

DWORKIN, Ronald. “El modelo de las normas” En: *Los Derechos en Serio* (trad. Marta Guastavino). Barcelona: Ariel, 1989, pp. 61-101.

RONALD DWORKIN

LOS DERECHOS EN SERIO

PAG. 61-101.

EDITORIAL ARIEL, S. A.
BARCELONA

2

EL MODELO DE LAS NORMAS (I)

1. CUESTIONES EMBARAZOSAS

Los abogados confían mucho en los conceptos relacionados de derecho jurídico y obligación jurídica. Decimos que alguien tiene un derecho o un deber jurídico y tomamos ese enunciado como base firme para presentar demandas e intimaciones y para criticar los actos de los funcionarios públicos. Pero la comprensión que tenemos de tales conceptos es notablemente frágil, y nos vemos en dificultades cuando intentamos decir qué son los derechos y las obligaciones jurídicos. Con sospechosa facilidad, decimos que el hecho de que alguien tenga o no una obligación jurídica se determina aplicando «el derecho» a los hechos particulares de su caso, pero no es una respuesta útil, porque con el concepto de derecho tenemos las mismas dificultades.

Estamos acostumbrados a evaluar nuestros problemas con las cuestiones clásicas de la jurisprudencia: ¿Qué dice «el derecho»? Cuando dos partes están, como a menudo sucede, en desacuerdo respecto de una proposición «de derecho», ¿sobre qué están en desacuerdo y cómo hemos de decidir cuál de ellas tiene razón? ¿Por qué consideramos lo que dice «el derecho» como asunto de «obligación» jurídica? La palabra «obligación», ¿es aquí un mero término técnico, que significa solamente lo que dice el derecho? ¿O la obligación jurídica tiene algo que ver con la obligación moral? ¿Podemos decir que tenemos, en principio al menos, las mismas razones para cumplir con nuestras obligaciones jurídicas que con nuestras obligaciones morales?

Y aquí no se trata de rompecabezas para tener guardados en el armario y sacarlos cuando llueve, para entretenernos. Estas cuestiones son fuente de continua incomodidad y nos reclaman insistentemente la atención. Nos molestan cuando nos enfrentamos con problemas concretos que debemos

resolver en uno u otro sentido. Supongamos que se plantea ante el tribunal un caso insólito de derecho a la intimidad y que no hay leyes ni precedentes que el querellante pueda invocar. ¿Qué papel ha de desempeñar en la decisión del tribunal el hecho de que la mayoría de las personas en la comunidad piensen que, «moralmente», los individuos tienen derecho a esa especial forma de intimidad? Supongamos que la Suprema Corte ordena poner en libertad a un preso porque la policía se valió de procedimientos que, ahora, la Corte considera constitucionalmente prohibidos, aunque haya habido decisiones previas de la misma Corte que los respaldaban. La Corte, para ser congruente, ¿debe liberar a todos los otros presos previamente condenados en virtud de esos mismos procedimientos?¹ Los enigmas conceptuales referentes al «derecho» y la «obligación jurídica» se agudizan cuando un tribunal se ve frente a un problema de este tipo.

Estas erupciones son síntoma de una enfermedad crónica. Casi todos los días mandamos gente a la cárcel o le hacemos pagar dinero, o les hacemos hacer cosas que ellos no quieren hacer, bajo la coerción de la fuerza, y todo eso lo justificamos diciendo que tales personas han infringido la ley o no han cumplido con sus obligaciones jurídicas o han interferido con los derechos legales de otras personas. Ni siquiera en los casos claros (un robo a un banco o el incumplimiento doloso de un contrato), en que estamos seguros de que alguien tenía una obligación jurídica y la infringió, podemos dar una explicación satisfactoria de qué es lo que eso significa, o por qué eso da derecho al estado para castigar o coaccionar al individuo. Podemos sentirnos seguros de que lo que estamos haciendo es lo adecuado, pero mientras no podamos identificar los principios que seguimos no podemos tener la seguridad de que son suficientes ni de que los estamos aplicando congruentemente. En los casos menos claros, en que el problema de si se ha faltado a alguna obligación es, por alguna razón, discutible, estas molestas cuestiones se agudizan, y se profundiza nuestra responsabilidad de encontrarles respuesta.

Ciertos juristas (a quienes podemos llamar «nominalistas») nos instan a resolver estos problemas ignorándolos, simplemente. En opinión de ellos, los conceptos de «obligación jurídica» y «derecho» son mitos, inventados y mantenidos por los abogados como resultado de una funesta mezcla de motivos conscientes y subconscientes. Los enigmas que encontramos en tales conceptos son meros síntomas de que se

trata de mitos. Son insolubles porque son irreales, y que nos preocupemos por ellos no es más que una característica de nuestra esclavitud. Lo mejor que podríamos hacer sería echar juntos a la basura los enigmas y los conceptos y perseguir nuestros importantes objetivos sociales sin ese exceso de equipaje.

