el acierto o desacierto de insistir, como lo hemos hecho, en que en la elucidación del concepto de derecho debe

asignarse un lugar central a la unión de reglas primarias y secundarias.

La primera dificultad es de clasificación, porque la regla que, en última instancia, se usa para identificar el derecho, escapa a las categorías convencionales empleadas para describir un sistema jurídico, por más que con frecuencia se piense que ellas son exhaustivas. Así, los constitucionalistas ingleses, a partir de Dicey, han repetido usualmente que la estructura constitucional del Reino Unido consiste parcialmente en normas jurídicas en sentido estricto (leyes, órdenes dictadas por el Consejo, y reglas encarnadas en precedentes), y parcialmente en convenciones que son simples usos, entendimientos o costumbres. Esto último incluye reglas importantes, tales como la de que la Reina no puede rehusar su consentimiento a un proyecto debidamente aprobado por los Lores y los Comunes; sin embargo, la Reina no tiene el deber jurídico de dar su aprobación, y tales reglas son llamadas convenciones porque los tribunales no las reconocen como creadoras de un deber jurídico. Obviamente, la regla de que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, no pertenece a ninguna de estas categorías. No es una convención, puesto que los tribunales están íntimamente interesados en ella y la usan para identificar el derecho; y no es una regla situada en el mismo plano que las "normas jurídicas en sentido estricto" que identificamos valiéndonos de ella. Aún cuando fuera sancionada por vía legislativa esto no la reduciría al nivel de una ley; porque el *status* jurídico de tal sanción necesariamente dependería del hecho de que la regla existiera antes y con independencia de esa sanción. Además, como hemos visto en el último apartado, su existencia, a diferencia de la de una ley, tiene que consistir en una práctica efectiva.

Este aspecto de las cosas arranca de algunos un grito de desesperación: ¿cómo podemos mostrar que las provisiones fundamentales de una constitución, que por supuesto son derecho, lo son realmente? Otros contestan insistiendo en que en la base del sistema jurídico hay algo que es "no derecho", que es "pre-jurídico", "metajurídico", o es simplemente un "hecho político".

Esta incomodidad es un signo seguro de que las categorías usadas para la descripción de esta importantísima característica de cualquier sistema jurídico son demasiado toscas. El argumento en favor de llamar "derecho" a la regla de reconocimiento es que la regla que proporciona los criterios para la identificación de otras reglas del sistema puede muy bien ser considerada como una característica definitoria del sistema jurídico y, por ello, digna de ser llamada "derecho"; el argumento en favor de llamarla "hecho" es que cuando afirmamos que ella existe, formulamos en verdad un enunciado externo sobre un hecho efectivo que se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema "eficaz". Estos dos aspectos reclaman atención, pero no podemos hacer justicia a ambos eligiendo uno de los rótulos, "derecho" o "hecho". En lugar de ello, es menester recordar que la regla de reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el derecho.

Un segundo conjunto de problemas surge de la oculta complejidad y vaguedad de la afirmación de que en un determinado país o en un cierto grupo social *existe* un sistema jurídico. Cuando hacemos esta afirmación nos referimos en realidad, en forma comprimida, a muchos hechos sociales heterogéneos, usualmente concomitantes. La terminología corriente en el pensamiento jurídico y político, desarrollada a la sombra de una teoría equívoca, es apta para simplificar los hechos en forma excesiva y oscurecerlos. Sin embargo, cuando nos quitamos las anteojeras de esta terminología y observamos los hechos, se ve claro que un sistema jurídico, como un ser humano, puede en cierta etapa no haber nacido aún; en una segunda etapa, no ser todavía totalmente independiente de su madre; después, gozar de una saludable existencia autónoma; luego decaer, y por último morir. Estas etapas intermedias entre el nacimiento y la existencia autónoma y normal, por un lado, y entre ésta y la muerte, por otro, dislocan

nuestras formas familiares de describir los fenómenos jurídicos. Ellas son dignas de estudio, porque, desconcertantes como son, ponen de relieve la plena complejidad de lo que damos por admitido cuando, en el caso normal, hacemos la afirmación confiada y verdadera de que en un determinado país existe un sistema jurídico.

Una manera de advertir esta complejidad es ver dónde, precisamente, la simple fórmula austiniana de un hábito general de obediencia a órdenes, no consigue reproducir, o desfigura, los hechos complejos que constituyen las condiciones mínimas que una sociedad tiene que satisfacer para tener un sistema jurídico. Podemos conceder que esta fórmula designa una condición necesaria: a saber, que cuando las normas jurídicas imponen obligaciones o deberes ellas tienen que ser generalmente obedecidas o por lo menos no desobedecidas generalmente. Pero, aunque esencial, esto únicamente se hace cargo de lo que podemos llamar "el producto final" del sistema jurídico, donde éste hace su impacto sobre el ciudadano particular; mientras que su existencia cotidiana consiste también en la creación oficial, en la identificación oficial y en el uso y aplicación oficial del derecho. La relación con el derecho que está aquí en juego sólo puede ser llamada "obediencia" si a esta palabra se la extiende mucho más allá de su uso normal, al punto de que ya no caracteriza informativamente esos actos. En ningún sentido ordinario de "obedecer" los legisladores están obedeciendo reglas cuando, al sancionar normas, se ajustan a las reglas que les confieren potestades legislativas, salvo, por supuesto, cuando las reglas que confieren tales potestades están reforzadas por otras que imponen el deber de acatarlas. Tampoco cabe decir que al no ajustarse a aquellas reglas los legisladores desobedecen una norma jurídica, aunque bien pueden ser que no consigan crear una. La palabra "obedecer" tampoco describe bien lo que hacen los jueces cuando aplican la regla de reconocimiento del sistema y reconocen una ley como derecho válido al usarla en la solución de controversias. Por supuesto que si lo deseamos podemos, a pesar de esos hechos, conservar la terminología simple que habla de "obediencia", a

cuyo fin hay muchos recursos disponibles. Uno de ellos, por ejemplo, es presentar el uso que hacen los jueces de los criterios generales de validez al reconocer una ley, como un caso de obediencia a órdenes dadas por los "Padres de la Constitución" o (cuando no hay tales "Padres"), como obediencia a un "mandato despsicologizado", es decir un mandato sin alguien que mande. Pero esto último quizás no puede exhibir mejores títulos para merecer atención que la noción de un sobrino sin tío. Alternativamente podemos eliminar del cuadro todo el aspecto oficial del derecho y prescindir de la descripción del uso de reglas que se hace en la legislación y en la adjudicación, y, en lugar de ello, concebir a todo el mundo oficial como una sola persona (el "soberano") que, a través de diversos agentes o portavoces, dicta órdenes que son habitualmente obedecidas por los ciudadanos. Pero esto no es más que una abreviatura conveniente para aludir a hechos complejos, todavía sin describir, o una pieza de mitología desastrosamente confusa.

Ante el fracaso de los intentos de explicar lo que significa la existencia de un sistema jurídico en base a los términos agradablemente simples de la obediencia habitual, que en verdad caracteriza, aunque no siempre describe exhaustivamente, la relación del ciudadano ordinario con el derecho, es natural que se haya reaccionado incurriendo en el error opuesto. Este consiste en tomar lo que es característico (aunque de nuevo no exhaustivo) de las actividades oficiales, especialmente de la actitud judicial frente al derecho, y tratarlo como una explicación adecuada de lo que debe existir en un grupo social que tiene un sistema jurídico. Esto equivale a reemplazar la concepción simple de que los habitantes en su mayoría obedecen habitualmente el derecho, por la concepción de que ellos generalmente tienen que compartir, aceptar o considerar como obligatoria la regla última de reconocimiento que especifica los criterios que, en última instancia, se aplican para determinar la validez de las normas jurídicas. Por supuesto podemos imaginar, como lo hicimos en el capítulo III, una sociedad simple en la que el conocimiento y comprensión de las fuentes de derecho están ampliamente di-

rundidos. Allí la "constitución" era tan simple que no importaba ficción alguna atribuir conocimiento y aceptación de ella tanto al ciudadano ordinario como a los funcionarios y a los abogados. En el mundo simple de Rex I bien podíamos decir que había algo más que la mera obediencia habitual a sus palabras por parte del grueso de la población. Bien podía ocurrir allí que tanto el grueso de la población como los funcionarios del sistema "aceptasen", en la misma forma explícita y consciente, una regla de reconocimiento que especificara que la palabra de Rex era el criterio del derecho válido para toda la sociedad, aunque los súbditos y los funcionarios cumplieren papeles diferentes y tuvieran diferentes relaciones con las reglas de derecho, identificadas mediante este criterio. Insistir en que este estado de cosas, imaginable en una sociedad simple, existe siempre o en forma usual en un estado moderno complejo, sería insistir en una ficción. Aquí, ciertamente, la realidad de la situación es que un elevado porcentaje de los ciudadanos ordinarios —quizás la mayoría— no tiene una concepción general de la estructura jurídica o de sus criterios de validez. Las normas jurídicas que el ciudadano común obedece son algo que él conoce simplemente como "el derecho". Puede obedecerlas por una multiplicidad de razones diferentes y entre esas razones puede contarse a menudo, aunque no siempre, el conocimiento de que eso es lo que más le conviene. Será consciente de las probables consecuencias generales de la desobediencia: que hay funcionarios que pueden detenerlo y otros que lo someterán a proceso y lo enviarán a prisión por transgredir las normas. En la medida en que las normas que son válidas según los criterios de validez del sistema son obedecidas por el grueso de la población, esto es sin duda todo cuanto necesitamos como prueba de que un sistema jurídico existe.

Pero precisamente porque un sistema jurídico es una unión compleja de reglas primarias y secundarias, esta prueba no es todo lo que se necesita para describir las relaciones con el derecho implicadas en la existencia de un sistema jurídico. Ella debe ser complementada por una descripción de la relación rele-

vante de los funcionarios del sistema con las reglas secundarias que les conciernen en cuanto funcionarios. Aquí lo crucial es que haya una aceptación oficial unificada o compartida de la regla de reconocimiento que contiene los criterios de validez del sistema. Pero precisamente aquí la noción simple de obediencia general, que era adecuada para caracterizar el *minimum indispensable* en el caso de los ciudadanos ordinarios, resulta inadecuada. No se trata simplemente de la cuestión "lingüística" de que "obediencia" no se usa en forma natural para aludir a la manera en que estas reglas secundarias son respetadas como reglas por los jueces y por otros funcionarios. Podríamos hallar, si fuese necesario, alguna expresión más amplia, como "seguir", "cumplir" o "ajustarse a", que caracterizaría tanto lo que hacen los ciudadanos comunes en relación con el derecho cuando se presentan al servicio militar, como lo que hacen los jueces en el tribunal cuando identifican una ley particular como derecho, en base al fundamento de que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho. Pero estos términos generales meramente ocultarían vitales diferencias que deben ser aprehendidas, si se desea entender cuáles son las condiciones mínimas envueltas en la existencia del complejo fenómeno social que llamamos un sistema jurídico.

Lo que torna a la palabra "obediencia" equívoca como descripción de lo que hacen los legisladores al ajustarse a las reglas que les confieren sus potestades, y de lo que hacen los tribunales al aplicar una regla de reconocimiento última aceptada, es que obedecer una regla (o una orden) no implica *necesariamente* que la persona que obedece piense que lo que hace es lo correcto tanto para él como para los otros: no es menester que vea en ello el cumplimiento de una pauta o criterio de conducta para el resto de los miembros del grupo social. No es necesario que conciba a su conducta ajustada a la regla como correcta, apropiada u obligatoria. En otras palabras, no hace falta que su conducta tenga ningún elemento de ese carácter crítico que va implicado dondequiera se aceptan reglas sociales, y se manejan tipos de conducta como pautas o criterios generales de comportamiento. Quien obedece no necesita, aunque puede, compartir el punto de

vista interno que acepta las reglas como pautas o criterios de conducta para todos aquellos a quienes se aplican. En lugar de ello, puede limitarse a ver en la regla algo que exige *de él* una acción bajo amenaza de pena; puede obedecerla simplemente por temor a las consecuencias o por inercia, sin pensar que él u otros tienen la obligación de comportarse así y sin estar dispuesto a la auto-crítica o a la crítica de la conducta ajena en caso de desviación. Pero este interés meramente personal en las reglas, que es todo el interés que el ciudadano ordinario *puede* tener al obedecerlas, no caracteriza, ni podría hacerlo, la actitud de los jueces frente a las reglas que ellos manejan al actuar como tales. Esto es más patente respecto de la regla de reconocimiento última en términos de la cual se determina la validez de las otras reglas. Para que ella exista de alguna manera tiene que ser considerada desde el punto de vista interno como un criterio común y público de decisiones judiciales correctas, y no como algo que cada juez simplemente obedece por su cuenta. Si bien los tribunales del sistema pueden, en ocasiones, apartarse de estas reglas, en general tienen que apreciar críticamente tales desviaciones como fallas frente a los criterios vigentes, que son esencialmente comunes y públicos. Esto no es simplemente una cuestión que hace a la eficacia o vigor del sistema jurídico, sino que es lógicamente una condición necesaria para que podamos hablar de la existencia de un sistema jurídico. Si sólo algunos jueces actuaran "por su cuenta" sobre la base de que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho, y no apreciaran críticamente a aquellos colegas que no respetasen esta regla de reconocimiento, la característica unidad y la continuidad del sistema jurídico habrían desaparecido. Porque ellas dependen de la aceptación, en este punto crucial, de criterios de validez jurídica comunes. Durante el intervalo entre estas extravagancias en la conducta de los jueces y el caos que terminaría por reinar cuando el hombre ordinario se encontrara con órdenes judiciales contradictorias, no sabríamos como describir la situación. Estaríamos en presencia de un *lusus naturae*, únicamente digno de reflexión porque agudiza nuestra conciencia de lo que a menudo es demasiado obvio para ser advertido.

Hay, pues, dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que *necesitan* satisfacer los ciudadanos particulares: ellos pueden obedecer cada uno "por su cuenta" y por cualquier motivo; si bien en una sociedad saludable las más de las veces aceptarán realmente estas reglas como pautas o criterios comunes de conducta, y reconocerán la obligación de obedecerlas, o incluso harán remontar esta obligación a una obligación más general de respetar la constitución. La segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema. Ellos tienen que ver en las reglas pautas o criterios comunes de conducta oficial, y apreciar críticamente como fallas las desviaciones propias y las ajenas. Por supuesto, también es cierto que habrá además muchas reglas primarias que se aplican a los funcionarios en su capacidad meramente personal, reglas que ellos únicamente necesitan obedecer.

La afirmación de que un sistema jurídico existe es, por lo tanto, un enunciado bifronte, una de cuyas caras mira a la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios, y la otra a la aceptación de reglas secundarias como pautas o criterios comunes críticos de conducta oficial, por parte de los funcionarios. Esta dualidad no debe sorprendernos. Ella no hace más que reflejar el carácter compuesto de un sistema jurídico, comparado con una forma de estructura social más simple y descentralizada, de naturaleza prejurídica, que consiste únicamente en reglas primarias. En la estructura más simple, puesto que no hay funcionarios, las reglas tienen que ser ampliamente aceptadas como criterios o pautas críticos para la conducta del grupo. Allí, si el punto de vista interno no estuviera difundido en forma amplia, lógicamente no podría haber regla alguna. Pero cuando se da una unión de re-

glas primarias y secundarias, que, como hemos sostenido, es la manera más provechosa de ver un sistema jurídico; la aceptación de las reglas como pautas o criterios comunes para el grupo debe ser separada de la cuestión relativamente pasiva de la ordinaria aquiescencia individual frente a las reglas, donde quien obedece lo hace sólo por su cuenta. En un caso extremo el punto de vista interno con su característico uso normativo del lenguaje jurídico ("Esta es una regla válida") podría limitarse al mundo oficial. En este sistema más complejo sólo los funcionarios podrían aceptar y usar los criterios de validez jurídica del sistema. La sociedad en que ocurriera esto podría asemejarse deplorablemente a una nación de borregos y, como éstos, terminar en el matadero. Pero hay pocas razones para pensar que ella no podría existir o para negarle el título de sistema jurídico.

3. LA PATOLOGIA DE UN SISTEMA JURIDICO

La prueba de la existencia de un sistema jurídico tiene que extraerse, por lo tanto, de dos diferentes sectores de la vida social. El caso normal, no problemático, en que podemos decir con confianza que existe un sistema jurídico, es precisamente aquél en que resulta claro que los dos sectores son congruentes en sus respectivos intereses típicos frente al derecho. Dicho toscamente, ocurre aquí que las reglas reconocidas como válidas al nivel oficial son generalmente obedecidas. A veces, sin embargo, puede haber un divorcio entre el sector oficial y el sector privado, en el sentido de que ya no hay una obediencia general a las reglas que son válidas según los criterios de validez usados por los tribunales. La variedad de maneras en que esto puede ocurrir pertenece a la patología de los sistemas jurídicos; porque ellas representan una ruptura en la compleja práctica congruente a que nos referimos cuando formulamos el enunciado externo de hecho de que un sistema jurídico existe. Aquí falta parcialmente lo que es presupuesto cuando, desde adentro del sistema particular, formulamos enunciados internos de derecho. Tal ruptura puede ser el producto de diferentes factores de perturbación. El de la "revolución", cuando en el interior del grupo se expresan pre-

tensiones antagónicas de gobernar, no es más que un caso, y aunque éste importará siempre la violación de alguna de las normas del sistema existente, puede acarrear sólo la sustitución jurídicamente no autorizada de un conjunto de funcionarios por otro nuevo, y no una nueva constitución o sistema jurídico. Otro caso es el de la ocupación enemiga, supuesto en el que desde afuera se formula una pretensión antagónica de gobernar, que carece de autoridad según el sistema existente; y otro es el de la simple quiebra del control jurídico ordenado, ante la anarquía o el bandolerismo que no tiene pretensiones políticas de gobernar.

En cada uno de estos casos pueden darse etapas intermedias durante las cuales los tribunales funcionan, en el territorio o en el exilio, y siguen usando los criterios de validez jurídica del sistema que antes estuvo firmemente establecido; pero estas órdenes son ineficaces en el territorio. En qué etapa es correcto decir, en tales casos, que el sistema jurídico ha dejado finalmente de existir, es algo no susceptible de determinación exacta. Es obvio que si hay una probabilidad seria de restauración, o si la perturbación del sistema establecido es un incidente de una guerra general cuya suerte está aún indecisa, no estaría justificada ninguna afirmación en términos absolutos de que el orden jurídico ha dejado de existir. Esto es así porque el enunciado de que un sistema jurídico existe es de un tipo lo suficientemente amplio y general como para permitir interrupciones; no es verificado o falsificado por lo que ocurre en espacios de tiempo breves.

Por supuesto que pueden surgir cuestiones arduas cuando, tras esas interrupciones, se reimplantan las relaciones normales entre los tribunales y la población. Un gobierno regresa del exilio tras la expulsión de las fuerzas ocupantes o la derrota del gobierno rebelde; surge entonces el problema de qué fue o qué no fue "derecho" en el territorio durante el período de la interrupción. Lo más importante aquí es entender que esta cuestión puede *no* ser una cuestión de hecho. Si fuera una cuestión de hecho, tendría que ser resuelta indagando si la interrupción fue tan prolongada y completa que la situación tiene que ser descrita diciendo que el sistema original ha dejado de existir, y

que al regreso del exilio se estableció un nuevo sistema, similar al anterior. En lugar de ello, la cuestión puede ser planteada como un problema de derecho internacional, o algo paradójicamente, puede presentarse como una cuestión de derecho dentro del mismo sistema jurídico existente a partir de la restauración. En el último caso, bien podría ocurrir que el sistema restaurado incluyera una norma retroactiva que declarara que el sistema ha sido (o con más sinceridad, que se "considera" que ha sido) siempre el derecho del territorio. Podría hacerse esto aun cuando la interrupción hubiera sido tan prolongada, que tal declaración pareciera totalmente en desacuerdo con la conclusión a que podría haberse llegado si el problema se hubiera abordado como una cuestión de hecho. En tal caso nada se opone a que la declaración aparezca como una regla del sistema restaurado, que determina el derecho que sus tribunales tienen que aplicar a sucesos y transacciones ocurridos durante el período de interrupción.

Sólo hay aquí una paradoja si concebimos a los enunciados de derecho de un sistema jurídico, relativos a las que han de considerarse como fases de su propia existencia, pasada, presente o futura, como aserciones que pueden contradecir el enunciado fáctico sobre la existencia del sistema, hecho desde un punto de vista externo. Salvo por la aparente perplejidad de la auto-referencia, el *status* jurídico de una provisión de un sistema existente que se refiere al período durante el cual ha de considerarse que el sistema ha existido, no difiere de la norma de un sistema que declara que un cierto sistema existe todavía en otro país, si bien es muy probable que la última norma no tenga muchas consecuencias prácticas. No tenemos la menor duda de que el sistema jurídico que existe en el territorio de la Unión Soviética no es el del régimen zarista. Pero si una ley del Parlamento británico declarara que el derecho de la Rusia zarista es todavía el derecho del territorio ruso, ello, en verdad, tendría significado y efecto jurídicos como parte del derecho inglés relativo a la Unión Soviética, pero no afectaría la verdad del enunciado de hecho contenido en nuestra última frase. La fuerza y significado

de esa ley consistiría simplemente en determinar el derecho a ser aplicado en los tribunales ingleses, y por lo tanto en Inglaterra, a los casos que tuvieran un elemento ruso.

La situación inversa de la que acabamos de describir aparece en los fascinantes momentos de transición cuando un nuevo sistema jurídico emerge del seno de uno anterior, a veces sólo después de una operación cesárea. La historia reciente del Commonwealth es un admirable campo de estudio de este aspecto de la embriología de los sistemas jurídicos. El resumen esquemático y simplificado de este desarrollo es como sigue. Al comienzo de cierto período podemos tener una colonia con una legislatura, un poder judicial y un poder ejecutivo locales. Esta estructura constitucional ha sido establecida por una ley del Parlamento del Reino Unido, cuerpo que retiene competencia jurídica plena para legislar para la colonia; ella comprende la potestad de modificar o derogar tanto las normas locales como cualquiera de sus propias leyes, inclusive aquellas que se refieren a la constitución de la colonia. En esta etapa el sistema jurídico de la colonia es obviamente una parte subordinada de un sistema más amplio, caracterizado por la regla de reconocimiento última de que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho para (*inter alia*) la colonia. Al final del período de desarrollo vemos que la regla de reconocimiento última se ha desplazado, porque la competencia jurídica del Parlamento de Westminster para legislar para la ex-colonia ya no es reconocida por los tribunales de ésta. Todavía es cierto que buena parte de la estructura constitucional de la antigua colonia se halla en la ley original del Parlamento de Westminster: pero ello es ahora sólo un hecho histórico, porque tal estructura no debe ya su contemporáneo *status* jurídico en el territorio a la autoridad del Parlamento de Westminster. El sistema jurídico de la antigua colonia tiene ahora una "raíz local", en el sentido de que la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos de validez jurídica ya no se refiere a medidas sancionadas por una legislatura de otro territorio. La nueva regla descansa simplemente en el hecho de que es aceptada y usada como tal en los actos judiciales y en

ctros actos oficiales de un sistema local, cuyas reglas son generalmente obedecidas. Por ello, aunque la composición, procedimiento y estructura de la legislatura local pueden ser todavía los prescriptos en la constitución originaria, sus sanciones no son ahora válidas porque constituyan el ejercicio de potestades conferidas por una ley válida del Parlamento de Westminster. Lo son porque, de acuerdo con la regla de reconocimiento localmente aceptada, la sanción por parte de la legislatura local es un criterio último de validez.

Este desarrollo puede ser alcanzado de muchas maneras diferentes. La legislatura madre, después de un período durante el cual nunca ha ejercido su autoridad legislativa formal sobre la colonia, salvo con el consentimiento de ésta, puede retirarse finalmente de la escena, renunciando a la potestad legislativa en favor de la antigua colonia. Hay que señalar aquí que existen dudas teóricas sobre si los tribunales del Reino Unido reconocerían la competencia jurídica del Parlamento de Westminster para cercenar así en forma irrevocable sus potestades. La ruptura puede, por otra parte, ser lograda únicamente mediante la violencia. Pero en uno u otro caso al final de este desarrollo tenemos dos sistemas jurídicos independientes. Este es un enunciado fáctico y no lo es menos porque se refiera a la existencia de sistemas jurídicos. La principal prueba de esto es que en la antigua colonia la regla de reconocimiento última ahora aceptada y usada, no incluye ya entre los criterios de validez ninguna referencia a los actos de legislaturas de otros territorios.

Es posible, sin embargo, y la historia del Commonwealth proporciona ejemplos de ello, que aunque en realidad el sistema jurídico de la colonia sea ahora independiente de la madre patria, el sistema de esta última no reconozca este hecho. Puede ser todavía parte del derecho inglés que el Parlamento de Westminster ha retenido, o puede reconquistar jurídicamente, la potestad de legislar para la colonia; y los tribunales de Inglaterra pueden, si se presenta ante ellos un caso que implique un conflicto entre una ley de Westminster y una de la legislatura local, poner en práctica este modo de ver la cuestión. En

este caso las proposiciones del derecho inglés parecen estar en conflicto con los hechos. El derecho de la colonia *no* es reconocido en los tribunales ingleses como lo que de hecho es: un sistema jurídico independiente con su regla de reconocimiento última, de carácter local. Como cuestión de hecho habrá dos sistemas jurídicos, mientras que el derecho inglés insistirá en que sólo hay uno. Pero precisamente porque una de las afirmaciones es un enunciado de hecho y la otra una proposición de derecho (inglés), las dos no están lógicamente en conflicto. Para aclarar la situación podemos decir, si así lo preferimos, que el enunciado de hecho es verdadero y que la proposición de derecho es "correcta en el derecho inglés". Al considerar la relación entre el derecho internacional público y el derecho interno hay que tener presente distinciones similares entre la afirmación o la negación fáctica de que existen dos sistemas jurídicos independientes, por un lado, y las proposiciones de derecho acerca de la existencia de un sistema jurídico, por otro. Algunas teorías muy extrañas deben su única plausibilidad a que no advierten esta distinción.

Para completar este examen tosco de la patología y embriología de los sistemas jurídicos, señalaremos otras formas de ausencia parcial de las condiciones normales, cuya congruencia es afirmada por la afirmación absoluta de que un sistema jurídico existe. La unidad entre los funcionarios, unidad cuya existencia va normalmente presupuesta cuando se formulan enunciados internos de derecho desde dentro del sistema, puede quebrarse parcialmente. Puede ocurrir que con relación a ciertas cuestiones constitucionales, y únicamente respecto de ellas, exista una división dentro del mundo oficial que conduzca, en definitiva, a una división del poder judicial. El comienzo de una fisura de este tipo, acerca del criterio último a utilizar para identificar el derecho, se advirtió en las dificultades constitucionales ocurridas en Sudáfrica en 1952, que llegaron a los tribunales en el caso *Harris vs. Dönges*¹. Aquí la legislatura actuó sobre la base de

¹ (1952) 1 T. L. R. 1245.

una apreciación de su competencia y potestades jurídicas diferente de la apreciación de los tribunales, y sancionó medidas que estos últimos declararon inválidas. En respuesta a ello la legislatura creó un "tribunal" especial de apelación para entender en recursos contra las decisiones de los tribunales ordinarios que invalidaron las sanciones de la legislatura. Este tribunal, en su oportunidad, decidió tales apelaciones y revocó las sentencias de los tribunales ordinarios; los tribunales ordinarios, a su vez, declararon que las medidas legislativas que crearon los tribunales especiales eran inválidas, y nulas las sentencias de éstos. Si este proceso no se hubiera detenido (porque el gobierno consideró poco prudente llevar adelante este medio de salirse con la suya) habríamos tenido una oscilación interminable entre dos apreciaciones de la competencia de la legislatura y, con ello, de los criterios del derecho válido. Se habrían suspendido las condiciones normales de la armonía oficial, y especialmente de la armonía judicial, únicas condiciones bajo las cuales es posible identificar la regla de reconocimiento del sistema. Sin embargo, la gran masa de actos jurídicos no afectados por esta cuestión constitucional habrían continuado como antes. Mientras la población no se dividiera y no desaparecieran "el derecho y el orden", sería equívoco decir que el sistema jurídico originario había dejado de existir: porque la expresión "el mismo sistema jurídico" es demasiado amplia y elástica para que el consenso oficial unificado respecto de *todos* los criterios originarios de validez jurídica sea una condición necesaria para que el sistema jurídico siga siendo "el mismo". Todo lo que podríamos hacer sería describir esta situación tal como lo hemos hecho, y señalarla como un caso anormal, que lleva en sí la amenaza de disolución del sistema jurídico.

Este último caso nos conduce a los límites de un tópico más amplio que examinaremos en el próximo capítulo, tanto en relación con la elevada cuestión constitucional de los criterios últimos de validez de un sistema jurídico, como de su derecho "ordinario". Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que

ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esto imparte a todas las reglas un halo de vaguedad o "textura abierta", y ello puede afectar tanto la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del derecho, como una ley particular. Se sostiene a menudo que esto demuestra que cualquier elucidación del concepto de derecho en términos de reglas tiene que ser equívoca. Se agrega que insistir en una elucidación de este tipo, no obstante lo que muestra la realidad, es incurrir en el vicio de "conceptualismo" o "formalismo". Tenemos que examinar ahora la solidez de este cargo.

HERBERT L. A. HART

Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford

EL CONCEPTO DE DERECHO

Traducción de
GENARO R. CARRIÓ



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

CAPÍTULO VII

FORMALISMO Y ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS

1. LA TEXTURA ABIERTA DEL DERECHO

En cualquier grupo grande el principal instrumento de control social tiene que consistir en reglas, pautas o criterios de conducta y principios generales, y no en directivas particulares impartidas separadamente a cada individuo. Si no fuera posible comunicar pautas generales de conducta, que sin necesidad de nuevas instrucciones puedan ser comprendidas por multitudes de individuos como exigiéndoles cierto comportamiento en ocasiones determinadas, no podría existir nada de lo que hoy reconocemos como derecho. De allí que éste tenga que referirse en forma predominante, aunque no exclusiva, a *clases* de personas y a *clases* de actos, cosas y circunstancias; y su funcionamiento eficaz sobre vastas áreas de la vida social depende de que haya una capacidad ampliamente difundida para ver en los actos, cosas y circunstancias particulares, ejemplos de las clasificaciones generales que el derecho efectúa.

Dos recursos principales, a primera vista muy diferentes entre sí, han sido utilizados para comunicar tales pautas generales de conducta con antelación a las situaciones en que han de ser aplicadas. Uno de ellos hace un uso máximo, y el otro un uso mínimo, de las palabras clasificadoras generales. El primero es tipificado por lo que llamamos legislación, y el segundo por el precedente. Podemos ver sus características distintivas en los siguientes casos simples, no jurídicos. Antes de ir a la iglesia un padre dice a su hijo: "Todos los hombres y niños varones deben descubrirse al entrar a la iglesia". Otro padre, descubriéndose al

entrar a la iglesia, dice a su hijo: "Mira, esto es lo que debe hacerse en estas ocasiones".

La comunicación o enseñanza por el ejemplo de pautas o criterios de conducta puede asumir formas diferentes, mucho más complicadas que nuestro simple caso. Este se asemejaría más al uso jurídico del precedente si el padre, en lugar de decirle al niño, en la ocasión particular, que como ejemplo del obrar correcto observe lo que él hace al entrar a la iglesia, diera por sentado que el muchacho lo considera una autoridad en materia de conducta apropiada, y que lo observará para aprender la manera de comportarse. Para aproximarnos más al uso jurídico del precedente, debemos suponer que el padre se concibe a sí mismo, y es concebido por los demás, como adhiriendo a pautas tradicionales de conducta, y no como introduciendo pautas nuevas.

La comunicación por el ejemplo, en todas sus formas, aunque vaya acompañada de algunas instrucciones verbales de alcance general, tales como "Haz lo que yo hago", puede dejar abiertos campos de posibilidades, y con ello de dudas, sobre qué es lo que se quiere expresar, incluso respecto de cuestiones que la persona que trata de comunicarse ha tenido claramente en mira. ¿Hasta dónde debe llegar la imitación? ¿Tiene importancia que nos quitemos el sombrero con la mano izquierda, en lugar de hacerlo con la derecha? ¿Que lo hagamos lenta o rápidamente? ¿Que coloquemos el sombrero debajo del asiento? ¿Que no volvamos a cubrirnos dentro de la iglesia? Todas éstas son variantes de preguntas generales que el niño podría formularse: "¿En qué tiene que parecerse mi conducta a la suya para ser correcta?". "¿Qué parte precisamente de su conducta ha de ser mi guía?" Al comprender el ejemplo, el niño repara en algunos de sus aspectos más que en otros. En ello es orientado por el sentido común y por el conocimiento del tipo general de cosas y propósitos que los adultos consideran importantes; también lo orienta su apreciación del carácter general de la ocasión (ir a la iglesia) y del tipo de conducta apropiado a ella.

En contraste con las indeterminaciones de los ejemplos, la comunicación de pautas o criterios generales de conducta me-

dante formas generales explícitas del lenguaje ("Todo hombre debe quitarse el sombrero al entrar a la iglesia") parece clara, segura y cierta. Las características que deben considerarse como guías generales de conducta son identificadas aquí mediante palabras; son separadas verbalmente y no quedan mezcladas con otras en un ejemplo concreto. Para saber qué hacer en otras ocasiones el niño ya no tiene necesidad de adivinar la intención ajena ni qué es lo que los demás aprobarán; no necesita especular sobre qué aspectos de su conducta deben parecerse al ejemplo para que ella sea correcta. En lugar de ello, dispone de una descripción verbal que puede usar para decidir qué es lo que debe hacer en el futuro y cuál la oportunidad de realizarlo. Sólo tiene que reconocer ejemplos de términos verbales claros, que "subsumir" hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales y extraer una simple conclusión silogística. No se le presenta la alternativa de elegir a su riesgo o pedir nuevas instrucciones dotadas de autoridad. Tiene una regla que puede aplicar por sí mismo a sí mismo.

Buena parte de la teoría jurídica de este siglo ha consistido en hacerse progresivamente cargo (y a veces en exagerar) el hecho importante de que la distinción entre la falta de certeza de la comunicación mediante el ejemplo dotado de autoridad (precedente) y la certeza de la comunicación mediante el lenguaje general dotado de autoridad (legislación), es mucho menos firme que lo que sugiere este contraste ingenuo. Aun cuando se usen reglas generales verbalmente formuladas, en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas. Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos. En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar. Habrá por cierto casos obvios, que aparecen constantemente en contextos similares, a los que las expresiones generales son

claramente aplicables. ("Es indudable que un automóvil es un vehículo"). Pero habrá también casos frente a los que no resulta claro si aquéllas se aplican o no ("La palabra 'vehículo', tal como se la usa aquí, ¿comprende aeroplanos, bicicletas, patines?"). Estos últimos casos son situaciones de hecho, que la naturaleza o la inventiva humana continuamente presentan, y que sólo exhiben algunas de las características del caso obvio, mientras que les faltan otras. Los cánones de "interpretación" no pueden eliminar, aunque sí disminuir, estas incertidumbres; porque estos cánones son a su vez reglas generales para el uso del lenguaje, y emplean términos generales que también requieren interpretación. Ellos no pueden —y en eso no difieren de otras reglas— proveer a su propia interpretación. Los casos claros, en que los términos generales parecen no necesitar interpretación y el reconocimiento de los ejemplos parece ser "automático", son únicamente los casos familiares que se repiten en forma constante en contextos semejantes, respecto de los cuales existe acuerdo general sobre la aplicabilidad de los términos clasificatorios.

Las palabras generales no nos servirían como medio de comunicación si no existieran esos casos familiares generalmente indiscutidos. Pero las variantes de lo familiar reclaman también ser clasificadas bajo los términos generales que en un determinado momento constituyen parte de nuestro equipo lingüístico. Aquí se precipita algo así como una crisis en la comunicación: hay razones tanto a favor como en contra de que usemos un término general, y no existe convención firme o acuerdo general alguno que dicte su uso o su rechazo a la persona ocupada en clasificar. Si han de resolverse las dudas, quienquiera sea el encargado de ello tendrá que llevar a cabo un acto de la naturaleza de una elección entre alternativas abiertas.

En este punto, el lenguaje general dotado de autoridad en que se expresa una regla sólo puede guiar de una manera incierta, tal como guía un ejemplo. Aquí hay que abandonar la idea de que el lenguaje de la regla nos permitirá escoger ejemplos fácilmente reconocibles; el proceso de subsunción y la derivación silgística ya no caracterizan el razonamiento que ponemos en

práctica al determinar cuál es la acción correcta. Pareciera ahora que, por el contrario, el lenguaje de la regla se limita a destacar un ejemplo revestido de autoridad, a saber, el constituido por el caso obvio. Este puede ser usado de manera muy análoga a un precedente, si bien el lenguaje de la regla circunscribirá las características dignas de atención en forma más permanente y más próxima que aquél. Frente al problema de si la regla que prohíbe el uso de vehículos en un parque es aplicable a una combinación de circunstancias en la que aquélla aparece indeterminada, todo cuanto debe considerar el encargado de resolverlo —y en ello se encuentra en la misma posición que quien usa un precedente— es si el caso se asemeja "en grado suficiente" al caso típico, en aspectos "relevantes". El ámbito discrecional que le deja el lenguaje puede ser muy amplio; de modo que si bien la conclusión puede no ser arbitraria o irracional, es, en realidad, una elección. El intérprete elige añadir un caso nuevo a una línea de casos por virtud de semejanzas que pueden ser razonablemente defendidas como jurídicamente relevantes y suficientemente estrechas. En materia de reglas jurídicas los criterios de relevancia y proximidad de parecido dependen de muchos factores complejos que se dan a lo largo del sistema jurídico, y de los propósitos u objetivos que pueden ser atribuidos a la regla. Caracterizar esto sería caracterizar lo que tiene de específico o peculiar el razonamiento jurídico.

Cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestiona las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una "textura abierta". Hasta aquí hemos presentado esto, en el caso de la legislación, como una característica general del lenguaje humano; la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho. Los lenguajes naturales —tal como el idioma inglés— muestran, cuando se los usa así, una irreducible

textura abierta. Es importante apreciar, sin embargo, por qué, aparte de esta dependencia respecto del lenguaje tal como efectivamente es, con sus características de textura abierta, no podríamos considerar deseable, ni aun como un ideal, la concepción de una regla tan detallada que la cuestión sobre si ella se aplica o no a un caso particular estuviera siempre resuelta de antemano y nunca exigiera, en el momento de aplicación efectiva, una nueva elección entre alternativas abiertas. Dicho brevemente, la razón está en que la necesidad de tal elección nos es impuesta porque somos hombres y no dioses. Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores) que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos. Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad. Podríamos elaborar reglas cuya aplicación a los casos particulares nunca exigiera una nueva elección. Todo podría ser conocido y, por ello mismo, las reglas podrían especificar por adelantado la solución para todos los problemas. Este sería un mundo adecuado para la teoría jurídica "mecánica".

Obviamente ese mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar. Esta incapacidad para anticipar trae consigo una relativa indeterminación de propósitos. Cuando osamos formular una regla general de conducta (por ejemplo, la regla de que no pueden entrar vehículos en un parque), el lenguaje usado en este contexto fija las condiciones necesarias que todo objeto tiene que satisfacer para estar comprendido por la regla, y podemos tener en

mente ciertos ejemplos claros de lo que sin duda cae dentro de su ámbito. Ellos son los casos paradigmáticos, los casos claros (el automóvil, el ómnibus, la motocicleta); y nuestro propósito al legislar está determinado, en esa medida, porque hemos hecho una cierta elección. Hemos resuelto inicialmente la cuestión de que la paz y la tranquilidad en el parque deben ser preservadas al costo, en todo caso, de la exclusión de aquellas cosas. Por otra parte, mientras no coloquemos el propósito general de preservar la paz en el parque en conjunción con aquellos casos que inicialmente no consideramos, o quizás no pudimos considerar (tal vez, por ejemplo, un auto de juguete a propulsión eléctrica), nuestro propósito, en esa dirección, es indeterminado. No hemos resuelto, porque no hemos previsto, la cuestión que planteará el caso no contemplado cuando acaezca: si ha de sacrificarse o defenderse algún grado de tranquilidad en el parque, frente a aquellos niños cuyo interés o placer consiste en usar ese juguete. Cuando el caso no contemplado se presenta, confrontamos las cuestiones en juego y podemos entonces resolver el problema eligiendo entre los intereses en conflicto de la manera más satisfactoria. Al hacerlo habremos hecho más determinado nuestro propósito inicial, y, de paso, habremos resuelto una cuestión sobre el significado que, a los fines de esta regla, tiene una palabra general.

Los diferentes sistemas jurídicos, o el mismo sistema en distintas épocas, pueden ignorar o reconocer en forma más o menos explícita tal necesidad de un ejercicio adicional de elección en la aplicación de reglas generales a casos particulares. El vicio conocido en la teoría jurídica como formalismo o conceptualismo consiste en una actitud hacia las reglas verbalmente formuladas que procura encubrir y minimizar la necesidad de tal elección, una vez que la regla general ha sido establecida. Una manera de hacer esto es congelar el significado de la regla, de modo que sus términos generales tengan que tener el mismo significado en todos los casos en que su aplicación está de por medio. Para asegurar esto podemos aferrarnos a ciertas características presentes en el caso obvio, e insistir en que ellas son a la vez necesarias y suficientes para que todo aquello que las posea quede comprendido

por la regla, cualesquiera sean las restantes características que pueda tener o que puedan faltarle, y cualesquiera sean las consecuencias sociales que resulten de aplicar la regla de esta manera. Hacer esto es asegurar un grado de certeza o predecibilidad al precio de prejuzgar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición ignoramos. Así habremos conseguido, por cierto, resolver por adelantado, pero también a oscuras, cuestiones que sólo pueden ser razonablemente resueltas cuando se presentan y son identificadas. Esta técnica nos forzará a incluir en el campo de aplicación de una regla casos que desearíamos excluir para llevar a cabo propósitos sociales razonables, y que los términos de textura abierta de nuestro lenguaje nos habrían permitido excluir si los hubiéramos dejado definidos de una manera menos rígida. La rigidez de nuestras clasificaciones entrará así en conflicto con los propósitos que nos animan al tener o preservar la regla.