La sugerencia es tentadora, pero tiene tremendas desventajas. Antes de que podamos decidir que nuestros conceptos del derecho y de la obligación jurídica son mitos, debemos decidir qué son. Debemos ser capaces de enunciar, aproximadamente al menos, qué es lo que todos creemos que está mal. Pero lo esencial de nuestro problema reside en que tenemos grandes dificultades para hacer precisamente eso. Es más, cuando preguntamos qué es el derecho y qué son las obligaciones jurídicas, estamos reclamando una teoría de la forma en que usamos estos conceptos y de los compromisos conceptuales que de nuestro uso se derivan. No podemos, antes de tener tal teoría general, llegar a la conclusión de que nuestras prácticas son estúpidas o supersticiosas.

Por cierto que los nominalistas creen saber cómo usamos esos conceptos el resto de nosotros. Creen que cuando hablamos de «el derecho» nos referimos a una serie de normas * intemporales almacenadas en algún depósito en espera de que los jueces las descubran, y que cuando hablamos de obligación jurídica pensamos en las cadenas invisibles con que de alguna manera nos envuelven esas normas misteriosas. Llamamos «jurisprudencia mecánica» a la teoría de que existen tales normas y cadenas, y tienen razón al ridiculizar a quienes la practican. Pero lo que se les hace difícil es encontrar, para ridiculizarla, gente que la practique. Hasta el momento no han tenido mucha suerte en lo tocante a enjaular jurisprudencia mecánica para exhibirlos (todos los especímenes capturados —incluso Blackstone y Joseph Beale— han tenido que ser dejados en libertad tras una cuidadosa lectura de sus textos).

En todo caso, está claro que la mayoría de los abogados no piensan en nada semejante cuando hablan de derecho y de obligación jurídica. Con un examen superficial de nuestras

* La palabra inglesa *rule* presenta una ambigüedad que hizo necesarias dos versiones: *norma* cuando, por el contexto, tiene una dimensión prescriptiva propia de un estándar de conducta (se habla así de «normas» morales o jurídicas), y *regla* cuando tiene el valor instrumental de regular una actividad («reglas» de un juego o deporte, «reglas» técnicas, etc.). Sin embargo, se ha respetado la terminología acuñada en casos como el de la «regla de reconocimiento» de Hart. (N. de T.)

prácticas basta para demostrarlo, pues hablamos de leyes que cambian y evolucionan, y de obligaciones jurídicas que a veces son problemáticas. De ésta y de otras maneras, demostramos que no somos maniáticos de la jurisprudencia mecánica.

Pese a ello, usamos efectivamente los conceptos de derecho y de obligación jurídica, y suponemos que la justificación de la sociedad para castigar y ejercer coerción está escrita en esos términos. Es posible que cuando se pongan en claro los detalles de tal práctica, se demuestre que de hecho los conceptos que usamos son tan tontos y están tan contaminados de ilusión como los que inventaron los nominalistas. En tal caso, tendremos que encontrar otras maneras de describir lo que hacemos y ofrecer otras justificaciones, o bien cambiar nuestras prácticas. Pero, mientras no lo hayamos descubierto y nos hayamos adaptado a ello, no podemos aceptar la prematura invitación de los nominalistas y dar la espalda a los problemas que nos presentan nuestros conceptos actuales.

Por supuesto que la sugerencia de que dejemos de hablar de «derecho» y de «obligación jurídica» es exagerada. Son conceptos que están demasiado profundamente incorporados a la estructura de nuestras prácticas políticas, y no se puede renunciar a ellos como a fumar o a usar sombrero. Así lo han admitido, a medias, algunos nominalistas, que dicen que los mitos que ellos condenan deben ser considerados como mitos platónicos y mantenidos para inducir al orden a las masas. La sugerencia tal vez no sea tan cínica como parecé; quizá sea una forma encubierta de eludir una apuesta dudosa.

Si lo depuramos de la exageración, el ataque nominalista se reduce a un ataque a la jurisprudencia mecánica. A pesar de la crítica y de los heroicos clamores por la muerte del derecho, los propios nominalistas han ofrecido un análisis de cómo se han de usar los términos «derecho» y «obligación jurídica», y su análisis no difiere mucho del que ofrecen filósofos más clásicos. Los nominalistas presentan el suyo como un modelo de cómo «operan en realidad» las instituciones jurídicas (en particular los tribunales). Pero su modelo difiere, principalmente en el énfasis, de la teoría que el filósofo John Austin popularizó por primera vez en el siglo XIX y que actualmente aceptan, en una u otra forma, la mayoría de los juristas, ya sea su actividad profesional o académica, que tienen alguna opinión sobre la jurisprudencia. Con cier-

ta imprecisión histórica, llamaré a dicha teoría «positivismo jurídico». Me propongo examinar la solidez de los fundamentos del positivismo jurídico, particularmente en la poderosa forma que le ha dado el profesor H. L. A. Hart. Opté por concentrarme en su posición debido no solamente a la claridad y elegancia de la misma, sino porque aquí, como en casi cualquier otro ámbito de la filosofía del derecho, un pensamiento constructivo debe partir de la consideración de los puntos de vista de Hart.

2. EL POSITIVISMO

El esqueleto del positivismo está constituido por unas cuantas proposiciones centrales en torno a las cuales se organiza, y que —aunque no todos los filósofos a quienes se llama positivistas las suscribirían, en la forma en que yo las presento— de hecho definen la posición general que me interesa examinar. Estos principios claves pueden ser enunciados de la manera siguiente:

a) El derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar qué comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos. Estas normas especiales pueden ser identificadas y distinguidas mediante criterios específicos, por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su pedigree u origen, o con la manera en que fueron adoptadas o en que evolucionaron. Estas pruebas de origen se pueden usar para distinguir las normas jurídicas válidas de las espurias (aquellas que abogados y juristas defienden equivocadamente como reglas de derecho), y también de otros tipos de reglas sociales (agrupadas generalmente bajo el término de «normas morales») que la comunidad sigue, pero que no impone mediante la fuerza pública.

b) El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de «derecho», de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir «aplicando la ley». Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que «ejerza su discreción», lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la

preparación de una norma nueva o en la ampliación de una existente.

c) Decir que alguien tiene una «obligación jurídica» equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga. (Decir que un hombre tiene un derecho jurídico, o que tiene algún tipo de poder jurídico, o un privilegio o inmunidad jurídica, es una forma taquigráfica de aseverar que otros tienen obligaciones jurídicas, reales o hipotéticas, de actuar o de no actuar de ciertas maneras que a él le afectan.) En ausencia de tal norma jurídica válida no hay obligación jurídica; de ello se sigue que cuando el juez decide un conflicto ejerciendo su discreción, no está imponiendo un derecho jurídico en lo referente a ese conflicto.

Esto no es más que el armazón del positivismo. Los diferentes positivistas disponen de manera diversa su contenido, y hasta los hay que se crean el armazón a su manera. Las diferentes versiones se apartan entre sí ampliamente en su descripción del certificado de origen que debe satisfacer una norma para ser considerada norma jurídica.

Austin, por ejemplo, dio forma a su versión de la prueba fundamental como una serie de definiciones y distinciones relacionadas entre sí.² Definió el tener una obligación como el hecho de estar sometido a una norma, una norma como un mandato general, y un mandato como expresión del deseo de que otros se conduzcan de determinada manera, respaldado por el poder y la voluntad de hacer respetar dicha expresión en el caso de desobediencia. Distinguió clases de normas (jurídicas, morales o religiosas) según qué persona o grupo es autor del mandato general que representa la norma. En cada comunidad política, pensaba Austin, se encuentra un soberano, una persona o un grupo determinado a quien habitualmente obedecen los demás, pero que no está habituado a obedecer a nadie más. Las normas jurídicas de una comunidad son los mandatos generales que ha emitido su soberano. La definición que da Austin de la obligación jurídica se sigue de su definición del derecho. Creía que uno tiene una obligación jurídica si se cuenta entre aquellos a quienes se dirige alguna orden general del soberano y está en peligro de sufrir una sanción a menos que obedezca dicha orden.

Por cierto que no hay ningún esquema de órdenes mediante el cual el soberano pueda abarcar todas las contingencias, y algunas de sus órdenes serán inevitablemente vagas o de

límites imprecisos. Por consiguiente (de acuerdo con Austin), el soberano concede a quienes hacen respetar la ley (los jueces) la discrecionalidad de dar nuevas órdenes toda vez que se presenten casos nuevos o difíciles. Los jueces hacen entonces normas nuevas o adaptan las antiguas, y el soberano desconoce tales creaciones o bien, al no hacerlo así, tácitamente las confirma.