Este proceso se consuma en "el paraíso de los conceptos" de los juristas; se llega a él cuando un término general recibe el mismo significado no sólo en todas las aplicaciones de una regla, sino dondequiera aparece en cualquier regla del sistema jurídico. Aquí no se requiere ni se hace esfuerzo alguno para interpretar el término a la luz de las diferentes cuestiones que están en juego en las diversas reglas en que se presenta.

De hecho todos los sistemas, de maneras diferentes, concilian dos necesidades sociales: por un lado, la necesidad de ciertas reglas que, en relación con grandes áreas de conducta, pueden ser aplicadas con seguridad por los particulares a sí mismos, sin nueva guía oficial o sin necesidad de sopesar cuestiones sociales, y, por otro lado, la necesidad de dejar abiertas para su solución ulterior, mediante una elección oficial informada, cuestiones que sólo pueden ser adecuadamente apreciadas y resueltas cuando se presentan en un caso concreto. Puede ocurrir que en algunos sistemas jurídicos, en ciertos períodos, se sacrifique demasiado en aras de la certeza, y que la interpretación judicial de las leyes y de los precedentes sea demasiado formal y no se haga cargo de semejanzas y diferencias entre los casos, que sólo son visibles

cuando éstos se examinan a la luz de objetivos sociales. En otros sistemas, o en otros períodos, puede parecer que los tribunales tratan demasiadas cosas en los precedentes como perpetuamente abiertas o revisibles, y que respetan muy poco límites tales como los que establece el lenguaje de la ley, no obstante su textura abierta. En esta materia la teoría jurídica tiene una curiosa historia; porque es propensa a ignorar o a exagerar el carácter indeterminado de las reglas jurídicas. Para sustraernos a esta oscilación entre extremos es menester recordar que la incapacidad humana para anticipar el futuro, que está en la base de esta indeterminación, varía en grados según los diferentes campos de conducta, y que los sistemas jurídicos proveen a esta incapacidad mediante una correspondiente variedad de técnicas.

A veces se advierte desde un comienzo que la esfera a ser controlada jurídicamente es un campo en que las características de los casos individuales variarán tanto en aspectos socialmente importantes pero impredecibles, que la legislatura no puede formular útilmente por anticipado reglas generales para ser aplicadas de caso a caso sin nuevas directivas oficiales. En consecuencia, para regular tal esfera la legislatura establece guías muy generales y delega en un cuerpo administrativo creador de reglas, familiarizado con los diversos tipos de casos, la tarea de modelar reglas adaptadas a las especiales necesidades de éstos. Así la legislatura puede exigir de una industria que no se aparte de ciertos *standards*: cobrar una *tarifa o precio justo* o proveer *sistemas seguros* de trabajo. En lugar de dejar que las diferentes empresas apliquen estos *standards* vagos por sí mismas, con el peligro de que *ex post facto* se determine que los han violado, puede entenderse que es mejor no castigar las violaciones hasta que el órgano o cuerpo administrativo haya dictado reglas que especifiquen qué es lo que ha de entenderse, para una industria determinada, por "tarifa o precio justo" o "sistema seguro". El ejercicio de esta potestad de elaborar reglas puede supeditarse a algo semejante a una investigación judicial de los hechos relativos a la industria de que se trata, y a la celebración de una audiencia para oír argumentos en pro y en contra de una determinada forma de regulación.

Por supuesto, aun para los *standards* muy generales habrá ejemplos claros no discutibles de casos que los satisfacen o que no los satisfacen. Siempre será posible identificar *ab-initio* algunos casos extremos de lo que es, o no es, una "tarifa o precio justo" o un "sistema seguro". Así, en un extremo del campo infinitamente variado de casos habrá una tarifa tan alta que equivaldrá a una exacción al público por un servicio vital, al par que dará a los empresarios altísimas utilidades; en el otro extremo habrá una tarifa tan baja que no ofrecerá un incentivo para llevar adelante la empresa. De maneras diferentes, en uno y otro caso se frustraría cualquier propósito que pudiéramos tener al regular las tarifas. Pero estos no son más que los extremos de un campo de factores diferentes, y no es probable que se presenten en la práctica; en el medio se encuentran los casos reales difíciles que reclaman atención. Las combinaciones anticipables de factores relevantes son pocas, y esto da una relativa indeterminación a nuestro propósito inicial de lograr una tarifa justa o un sistema seguro, e impone la necesidad de una nueva decisión oficial. En estos casos resulta claro que la autoridad que elabora la regla tiene que actuar en forma discrecional, y que no cabe la posibilidad de tratar el problema que crean los casos diversos como si hubiera una única respuesta correcta, es decir, una solución que no sea un mero compromiso razonable entre muchos intereses en conflicto.

Se usa una segunda técnica semejante cuando la esfera a controlar es tal que resulta imposible identificar una clase de acciones específicas que uniformemente deban ser realizadas u omitidas, y convertir esas acciones en objeto de una regla simple, aunque el conjunto de circunstancias, si bien muy variado, incluye características familiares de la experiencia común. Aquí los juicios comunes sobre lo que es "razonable" pueden ser utilizados en el derecho. Esta técnica deja a los individuos, sujeta a la corrección por un tribunal, la tarea de valorar las pretensiones sociales que surgen en formas diversas no anticipables y de obtener un razonable equilibrio entre ellas. En este caso se les exige que se adecúen a un *standard* variable *antes* de que haya

sido definido oficialmente, y puede ser que sólo lleguen a enterarse *ex post facto*, por conducto de un tribunal, y cuando ya lo han violado, cuál es, en términos de acciones u omisiones específicas, el *standard* que ellos deben observar. Cuando las decisiones del tribunal son consideradas como precedentes, la especificación del *standard* variable contenido en ellas se asemeja mucho al ejercicio de la potestad de elaborar reglas delegadas en un cuerpo administrativo, aunque hay también diferencias obvias.

El ejemplo más famoso de esta técnica en el derecho angloamericano es el uso del *standard* de *due care* (debido cuidado), en los casos de culpa o negligencia. Se pueden aplicar sanciones civiles, y con menos frecuencia sanciones penales, a quienes omiten poner un cuidado razonable para no causar daños físicos a otros. Pero ¿qué es cuidado razonable o debido cuidado en una situación concreta? Podemos, por supuesto, citar ejemplos típicos de debido cuidado: hacer cosas tales como detenerse, observar y escuchar en las intersecciones de tránsito. Pero todos sabemos que las situaciones en que hay que poner cuidado son enormemente diversas y que muchas otras acciones se exigen además de "detenerse, observar y escuchar", o en lugar de estas últimas; en realidad éstas pueden no ser suficientes y podrían ser totalmente inútiles si observar no ayudara a conjurar el peligro. Mediante la aplicación de *standards* de cuidado razonable se trata de asegurar (1) que se tomen precauciones que eviten un daño sustancial, y (2) que esas precauciones sean tales que el peso de ellas no implique un sacrificio demasiado grande de otros intereses respetables. No es mucho lo que se sacrifica deteniéndose, observando y escuchando, salvo, naturalmente, que se esté transportando al hospital a un hombre con una hemorragia que pone en peligro su vida. Pero debido a la inmensa variedad de casos posibles en que se exige prudencia o cuidado, no podemos prever *ab initio* qué combinaciones de circunstancias se presentarán, ni prever qué intereses tendrán que ser sacrificados, o en qué medida, para adoptar precauciones contra el daño. Por ello es que no podemos considerar, antes de que se presenten los ca-

sos particulares, cuál es precisamente el sacrificio o compromiso de intereses y valores que estamos dispuestos a hacer para reducir el riesgo de daño. También aquí, nuestro propósito de proteger a los hombres contra el daño será indeterminado mientras no lo pongamos a prueba en relación con posibilidades que sólo la experiencia nos brindará; cuando esto ocurre tenemos que enfrentar una decisión que, si se toma, hará que nuestro propósito quede determinado en esa medida.

La consideración de estas dos técnicas pone de relieve las características de aquellas amplias áreas de conducta que son satisfactoriamente controladas *ab initio* no mediante un *standard* variable sino mediante reglas, que exigen acciones específicas y que sólo presentan una periferia de textura abierta. Esas áreas están caracterizadas por el hecho de que ciertas acciones, sucesos o estados de cosas distinguibles, tienen tal importancia práctica para nosotros, como cosas a evitar o a provocar, que muy pocas circunstancias concomitantes nos inclinan a considerarlas de modo diferente. El ejemplo más tosco de esto es el asesinato de un ser humano. Aunque las circunstancias, en que los seres humanos matan a otros son muy variadas, estamos en situación de formular una regla contra el asesinato en lugar de establecer un *standard* variable ("debido respeto por la vida humana"): esto es así porque son muy pocos los factores que se presentan ante nuestros ojos con título para justificar que reexaminemos nuestra valoración de la importancia de proteger la vida humana. Casi siempre el matar *domina*, por decir así, los otros factores que lo acompañan, de modo que cuando por adelantado prohibimos "matar" no estamos prejuzgando ciegamente acerca de cuestiones que requieren ser contrapesadas entre sí. Por supuesto que hay excepciones, factores que dominan al que es usualmente predominante. Está el matar en defensa propia, y otras formas de homicidio justificable. Pero ellas son pocas y pueden ser identificadas en términos relativamente simples; son admitidas como excepciones a una regla general.

Es importante advertir que el *status* dominante de alguna acción, suceso o estado de cosas fácilmente identificable, puede

ser, en cierto sentido, convencional o artificial, y no deberse a la importancia "natural" o "intrínseca" que tiene para nosotros como seres humanos. No importa qué dirección o mano prescribe para el tránsito la ordenanza respectiva, ni (dentro de ciertos límites), qué formalidades se exigen para transferir una propiedad; pero importa mucho que exista un procedimiento fácilmente identificable y uniforme y que, por virtud de ello, esté claramente deslindado lo que está bien y lo que está mal en estas cuestiones. Cuando tal deslinde ha sido introducido por el derecho la importancia de adherir a él es, con pocas excepciones, principalísima; porque muy pocas circunstancias concomitantes pueden tener más peso, y las que lo tienen, pueden ser fácilmente identificables como excepciones y reglamentadas. El derecho inglés de la propiedad inmobiliaria ilustra muy claramente este aspecto de las reglas.

La comunicación de reglas generales mediante ejemplos revestidos de autoridad trae consigo, como hemos visto, indeterminaciones de un tipo más complejo. El reconocimiento del precedente como criterio de validez jurídica, significa cosas diferentes en diferentes sistemas, y aún en el mismo sistema en distintas épocas. Las descripciones de la "teoría" inglesa del precedente son todavía, en ciertos puntos, altamente debatidas: en realidad incluso los términos claves usados en la teoría: "*ratio decidendi*", "hechos relevantes", "interpretación", tienen su propia penumbra de incertidumbre. No ofreceremos una nueva descripción general, sino que nos limitaremos a un intento de caracterizar en forma breve, tal como lo hicimos con la ley, el área de textura abierta y la actividad judicial creadora que se da dentro de ella.

Cualquier descripción honesta del uso del precedente en el derecho inglés tiene que tomar en cuenta los siguientes pares de hechos opuestos. *Primero*, no hay ningún método único para determinar la regla respecto de la cual es autoridad un determinado precedente al que se reconoce autoridad. A pesar de esto, en la vasta mayoría de los casos decididos hay muy pocas dudas. El sumario, por lo común, es suficientemente correcto. En *segundo lugar*, ninguna formulación de una regla que tiene que ser

extraída de los casos puede pretender ser la única correcta. Por otra parte, cuando el impacto de un precedente sobre un caso posterior está en disputa, existe a menudo acuerdo general en el sentido de que una determinada formulación es adecuada. En tercer lugar, cualquiera sea el *status* de autoridad que una regla extraída del precedente pueda tener, es compatible con el ejercicio por los tribunales, que están limitados por ella, de los dos tipos siguientes de actividad creadora o legislativa. Por una parte, los tribunales que resuelven un caso posterior pueden llegar a una decisión contraria a la de un precedente restringiendo la regla extraída de éste, y acogiendo alguna excepción antes no considerada, o que, si lo fue, quedó abierta. Este proceso de "distinguir" el caso anterior implica hallar alguna diferencia jurídicamente relevante entre aquél y el caso presente, y la clase de tales diferencias nunca puede ser determinada en forma exhaustiva. Por otra parte, al seguir un precedente los tribunales pueden dejar a un lado una restricción que aparece en la regla tal como fue formulada en el caso anterior, en base a que ella no es exigida por ninguna regla establecida por ley o por un precedente previo. Hacer esto es ampliar la regla. A pesar de estas dos formas de actividad legislativa, que la fuerza obligatoria del precedente deja abiertas, la aplicación del sistema inglés del precedente ha producido un cuerpo de reglas, gran número de las cuales, tanto de mayor como de menor importancia, son tan determinadas como cualquier regla contenida en una ley. Ahora ellas sólo pueden ser modificadas por ley, como los jueces mismos lo declaran a menudo en aquellos casos cuyos "méritos" parecen contradecir las exigencias de los precedentes establecidos.

La textura abierta del derecho significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. No obstante ello, la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las

aplicaciones de *standards* variables, no exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso. Este hecho saliente de la vida social sigue siendo verdad, aun cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad a un caso concreto de cualquier regla (escrita o comunicada por precedente). Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, que los cuerpos administrativos desempeñan centralmente en la elaboración de *standards* variables. En un sistema donde el *stare decisis* es firmemente reconocido, esta función de los tribunales se asemeja mucho al ejercicio por un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de reglas. En Inglaterra este hecho a menudo resulta oscurecido por las formas: porque con frecuencia los tribunales niegan cumplir tal función creadora e insisten en que la tarea propia de la interpretación de la ley y del uso del precedente es, respectivamente, buscar la "intención del legislador" y el derecho que ya existe.

2. VARIETADES DE ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS

Hemos examinado con algún detenimiento la textura abierta del derecho porque es importante apreciar esta característica en una justa perspectiva. Si no se procede así, ella provocará siempre exageraciones que oscurecerán otras características del derecho. En todo sistema jurídico hay un importante y amplio campo abierto al ejercicio de la discreción por los tribunales y por otros funcionarios, quienes la ejercen fijando el contenido de criterios o pautas inicialmente vagos, resolviendo las incertidumbres de las leyes, o desarrollando y acondicionando las reglas que sólo han sido comunicadas en forma muy general por los precedentes revestidos de autoridad. Sin embargo, por importantes que sean estas actividades y por insuficientemente estudiadas que estén, no deben ocultar el hecho de que tanto la estructura dentro de la cual tienen lugar, como su principal producto final, consisten en reglas generales. Estas son reglas cuya aplicación

puede ser hecha por los individuos mismos en caso tras caso, sin recurrir a las directivas o a la discreción oficial.

Puede parecer extraño que la afirmación de que las reglas tienen un papel central en la estructura de un sistema jurídico haya sido seriamente puesta en duda alguna vez. Sin embargo, "el escepticismo ante las reglas", o la pretensión de que hablar de reglas es un mito que oculta la verdad de que el derecho consiste simplemente en las decisiones de los tribunales y en la predicción de ellas, puede ejercer una atracción poderosa sobre la sinceridad de los juristas. Expresada en forma general, tanto respecto de las reglas secundarias como de las primarias, es por cierto una pretensión completamente incoherente; porque la afirmación de que hay decisiones de los tribunales no puede ser consistentemente combinada con la posición que, en forma absoluta, niega que hay reglas. Esto es así porque, como hemos visto, la existencia de un tribunal implica la existencia de reglas secundarias que confieren potestad jurisdiccional a una sucesión cambiante de individuos y, con ello, autoridad a sus decisiones. En una comunidad de personas que entendieran las nociones de decisión y de predicción de una decisión, pero no la de regla, faltaría la idea de decisión *con autoridad* y, con ella, la idea de tribunal. Sería imposible distinguir la decisión de un particular de la de un tribunal. Podríamos tratar de suplir, con la idea de "obediencia habitual", las deficiencias que presenta la predecibilidad de la decisión para servir de fundamento a la jurisdicción con autoridad implicada en la idea de tribunal. Pero si hacemos esto, nos encontraremos con que la noción de hábito adolece, a estos fines, de todas las insuficiencias que se pusieron de manifiesto en el capítulo IV, cuando la consideramos como candidato a reemplazar la noción de regla que confiere potestades legislativas.

En algunas versiones más moderadas de la teoría, se concede que para que haya tribunales tiene que haber reglas jurídicas que los constituyan, y que éstas en consecuencia no pueden ser a su vez simples predicciones de las decisiones de los tribunales. Sin embargo es poco lo que en realidad se avanza si la concesión se limita a eso. Porque es una afirmación caracterís-

tica de este tipo de teoría que las leyes no son derecho sino únicamente fuentes de derecho, mientras no sean aplicadas por los tribunales, y esto es incompatible con la afirmación de que sólo existen las reglas necesarias para constituir los tribunales. Tiene que haber también reglas secundarias que confieren potestades legislativas a sucesiones cambiantes de individuos. Porque la teoría no niega que haya leyes; en verdad las califica de meras "fuentes" de derecho, y se limita a negar que las leyes son derecho mientras no sean aplicadas por los tribunales.

Aunque estas objeciones son importantes y, respecto de una forma no cauta de la teoría, bien fundadas, no se aplican a ella en todas las formas. Bien puede ser que el escepticismo ante las reglas nunca se haya propuesto negar la existencia de reglas secundarias que confieren potestad judicial o legislativa, y que nunca haya pretendido que se pudiera demostrar que dichas reglas no eran sino decisiones o predicciones de decisiones. Ciertamente, los ejemplos en los que este tipo de teoría se ha apoyado con más frecuencia están tomados de reglas primarias que imponen deberes o acuerdan derechos o potestades a particulares. Sin embargo, aunque supongamos que la negativa de que hay reglas, y la afirmación de que lo que llamamos reglas no son más que predicciones de las decisiones de los tribunales, quedan limitadas de esta manera, hay un sentido, por lo menos, en el cual son obviamente falsas. Porque no puede ponerse en duda que, por lo menos en relación con algunas esferas del comportamiento dentro de un estado moderno, los individuos exhiben toda la gama de conducta y actitudes que hemos llamado el punto de vista interno. Las normas jurídicas funcionan en sus vidas, no simplemente como hábitos o como fundamentos para predecir las decisiones de los jueces o las acciones de otros funcionarios, sino como pautas o criterios jurídicos de conducta, que son aceptados. Esto es, ellos no solamente hacen con tolerable regularidad lo que el derecho les exige, sino que ven en él una pauta o criterio jurídico de conducta, hacen referencia a él al criticar a otros, o al justificar exigencias, y al admitir críticas y exigencias hechas por los demás. Al usar las reglas jurídicas de esta manera norma-

tiva ellos presuponen sin duda que los jueces y otros funcionarios continuarán decidiendo y comportándose de ciertas maneras regulares, y por ello predecibles, de acuerdo con las reglas del sistema; pero es ciertamente un hecho observable de la vida social que los individuos no se limitan al punto de vista externo, esto es, a registrar y predecir las decisiones de los tribunales o la probable incidencia de las sanciones. En lugar de ello, constantemente expresan en términos normativos su aceptación compartida del derecho como guía de conducta. En el capítulo III hemos considerado en forma detenida la pretensión de que los términos normativos, tales como "obligación", no quieren decir más que una predicción de la conducta oficial. Si, como hemos sostenido, esa pretensión es falsa, las reglas jurídicas funcionan como tales en la vida social: ellas son *usadas* como reglas, no como descripciones de hábitos o como predicciones. Sin duda que son reglas con una textura abierta, y que en los puntos en que la textura es abierta los individuos sólo pueden predecir cómo decidirán los tribunales y ajustar su conducta a ello.

El escepticismo ante las reglas reclama seriamente nuestra atención, pero sólo como una teoría del papel de las reglas en la decisión judicial. En esta forma, al conceder todas las objeciones que hemos destacado, dicha teoría equivale a afirmar que, en lo que concierne a los tribunales, nada hay que circunscriba el área de textura abierta: de modo que es falso, si no absurdo, considerar que los propios jueces están sometidos a las reglas u "obligados" a decidir casos en la forma que lo hacen. Ellos pueden actuar con una regularidad y uniformidad suficientemente predecibles como para permitir que los demás, a lo largo de períodos prolongados, vivan de acuerdo con las decisiones de los tribunales consideradas como reglas. Es posible que los jueces incluso experimenten sentimientos de compulsión cuando deciden como lo hacen, y estos sentimientos también pueden ser predecibles; pero más allá de esto nada hay que pueda caracterizarse como una regla observada por ellos. Nada hay que los tribunales consideren como pauta o criterio de conducta judicial correcta, y, por ello, na-

da hay en esa conducta que manifieste el punto de vista interno característico de la aceptación de reglas.

Esta versión de la teoría se apoya en una variedad de consideraciones de peso muy diferente. El escéptico ante las reglas es a veces un absolutista desilusionado: se ha dado cuenta de que aquéllas no son lo que serían en un paraíso formalista, o en un mundo en que los hombres fueran dioses y pudieran anticipar todas las posibles combinaciones de hechos, y la textura abierta no fuese una característica necesaria de las reglas. La concepción del escéptico sobre lo que es la existencia de una regla puede consistir en un ideal inalcanzable, y cuando descubre que lo que llamamos reglas no realiza ese ideal, expresa su desilusión negando que haya o que pueda haber regla alguna. Así el hecho de que las reglas que, según los jueces, los obligan al decidir un caso, tienen una textura abierta, o presentan excepciones que no son exhaustivamente especificables de antemano, y el hecho de que el desviarse de las reglas no hará pasibles a los jueces de una sanción física, son invocados a menudo como prueba favorable a la posición del escéptico. Estos hechos son subrayados para demostrar que "las reglas son importantes en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces. Tal es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos"¹.

Argumentar de esta manera es pasar por alto lo que las reglas efectivamente son en cualquier esfera de la vida real. Sugiere que nos hallamos ante el siguiente dilema: "O las reglas son lo que serían en el paraíso del formalista y ellas sujetan como cadenas; o bien no hay reglas, sino únicamente decisiones predecibles o tipos de acción predecibles". Este, sin embargo, es un dilema claramente falso. Prometemos visitar a un amigo al día siguiente. Cuando llega ese día resulta que cumplir la promesa nos obligaría a desatender a una persona seriamente enferma. El hecho de que esto se acepte como una razón adecuada para no cumplir lo prometido no significa por cierto que no hay ninguna regla que obligue a cumplir las promesas, y que sólo hay una

¹ Llewellyn, *The Bramble Bush* (2ª edición), pág. 9.

cierta regularidad en el cumplimiento de ellas. Del hecho de que tales reglas tengan excepciones no susceptibles de un enunciado exhaustivo, no se sigue que en todos los supuestos quedamos librados a nuestra discreción y que nunca nos hallamos obligados a cumplir una promesa. Una regla que concluye con la expresión "a menos que..." sigue siendo una regla.

A veces se niega la existencia de reglas obligatorias para los tribunales, porque la cuestión de si al actuar de cierta manera manifestamos con ello la aceptación de una regla que nos exige actuar así, es confundida con cuestiones psicológicas sobre los procesos mentales que preceden o acompañan la acción. Suele ocurrir que cuando alguien acepta una regla como obligatoria y como algo que él y los demás no son libres de cambiar, aquél puede ver en forma totalmente intuitiva lo que la regla exige en una situación dada, y realizar el acto requerido sin pensar primero en la regla y en lo que ella exige. Cuando movemos una pieza de ajedrez de acuerdo con las reglas, o nos detenemos ante una señal de tránsito, nuestra conducta concorde con la regla es con frecuencia una respuesta directa a la situación, que no presupone un paso intermedio o un cálculo en términos de las reglas. La prueba de que tales acciones son aplicaciones genuinas de la regla es su ubicación respecto de ciertas circunstancias. Algunas de estas circunstancias preceden la acción particular y otras son posteriores; y algunas de ellas únicamente son expresables en términos generales e hipotéticos. El más importante de estos factores que demuestran que al actuar hemos aplicado una regla es que si nuestra conducta es impugnada estamos dispuestos a justificarla haciendo referencia a aquélla; y el carácter genuino de nuestra aceptación de la regla puede manifestarse no sólo en nuestros reconocimientos y observancia general de ella, antes y después, sino también en nuestra crítica a las desviaciones propias y ajenas. En base a esta evidencia o a una similar, podemos ciertamente concluir que si antes de nuestro "impensado" cumplimiento de la regla se nos hubiera preguntado cuál era la acción correcta y por qué lo era, lo honesto habría sido responder mencionando la regla. Es esa ubicación de nuestra conducta entre

tales circunstancias, y no el hecho de que vaya acompañada de un pensamiento explícito en la regla, lo que se necesita para distinguir un acto de genuina observancia de una regla y una acción que simplemente coincide con ella. Distinguiríamos así la movida del jugador de ajedrez adulto como un acto conforme a una regla aceptada, de la acción del niño que simplemente empuja la pieza al lugar correcto.

Esto no significa negar que la simulación sea posible y a veces exitosa. Los métodos de comprobación para determinar si una persona ha simulado *ex post facto* que actuó de acuerdo a una regla son, como todos los métodos de comprobación empíricos, inherentemente falibles, pero no lo son en forma inveterada. Es posible que en una determinada sociedad los jueces tomaran siempre su decisión en forma intuitiva, o "por palpitos", y luego se limitaran a elegir de entre un catálogo de reglas jurídicas aquellas que, según su modo de ver, se parecieran más al caso ocurriente; podrían pretender entonces que esa era la regla que a su entender imponía la decisión dictada, aunque nada más en sus acciones o palabras sugiriera que la consideraron como una regla obligatoria. Algunas decisiones judiciales pueden ser dictadas así, pero es evidente, sin duda, que la mayoría de ellas, como ocurre con las movidas del jugador de ajedrez, son obtenidas mediante el esfuerzo genuino para ajustarse a reglas conscientemente aceptadas como pautas o criterios orientadores de decisiones o, si se llega a éstas en forma intuitiva, se hallan justificadas por reglas que el juez estaba de antemano dispuesto a observar, y cuya relevancia para el caso ocurriente es generalmente reconocida.

La última y más interesante forma de escepticismo ante las reglas no se funda en el carácter abierto de las normas jurídicas ni en el carácter intuitivo de muchas decisiones; se funda en el hecho de que la decisión de un tribunal ocupa una posición única como algo que posee autoridad, y, si se trata de tribunales supremos, autoridad final. Esta forma de la teoría, de la que nos ocuparemos en el apartado próximo, está implícita en la famosa frase del obispo Hoadly, que Gray tanto repite en *The Nature and Sources of Law*, "Ahora bien, quien tiene una autoridad absoluta

para interpretar las normas, escritas o no, ése es el legislador para todos los fines y propósitos, y no la persona que por vez primera las escribió o enunció".

3. DEFINITIVIDAD E INFALIBILIDAD DE LA DECISION JUDICIAL

Un tribunal supremo tiene la última palabra al establecer qué es derecho y, después que lo ha establecido, la afirmación de que el tribunal se "equivocó" carece de consecuencias dentro del sistema; nadie ve modificados sus derechos o deberes. La decisión, claro está, puede ser privada de efectos jurídicos por una ley, pero el hecho mismo de que sea menester recurrir a ello demuestra que, en lo que al derecho atañe, el enunciado de que el tribunal se equivocó era un enunciado vacío. La consideración de estos hechos hace que parezca pedante distinguir, en el caso de decisiones de un tribunal supremo, entre su definitividad y su infalibilidad. Esto conduce a otra forma de negar que los tribunales, al decidir, están de algún modo sometidos a reglas: "El derecho (la constitución) es lo que los tribunales dicen que es".

Las características más interesantes e instructivas de esta forma de la teoría son su aprovechamiento de la ambigüedad de enunciados tales como "el derecho (o la constitución) es lo que los tribunales dicen que es", y la explicación que ella tiene que dar, para ser consistente, de la relación que existe entre los enunciados de derecho no oficiales y los enunciados oficiales de un tribunal. Para entender aquella ambigüedad, consideraremos su análogo en el caso de un juego. Muchos juegos competitivos se juegan sin un tanteeador (*scorer*) oficial: a pesar de sus intereses en conflicto, los jugadores consiguen aplicar aceptablemente bien la regla de tanteo (*scoring rule*) a los casos particulares; por lo común sus juicios concuerdan, y las disputas que quedan sin solución pueden ser pocas. Antes que se instituya un tanteeador oficial, el enunciado que sobre el número de tantos convertidos (*score*) hace un jugador, si es honesto, representa un esfuerzo para apreciar la marcha del juego con referencia a la particular regla de tanteo aceptada en el mismo. Tales enunciados sobre el

número de tantos convertidos (*score*) son enunciados internos que aplican la regla de tanteo y, si bien presuponen que los jugadores observarán en general las reglas y objetarán su violación, no son enunciados ni predicciones de estos hechos.

Al igual que los cambios que se operan al pasar de un régimen consuetudinario a un sistema jurídico maduro, la introducción en el juego de reglas secundarias que instituyen un tanteeador cuyas resoluciones son definitivas, aporta al sistema un nuevo tipo de enunciado interno; porque a diferencia de los enunciados de los jugadores respecto del número de tantos convertidos (*score*), las determinaciones del tanteeador tienen asignado, por virtud de reglas secundarias, un *status* que las hace indiscutibles. En *este* sentido es verdad que, a los fines del juego, "el *score* es lo que el tanteeador dice que es". Pero es importante ver que la *regla* de tanteo continúa siendo lo que era antes, y que es deber del tanteeador aplicarla lo mejor posible. La proposición "el *score* es lo que el tanteeador dice que es" sería falsa si se quisiera decir con ella que no hay regla para el tanteo, salvo la que el tanteeador, en su arbitrio, elige aplicar. Podría haber ciertamente un juego con tal regla, y en alguna medida podría ser divertido jugarlo si el arbitrio del tanteeador se ejerciera con cierta regularidad; pero se trataría de un juego diferente. Podríamos llamarlo el juego del "arbitrio del tanteeador".

Es obvio que las ventajas que trae aparejadas un tanteeador en materia de solución rápida y definitiva de las disputas, se adquieren a cierto precio. La institución de un tanteeador puede colocar a los jugadores en una situación difícil: el deseo de que el juego sea regulado, como antes, por la regla de tanteo, puede entrar en conflicto con el deseo de que en la aplicación de dicha regla haya decisiones con autoridad definitiva. El tanteeador puede incurrir en errores honestos, estar ebrio, o puede violar maliciosamente su deber de aplicar la regla de tanteo en la mejor forma posible. Por cualquiera de esas razones puede decidir que se ha convertido un tanto cuando no ha ocurrido ningún hecho que justifique tal decisión. Es posible adoptar provisiones para corregir sus fallos mediante apelación a alguna autoridad superior:

pero esto tiene que terminar alguna vez en una decisión con autoridad definitiva, que será dictada por seres humanos falibles, y llevará así consigo el mismo riesgo de error honesto, abuso o violación. Es imposible proveer mediante reglas a la corrección de las infracciones a todas las reglas.

Los riesgos inherentes en la creación de una autoridad que aplique reglas con carácter definitivo, pueden materializarse en cualquier esfera. Los que pueden materializarse en la humilde esfera de un juego son dignos de consideración, puesto que muestran, de una manera particularmente clara, que algunas inferencias extraídas por los escépticos ante las reglas pasan por alto ciertas distinciones que son indispensables para comprender aquella forma de autoridad dondequiera se aplique. Cuando se crea o establece un tanteador oficial, y sus determinaciones se aceptan como definitivas, los enunciados que sobre el número de tantos convertidos (*score*) formulan los jugadores u otros particulares no tienen *status* dentro del juego; son irrelevantes desde el punto de vista del resultado. Si coinciden con lo que dice el tanteador, tanto mejor; si no coinciden, no cuentan para nada en la determinación del resultado. Pero estos hechos muy obvios serían desfigurados si a los enunciados de los jugadores se los calificara de predicciones de las decisiones del tanteador, y sería absurdo sostener que se prescinde de ellos cuando discrepan con esas decisiones porque resultan ser predicciones falsas de las mismas. Después de la introducción de un tanteador oficial, cuando el jugador formula sus enunciados propios sobre el número de tantos convertidos (*score*), sigue haciendo lo mismo que hacía antes: a saber, determina la marcha del juego de la mejor forma posible, por referencia a la regla de tanteo. El tanteador hace eso mismo, en la medida en que cumple con los deberes propios de su posición. La diferencia entre ellos no consiste en que uno predice lo que el otro dirá, sino en que los enunciados de los jugadores son aplicaciones no oficiales de la regla de tanteo, y por ello carecen de significación para computar el resultado; mientras que los enunciados del tanteador tienen autoridad y son definitivos. Es importante observar que si el juego fuera "el arbitrio

del tanteador" la relación entre los enunciados no oficiales y los enunciados oficiales sería necesariamente distinta: los enunciados de los jugadores no sólo *serían* una predicción de las decisiones del tanteador, sino que además *no podrían* ser otra cosa. Porque en tal caso "el *score* es lo que tanteador dice que es" sería la regla de tanteo; no habría la posibilidad de que los enunciados de los jugadores fueran versiones meramente no oficiales de lo que el tanteador hace oficialmente. En tal caso las decisiones del tanteador serían a la vez definitivas e infalibles, o mejor dicho la cuestión sobre su falibilidad o infalibilidad carecería de sentido; porque respecto de nada podría "acertar" o "equivocarse". Pero en un juego común "el *score* es lo que el tanteador dice que es" no es la regla de tanteo: es una regla que establece que la aplicación de la regla de tanteo a los casos particulares hecha por el tanteador tiene autoridad y carácter definitivos.

La segunda enseñanza que podemos extraer de este ejemplo de decisión con autoridad toca cuestiones más fundamentales. Podemos distinguir entre un juego normal y el juego del "arbitrio del tanteador" simplemente porque la regla de tanteo del primero aunque presenta, como otras reglas, su área de textura abierta donde el tanteador tiene que ejercer una elección, posee sin embargo un núcleo de significado establecido. Es de este núcleo que el tanteador no es libre de apartarse, y él constituye el criterio de tanteo correcto e incorrecto: tanto para el jugador, cuando formula sus enunciados no oficiales sobre el número de tantos realizados (*score*), como para el tanteador en sus decisiones oficiales. Esto es lo que hace que sea verdad decir que las decisiones del tanteador, aunque definitivas, no son infalibles. Lo mismo ocurre en el caso del derecho.

Hasta cierto punto, el hecho de que algunas decisiones del tanteador sean claramente equivocadas no es inconsistente con que el juego continúe: ellas cuentan tanto como las decisiones obviamente correctas. Pero la extensión en que la tolerancia de las decisiones incorrectas es compatible con la existencia continuada del mismo juego tiene un límite, y esto halla un análogo importante en el campo jurídico. El hecho de que se toleren abe-

rraciones oficiales aisladas o excepcionales no significa que lo que se juega ya no es *cricket* o *baseball*. Por otra parte, si estas aberraciones son frecuentes o si el tanteador repudia la regla de tanteo, llega un punto en el que o los jugadores ya no aceptan las decisiones aberrantes del tanteador, o si lo hacen están jugando otro juego. No se trata ya de *cricket* o *baseball* sino de "el arbitrio del tanteador"; porque es una característica definitoria de esos otros juegos que, en general, sus resultados deben determinarse de la manera exigida por el significado obvio de la regla, cualquiera sea la latitud que su textura abierta pueda permitir al tanteador. En algunas condiciones imaginables podríamos decir que lo que se jugó fue en verdad "el arbitrio del tanteador", pero el hecho de que en todos los juegos las decisiones del tanteador son definitivas no significa que todos los juegos sean eso.

Estas distinciones deben ser tenidas en cuenta al valorar la forma de escepticismo jurídico que se apoya en el *status* único que tiene la decisión de un tribunal en cuanto enunciado definitivo, con autoridad, de lo que es derecho en un caso particular. La textura abierta del derecho acuerda a los tribunales una potestad de creación jurídica mucho más amplia y más importante que la que tienen los tanteadores, cuyas decisiones no son usadas como precedentes creadores de derecho. Cualquier cosa que decidan los tribunales, tanto respecto de cuestiones que se encuentran en aquella parte de la regla que parece obvia a todos, como respecto de cuestiones que se hallan en su márgenes discutibles, lo decidido subsiste mientras no sea modificado por la legislación; y en lo que hace a la interpretación de ésta, los tribunales también tienen la última palabra, dotada de autoridad. Sin embargo, siempre hay que distinguir entre una constitución que, tras establecer un sistema de tribunales, dispone que cualquier cosa que la Suprema Corte considere adecuada será derecho, y la constitución de los Estados Unidos o, en lo que a esto respecta, la constitución de cualquier estado moderno. La proposición, "la constitución (o el derecho) es lo que los jueces dicen que es", si se la interpreta como que niega esta distinción, es una proposición falsa. En cualquier momento dado los jueces, incluso los de una Corte

Suprema, integran un sistema cuyas reglas son lo suficientemente determinadas en la parte central como para suministrar criterios o pautas de decisión judicial correcta. Los tribunales consideran a esas reglas como algo que ellos no son libres de dejar a un lado al ejercer la autoridad para dictar aquellas decisiones que no pueden ser discutidas dentro del sistema. Cuando un juez asume su cargo, así como cuando un tanteador asume el suyo, se encuentra con una regla, tal como la que dice que lo que la Reina en Parlamento dispone es derecho, que se halla establecida como una tradición y que es aceptada como el criterio o pauta para el desempeño de ese cargo. Esto circunscribe, aunque no anula, la actividad creadora de quienes lo ocupan. Es cierto que tales criterios o pautas no podrían seguir existiendo si la mayor parte de los jueces no les prestaran adhesión, porque su existencia en un momento dado simplemente consiste en su aceptación y uso como criterio o pauta de adjudicación correcta. Pero esto no hace que el juez que los usa sea el autor de ellos o, para emplear el lenguaje de Hoadly, el "legislador" competente para decidir a voluntad. La adhesión del juez es exigida para mantener los criterios o pautas, pero el juez no los crea.

Es posible, por supuesto, que escudados en las reglas que dan a las decisiones judiciales autoridad definitiva, los jueces se pongan de acuerdo para rechazar las reglas existentes, y dejen de considerar que las leyes del Parlamento, aún las más claras, imponen límites alguno a sus decisiones. Si la mayoría de sus fallos tuvieran ese carácter y fueran aceptados, ello importaría una transformación del sistema, paralela a la transformación de un juego de *cricket* en "el arbitrio del tanteador". Pero el hecho de que tales transformaciones sean posibles no demuestra que el sistema ya es lo que sería si la transformación tuviera lugar. Ninguna regla puede ser garantizada contra las transgresiones o el repudio, porque nunca es psicológica o físicamente imposible que los seres humanos las transgredan o repudien, y si un número suficiente de hombres lo hace durante un tiempo suficientemente prolongado, la regla desaparecerá. Pero la existencia de reglas en un momento dado no requiere esas imposibles garantías contra

la destrucción. Decir que en un momento dado hay una regla que exige que los jueces acepten como derecho las leyes del Parlamento o las del Congreso implica, primero, que existe acatamiento general a esa exigencia y que los jueces, individualmente considerados, rara vez se apartan de ella o la desconocen; en segundo lugar, implica que cuando tal desviación o desconocimiento individual ocurre, o si ocurriera, es o sería tratado por una gran mayoría como algo seriamente criticable e incorrecto, aun cuando la regla que acuerda carácter definitivo a las decisiones hiciera imposible revisar la decisión del caso particular, salvo mediante una ley que admite la validez de una decisión tal, aunque no su corrección. Es lógicamente posible que los seres humanos pudieran violar todas sus promesas, sintiendo al principio, quizás, que eso es incorrecto, y más tarde sin experimentar tal sentimiento. La regla que obliga a cumplir las promesas dejaría entonces de existir; pero esto sería un magro fundamento para sostener que esa regla ya no existe y que las promesas no son realmente obligatorias. El paralelo argumento referente a los jueces, basado en la posibilidad de que maquinen la destrucción del sistema en vigor, no tiene más fuerza.

Antes de abandonar el tópico del escepticismo ante las reglas tenemos que decir una última palabra acerca de su tesis positiva de que las reglas son la predicción de las decisiones de los tribunales. Es obvio, y ha sido señalado a menudo, que cualquiera sea la verdad que pueda haber en esto, en el mejor de los casos sólo es aplicable a los enunciados de derecho arriesgados por los particulares o por sus asesores. No puede aplicarse a los enunciados de una regla jurídica hechos por los propios tribunales. Estos últimos enunciados o son un ropaje verbal para el ejercicio de una discreción ilimitada, como pretenden alguno de los "realistas" más extremos, o tienen que ser la formulación de reglas auténticamente consideradas por los tribunales, desde el punto de vista interno, como un criterio o pauta de decisión correcta. Por otra parte, las predicciones de las decisiones judiciales innegablemente tienen un lugar importante en el derecho. Cuando llegamos al área de textura abierta, muy a menudo todo cuanto podemos

ofrecer con provecho como respuesta a la pregunta: "¿cuál es el derecho en esta materia?", es una predicción cautelosa de lo que harán los tribunales. Además, aun cuando lo que las reglas exigen sea claro, con frecuencia ello se puede expresar en la forma de una predicción de la decisión de los tribunales. Pero es importante advertir que predominantemente en el segundo caso, y en un grado variable en el primero, el fundamento de tal predicción es el conocimiento de que los tribunales consideran a las reglas jurídicas no como predicciones, sino como criterios o pautas a seguir, que son lo suficientemente determinados, a pesar de su textura abierta, como para limitar, aunque no para excluir, su discreción. De aquí que, en muchos casos, las predicciones de lo que harán los tribunales son como la predicción que podríamos hacer en el sentido de que los jugadores de ajedrez moverán el alfil en línea oblicua: ellas se basan en última instancia en una apreciación del aspecto no predictivo de las reglas, y del punto de vista interno de éstas como pautas o criterios de conducta aceptados por aquellos a quienes las predicciones se refieren. Este no es más que un aspecto adicional del hecho, ya subrayado en el capítulo V, de que, si bien la existencia de reglas en cualquier grupo social posibilita la predicción, y a menudo le da fuerza, no puede ser identificada con ella.