El modelo de Austin es bellísimo en su simplicidad. Afirma el primer dogma del positivismo, que el derecho es un conjunto de normas seleccionadas especialmente para gobernar el orden público, y ofrece una simple prueba fáctica —la pregunta por cuál ha sido el mandato del soberano— como único criterio para la identificación de esas normas especiales. Con el tiempo, sin embargo, los que estudiaron e intentaron aplicar el modelo de Austin lo encontraron demasiado simple. Se le plantearon muchas objeciones, entre las cuales había dos que parecían fundamentales. Primero, que no parecía que el supuesto clave de Austin —que en cada comunidad se puede encontrar un grupo o institución determinado que ejerce en última instancia el control de todos los otros grupos— fuera válido en una sociedad compleja. En una nación moderna el control político es pluralista y cambiante; es cuestión de flexibilidad y moderación, de compromiso, cooperación y alianza, de modo que con frecuencia es imposible decir que alguna persona o grupo tenga ese control absoluto, necesario para ser reconocido como soberano, en el sentido de Austin. Si se quiere decir, por ejemplo, que en los Estados Unidos el «pueblo» es soberano, eso no significa casi nada, y en sí mismo no constituye prueba alguna para determinar cuál ha sido el mandato del «pueblo», ni para distinguir sus mandatos jurídicos de los de orden social o moral.

En segundo lugar, los críticos comenzaron a darse cuenta de que el análisis de Austin no llega en absoluto a explicar, ni a reconocer siquiera, ciertos hechos sorprendentes en lo referente a las actitudes que adoptamos hacia «el derecho». Establecemos una importante distinción entre el derecho y las órdenes generales de un gángster. Sentimos que las exigencias del derecho —y sus sanciones— son diferentes, en cuanto son obligatorias de una manera que no lo son los mandatos del forajido. En el análisis de Austin no hay lugar para tal distinción, porque en él se define una obligación como sumisión a la amenaza de la fuerza, de modo que la autoridad del derecho se funda exclusivamente sobre la ca-

pacidad y la voluntad del soberano de perjudicar a quienes desobedecen. Quizá la distinción que nosotros establecemos sea ilusoria; tal vez nuestra sensación de que con el derecho va ligada alguna autoridad especial se base en resabios religiosos o en alguna otra especie de autoengaño en gran escala. Pero esto es algo que Austin no demuestra, y podemos, pues, insistir en que un análisis de nuestro concepto del derecho reconozca y explique nuestras actitudes, o bien demuestre por qué están equivocadas.

La versión del positivismo que da H. L. A. Hart es más compleja que la de Austin en dos sentidos. Primero, porque reconoce, cosa que Austin no hizo, que las normas son de diferentes géneros lógicos. (Hart distingue dos géneros, a los que denomina normas «primarias» y «secundarias».) En segundo lugar, rechaza la teoría de Austin de que una norma es una especie de mandato, y la sustituye por un análisis general más elaborado de la naturaleza de las normas. Debemos detenernos en cada uno de estos puntos, para después señalar cómo se funden en el concepto que Hart tiene del derecho.

La distinción de Hart entre normas primarias y secundarias es de gran importancia.³ Las normas primarias son las que aseguran derechos o imponen obligaciones a los miembros de la comunidad. Las normas del derecho penal que nos prohíben robar, asesinar o conducir a velocidad excesiva son buenos ejemplos de normas primarias. Las secundarias son las que estipulan cómo y por obra de quiénes se pueden formar, reconocer, modificar o extinguir las normas primarias. Ejemplos de normas secundarias son las que establecen de qué manera se compone el Congreso y cómo efectúa su labor legislativa. Las normas referentes a la formación de contratos y a la ejecución de testamentos también son secundarias, porque estipulan de qué manera llegan a existir y se cambian normas muy particulares que rigen determinadas obligaciones jurídicas (p. ej., los términos de un contrato o las disposiciones de un testamento).

También es de gran importancia su análisis general de las normas.⁴ Austin había dicho que toda norma es un mandato general, y que una persona está obligada por una norma si es susceptible de ser sancionada en caso de desobedecerla. Hart señala que así se borra la distinción entre *verse obligado* a [*being obliged to*] hacer algo y *estar obligado* a [*being obligated to*] hacerlo. Si uno está limitado por una norma, está obligado (no se ve simplemente obligado) a ha-

cer lo que ésta prescribe; por consiguiente, estar limitado por una norma debe ser diferente de verse sometido a una sanción si uno desobedece un orden. Una norma difiere de un orden, entre otras cosas, por ser normativa, por establecer un estándar de comportamiento que plantea al sujeto una exigencia que trasciende la amenaza capaz de hacerla cumplir. Una norma nunca puede ser obligatoria simplemente porque una persona que tiene fuerza física quiere que lo sea. Tal persona debe tener *autoridad* para dictar la norma, porque si no, no es norma, y una autoridad tal sólo puede provenir de otra norma que es ya obligatoria para aquellos a quienes ella se dirige. Tal es la diferencia entre una ley válida y las órdenes de un pistolero.