4. INCERTIDUMBRE DE LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

El formalismo y el escepticismo ante las reglas son el Escila y el Caribdis de la teoría jurídica; son grandes exageraciones, que resultan saludables cuando se corrigen entre sí. La verdad se encuentra en el medio. Es mucho, ciertamente, lo que hay que hacer —y no lo podemos intentar aquí— para caracterizar en forma detallada esa vía intermedia, y para mostrar los diversos tipos de razonamiento que los tribunales característicamente usan al cumplir la función creadora que les deja la textura abierta del derecho en la ley o en el precedente. Pero hemos dicho bastante en este capítulo como para poder retomar, con provecho, el importante tema aludido al final del capítulo VI. Se trata de la incertidumbre no de reglas jurídicas particulares, sino de la regla de

reconocimiento y, con ello, del criterio último usado por los tribunales al identificar reglas válidas de derecho. La distinción entre la incertidumbre de una regla particular y la incertidumbre del criterio usado para identificarla como regla del sistema, no es siempre clara. Pero alcanza claridad máxima cuando las reglas son normas legislativas, con un texto revestido de autoridad. Las palabras de una ley y lo que ella prescribe en un caso particular pueden ser perfectamente obvios; sin embargo, es posible que haya dudas sobre si la legislatura tiene potestad para legislar de esa manera. A veces la eliminación de estas dudas únicamente exige interpretar otra regla de derecho que otorgó la potestad legislativa, y la validez de esta otra regla puede ser indudable. Tal sería el caso, por ejemplo, si estuviera en cuestión la validez de un precepto dictado por una autoridad subordinada, porque hay dudas respecto del significado de la ley del Parlamento que define las atribuciones legislativas de dicha autoridad. Este sería un caso de mera incertidumbre o textura abierta de una ley particular, y no suscitaría ninguna cuestión fundamental.

Hay que distinguir de tales cuestiones ordinarias aquellas que versan sobre la competencia jurídica de la propia legislatura suprema. Estas otras cuestiones se refieren a los criterios últimos de validez jurídica; y pueden surgir aun en un sistema jurídico como el inglés, en el que no hay una constitución escrita que especifique la competencia de la legislatura suprema. En la enorme mayoría de los casos la fórmula "lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho" es una expresión adecuada de la regla sobre la competencia jurídica del Parlamento, y es aceptada como un criterio último para la identificación del derecho, por muy abiertas que se hallen en su periferia las reglas así identificadas. Pero pueden surgir dudas respecto del significado o alcance de aquella fórmula; podemos preguntarnos qué quiere decir "sancionado por el Parlamento" y las dudas que surjan pueden ser resueltas por los tribunales. ¿Qué inferencia cabe extraer, respecto de la posición que ocupan los tribunales en un sistema jurídico, del hecho de que la regla última de éste puede ofrecer dudas y éstas ser resueltas por aquéllos? ¿Se hace necesario, en

vista de esta circunstancia, modificar de algún modo la tesis de que el fundamento de un sistema de derecho es una regla de reconocimiento aceptada que especifica los criterios de validez jurídica?

Para responder a estas preguntas consideraremos aquí algunos aspectos de la doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento, aunque, por supuesto, pueden aparecer dudas similares respecto de los criterios últimos de validez jurídica en cualquier sistema. Bajo la influencia de la doctrina de Austin de que el derecho es esencialmente el producto de una voluntad jurídicamente ilimitada, algunos teóricos del derecho constitucional sostuvieron que era lógicamente necesario que existiera una legislatura soberana, entendiéndose por esto una legislatura que, durante toda su existencia como cuerpo continuo, fuese libre no sólo frente a limitaciones impuestas *ab extra*, sino también frente a su propia legislación previa. Hoy día puede considerarse punto pacífico que el Parlamento inglés es soberano en este sentido, y el principio de que ningún Parlamento anterior puede impedir que sus "sucesores" deroguen la legislación dictada por aquél, constituye parte de la regla última de reconocimiento utilizada por los tribunales para identificar reglas válidas de derecho. Es importante ver, sin embargo, que no hay ninguna necesidad lógica, mucho menos una necesidad de la naturaleza, de que exista tal Parlamento; es sólo una forma o estructura entre otras, igualmente concebibles, que ha llegado a ser aceptada entre nosotros como el criterio de validez jurídica. Entre esas otras formas posibles se encuentra otro principio que con iguales o quizás mejores títulos podría merecer el nombre de "soberanía". Nos referimos al principio de que el Parlamento, en lugar de *carecer* de potestades para limitar en forma irrevocable la competencia legislativa de sus sucesores, tuviera esa más amplia potestad de auto-limitación. En tal caso el Parlamento podría, por lo menos una vez en su historia, ejercer una esfera de competencia legislativa aún más amplia que la que le concede la doctrina establecida. El requisito de que en todo momento de su existencia el Parlamento esté libre de limitaciones jurídicas, incluso de las impuestas por sí mismo, es,

después de todo, sólo una interpretación de la idea ambigua de omnipotencia jurídica. Se trata, en efecto, de elegir entre una omnipotencia *continuada* sobre todas las cuestiones que no afecten la competencia legislativa de los parlamentos posteriores, y una ilimitada omnipotencia *auto-comprensiva* (*self-embracing*), de la que se puede gozar sólo una vez. Estas dos concepciones de la omnipotencia tienen un paralelo en dos concepciones de un Dios omnipotente: por un lado, un Dios que en todo momento de su existencia goza de los mismos poderes y por lo tanto no puede cercenarlos, y por el otro, un Dios cuyos poderes incluyen el de destruir para el futuro su omnipotencia. Cuál es la forma de omnipotencia —continuada o auto-comprensiva— de que goza nuestro Parlamento, es una cuestión empírica relativa a la forma de regla que es aceptada como criterio último para identificar el derecho. Aunque es una cuestión que versa sobre una regla que se encuentra en la base de un sistema jurídico, es empero una cuestión de hecho, respecto de la cual puede haber, en cualquier momento dado y por lo menos en algunos puntos, una respuesta plenamente determinada. Así, es claro que la regla que actualmente se acepta es una regla de soberanía continuada, de modo que el Parlamento no puede poner sus leyes a cubierto de la derogación.

Sin embargo, como ocurre con cualquier otra regla, el hecho de que la regla de la soberanía parlamentaria es determinada en este punto, no significa que lo sea en todos. Pueden suscitarse cuestiones acerca de ella que no tengan, hasta ese momento, una respuesta claramente correcta o incorrecta. Tales cuestiones sólo pueden ser solucionadas mediante una elección, hecha por alguien a cuyas decisiones, en esta materia, se les ha reconocido, eventualmente, autoridad. Esas indeterminaciones en la regla de la soberanía parlamentaria se presentan por lo común de la siguiente manera. Según la regla actual se acepta que una ley del Parlamento no puede sustraer en forma irrevocable ninguna cuestión a la acción legislativa futura del Parlamento; pero puede distinguirse entre una ley que en forma lisa y llana intenta hacer eso, y otra ley que, a la par que deja abierta al Parlamento la po-

sibilidad de legislar sobre cualquier tópico, tiene por mira modificar la "manera y forma" de la legislación. Esta última ley puede establecer, por ejemplo, que en ciertas cuestiones ninguna legislación entrará en vigor si no es aprobada por una mayoría de las dos Cámaras reunidas en asamblea, o si no es confirmada por un plebiscito. Puede "atrincherar" tal provisión estableciendo que ella mismo sólo puede ser derogada mediante ese procedimiento especial. Tal modificación parcial del procedimiento legislativo bien puede ser compatible con la regla actual de que el Parlamento no puede obligar en forma irrevocable a sus sucesores; porque lo que hace no es tanto *obligar* a éstos como eliminarlos *quoad* ciertas cuestiones, y transferir sus potestades legislativas respecto de ellas al nuevo cuerpo especial. Se puede decir, por lo tanto, que, en relación con estas cuestiones especiales, el Parlamento no ha "obligado" o "atado" al Parlamento, ni disminuido su omnipotencia continuada, sino que ha "redefinido" lo que ha de entenderse por Parlamento y lo que hay que hacer para legislar.

Va de suyo que si esta técnica fuese válida, mediante ella el Parlamento podría conseguir prácticamente los mismos resultados que la doctrina de que el Parlamento no puede obligar a sus sucesores parece colocar más allá de la potestad de éste. Porque si bien es cierto que la diferencia entre circunscribir el área sobre la que puede legislar el Parlamento, por un lado, y limitarse a modificar la manera y la forma de la legislación, por el otro, es suficientemente clara en algunos casos, en la práctica los límites de estas dos categorías se confunden. Una ley que, después de fijar un salario mínimo para los mecánicos, estableciera que ningún proyecto de ley concerniente a la retribución de éstos tendrá fuerza de derecho si no es confirmado por una resolución del Sindicato de Mecánicos, y que exigiera esa misma conformidad para la reforma de la propia ley en cuestión, tendría en la práctica los mismos efectos que una ley que fijara la retribución "para siempre", y prohibiera en forma directa y absoluta su derogación. Sin embargo se puede construir un argumento, que para los abogados tendría cierta fuerza, para demostrar que si bien esto último no

sería eficaz a la luz de la regla de soberanía parlamentaria continuada, lo primero podría ser compatible con ella. Los pasos del argumento consisten en una sucesión de afirmaciones sobre lo que el Parlamento puede hacer, cada una de las cuales sería menos plausible que su predecesora aunque tendría alguna analogía con ella. Ninguna de ellas puede ser rechazada por errónea o aceptada con confianza como correcta; porque nos hallamos en el área de textura abierta de la más fundamental regla del sistema. En cualquier momento puede surgir aquí una pregunta para la que no hay una respuesta, sino varias.

Así sería posible admitir que el Parlamento podría modificar en forma irrevocable la constitución del Parlamento, por ejemplo, aboliendo completamente la Cámara de los Lores, y yendo así más allá que las Leyes de 1911 y 1949 que prescindieron del acuerdo de dicha Cámara para cierta legislación, leyes que algunos autores prefieren interpretar como una mera delegación revocable de algunas de las potestades del Parlamento en favor de la Reina y de la Cámara de los Comunes. Sería posible admitir también, como sostuvo Dicey², que el Parlamento podría auto-destruirse totalmente, mediante una ley que declarara que sus potestades han terminado y derogara las normas que proveen a la elección de Parlamentos futuros. En tal caso, el Parlamento podría válidamente complementar este suicidio legislativo con una ley que transfiriese todas sus potestades a algún otro cuerpo, digamos la Manchester Corporation. Si puede hacer esto ¿no puede realmente hacer algo menor? ¿No puede poner fin a sus potestades para legislar en ciertas materias y transferirlas a una nueva entidad integrada por el propio Parlamento y algún otro cuerpo? Sobre esta base, ¿no cabe pensar que la Sección 4 de la Ley de Westminster, que requiere el consentimiento de un Dominio para cualquier legislación que lo afecte, hizo efectivamente eso respecto de las potestades del Parlamento para legislar para un Dominio? Es posible que la tesis de que esto puede ser efectivamente derogado sin el consentimiento del Dominio sea

² *The Law of the Constitution* (10a. edición), pág. 68, n.

no sólo una "teoría", como dijera Lord Sankey, que "no se hace cargo de la realidad". Es posible que sea mala teoría, o por lo menos no mejor que la opuesta. Por último, si el Parlamento puede ser reconstituido de estas maneras, por su propia acción, ¿por qué no podría reconstituirse a sí mismo disponiendo que el consentimiento del Sindicato de Mecánicos sea un requisito necesario para ciertos tipos de leyes?

Es plenamente posible que algunas de las proposiciones cuestionables que constituyen los pasos dudosos, pero no obviamente equivocados, de este argumento, serán algún día aceptadas o rechazadas por un tribunal llamado a decidir la cuestión. Tendremos entonces una respuesta a las preguntas que ellas suscitan, y esa respuesta, mientras el sistema exista, poseerá un *status* de autoridad único entre las respuestas que podrían darse. Los tribunales habrán determinado entonces, en ese punto, el contenido de la regla última mediante la cual se identifica el derecho válido. Aquí "la constitución es lo que los jueces dicen que es" no significa simplemente que las decisiones particulares de los tribunales supremos no pueden ser impugnadas. A primera vista el espectáculo parece paradójal; ante nuestros ojos tenemos jueces ejerciendo potestades creadoras que determinan los criterios últimos para comprobar la validez de las propias normas que les confieren jurisdicción en tanto que jueces. ¿Cómo puede una constitución conferir autoridad para decir lo que la constitución es? Pero la paradoja desaparece si recordamos que aunque toda regla puede ser dudosa en algunos puntos, es por cierto una condición necesaria de un sistema jurídico existente que no toda regla sea dudosa en todos los puntos. La posibilidad de que haya tribunales que en cualquier momento dado tengan autoridad para decidir estas cuestiones límites referentes a los últimos criterios de validez, depende meramente del hecho de que, en ese momento, la aplicación de dichos criterios a una vasta área del derecho, que incluye las reglas que confieren aquella autoridad, no origine dudas, aunque sí la origen su preciso ámbito y alcance.

Esta respuesta, sin embargo, puede parecer a algunos una manera demasiado simplista de tratar el problema. Puede dar la im-

presión de que caracteriza en forma muy inadecuada la actividad de los jueces en los lindes de las reglas fundamentales que especifican los criterios de validez jurídica; y puede dar esa impresión porque tal respuesta asimila demasiado estrechamente dicha actividad a la cumplida en los casos ordinarios, donde los tribunales ejercen una elección creadora al interpretar una ley particular que ha resultado indeterminada. Es claro que tales casos ordinarios tienen que surgir en cualquier sistema, y así parece obvio que las reglas que sirven de base a la actuación de los tribunales estén integradas —aunque no en forma explícita— por el principio de que éstos tienen jurisdicción para resolver aquellos casos eligiendo una de las alternativas que la ley deja abierta, aun cuando prefieran presentar esa elección como si fuera un descubrimiento. Pero, al menos en ausencia de una constitución escrita, las cuestiones referentes a los criterios fundamentales de validez a menudo parecen *no* tener esta cualidad que puede ser contemplada de antemano, y que permite decir con naturalidad que los tribunales tienen ya, de acuerdo con las reglas existentes, una clara autoridad para resolver cuestiones de ese tipo.

Quizás una forma de error "formalista" sea, precisamente, la de pensar que todo paso dado por un tribunal está cubierto por una regla general que le confiere de antemano la autoridad para darlo, de suerte que sus potestades creadoras son *siempre* una forma de potestad legislativa delegada. La verdad puede ser que, cuando los tribunales resuelven cuestiones previamente no contempladas relativas a las reglas más fundamentales de la constitución, ellos *obtienen* que se acepte su autoridad para decidir las después que las cuestiones han surgido y la decisión ha sido dictada. Es concebible que la cuestión constitucional en debate divida a la sociedad de manera demasiado fundamental para que pueda ser resuelta mediante una decisión judicial. Las cuestiones suscitadas en Sud África en relación con ciertas cláusulas de la South Africa Act de 1909, amenazaron en un momento con ser demasiado decisivas para una solución jurídica. Pero cuando están en juego cuestiones sociales menos vitales, es posible que se acepte sin protestas una pieza muy sorprendente de creación ju-

dicial de derecho relativa a las propias fuentes de éste. Cuando tal cosa ocurre, a menudo se dirá *retrospectivamente*, y ello puede parecer genuino, que los tribunales siempre tuvieron la potestad "inherente" de hacer lo que hicieron. Esta, sin embargo, puede ser una ficción piadosa, si la única prueba a su favor es que las cosas salieron bien.

El manipuleo que los tribunales ingleses hacen de las reglas sobre la fuerza obligatoria del precedente quizás quede descrita con mayor honestidad de esta última manera, es decir, como un intento exitoso de arrogarse potestades y ejercerlas. Aquí el éxito otorga autoridad *ex post facto*. Así, antes de la decisión del Tribunal de Apelaciones en lo Criminal en el caso *Rex vs. Taylor*⁸, la cuestión de si ese tribunal tenía autoridad para decidir que no estaba limitado por sus propios precedentes en cuestiones sobre libertad individual, podría haber parecido una cuestión completamente abierta. Pero el fallo se dictó y ahora se lo sigue como derecho. El enunciado de que el tribunal tuvo siempre una potestad inherente de decidir de esa manera sólo sería, sin duda, un modo de presentar las cosas en forma más ordenada de lo que realmente son. Aquí, en los lindes de estas cuestiones muy fundamentales, acogeríamos de buen grado al escéptico ante las reglas, mientras no olvide que se lo acepta en los lindes, y no nos ciegue frente al hecho de que lo que en gran medida posibilita estos notables desarrollos judiciales de las reglas más fundamentales, es el prestigio adquirido por los jueces a raíz de su actuación, incuestionablemente gobernada por reglas, en las vastas áreas centrales del derecho.

⁸ (1950), 2 K. B. 368.

Finalmente, no es necesario que todas las extensiones de la moral más allá de las obligaciones e ideales generalmente reconocidos en una sociedad dada, asuman la forma de una crítica social. Es importante recordar que la moral tiene su aspecto privado, que se pone de manifiesto en el reconocimiento individual de ideales que no son necesariamente compartidos o considerados como fuentes de crítica al obrar ajeno, y mucho menos como fuentes de crítica a la sociedad como un todo. Las vidas humanas pueden estar consagradas a perseguir ideales heroicos, románticos, estéticos o académicos o, menos gratamente, a la mortificación de la carne. También aquí podría sostenerse que si hablamos de moral, lo hacemos porque los valores perseguidos por los individuos son por lo menos análogos a algunos de los valores reconocidos por la moral de su propia sociedad. Pero la analogía no es por cierto de contenido sino de forma y función. Porque tales ideales desempeñan en la vida de los individuos el mismo papel que la moral desempeña en una sociedad. Ellos son ubicados en un lugar de suprema importancia, de modo que su búsqueda es vivida como un deber ante el cual hay que sacrificar otros intereses y deseos; aunque son posibles las conversiones, la noción de que esos ideales pueden ser adoptados, cambiados o eliminados por una elección deliberada, es quimérica; y, finalmente, las desviaciones de tales ideales son "castigadas" por la misma conciencia, o culpa, y remordimiento a que apela primariamente la moral social.

CAPITULO IX

LAS NORMAS JURIDICAS Y LA MORAL

1. DERECHO NATURAL Y POSITIVISMO JURIDICO

Hay muchos tipos diferentes de relaciones entre el derecho y la moral, y nada hay que pueda estudiarse provechosamente, en forma separada, como la relación entre uno y otra. En cambio, es importante distinguir algunas de las muchas cosas diferentes que se pueden querer decir al afirmar o al negar que el derecho y la moral están relacionados. A veces, lo que se afirma es un tipo de conexión que pocos, si es que alguien lo ha hecho, han negado; pero su indiscutible existencia puede ser erróneamente aceptada como signo de alguna conexión más dudosa, o incluso confundida con ella. Así, no puede discutirse seriamente que el desarrollo del derecho, en todo tiempo y lugar, ha estado de hecho profundamente influido tanto por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares, como por formas de crítica moral esclarecida, formulada por individuos cuyo horizonte moral ha trascendido las pautas corrientemente aceptadas. Pero es posible tomar esta verdad ilícitamente, como fundamento de una proposición distinta: a saber, que un sistema jurídico *tiene que* exhibir alguna concordancia específica con la moral o con la justicia, o *tiene que* apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que hay una obligación moral de obedecerlo. También aquí, aunque esta proposición puede, en algún sentido, ser verdadera, no se sigue de ella que los criterios de validez de normas particulares usados en un sistema jurídico tengan que incluir, en forma tácita si no explícita, una referencia a la moral o a la justicia.

Puede decirse que muchas otras cuestiones, además de ésta, se refieren a las relaciones entre el derecho y la moral. En este capítulo sólo examinaremos dos de ellas, aunque ambas involucrarán alguna consideración de muchas otras. La primera es una cuestión que todavía puede ser descripta en forma esclarecedora como el conflicto entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico, aunque cada uno de estos rótulos se usa hoy para designar una serie de tesis diferentes acerca del derecho y la moral. Aquí entenderemos por "Positivismo Jurídico" la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigencias de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así. Pero precisamente porque quienes han adoptado este punto de vista han guardado silencio, o discrepado agudamente, respecto de la naturaleza de la moral, es menester considerar dos formas muy distintas de rechazo del Positivismo Jurídico. Una de éstas se expresa con la mayor claridad en las teorías clásicas del Derecho Natural: hay ciertos principios de conducta humana a ser descubiertos por la razón de los hombres, con los que el derecho elaborado por éstos debe concordar para ser válido. La otra adopta un punto de vista diferente sobre la moral, menos racionalista, y ofrece una versión distinta de las maneras en que la validez jurídica se relaciona con el valor moral. En este apartado y en el próximo nos ocuparemos de la primera de ellas.

En la vasta literatura que desde Platón hasta nuestros días se ha dedicado a afirmar, y también a negar, la proposición de que las formas en que deben comportarse los hombres pueden ser descubiertas por la razón humana, los antagonistas de un bando parecen decir a los del otro "Uds. son ciegos si no pueden ver esto", para recibir como respuesta "Uds. están soñando". Esto es así, porque la pretensión de que hay principios verdaderos de conducta correcta, racionalmente descubribles, no ha sido habitualmente formulada como una doctrina autónoma, sino que fue presentada originariamente, y defendida durante mucho tiempo, como parte de una concepción general de la naturaleza inanimada y viviente. Este enfoque es, de muchas maneras, antitético con la

concepción general de la naturaleza que constituye la estructura del moderno pensamiento secular. Por ello es que para sus críticos, la teoría del Derecho Natural ha parecido surgir de profundas y antiguas confusiones de las que el pensamiento moderno se ha liberado triunfalmente; mientras que para sus sostenedores, los críticos parecen limitarse a insistir en trivialidades superficiales, desatendiendo verdades más profundas.

Así, muchos críticos modernos han pensado que la pretensión de que las normas o leyes de conducta correcta pueden ser descubiertas mediante la razón humana descansaba en una simple ambigüedad de la palabra "ley" y que cuando esta ambigüedad fuese denunciada, el derecho natural recibiría un golpe mortal. Es de esta manera que John Stuart Mill alude a Montesquieu, quien en el capítulo primero de *L'Esprit des Lois* pregunta ingenuamente por qué, mientras que las cosas inanimadas, tales como las estrellas y también los animales, obedecen a "la ley de su naturaleza", el hombre no procede así, sino que incurre en pecado. En esto, pensaba Mill, se hace patente la perenne confusión entre las leyes que formulan el curso o las regularidades de la naturaleza, y las leyes que exigen que los hombres se comporten de ciertas maneras. Las primeras, que pueden ser descubiertas mediante la observación y el razonamiento, bien pueden ser denominadas "descriptivas" y corresponde al científico descubrirlas; las últimas no pueden ser establecidas así, porque ellas no son enunciados o descripciones de hechos, sino "prescripciones" o exigencias de que los hombres se comporten de cierta manera. Por lo tanto la respuesta a la pregunta de Montesquieu es simple: las leyes prescriptivas pueden ser transgredidas y no obstante siguen siendo leyes, porque ello significa simplemente que los seres humanos no hacen lo prescripto; pero carece de sentido afirmar que las leyes de la naturaleza, descubiertas por la ciencia, pueden o no pueden ser transgredidas. Si las estrellas se comportan de manera contraria a las leyes científicas que pretenden describir sus movimientos regulares, éstas no son transgredidas, sino que pierden su título a ser llamadas "leyes" y tienen que ser reformuladas. A estas diferencias en el sentido de "ley"

corresponden diferencias sistemáticas en el vocabulario asociado, compuesto de expresiones tales como “tener que”, “deber”, etc. Así, según este modo de ver, la creencia en un Derecho o Ley Natural es reducible a una falacia muy simple: no percibir los sentidos muy diferentes que estas palabras y expresiones pueden tener. Es como si el que sustenta esa creencia no percibiera el muy diferente sentido de esas palabras en “Ud. tiene que presentarse al servicio militar” y “si el viento sopla del Norte, tiene que nevar”.

Los críticos que con más energía atacaron la noción de Derecho Natural —tales como Bentham y Mill— a menudo atribuyeron la confusión entre estos sentidos distintos de “ley” en que incurrierán sus oponentes, a que persistía en éstos la creencia de que las observadas regularidades de la naturaleza estaban prescritas o decretadas por un Divino Legislador del Universo. De acuerdo con este punto de vista teocrático, la única diferencia entre la ley de gravedad y los Diez Mandamientos —la ley de Dios para el hombre— era, como afirmaba Blackstone, relativamente pequeña; a saber, que sólo los hombres, entre todos los seres creados, están dotados de razón y voluntad libre, y pueden así, a diferencia de las cosas, descubrir y desobedecer las prescripciones divinas. Sin embargo, el Derecho Natural no ha estado siempre asociado a la creencia de un Divino Gobernador o Legislador del Universo, y cuando ha habido tal ligamen, sus fórmulas características no han dependido lógicamente de esa creencia. Tanto el sentido relevante de la palabra “natural” que forma parte de “Derecho Natural”, como el enfoque general que minimiza la diferencia tan obvia y tan importante para los espíritus modernos entre las leyes prescriptivas y descriptivas, se originan en el pensamiento griego que, en lo que a esto respecta, era completamente secular. En verdad, la continua reafirmación de alguna forma de la doctrina del Derecho Natural se debe en parte al hecho de que su atractivo es independiente de la autoridad divina y de la autoridad humana, y al hecho de que a pesar de una terminología, y de mucha metafísica, que pocos podrían ahora aceptar, contiene ciertas verdades elementales que son importantes para la comprensión de la moral

y del derecho. Trataremos de liberarlas de sus adherencias metafísicas y de reformularlas en términos más simples.

Para el pensamiento secular moderno el mundo de las cosas inanimadas y vivientes, de los animales y el hombre, es un escenario de tipos de sucesos y de cambios recurrentes que ejemplifican ciertas conexiones regulares. Los seres humanos han descubierto por lo menos algunas de éstas y las han formulado como leyes de la naturaleza. Entender la naturaleza es, según este modo de ver moderno, hacer operar sobre alguna parte de ella el conocimiento de estas regularidades. La estructura de las grandes teorías científicas no refleja, por cierto, hechos, sucesos y cambios de ninguna forma simple observable; con frecuencia, en verdad, una gran parte de tales teorías consiste en fórmulas matemáticas abstractas que carecen de una contrapartida directa en los hechos observables. Su conexión con los sucesos y cambios observables consiste en el hecho de que, a partir de estas fórmulas abstractas, se pueden deducir generalizaciones que se refieren a los sucesos observables y que pueden ser confirmadas o falsificadas por ellos. La pretensión de una teoría científica de hacer progresar nuestra comprensión de la naturaleza, depende en última instancia, por lo tanto, de su poder de predecir lo que ocurrirá, y ello se basa en generalizaciones de lo que regularmente ocurre. Para el pensamiento moderno la ley de gravedad y la segunda ley de termodinámica son leyes de la naturaleza, y no simples construcciones matemáticas, en virtud de la información que proporcionan respecto de la regularidad de los fenómenos observables.

La doctrina del Derecho Natural es parte de una concepción más antigua de la naturaleza, en la que el mundo observable no es simplemente un escenario de tales regularidades, y el conocimiento de la naturaleza no es simplemente un conocimiento de ellas. De acuerdo con este punto de vista más antiguo, cada tipo nombrable de cosas existentes, humanas, animadas e inanimadas, es concebido no sólo como que tiende a mantenerse en existencia, sino también como que se dirige hacia un estado preciso óptimo que es el bien específico, o el *fin* (*telos* y *finis*) que le es apropiado.

Esta es la concepción teleológica de la naturaleza, que ve en ella algo que contiene en sí niveles de excelencia que las cosas realizan. Las etapas a través de las cuales una cosa de cualquier tipo dado avanza hacia su fin propio o específico son regulares, y pueden ser formuladas en generalizaciones que describen el característico modo de cambio de la cosa, o su característica acción o desarrollo; en esa medida el punto de vista teleológico de la naturaleza coincide con el pensamiento moderno. La diferencia está en que según el punto de vista teológico, los sucesos que regularmente acaecen a las cosas no son concebidos como algo que *meramente* ocurre en forma regular, y no se considera que es plantear cuestiones distintas preguntarse si *efectivamente ocurren* de esa manera, si *debieran* ocurrir o si es *bueno* que ocurran. Por el contrario (salvo respecto de algunas raras monstruosidades atribuidas al "azar") lo que generalmente acaece puede ser explicado y valorado como bueno, o como lo que debe suceder, presentándolo como un paso hacia la meta o el fin propio de la cosa en cuestión. Las leyes del desarrollo de una cosa, en consecuencia, muestran al propio tiempo cómo ella se comporta o cambia regularmente y cómo debe hacerlo.

Este modo de concebir la naturaleza parece extraño cuando se lo enuncia en forma abstracta. Puede parecer menos fantástico si recordamos algunas de las maneras en que aún hoy aludimos a los seres vivos, porque todavía se refleja un punto de vista teleológico en las formas comunes de describir su desarrollo. Así en el caso de una bellota, su crecimiento y transformación en un roble es algo que no sólo alcanzan en forma regular las bellotas, sino que se señala, a diferencia de su proceso de declinación (que también es regular) como un estado óptimo de madurez, a cuya luz se explican y juzgan las etapas intermedias como buenas o malas, y se identifica la "función" de sus diversas partes de cambios estructurales. El crecimiento normal de las hojas hace falta para obtener la humedad necesaria a los fines del desarrollo "pleno" o "propio", y es "función" de las hojas proporcionarla. Por ello aludimos a ese crecimiento como lo que "debe ocurrir naturalmente". En el caso de la acción o movimientos de las cosas ina-

nimadas, tales modos de hablar parecen mucho menos plausibles, salvo que se trate de artefactos ideados por seres humanos para servir un propósito. La noción de que una piedra, al caer al suelo, está realizando algún "fin" apropiado o retornando al "lugar que le es propio", como un caballo que regresa al galope a su establo, en alguna medida nos parece hoy cómica.

En verdad, una de las dificultades para comprender el punto de vista teleológico sobre la naturaleza es, precisamente, que tal como reduce al mínimo las diferencias entre los enunciados de lo que regularmente acaece y los enunciados de lo que debe acaecer, así también reduce al mínimo la diferencia, tan importante para el pensamiento moderno, entre seres humanos *con* un propósito personal que tratan de realizar conscientemente, y otros seres vivos o inanimados. Porque en el punto de vista teleológico del mundo, el hombre, como las otras cosas, es concebido como tendiendo hacia un estado específico óptimo o fin que ha sido establecido para él, y el hecho de que, a diferencia de las otras cosas, el hombre pueda hacer esto en forma consciente, no es concebido como una diferencia radical entre él y el resto de la naturaleza. Este bien o fin específico humano es, en parte, como el de los otros seres vivientes, una condición de madurez biológica y de potencias físicas desarrolladas; pero también incluye, como elemento humano distintivo, un desarrollo y excelencia de espíritu y carácter manifestado en el pensamiento y en la conducta. A diferencia de los otros entes, el hombre es capaz de descubrir, mediante el razonamiento y la reflexión, qué es lo que implica el logro de esta excelencia, de espíritu y carácter, y quererlo. Pero con todo, según este punto de vista teleológico, dicho estado óptimo no es el bien o el fin del hombre porque él lo quiere; en lugar de ello, el hombre lo quiere porque es su fin natural.

Buena parte de este punto de vista teleológico persiste en algunas de las formas en que pensamos en los seres humanos y hablamos de ellos. El mismo está latente cuando caracterizamos a ciertas cosas como *necesidades* humanas que es bueno satisfacer y a ciertas cosas hechas a seres humanos, o sufridas *por* ellos, como *daños* o lesiones. Así, aunque es verdad que algunos hombres

pueden rehusarse a comer o a descansar porque quieren morir, concebimos al comer y al descansar como algo más que cosas que los hombres hacen regularmente o simplemente desean. La comida y el descanso son necesidades humanas, aunque algunos se nieguen a aceptarlas cuando las necesitan. Por ello decimos no sólo que es natural que todos los hombres coman y duerman, sino que todos los hombres deben comer y dormir, o que es naturalmente bueno hacer estas cosas. La fuerza de la palabra "naturalmente" en tales juicios sobre la conducta humana, es diferenciarlos tanto de los juicios que reflejan meras convenciones o prescripciones humanas ("debes quitarte el sombrero"), cuyo contenido no puede ser descubierto por el pensamiento o la reflexión, como de los juicios que se limitan a indicar lo que hace falta para alcanzar algún objetivo particular, que en un momento determinado puede ocurrir que un hombre tenga en mira y otros hombres no. El mismo enfoque está presente en nuestra concepción de las *funciones* de los órganos corporales y en la distinción que hacemos entre éstas y las meras propiedades causales. Decimos que la función del corazón es hacer circular la sangre, pero no que la función de un crecimiento canceroso es causar la muerte.

Estos ejemplos toscos, dirigidos a mostrar elementos teleológicos que todavía persisten en el pensamiento ordinario sobre la acción humana, han sido extraídos del modesto nivel fáctico biológico que el hombre comparte con otros animales. Es correcto hacer notar que lo que da sentido a este modo de pensamiento y de expresión es algo completamente obvio: el presupuesto tácito de que el fin propio de la actividad humana es la supervivencia; y esto reposa en el simple hecho contingente de que la mayor parte de los hombres durante la mayor parte del tiempo desean continuar viviendo. Las acciones que llamamos naturalmente buenas son las exigidas para seguir viviendo; las nociones de necesidad humana, de daño, y de la *función* de los órganos o de los cambios corporales, descansan en el mismo hecho simple. Por cierto que si nos detenemos aquí, únicamente tendremos una versión muy atenuada del Derecho Natural; porque los exposi-

res clásicos de este enfoque concibieron a la supervivencia (*perseverare in esse suo*) simplemente como el estrato más bajo de un concepto mucho más discutible y mucho más complejo del fin del hombre o del bien para el hombre. Aristóteles incluyó en él el cultivo desinteresado del intelecto humano, y Tomás de Aquino el conocimiento de Dios, y estos constituyen valores que pueden ser y han sido controvertidos. Otros pensadores, Hobbes y Hume entre ellos, han preferido bajar sus miras: han visto en el modesto propósito de supervivencia el elemento central indiscutible que da buen sentido empírico a la terminología del Derecho Natural. "La naturaleza humana no puede en modo alguno subsistir sin la asociación de individuos; y esa asociación nunca podría tener lugar si no se respetaran las leyes de la equidad y de la justicia"¹.

Este pensamiento simple tiene en realidad mucho que ver con las características del derecho y de la moral, y puede ser desenmarañado de partes más discutibles del enfoque teleológico general, en el que el fin o el bien del hombre se presenta como un modo de vida específico acerca del cual, de hecho, los hombres pueden discrepar profundamente. Además, al referirnos a la supervivencia podemos descartar, como demasiado metafísica para las mentes modernas, la noción de que ella es algo fijado de antemano, que los hombres necesariamente desean porque es su propio fin o meta. En lugar de ello podemos sostener que el hecho de que los hombres en general desean vivir es un mero hecho contingente que podría ser de otra manera, y que todo cuanto podemos querer decir al calificar a la supervivencia de meta o fin humano es que los hombres efectivamente la desean. Sin embargo, aun cuando la concibamos de esta manera, no reñida con el sentido común, la supervivencia sigue poseyendo un *status* especial en relación con la conducta humana y con nuestro pensamiento acerca de ésta, *status* que es paralelo a la importancia y a la necesidad atribuidas a la supervivencia en las formulaciones ortodoxas de la doctrina del Derecho Natural. Porque no se

¹ Hume, *Treatise of Human Nature*, III, ii, "De la justicia e injusticia".

trata simplemente de que la abrumadora mayoría de los hombres realmente desean vivir, aun al precio de una terrible miseria, sino que esto se refleja en estructuras enteras del pensamiento y del lenguaje que usamos para describir el mundo y los otros seres humanos. No podríamos sustraer el deseo general de vivir sin alterar conceptos tales como peligro y seguridad, daño y beneficio, necesidad y función, enfermedad y cura; porque éstas son a la vez maneras de describir y de apreciar cosas por referencia a la contribución que ellas hacen a la supervivencia, que es aceptada como objetivo.

Hay empero consideraciones más simples y menos filosóficas que éstas, que muestran que la aceptación de la supervivencia es una meta necesaria, en un sentido más directamente relevante para la discusión del derecho y de la moral de los hombres. Esa aceptación está presupuesta por los propios términos de la discusión; porque nos ocupamos de medidas sociales para la existencia continuada, no de reglas para un club de suicidas. Queremos saber si entre esas medidas sociales hay algunas que pueden ser esclarecedoramente calificadas de leyes naturales descubribles por la razón, y cuál es su relación con el derecho y con la moral de los hombres. Al plantear ésta o cualquier otra cuestión referente a *cómo* deben convivir los hombres, tenemos que presuponer que su propósito, en términos generales, es vivir. Desde este punto de vista el argumento es simple. La reflexión sobre algunas generalizaciones muy obvias referentes a la naturaleza humana y al mundo en que los hombres viven, muestra que en la medida en que ellas sigan siendo verdaderas, hay ciertas reglas de conducta que toda organización social tiene que contener para ser viable. Tales reglas constituyen de hecho un elemento común al derecho y a la moral convencional de todas las sociedades que han alcanzado el punto en que uno y otra se distinguen como formas diferentes de control social. Junto a ellas encontramos, tanto en el derecho como en la moral, mucho de lo que es peculiar a una determinada sociedad, y mucho que puede parecer arbitrario o una simple cuestión de elección. Tales principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen

una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, a su circunstancia natural, y a sus propósitos, pueden ser considerados como el *contenido mínimo* del Derecho Natural, en contraste con las construcciones más grandilocuentes y más controvertibles que a menudo han sido enunciadas bajo ese nombre. En el próximo apartado consideraremos, en la forma de cinco puntos o verdades obvias, las características salientes de la naturaleza humana sobre las que descansa este modesto pero importante mínimo.

2. EL CONTENIDO MINIMO DEL DERECHO NATURAL

Al considerar las simples verdades obvias que expondremos aquí, y su conexión con el derecho y la moral, es importante observar que en cada caso los hechos mencionados suministran una *razón* para que, dada la supervivencia como objetivo, el derecho y la moral deban incluir un contenido específico. La forma general del argumento es simplemente que sin tal contenido las normas jurídicas y la moral no podrían llevar a cabo el propósito mínimo de supervivencia que los hombres tienen al asociarse entre sí. En ausencia de ese contenido, los hombres, tales como son, no tendrían razón alguna para obedecer voluntariamente ninguna regla, y sin un mínimo de cooperación voluntariamente prestada por quienes advierten que va en su interés someterse a las reglas y conservarlas, sería imposible coaccionar a quienes no las acatan voluntariamente. Es importante subrayar la conexión distintivamente racional, que hay en este enfoque, entre los hechos naturales y el contenido de las reglas morales y jurídicas, porque es a la vez posible e importante investigar formas totalmente distintas de conexión entre los hechos naturales y las reglas morales o jurídicas. Así, ciencias todavía jóvenes como la psicología y la sociología pueden descubrir o incluso pueden haber descubierto que, a menos que se satisfagan ciertas condiciones físicas, psicológicas o económicas (por ejemplo, a menos que los niños sean alimentados y educados de ciertas maneras en el seno de la familia), no puede establecerse ningún sistema de derecho o código de moral, o que únicamente pueden funcionar en forma satisfactoria aquellas normas jurídicas que se adecúan a un

cierto tipo. Las conexiones de esta índole entre las condiciones naturales y los sistemas de reglas no están constituidas por *razones*, porque ellas no relacionan la existencia de ciertas reglas con los propósitos u objetivos conscientes de quienes están regidos por las mismas. Puede demostrarse que ser alimentado durante la infancia de cierta manera es una condición necesaria, o incluso una *causa*, para que una población desarrolle o conserve un código moral o jurídico, pero no es una *razón* para que lo haga. Tales conexiones causales no están en conflicto, por supuesto, con las conexiones que se apoyan en propósitos o en objetivos conscientes; ellas pueden en verdad ser consideradas más importantes o más fundamentales que las últimas, puesto que pueden explicar efectivamente por qué los seres humanos tienen esos objetivos conscientes o propósitos que el Derecho Natural toma como puntos de partida. Las explicaciones causales de este tipo no se apoyan en cosas obvias, ni se intercalan entre ellas objetivos conscientes o propósitos: tales explicaciones deben ser establecidas por la sociología y la psicología, así como por las otras ciencias, por los métodos de generalización y teoría basados en la observación y, cuando ello es posible, en la experimentación. Dichas conexiones, por lo tanto, son de un tipo diferente al de aquellas que relacionan el contenido de ciertas reglas jurídicas y morales con los hechos que se enuncian en las siguientes verdades obvias.