Hart ofrece, pues, una teoría general de las normas que no hace depender la autoridad de éstas de la fuerza física de sus autores. Si examinamos la forma en que llegan a existir las diferentes normas, dice, y nos atenemos a la distinción entre normas primarias y secundarias, vemos que hay dos fuentes posibles para la autoridad de una norma:⁵

a) Una norma puede llegar a ser obligatoria para un grupo de gente porque ese grupo, mediante sus prácticas, la acepta como norma de su conducta. No es bastante con que el grupo se ajuste simplemente a un modelo de comportamiento: aunque la mayoría de los ingleses vayan al cine el sábado a la noche, no han aceptado una norma que les exija que lo hagan. Una práctica constituye la aceptación de una norma sólo cuando quienes siguen la práctica consideran la norma como obligatoria y la reconocen como razón o justificación de su propio comportamiento, y como razón para criticar el comportamiento de otros que no la obedecen.

b) Una norma también puede llegar a ser obligatoria de una manera muy diferente, a saber, al ser promulgada de conformidad con alguna norma secundaria que estipule que las leyes así promulgadas serán obligatorias. Si la constitución de un club estipula, por ejemplo, que los estatutos pueden ser adoptados por una mayoría de los miembros, entonces los estatutos particulares votados de esa manera son obligatorios para todos los miembros, no debido a ninguna práctica de aceptación de esos determinados estatutos, sino porque la constitución lo dice. En este sentido usamos el concepto de *validez*: a las normas que son obligatorias porque han sido creadas de la manera estipulada por alguna norma secundaria las llamamos normas «válidas».

Así, podemos expresar de la siguiente manera la distin-

ción fundamental que establece Hart: una norma puede ser obligatoria a) porque es aceptada o b) porque es válida.

El concepto de derecho que propone Hart es una construcción en la que intervienen estas diversas distinciones.⁶ Las comunidades primitivas no tienen más que normas primarias, que son obligatorias debido solamente a las prácticas de aceptación. De tales comunidades no se puede decir que tengan «derecho», porque no hay manera de distinguir un conjunto de normas jurídicas de las otras reglas sociales, como lo exige el primer principio del positivismo. Pero cuando una comunidad determinada ha llegado a tener una norma secundaria fundamental que estipula de qué manera han de ser identificadas las normas jurídicas, nace una idea de un conjunto distinto de normas jurídicas y, por ende, la del derecho.

Esta norma secundaria fundamental es lo que Hart llama «regla de reconocimiento». La regla de reconocimiento de una comunidad dada puede ser relativamente simple («Lo que el rey manda es derecho») o sumamente compleja (la constitución de los Estados Unidos, con todas sus dificultades de interpretación, puede ser considerada como una regla única de reconocimiento). Por ende, la demostración de que una norma determinada es válida puede exigir que se remonte una complicada cadena de validez, a partir de esa norma en particular, hasta llegar en última instancia a la norma fundamental. Así, una ordenanza de aparcamiento de la ciudad de New Haven es válida porque ha sido adoptada por un ayuntamiento, siguiendo los procedimientos y manteniéndose dentro de las competencias especificadas por la ley municipal adoptada por el estado de Connecticut, de conformidad con los procedimientos y dentro de las competencias especificadas por la constitución del estado de Connecticut, que a su vez fue adoptada de acuerdo con las exigencias de la constitución de los Estados Unidos.

Por cierto que una regla de reconocimiento no puede ser válida, porque es por hipótesis la instancia decisiva, de manera que no puede satisfacer las pruebas estipuladas por una norma superior. La regla de reconocimiento es la única regla de un sistema jurídico cuya fuerza obligatoria depende de su aceptación. Si deseamos saber qué regla de reconocimiento ha adoptado o sigue una comunidad determinada, debemos observar de qué manera se conducen sus ciudadanos, y particularmente sus funcionarios. Debemos observar qué argumentos decisivos aceptan como demostrativos de la

validez de una regla determinada, y qué argumentos últimos usan para criticar a otros funcionarios o a las instituciones. Aunque no podamos aplicar ninguna prueba mecánica, no hay peligro que confundamos la regla de reconocimiento de una comunidad con sus normas de moralidad. La regla de reconocimiento se identifica por el hecho de que su jurisdicción es el funcionamiento del aparato gubernamental de legislaturas, tribunales, organismos, policía y cosas semejantes.