(i) *Vulnerabilidad humana.* Las exigencias comunes del derecho y de la moral no consisten, en su mayor parte, en prestaciones activas sino en abstenciones, y esas exigencias son formuladas usualmente en forma negativa, como prohibiciones. Las más importantes de ellas, para la vida social, son las que restringen el uso de la violencia que se traduce en matar o en causar daños corporales. El carácter básico de tales reglas puede ser traído a luz en preguntas como éstas: Si no hubiera estas reglas ¿de qué nos serviría, a seres como nosotros, tener reglas de *cualquier* otro tipo? La fuerza de esta pregunta retórica se basa en el hecho de que los hombres están dispuestos, ocasionalmente, a recurrir a ataques corporales y son vulnerables a ellos. Aunque esta es una verdad obvia, no es, empero, una verdad necesaria;

porque las cosas podrían haber sido distintas o serlo algún día. Hay especies de animales cuya estructura física (que incluye una caparazón) los hace virtualmente invulnerables al ataque por parte de otros miembros de su especie, y animales que carecen de órganos que les permitan atacar. Si los hombres llegaran a perder su vulnerabilidad recíproca se habría desvanecido una razón obvia para la prescripción más característica del derecho y la moral: *No matarás.*

(ii) *Igualdad aproximada.* Los hombres difieren entre sí en fuerza física, agilidad y aún más en capacidad intelectual. Sin embargo, es un hecho de considerable importancia para la comprensión de las diferentes formas del derecho y la moral, que ningún individuo es tanto más poderoso que los otros que pueda, sin cooperación, dominarlos o sojuzgarlos, salvo durante un término muy breve. Aun el hombre más fuerte tiene que dormir y, cuando está dormido, pierde temporariamente su superioridad. Esta igualdad aproximada, más que cualquier otro hecho, hace evidente la necesidad de un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, que está en la base tanto de la obligación jurídica como de la obligación moral. La vida social, con sus reglas que prescriben tales abstenciones, puede llegar a hacerse tediosa; pero es en todo caso menos sórdida y menos brutal que la agresión ilimitada para seres aproximadamente iguales. Es plenamente compatible con esto el hecho igualmente obvio de que, cuando se establece tal sistema de abstenciones, siempre hay algunos que quieren sacar provecho de él, viviendo bajo su amparo y violando sus restricciones. Este es, en verdad, como veremos más tarde, uno de los hechos naturales que hace que el paso desde las formas meramente morales a las formas jurídicas y organizadas de control sea un paso necesario. Aquí también las cosas podrían haber sido distintas. En lugar de seres aproximadamente iguales podría haber habido algunos hombres inmensamente más fuertes que los otros y mejor capacitados para prescindir del descanso, ya sea porque dichos hombres estuvieran, en esos aspectos, muy por encima del actual término medio, o bien porque los otros estuvieran muy por debajo de él. Tales hombres excepcionales

tendrían mucho que ganar con la agresión y poco que ganar con la abstención mutua o el compromiso con los demás. Pero no hace falta recurrir a la fantasía de gigantes entre pigmeos para advertir la importancia cardinal del hecho de la igualdad aproximada: porque está ilustrado mejor por las circunstancias de la vida internacional, donde hay (o había) vastas disparidades en la fuerza y vulnerabilidad de los estados. Como veremos más tarde, esta desigualdad entre las unidades del derecho internacional es una de las cosas que ha otorgado a éste un carácter tan diferente al del derecho nacional y que ha restringido la medida en que el primero puede actuar efectivamente como un sistema coercitivo organizado.

(iii) *Altruismo limitado*. Los hombres no son demonios dominados por el deseo de exterminarse entre sí, y la demostración de que, dado únicamente el modesto objetivo de la supervivencia, las reglas básicas del derecho y de la moral son necesarias, no debe ser identificada con el punto de vista falso de que los hombres son predominantemente egoístas y no tienen intereses desinteresados en la supervivencia y bienestar de sus semejantes. Pero si los hombres no son demonios, tampoco son ángeles; y el hecho de que sean un término medio entre estos dos extremos es algo que hace que un sistema de abstenciones mutuas sea a la vez necesario y posible. En una comunidad de ángeles, jamás tentados por el deseo de dañar a otros, las reglas que prescriben abstenciones no serían necesarias. En una comunidad de demonios, dispuestos a destruir, y a pagar cualquier precio por hacerlo, tales reglas serían imposibles. En la realidad, el altruismo humano es limitado en extensión e intermitente, y las tendencias a la agresión son los bastante frecuentes como para ser fatales para la vida social si no se las controla.

(iv) *Recursos limitados*. Es una mera contingencia que los seres humanos necesitan alimentos, ropa y resguardo, y que estas cosas no están disponibles en abundancia ilimitada sino que son escasas, tienen que crecer de la naturaleza o ser ganadas a ella, o necesitan ser construidas por el esfuerzo humano. Estos hechos por sí solos hacen indispensable alguna forma mínima de la ins-

titución de la propiedad (aunque no necesariamente la propiedad individual), y el tipo distintivo de reglas que exigen que se la respete. Las formas más simples de propiedad aparecen en las reglas que impiden a la generalidad de las personas, salvo el "propietario", el acceso a la tierra y el uso de ella, o tomar o usar cosas materiales. Para que lo sembrado crezca, la tierra tiene que estar protegida frente al acceso indiscriminado; en los intervalos entre su crecimiento o aprehensión y su consumo, los alimentos tienen que estar protegidos frente al apoderamiento ajeno. En todo tiempo y lugar la vida misma depende de estas abstenciones mínimas. También en este aspecto las cosas podrían haber sido de otra manera. El organismo humano podría haber estado constituido como el de las plantas, que pueden extraer el alimento del aire, o lo que dicho organismo necesita podría haber crecido sin cultivo en abundancia ilimitada.

Las reglas que hemos visto hasta ahora son *estáticas*, en el sentido de que las obligaciones que imponen y la incidencia de estas obligaciones no son modificables por los individuos. Pero la división del trabajo, que todos los grupos, salvo los muy pequeños, tienen que desarrollar para obtener provisiones adecuadas, trae consigo la necesidad de reglas *dinámicas*, en el sentido de que habilitan a los individuos a crear obligaciones y a modificar su incidencia. Entre ellas se encuentran las reglas que habilitan a los hombres a transferir, cambiar o vender sus productos; porque estas transacciones implican la capacidad de modificar la incidencia de esos derechos y obligaciones iniciales que definen las formas más simples de propiedad. La misma inevitable división del trabajo, y la permanente necesidad de cooperación, son también factores que hacen que otras formas de reglas dinámicas o creadoras de obligaciones sean necesarias en la vida social. Ellas aseguran el reconocimiento de las promesas como fuentes de obligaciones. Mediante este recurso los individuos, usando palabras habladas o escritas, pueden asumir la responsabilidad de sufrir censura o castigo si no actúan de ciertas maneras estipuladas. Cuando el altruismo no es ilimitado, hace falta un procedimiento que provea a tales operaciones auto-obligantes, para crear una forma

mínima de confianza en la conducta futura de los demás y asegurar la predecibilidad necesaria para la cooperación. Esto es más obviamente necesario cuando lo que se intercambia, o se planea en forma conjunta, son servicios mutuos, o cuando las mercaderías que se intercambian o venden no están disponibles en forma simultánea o inmediata.

(v) *Comprensión y fuerza de voluntad limitadas.* Los hechos que hacen que las reglas referentes a las personas, a la propiedad, y a las promesas sean necesarias en la vida social son simples, y los beneficios mutuos que de esas reglas derivan son evidentes. La mayor parte de los hombres son capaces de advertirlos y de hacer el sacrificio de intereses inmediatos que la observancia de tales reglas exige. Ellos pueden obedecer, en verdad, por una variedad de motivos: algunos, porque calculan que bien valen los sacrificios para recibir las ganancias; otros, por un interés desinteresado en el bienestar de los demás, y algunos porque consideran que las reglas son dignas de respeto en sí mismas y que la devoción a ellas es un ideal. Por otra parte, no todos los hombres comparten por igual la comprensión de los intereses de largo alcance, ni la fuerza o bondad de voluntad, de las que depende la eficacia de esos diferentes motivos para obedecer. Todos sienten la tentación, a veces, de preferir sus propios intereses inmediatos y, en ausencia de una organización especial que descubra y castigue las faltas, muchos sucumbirían a la tentación. Es indudable que las ventajas de las abstenciones mutuas son tan palpables, que el número y la fuerza de los que cooperan voluntariamente dentro de un sistema coercitivo será normalmente mayor que cualquier combinación probable de transgresores. Sin embargo, salvo en sociedades con una cohesión muy estrecha, la sumisión al sistema de limitaciones sería una insensatez si no hubiera una organización para coaccionar a aquellos que tratarían de obtener las ventajas del sistema sin someterse a sus obligaciones. Hacen falta "sanciones", por lo tanto, no como el motivo normal para la obediencia, sino como una *garantía* de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen. Si no hubiera tal organización, obedecer sería arriesgarse a tener la

peor parte. Dado este peligro, lo que la razón reclama es cooperación *voluntaria* dentro de un sistema *coercitivo*.

Ha de observarse que el mismo hecho natural de la igualdad aproximada entre los hombres tiene importancia crucial para la eficacia de las sanciones organizadas. Si algunos hombres fueran mucho más poderosos que los otros, y por ello no dependieran de las abstenciones de éstos, la fuerza de los transgresores podría superar a la de los que apoyan el derecho y el orden. Dadas tales desigualdades, el uso de sanciones podría no dar resultado e implicar peligros por lo menos tan grandes como los que está destinado a suprimir. En tales circunstancias, en lugar de una vida social basada en un sistema de abstenciones mutuas, y en el uso intermitente de la fuerza respecto de una minoría de transgresores, tendríamos, como único viable, un sistema en el que los débiles se someterían a los fuertes en los mejores términos que pudieran obtener, y vivirían bajo la "protección" de los últimos. Esto, porque la escasez de recursos conduciría a la formación de un número de centros de poder en conflicto, cada uno agrupado en torno de su "hombre fuerte": éstos podrían luchar entre sí en forma intermitente, si bien la sanción natural, nunca desdeñable, del riesgo de derrota, podría asegurar una paz precaria. Podría aceptarse entonces algún tipo de reglas para regular aquellas cuestiones por las que las "potencias" no estuvieran dispuestas a luchar. Tampoco aquí necesitamos pensar en pigmeos y gigantes para comprender la logística simple de la igualdad aproximada y su importancia para el derecho. El escenario internacional, donde las unidades han diferido considerablemente en fuerza, proporciona un ejemplo adecuado. Durante siglos las disparidades entre los estados han conducido a un sistema en el que las sanciones organizadas han sido imposibles, y el derecho quedó limitado a asuntos que no afectaban problemas "vitales". Queda por ver en qué medida las armas atómicas, cuando estén al alcance de todos, restablecerán el balance del poder desigual, y darán lugar a formas de control más parecidas al derecho penal interno.

Las simples verdades obvias que hemos examinado no sólo develan el núcleo de buen sentido que hay en la doctrina del De-

recho Natural. Ellas tienen vital importancia para la comprensión del derecho y de la moral, y explican por qué la definición de las formas básicas de uno y otra en términos puramente formales, sin referencia a ningún contenido específico o a las necesidades sociales, ha resultado tan inadecuada. Quizás el mayor beneficio que la teoría jurídica recibe de este enfoque, es que permite escapar a ciertas dicotomías equívocas que a menudo oscurecen el examen de las características del derecho. Así, por ejemplo, el problema tradicional de si todo sistema jurídico *tiene que* establecer sanciones, puede ser presentado bajo una luz más original y más clara, cuando disponemos del punto de vista que esta versión simple del Derecho Natural proporciona. Ya no tendremos que elegir entre dos alternativas inadecuadas que a menudo se consideran exhaustivas; por un lado, la de decir que eso es lo que exige "el" significado de las palabras "derecho" o "sistema jurídico", y por otro, la de decir que es "simplemente un hecho" que la mayor parte de los sistemas jurídicos establecen sanciones. Ninguna de estas alternativas es satisfactoria. No hay principios establecidos que prohíban el uso de la palabra "derecho" para referirse a sistemas donde no existen sanciones centralmente organizadas, y es razonable (aunque no compulsivo) usar la expresión "derecho internacional" para aludir a un sistema que no tiene ninguna. Por otra parte, necesitamos distinguir el lugar que deben ocupar las sanciones dentro de un sistema nacional para que éste sirva los propósitos mínimos de seres constituidos como lo están los hombres. Dado el engarce de hechos naturales y de propósitos humanos, que hacen que las sanciones sean a la vez posibles y necesarias en un sistema nacional, podemos decir que se trata de una *necesidad natural*; y alguna frase de este tipo se necesita también para expresar el *status* de las formas mínimas de protección a las personas, a la propiedad, y a las promesas, que son características similarmente indispensables del derecho nacional. Es de esta manera que debemos contestar a la tesis positivista que dice que "el derecho puede tener cualquier contenido". Porque es una verdad de alguna importancia que para la descripción adecuada no sólo del derecho sino de muchas

otras instituciones sociales, es menester reservar un lugar para una tercera categoría de enunciados (además de las definiciones y de los enunciados ordinarios de hecho): aquéllos cuya verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características salientes que hoy tienen.

3. VALIDEZ JURIDICA Y VALOR MORAL

Las protecciones y beneficios acordados por el sistema de abstenciones mutuas que subyace al derecho y a la moral pueden, en diferentes sociedades, ser extendidos a muy diferentes campos de personas. Es verdad que la negación de estas protecciones elementales a cualquier clase de seres humanos dispuestos a aceptar las restricciones correspondientes, ofendería los principios de moral y justicia que todos los estados modernos dicen, por lo menos, respetar. El punto de vista moral que declaran aceptar está, en general, influido por la concepción de que al menos en estas cosas fundamentales, los seres humanos tienen derecho a ser tratados con igualdad, y que no basta para justificar las diferencias de tratamiento limitarse a invocar los intereses de otros.

Sin embargo, es obvio que no es necesario que el derecho ni la moral aceptada en las sociedades extiendan estas protecciones y beneficios mínimos a todas las personas comprendidas por sus reglas, y también lo es que con frecuencia no ha habido tal extensión. En las sociedades en que existe la esclavitud, el grupo dominante puede perder la noción de que los esclavos son seres humanos y no simples objetos para ser usados, aunque ese grupo puede seguir teniendo la mayor sensibilidad moral respecto de las pretensiones e intereses de cada uno de sus miembros. Cuando se preguntó a Huckleberry Finn si la explosión de la caldera de un barco había herido a alguien, contestó: "No, mató a un negro". El comentario de la tía Sally, "Qué suerte, porque a veces la gente resulta herida" resume toda una moral que a menudo ha prevalecido entre los hombres. En los casos en que prevalece, tal como Huck descubrió a costa suya, extender a los esclavos la preocupación por el prójimo que es natural entre los miembros del grupo dominante, bien puede ser considerado

como una grave ofensa moral, que trae aparejada toda la secuela de culpabilidad moral. La Alemania nazi y Sud Africa ofrecen paralelos que están desagradablemente próximos a nosotros en el tiempo.

Aunque el derecho de algunas sociedades ha estado ocasionalmente más adelantado que la moral aceptada, por lo común el primero sigue a la segunda, y hasta el asesinato de un esclavo puede ser considerado simplemente como un despilfarro de recursos públicos, o como una transgresión en perjuicio del amo. Aun cuando no se reconozca oficialmente la esclavitud, las discriminaciones en base a raza, color o creencias religiosas, pueden producir un sistema jurídico y una moral social que no reconozcan que todos los hombres tienen derecho a un mínimo de protección frente a los demás.

Estos penosos hechos de la historia humana bastan para mostrar que, si bien para que una sociedad sea viable tiene que ofrecer a *algunos* de sus miembros un sistema de abstenciones mutuas, no es menester, desgraciadamente, que se lo ofrezca a todos. Es verdad, y ya lo hemos destacado al examinar la necesidad y la posibilidad de sanciones, que para que un sistema de reglas sea impuesto por la fuerza sobre cualquiera, tiene que haber un número suficiente de individuos que lo acepte en forma voluntaria. Sin su cooperación voluntaria, que crea así *autoridad*, el poder coercitivo del derecho y el gobierno no pueden establecerse. Pero el poder coercitivo, así establecido sobre su base de autoridad, puede ser usado de dos maneras principales. Puede ser ejercido sólo contra los transgresores que, aunque reciben la protección de las reglas, en forma egoísta las violan. Por otra parte, puede ser usado para sojuzgar y mantener en una posición de permanente inferioridad a un grupo sometido, cuyo tamaño, en relación con el grupo opresor, puede ser grande o pequeño, según los medios de coerción, solidaridad, y disciplina de que dispone el último, y de la impotencia o incapacidad para organizarse del primero. Es posible que para los oprimidos no haya en el sistema nada que los llame a la lealtad, sino únicamente cosas a temer. Ellos son las víctimas del sistema, no sus beneficiarios.

En los primeros capítulos de este libro destacamos el hecho de que la existencia de un sistema jurídico es un fenómeno social que presenta siempre dos aspectos, y que tenemos que prestar atención a ambos para que nuestro punto de vista sea realista. La existencia de un sistema jurídico implica las actitudes y la conducta que van involucradas en la aceptación voluntaria de reglas, y también las actitudes y la conducta, más simples, involucradas en la mera obediencia o aquiescencia. De aquí que una sociedad en la que hay derecho está compuesta por aquellos que ven sus reglas desde el punto de vista interno como pautas o criterios de conducta aceptados, y no meramente como predicciones dignas de confianza de lo que los funcionarios les harán si desobedecen. Pero también está compuesta por aquellos a quienes, ya sea porque son malhechores, ya porque son simples víctimas inermes del sistema, estas pautas jurídicas tienen que serles impuestas por la fuerza o mediante amenazas de fuerza. Ellos se interesan por las reglas simplemente como fuentes de posibles castigos. El balance entre estos dos componentes estará determinado por muchos factores diversos. Si el sistema es equitativo y atiende en forma genuina los intereses vitales de todos aquellos a quienes exige obediencia, puede obtener y conservar el respeto de la mayoría durante la mayor parte del tiempo y será, por lo tanto, estable. Por otra parte, puede tratarse de un sistema mezquino y exclusivo, manejado para servir los intereses del grupo dominante, y la amenaza latente de levantamiento puede hacerlo cada vez más represivo e inestable. Entre estos dos extremos hallamos diversas combinaciones de estas actitudes frente al derecho, a menudo en el mismo individuo.

La reflexión sobre este aspecto de las cosas revela una verdad sensata: el paso desde las formas simples de sociedad, donde las reglas primarias de obligación son el único medio de control social, al mundo jurídico, con su legislatura centralmente organizada, sus tribunales, funcionarios y sanciones, trae consigo ventajas considerables, pero a un cierto precio. Las ventajas son las de la adaptabilidad frente a los cambios, la certeza, y la eficiencia; ellas son inmensas. El precio es el riesgo de que el poder cen-

tralmente organizado puede ser empleado para la opresión de muchos, cuyo apoyo no le resulta imprescindible, de una manera que el régimen más simple de reglas primarias no podía llevar a cabo. Puesto que ese riesgo se ha materializado y puede volver a materializarse, la pretensión de que hay otra forma en la que el derecho *tiene que* adecuarse a la moral, además de la que hemos presentado como contenido mínimo del Derecho Natural, requiere un examen muy cuidadoso. Muchas afirmaciones de ese tipo o bien no aclaran el sentido en que, según se pretende, la conexión entre el derecho y la moral es necesaria; o bien al examinarlas resulta que quieren decir algo que es a la vez verdadero e importante, pero que es muy confuso si se lo presenta como una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Concluiremos este capítulo examinando seis formas de esa pretensión.

(i) *Poder y autoridad.* Se dice a menudo que un sistema jurídico tiene que apoyarse en un sentido de obligación moral o en la convicción del valor moral del sistema, dado que no se apoya, ni puede hacerlo, en el mero poder del hombre sobre el hombre. Hemos destacado por nuestra parte, en los primeros capítulos de este libro, la insuficiencia de las nociones de órdenes respaldadas por amenazas y de hábitos de obediencia, para comprender los fundamentos de un sistema de derecho y la idea de validez jurídica. La elucidación de estos problemas no sólo requiere la noción de una regla de reconocimiento aceptada, como hemos argumentado largamente en el capítulo VI, sino que, tal como hemos visto en el presente, es una condición necesaria de la existencia del poder coercitivo que por lo menos algunos tienen que cooperar voluntariamente en el sistema y aceptar sus reglas. En este sentido es verdad que el poder coercitivo del derecho presupone su autoridad aceptada. Pero la dicotomía de "derecho basado meramente en el poder" y "derecho aceptado como moralmente obligatorio" no es exhaustiva. No solamente es posible que enormes cantidades de personas sean coaccionadas por normas que ellas no consideran moralmente obligatorias, sino que ni siquiera es verdad que aquellos que aceptan voluntariamente el sistema tengan que sentirse moralmente obligados a ha-

cerlo, si bien lo es que cuando hay tal sentimiento el sistema será más estable. En efecto, el acatamiento al sistema puede estar basado en muchas consideraciones diferentes: cálculos interesados a largo plazo, interés desinteresado en los demás; una actitud tradicional o una actitud no reflexiva heredada; o el mero deseo de comportarse como lo hacen los otros. No hay por cierto razón alguna que se oponga a que quienes aceptan la autoridad del sistema continúen haciéndolo por una diversidad de consideraciones, no obstante que un examen de conciencia los haya llevado a decidir que moralmente no deben aceptarla.

Estos lugares comunes pueden haberse oscurecido por el uso general del mismo vocabulario para expresar las obligaciones, jurídicas y morales, que los hombres reconocen. Quienes aceptan la autoridad de un sistema jurídico lo ven desde el punto de vista interno, y expresan su apreciación de las exigencias de aquél en enunciados internos, acuñados en el lenguaje normativo que es común al derecho y a la moral: "Yo (tú) debo (debes)"; "yo (él) tengo que (tiene que)"; "yo (ellos) tengo (tienen) una obligación". Sin embargo, eso no los compromete a un juicio *moral* en el sentido de que es moralmente correcto hacer lo que el derecho prescribe. Sin duda alguna que si no se dice nada más, existe la presunción de que cualquiera que se expresa de esa manera respecto de sus obligaciones jurídicas o de las obligaciones jurídicas de los demás, no piensa qué hay alguna razón moral o de otro tipo que se oponga al cumplimiento de las mismas. Esto, sin embargo, no demuestra que nada puede ser reconocido como jurídicamente obligatorio si no es aceptado como moralmente obligatorio. La presunción aludida se apoya en el hecho de que comúnmente carecerá de objeto que reconozcamos o señalemos una obligación jurídica, si tenemos razones concluyentes, morales o de otro tipo, para abogar en contra de su cumplimiento.

(ii) *La influencia de la moral sobre el derecho.* El derecho de todo estado moderno muestra en mil puntos la influencia tanto de la moral social aceptada como de ideales morales más amplios. Estas influencias penetran en el derecho ya abruptamente y en forma ostensible por vía legislativa, ya en forma silenciosa y de

a poco a través del proceso judicial. En algunos sistemas, como en los Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos. En otros sistemas, como en Inglaterra, donde no hay restricciones formales a la competencia de la legislatura suprema, su legislación puede, sin embargo, conformarse escrupulosamente, en grado no menor, a la justicia o a la moral. Las formas adicionales en que el derecho refleja la moral son numerosísimas, y todavía no han sido suficientemente estudiadas: las leyes pueden ser una mera envoltura jurídica y su texto expreso exigir que esa envoltura sea llenada con la ayuda de principios morales; el campo de los contratos exigibles puede ser limitado tomando en cuenta concepciones de moral y equidad; la responsabilidad por delitos civiles y criminales puede estar adecuada a los puntos de vista predominantes sobre responsabilidad moral. Ningún "positivista" podría negar que estos son hechos, o que la estabilidad de los sistemas jurídicos depende en parte de tales tipos de concordancia con la moral. Si es esto lo que se quiere decir al hablar de la conexión necesaria del derecho y la moral, su existencia debe ser concedida.

(iii) *Interpretación.* Las normas jurídicas exigen interpretación para ser aplicadas a los casos concretos, y una vez que el estudio realista disipa los mitos que oscurecen la naturaleza de los procesos judiciales, se hace patente, como hemos visto en el capítulo VI, que la textura abierta del derecho deja un vasto campo para una actividad creadora que algunos llaman legislativa. Al interpretar las leyes o los precedentes, los jueces no están limitados a la alternativa entre una elección ciega y arbitraria, por un lado, y la deducción "mecánica", a partir de reglas con significado predeterminado, por otro. Con mucha frecuencia su elección está orientada por el presupuesto de que el propósito de las reglas que interpretan es razonable, de modo que tras las reglas no hay la intención de cometer una injusticia o de atentar contra principios morales establecidos. La decisión judicial, especialmente en materias de elevada importancia constitucional, a menudo implica una elección entre valores morales, y no meramente la aplica-

ción de algún principio moral aislado; porque es insensato creer que cuando el significado del derecho es dudoso la moral puede dar siempre una respuesta clara. En este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de "legislativa" a tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión. Ya que es siempre posible una pluralidad de tales principios, es indudable que no se puede *demonstrar* que una decisión es la única correcta: pero es posible conseguir que se la acepte como el producto razonado de una elección imparcial bien informada. En todo esto aparece la "ponderación" y el "balance" característicos del esfuerzo por hacer justicia en medio de intereses en conflicto.

Pocos negarán la importancia de estos elementos, que pueden bien ser llamados "morales" en cuanto hacen que las decisiones sean aceptables; y las tradiciones o cánones flexibles y cambiantes, que en la mayor parte de los sistemas rigen la interpretación, con frecuencia incorporan vagamente dichos elementos. Sin embargo, si se ofrecen estos hechos como prueba de la conexión *necesaria* entre el derecho y la moral, es menester recordar que esos mismos principios han recibido casi tanta transgresión como acatamiento. Porque, desde Austin hasta nuestros días, las advertencias de que tales elementos deberían guiar la decisión han provenido, en su mayor parte, de críticos que han visto que la elaboración judicial del derecho a menudo ha sido ciega a los valores sociales, "automática" o inadecuadamente razonada.

(iv) *La crítica del derecho.* A veces la tesis de que hay una conexión necesaria entre el derecho y la moral no quiere decir más que esto: que un *buen* sistema jurídico tiene que adecuarse en ciertos puntos, tales como los que hemos mencionado ya en el último apartado, a las exigencias de la justicia y de la moral.

Alguno puede considerar que esto es una cosa obvia; pero no es una tautología, y en realidad, en la crítica del derecho puede haber desacuerdo tanto en lo que hace a los criterios o pautas morales apropiados como en lo que atañe a cuáles son los puntos en que debe haber conformidad. La moral con la que debe concordar el derecho para ser un buen derecho, ¿es la moral aceptada del grupo en cuestión, aunque se apoye en supersticiones o niegue sus beneficios y su tutela a los esclavos o a clases sometidas? ¿O es una moral de pautas o criterios esclarecidos, esto es, que reposan en creencias racionales respecto de cuestiones de hecho, y reconocen que todos los seres humanos son acreedores a igual consideración y respeto?

Sin duda la tesis de que un sistema jurídico debe tratar a todos los seres humanos incluidos en su ámbito como acreedores a ciertas protecciones y libertades básicas, es aceptada generalmente ahora como enunciado de un ideal de evidente relevancia en la crítica del derecho. Aun en los casos en que la práctica se aparta del mismo, comúnmente se le rinde tributo verbal. Es posible incluso que la filosofía pueda demostrar que una moral que no acepta el derecho de todos los hombres a igual consideración encierra alguna contradicción interna, dogmatismo o irracionalidad. De ser así, la moral esclarecida que reconoce estos derechos tiene títulos especiales para ser considerada la moral verdadera, y no solamente una entre las muchas morales posibles. Estas son pretensiones que no pueden ser examinadas aquí, pero aun cuando se las admita, ellas no pueden modificar, y no debieran oscurecer, el hecho de que sistemas jurídicos nacionales, con su estructura característica de reglas primarias y secundarias, han perdurado durante mucho tiempo aun cuando escarnecieron estos principios de justicia. Más abajo veremos qué se gana, si es que se gana algo, con sostener que las reglas inicuas no son derecho.

(v) *Principios de legalidad y justicia.* Se puede decir que la distinción entre un buen sistema jurídico, que concuerda en ciertos puntos con la moral y la justicia, y un sistema jurídico que no lo hace, es una distinción falaz, porque necesariamente

se realiza un mínimo de justicia dondequiera la conducta humana es controlada mediante reglas generales que se hacen conocer públicamente y son judicialmente aplicadas. En realidad hemos señalado ya,² al analizar la idea de justicia, que su forma más simple (justicia en la aplicación del derecho) consiste simplemente en tomar en serio la noción de que lo que ha de aplicarse a una multiplicidad de personas diferentes es la misma regla general, sin prejuicios, intereses o caprichos. Esta imparcialidad es lo que están dirigidos a asegurar los principios procesales conocidos por los juristas ingleses y norteamericanos como principios de "Justicia Natural". De aquí que, aunque las normas más abominables pueden ser justamente aplicadas, en la mera noción de aplicar una regla general de derecho tenemos por lo menos el germen de la justicia.

Aparecen otros aspectos adicionales de esta forma mínima de justicia, que podríamos llamar "natural", si analizamos lo que de hecho va implicado en cualquier método de control social —tanto en las reglas de juegos como en el derecho— que consista primariamente en pautas o criterios generales de conducta comunicados a clases de personas, de quienes se espera que los entiendan y se ajusten a las reglas sin nuevas directivas oficiales. Para que funcione un control social de este tipo, las reglas tienen que satisfacer ciertos requisitos; han de ser inteligibles y poder ser obedecidas por la mayoría y, en principio, no deben ser retroactivas, aunque excepcionalmente pueden serlo. Esto significa que, en la mayoría de los casos, los que eventualmente sean castigados por la transgresión de las reglas habrán tenido la posibilidad y la oportunidad de acatarlas. Obviamente estas características del control mediante reglas están estrechamente relacionadas con las exigencias de justicia que los juristas llaman principios de legalidad. En verdad, un crítico del positivismo ha visto en estos aspectos del control mediante reglas algo que importa una conexión necesaria entre el derecho y la moral, y ha sugerido que se los denomine "la moral interna del derecho". También aquí, si es-

² *Supra*, pág. 200.

to es lo que significa la conexión necesaria del derecho y la moral, podemos aceptarla. Infortunadamente, es compatible con una enorme iniquidad.

(vi) *La validez jurídica y la resistencia al derecho.* Pocos teóricos del derecho considerados positivistas se detendrían a negar las formas de conexión entre el derecho y la moral examinadas bajo los cinco subtítulos precedentes, cualquiera sea el grado de falta de cautela con que tales juristas hayan expresado los lineamientos generales de su posición. ¿Cuál ha sido, pues, el propósito de los grandes gritos de batalla del positivismo jurídico: “La existencia del derecho es una cosa; su mérito o demérito otra”³; “El derecho de un Estado no es un ideal, sino algo que existe efectivamente... no es lo que debe ser, sino lo que es”⁴. “Las normas jurídicas pueden tener cualquier tipo de contenido”?⁵

Lo que en lo sustancial querían promover estos pensadores era claridad y honestidad en la formulación de las cuestiones teóricas y morales suscitadas por la existencia de normas jurídicas particulares que son moralmente inicuas, pero que han sido sancionadas en la forma establecida, tienen un significado claro, y satisfacen todos los criterios de validez reconocidos del sistema. Ellos han entendido que tanto el teórico como el infortunado funcionario llamado a aplicar u obedecer tales normas, sólo podrían ser inducidos a confusión si, al reflexionar acerca de ellas, fueran invitados a negarle la calidad de derecho o de normas jurídicas “válidas”. Dichos autores han pensado que para enfrentar estos problemas disponemos de recursos más simples y más sinceros, que destacan mucho mejor todas las consideraciones intelectuales y morales relevantes. Lo que hay que decir es: “Esto es derecho; pero es demasiado inicuo para ser aplicado u obedecido”.

El punto de vista opuesto parece atractivo cuando, después de una revolución o de conmociones sociales graves, los tribunales de un sistema tienen que considerar su actitud frente a las

³ Austin, *The Province of Jurisprudence Defined*, Conferencia V, págs. 184-85.

⁴ Gray, *The Nature and Sources of the Law*, S. 213.

⁵ Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 113.

iniquidades morales cometidas, guardando las formas jurídicas, por los ciudadanos o los funcionarios bajo el imperio de un régimen anterior. El castigo de esas iniquidades puede ser vivido como algo socialmente deseable; sin embargo, procurarlo mediante una legislación francamente retroactiva, que declare delito lo que de acuerdo con el derecho del régimen anterior era permitido o incluso obligatorio, puede ser difícil, moralmente abominable, o quizás imposible. En estas circunstancias puede parecer natural sacar partido de las implicaciones morales latentes en el vocabulario del derecho, y especialmente en palabras como *ius*, *Recht*, *diritto*, *droit*, que están grávidas de teoría jusnaturalista. Es posible que entonces parezca tentador decir que las disposiciones que obligaban o permitían la iniquidad no deben ser reconocidas como válidas, o como dotadas de calidad jurídica, aun cuando el sistema dentro del que fueron dictadas no establecía restricción a la competencia de su legislatura. Fue en esta forma que en Alemania, después de la última guerra, se revivieron los argumentos del Derecho Natural, en respuesta a los agudos problemas sociales que quedaron como saldo de las iniquidades del régimen nazi y de su derrocamiento. ¿Debían ser castigados los delatores que, persiguiendo fines egoístas, obtuvieron el encarcelamiento de otros por transgredir leyes monstruosas aprobadas durante el régimen nazi? ¿Era posible condenarlos en los tribunales alemanes de post guerra, sosteniendo que esas leyes violaban el Derecho Natural, y por lo tanto, eran nulas, de modo que el encarcelamiento de las víctimas por violar tales leyes fue en realidad ilícito, y el obtenerlo fue en sí un delito?⁶ Aunque la controversia entre quienes aceptan y quienes rechazan el punto de vista de que las reglas moralmente inicuas no pueden ser derecho parece simple, a menudo los antagonistas no parecen tener en claro el carácter general de ella. Es cierto que aquí tene-

⁶ Ver la sentencia del 27 de julio de 1940. Oberlandsgericht Bamberg, 5 *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 207: examinada en extenso en H. L. A. Hart, “Legal Positivism and the Separation of Law and Morals”, en *Harvard Law Review* LXXI (1958), 598, y en L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law”, *ibid.*, p. 630. Adviértase, empero, la versión corregida de esa sentencia, *infra*, págs. 322-3.

mos por delante maneras alternativas de formular la decisión moral de no aplicar, no obedecer, o no permitir que otros invoquen en su defensa reglas moralmente inicuas: sin embargo, la disputa resulta mal presentada como una cuestión verbal. Ninguno de los antagonistas quedaría satisfecho si se le dijera: "Sí, Ud. tiene razón, la manera correcta de expresar en inglés (o en alemán) ese tipo de cuestión, es decir lo que Ud. ha dicho". Así, aunque el positivista podría señalar que según el uso preponderante en idioma inglés no hay contradicción en afirmar que una regla de derecho es demasiado inicua para ser obedecida, y que de la proposición de que una regla es demasiado inicua para ser obedecida no se sigue que no es una regla válida de derecho, sus oponentes difícilmente considerarían que esto decide el problema.

Obviamente no podemos asir en forma adecuada esta controversia si vemos en ella una cuestión referente a la propiedad del uso lingüístico. Porque lo que está realmente en juego es el mérito comparativo de dos conceptos o maneras de clasificar reglas que pertenecen a un sistema generalmente efectivo en la vida social. Uno de ellos es más amplio, el otro más restringido. Si hemos de hacer una elección razonada entre estos dos conceptos, ello será porque uno es superior al otro en la forma como auxilia nuestras indagaciones teóricas o promueve y clarifica nuestras deliberaciones morales, o hace ambas cosas.

El más amplio de estos dos antagónicos conceptos de derecho, incluye al más restringido. Si adoptamos el concepto más amplio, ello nos llevará, en las investigaciones teóricas, a agrupar y considerar juntas como "derecho" todas las reglas que son válidas según los criterios formales de un sistema de reglas primarias y secundarias, aun cuando algunas de ellas atenten contra la moral de nuestra sociedad o contra lo que podemos considerar que es una moral verdadera o esclarecida. Si adoptamos el concepto más restringido, excluiríamos del significado de "derecho" esas reglas moralmente ofensivas. Parece claro que nada se gana en el estudio teórico o científico del derecho como fenómeno social adoptando el concepto más restringido: ello nos llevaría a excluir ciertas reglas aun cuando exhiban todas las otras com-

plejas características del derecho. Nada, por cierto, sino confusión resultaría de la propuesta de dejar a otra disciplina el estudio de tales reglas, y ciertamente ni la historia ni otros estudios jurídicos han considerado provechoso hacerlo. Si adoptamos el concepto de derecho más amplio podemos ubicar dentro de él el estudio de cualquier característica especial que tengan las reglas moralmente inicuas, y de la reacción de la sociedad frente a ellas. Por ello es que el uso del concepto más restringido tiene que dividir aquí —de una manera confusa— nuestro esfuerzo por comprender el desarrollo y las potencialidades del método específico de control social consistente en un sistema de reglas primarias y secundarias. El estudio de su uso implica el estudio de su abuso.

¿Qué se puede decir de los méritos prácticos del concepto más restringido a los fines de la deliberación moral? Cuando enfrentamos exigencias moralmente inicuas, ¿por qué es mejor pensar: "Esto no es derecho en ningún sentido", en lugar de "Esto es derecho, pero es demasiado inicuo para ser obedecido o aplicado"? El primer modo de pensar, ¿hará que los hombres vean las cosas más claras o que estén más dispuestos a desobedecer cuando la moral lo exige? ¿Conduciría ello a mejores maneras de resolver problemas tales como los que el régimen nazi dejó tras suyo? Sin duda que las ideas tienen su influencia; pero no parece que el esfuerzo para adiestrar y educar a los hombres en el uso de un concepto más restringido de validez jurídica, en el que no caben normas jurídicas válidas aunque moralmente inicuas, haya de conducir a robustecer la resistencia frente al mal ante las amenazas del poder organizado, o a una comprensión más clara de lo que está moralmente comprometido cuando se exige obediencia. Mientras que los seres humanos puedan obtener suficiente cooperación de algunos para permitirles dominar a otros, usarán las formas del derecho como uno de sus instrumentos. Hombres malvados dictarán reglas malvadas que otros aplicarán. Lo que por cierto más se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso oficial del poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no re-

solvemos en forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia, y que por grande que sea el halo de majestad o de autoridad que el sistema oficial pueda poseer, sus exigencias, en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral. Esta idea de que fuera del sistema oficial hay algo que, en última instancia, deberá proporcionar al individuo el criterio para resolver sus problemas de obediencia, es más probable, por cierto, que permanezca viva entre quienes están acostumbrados a pensar que las reglas jurídicas pueden ser inicuas, que entre quienes piensan que en ningún caso algo inicuo puede tener *status* de derecho.

Pero quizás una razón más fuerte para preferir el concepto amplio de derecho, que nos permite pensar y decir: "Esto es derecho pero es inicuo", es que negar reconocimiento jurídico a las reglas inicuas puede simplificar en forma excesiva y tosca la variedad de cuestiones morales a que ellas dan lugar. Los autores del pasado que, como Bentham y Austin, insistieron en la distinción entre lo que el derecho es y lo que debe ser, en parte lo hicieron porque pensaban que si los hombres confundían estas cosas era posible que, sin reparar en el costo para la sociedad, juzgaran apresuradamente que las normas jurídicas eran inválidas y no debían ser obedecidas. Pero al lado de este peligro de anarquía, que bien puede haber sido sobreestimado por ellos, hay otras formas de simplificación excesiva. Si restringimos nuestro punto de vista y únicamente pensamos en la persona a quien se pide que obedezca las reglas malas, podemos considerar que es indiferente determinar si esta persona piensa o no que tiene frente a sí una regla válida de "derecho", mientras advierta su iniquidad moral y haga lo que la moral exige. Pero además del problema moral de obediencia (¿He de hacer esta cosa mala?), está el problema del sometimiento al castigo, el de Sócrates: ¿Qué debo hacer, someterme al castigo por haber desobedecido, o escapar? También está el problema que enfrentaron los tribunales de post guerra alemanes: "¿Hemos de castigar a quienes hicieron cosas malas que eran permitidas por leyes perversas, entonces en vigencia?". Estas preguntas plantean muy diferentes problemas de moral y de justicia, que es menester considerar en forma indepen-

diente los unos de los otros: no pueden ser resueltos mediante la negativa absoluta a reconocer que las leyes malas pueden ser válidas para algún propósito. Esta es una manera demasiado tosca de lidiar con cuestiones morales delicadas y complejas.

Un concepto de derecho que permite distinguir entre la invalidez de las normas jurídicas y su inmoralidad, nos habilita para ver la complejidad y variedad de estas distintas cuestiones; mientras que un concepto restringido que niega validez jurídica a las reglas inicuas puede cegarnos frente a ellas. Puede concederse que los delatores alemanes, que guiados por móviles egoístas procuraron el castigo de otros por aplicación de leyes monstruosas, hicieron algo prohibido por la moral; sin embargo, la moral puede exigir también que el estado castigue únicamente a aquellos que, al hacer el mal, hicieron lo que estaba prohibido por el estado en ese momento. Este es el principio de *nulla poena sine lege*. Si hemos de introducir fisuras en este principio para impedir algo que se considera un mal mayor que su sacrificio, es vital que las cuestiones en juego sean identificadas claramente. Un caso de castigo retroactivo no debe ser presentado como si se tratara de un caso ordinario de castigo por un acto que era ilegal en el momento de su realización. Por lo menos puede argüirse en favor de la simple doctrina positivista de que las reglas moralmente inicuas pueden ser derecho, que ella no oculta la elección entre males que, en circunstancias extremas, podemos vernos en la necesidad de efectuar.