De esta manera, Hart rescata de los errores de Austin los puntos fundamentales del positivismo. Está de acuerdo con Austin en que las normas jurídicas válidas pueden ser creadas en virtud de los actos de funcionarios públicos e instituciones públicas. Pero Austin pensaba que la autoridad de tales instituciones descansaba únicamente en su monopolio del poder. Hart encuentra esa autoridad en el conjunto de los estándares constitucionales que sirve de telón de fondo a su actuación; estándares constitucionales que han sido aceptados, en la forma de una regla fundamental de reconocimiento, por la comunidad a la cual rigen. Son éstos los antecedentes que legitiman las decisiones del gobierno y les dan el matiz de obligación del cual carecían las meras órdenes del soberano de Austin. La teoría de Hart difiere también de la de Austin porque reconoce que las diferentes comunidades usan diferentes fuentes de derecho, y que algunas permiten otros medios de creación de derecho, aparte el acto deliberado de una institución legislativa. Hart menciona la «larga práctica consuetudinaria» y la «relación [de una norma] con decisiones judiciales» como otros criterios de uso frecuente, aunque generalmente se los combine con la legislación y se los subordine a ella.

La versión que da Hart del positivismo es, pues, más compleja que la de Austin, y más refinada su forma de probar las normas jurídicas válidas. En un aspecto, sin embargo, los dos modelos son muy similares. Hart, como Austin, reconoce que las normas jurídicas tienen límites inciertos (él dice que son de «textura abierta») y, también como Austin, da cuenta de los casos difíciles diciendo que los jueces tienen y ejercen la discreción para decidirlos mediante una legislación nueva.⁷ (Más adelante procuraré demostrar por qué alguien que considera el derecho como un conjunto especial de normas se ve casi inevitablemente llevado a explicar los casos difíciles en función de algún ejercicio particular de la discreción.)

3. NORMAS, PRINCIPIOS Y DIRECTRICES POLÍTICAS

Me propongo llevar un ataque general contra el positivismo y, cuando sea necesario dirigirlo contra un blanco en particular, usaré como tal la versión de H. L. A. Hart. Mi estrategia se organizará en torno del hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otros tipos de pautas. Argumentaré que el positivismo es un modelo de y para un sistema de normas, y sostendré que su idea central de una única fuente de derecho legislativa nos obliga a pasar por alto los importantes papeles de aquellos estándares que no son normas.

Acabo de hablar de «principios, directrices políticas y otros tipos de pautas». En la mayoría de los casos usaré el término «principio» en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo «directriz» o «directriz política» * al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo «principio» a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester

* En el texto se usa "directrices políticas" o, simplemente, "directrices" como traducción del inglés *politics* (plural de *policy*, plan o curso de acción dirigido al logro de un objetivo social, económico, cultural, etc., y puesto en práctica por un gobierno, institución, empresa o persona), término que traducido como plural al castellano ("políticas") resulta incorrecto y equivoco. Su forma singular, en cambio, se ha hecho familiar —y es fácilmente distinguible de "política" en la acepción de "ciencia y arte de gobernar", y de lucha por el poder de hacerlo— en expresiones tan conocidas como "una política" desarrollista, o de reconversión industrial o de apoyo a las universidades privadas. En el mismo sentido ha de entenderse la forma adjetiva en frases como "argumentos políticos" o "consideraciones políticas". (N. de T.)

disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia), o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera.⁸

Mi propósito inmediato, sin embargo, es distinguir los principios —en el sentido genérico— de las normas, y empearé por reunir algunos ejemplos de los primeros. Los ejemplos que ofrezco son escogidos al azar; casi cualquier caso tomado de los archivos de una facultad de derecho proporcionaría ejemplos igualmente útiles. En 1889 un tribunal de Nueva York tuvo que decidir, en el famoso caso de *Riggs v. Palmer*,⁹ si un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar en virtud de ese testamento aunque para hacerlo hubiera asesinado al abuelo. El razonamiento del tribunal empezaba por advertir que: «Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos, y la entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino».¹⁰ Pero el tribunal continuaba señalando que «todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen».¹¹ El asesino no recibió su herencia.

En 1960 un tribunal de Nueva Jersey se vio enfrentado, en el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*,¹² con la importante cuestión de si un fabricante de automóviles puede (o hasta qué punto) limitar su responsabilidad en caso de que el coche sea defectuoso. Henningsen había comprado un coche y firmado un contrato donde se decía que la responsabilidad del fabricante por los defectos se limitaba a «re-

parar» las partes defectuosas, «garantía ésta que expresamente reemplaza a cualesquiera otras garantías, obligaciones o responsabilidades». Henningsten argumentaba que, por lo menos en las circunstancias de su caso, el fabricante no debía quedar protegido por esa limitación y debía hacerse responsable de los gastos médicos y de otro orden de las personas heridas en un accidente. No pudo aportar ninguna ley ni ninguna norma jurídica establecida que impidiera al fabricante ampararse en el contrato. El tribunal, sin embargo, estuvo de acuerdo con Henningsen. En diversos momentos de su argumentación, los jueces van apelando a los siguientes principios: a) «Debemos tener presente el principio general de que, en ausencia de fraude, quien no opta por leer un contrato antes de firmarlo no puede luego evadir sus consecuencias.»¹³ b) «En la aplicación de este principio, es un factor de importancia el dogma básico de la libertad de contratación de las partes competentes.»¹⁴ c) «La libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna en el ámbito que nos concierne.»¹⁵ d) «En una sociedad como la nuestra, donde el automóvil es un instrumento común y necesario de la vida cotidiana, y donde su uso está tan lleno de peligros para el conductor, los pasajeros y el público, el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches. Por consiguiente, los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra para ver si los intereses del consumidor y del público han sido equitativamente tratados.»¹⁶ e) «¿Hay algún principio que sea más familiar o esté más firmemente integrado en la historia del derecho anglo-norteamericano que la doctrina básica de que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia?»¹⁷ f) «Más específicamente, los tribunales se niegan generalmente a prestarse a la imposición de un "pacto" en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra...»¹⁸

Los principios que se establecen en estas citas no son del tipo que consideramos como normas jurídicas. Parecen muy diferentes de proposiciones como «La velocidad máxima permitida por la ley en la autopista es de cien kilómetros por hora» o «Un testamento no es válido a menos que esté firmado por tres testigos». Son diferentes porque son principios jurídicos más bien que normas jurídicas.

La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídi-

cas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.

La forma disyuntiva se puede ver con toda claridad si consideramos de qué manera funcionan las reglas, no en el derecho, sino en alguna actividad dominada por ellas, como puede ser un deporte. En el béisbol, una regla establece que si el *batter* o bateador no contesta tres lanzamientos, queda fuera del juego. No es coherente reconocer que ésta es una enunciación correcta de una de las reglas del béisbol y decidir que un bateador que no contesta tres lanzamientos no queda fuera del juego. Por cierto que una regla puede tener excepciones (el *batter* que ha fallado tres lanzamientos no está *out* si el *catcher* ha dejado caer el tercero). Sin embargo, un enunciado preciso de la regla tendría en cuenta esta excepción, y cualquier enunciado que no lo hiciera sería incompleto. Si la lista de excepciones es muy grande, sería demasiado incómodo repetirlas cada vez que se cita la regla; en teoría, sin embargo, no hay razón por la cual no se las pueda agregar a todas: y, cuantas más haya, tanto más preciso es el enunciado de la regla.

Si tomamos como modelo las reglas del béisbol, veremos que las normas de derecho, como la que establece que un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos, se adecúan bien al modelo. Si la exigencia de los tres testigos es una norma jurídica válida, entonces no puede ser válido un testamento que haya sido firmado solamente por dos testigos. La norma puede tener excepciones, pero si las tiene es inexacto e incompleto enunciarla de manera tan simple, sin enumerar las excepciones. En teoría, por lo menos, se podría hacer una lista de todas las excepciones, y cuantas más haya, más completo será el enunciado de la norma.

Pero no es así como operan los principios mostrados anteriormente. Ni siquiera los que más se asemejan a normas establecen consecuencias jurídicas que se sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas. Decimos que nuestro derecho respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, pero no queremos decir con ello que la ley nunca permite que un hombre se

beneficie de las injusticias que comete. De hecho, es frecuente que la gente se beneficie, de manera perfectamente legal, de sus injusticias. El caso más notorio es el de la usucapión; si penetro reiteradamente en predio ajeno, algún día tendré el derecho de atravesarlo siempre que quiera. Hay muchos ejemplos menos espectaculares. Si un hombre deja un trabajo por otro mucho mejor pagado, y para hacerlo incumple un contrato, es posible que tenga que indemnizar por daños y perjuicios a su primer patrono, pero por lo común tiene derecho a conservar su nuevo salario. Si alguien quebranta la libertad bajo fianza para ir a hacer una inversión provechosa atravesando los límites estatales [en los Estados Unidos], es posible que lo envíen de vuelta a la cárcel, pero seguirá obteniendo los beneficios.

No consideramos que estos ejemplos en contrario —y otros, innumerables, que son fáciles de imaginar— demuestren que el principio de no beneficiarse de las propias injusticias no sea un principio de nuestro sistema jurídico, ni que sea incompleto y necesite de excepciones que lo limiten. No tratamos estos ejemplos como excepciones (por lo menos, no en el sentido en que es una excepción el hecho de que un *catcher* deje caer el tercer lanzamiento), porque no podemos esperar que los ejemplos en contrario queden simplemente incluidos en un enunciado más extenso del principio. No están, ni siquiera en teoría, sujetos a enumeración, porque tendríamos que incluir no solamente aquellos casos, como la usucapión, en que alguna institución ha previsto ya que se pueda obtener beneficio mediante una injusticia, sino también los innumerables casos imaginarios en que sabemos por anticipado que el principio no sería válido. La enumeración de algunos de ellos podría agudizar nuestra percepción del peso del principio (una dimensión sobre la que volveré en breve), pero no nos proporciona un enunciado más completo ni más exacto del mismo.

Un principio como «Nadie puede beneficiarse de su propio delito» no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación. Más bien enuncia una razón que (discurre) en una sola dirección, pero no (exige) una decisión en particular. Si un hombre tiene algo o está a punto de recibirlo, como resultado directo de algo ilegal que hizo para conseguirlo, ésa es una razón que la ley tendrá en cuenta para decidir si debe o no conservarlo. Puede haber otros principios o directrices que apunten en dirección contraria; por ejemplo, una directriz de aseguramiento de dere-

chos o un principio que limite la pena a lo estipulado por la legislación. En tal caso, es posible que nuestro principio no prevalezca, pero ello no significa que no sea un principio de nuestro sistema jurídico, porque en el caso siguiente, cuando tales consideraciones contrarias no existan o no tengan el mismo peso, el principio puede ser decisivo. Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro sentido.

La distinción lógica entre normas y principios aparece con más claridad cuando consideramos aquellos principios que ni siquiera parecen normas. Considérese la proposición, enunciada como punto «d)» en los extractos tomados del caso Henningsen, de que «el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches». Este enunciado no intenta siquiera definir los deberes específicos que tal obligación especial lleva consigo, ni decirnos qué derechos adquieren, como resultado, los consumidores de automóviles. Se limita a enunciar —y éste es un eslabón esencial en la argumentación del caso Henningsen— que los fabricantes de automóviles han de atenerse a estándares más elevados que otros fabricantes, y que tienen menos derecho a confiar en el principio concurrente de la libertad de contratación. No significa que jamás puedan confiar en dicho principio, ni que los tribunales puedan rehacer a voluntad los contratos de compra-venta de automóviles; sólo quiere decir que si una determinada cláusula parece injusta u onerosa, los tribunales tienen menos razón para hacerla valer que si se tratara de una compra de corbatas. La «obligación especial» tiende a favorecer una decisión que se niegue a imponer los términos de un contrato de compra-venta de automóviles, pero por sí misma no la determina.

Esta primera diferencia entre normas y principios trae consigo otra. Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno. En esto no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en

particular es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene.

Las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son *funcionalmente* importantes (la regla de béisbol de que tres lanzamientos fallados significan la exclusión es más importante que la regla de que los corredores pueden avanzar sobre una base, porque la alteración de la primera regla modificaría mucho más el juego que la de la segunda). En este sentido, una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso.

Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas. Un sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial o algo similar. Un sistema jurídico también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes. (Nuestro propio sistema jurídico se vale de ambas técnicas.)

La forma de un estándar no siempre deja en claro si se trata de una norma o de un principio. «Un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos» no es una proposición muy diferente, en la forma, de «Un hombre no puede beneficiarse de su propio delito», pero quien sepa algo del derecho norteamericano sabe que debe tomar el primero de estos enunciados como la expresión de una norma, y el segundo como la de un principio. En muchos casos, la distinción es difícil de hacer; tal vez no se haya establecido cómo debe operar el estándar, y este problema puede ser en sí mismo motivo de controversia. La primera enmienda a la Constitución de los Estados Unidos estipula que el Congreso no ha de limitar la libertad de expresión. ¿Se trata de una norma, de modo que si una ley determinada limita de hecho la libertad de expresión, de ello se siga que es inconstitucional? Los que sostienen que la primera enmienda es «absoluta» dicen que se la debe tomar en este sentido,

es decir, como una norma. ¿O se limita a enunciar un principio, de modo que cuando se descubre que hay limitación de la libertad de expresión esto es inconstitucional a menos que el contexto aporte algún otro principio u otra directriz política que, dadas las circunstancias, tenga el peso suficiente para permitir que se lo limite? Tal es la posición de los que defienden lo que se denomina la prueba del «riesgo actual e inminente» o alguna otra forma de «equilibrio».

En ocasiones, una norma y un principio pueden desempeñar papeles muy semejantes, y la diferencia entre ambos es casi exclusivamente cuestión de forma. La primera sección de la Sherman Act enuncia que todo contrato que restrinja el comercio será nulo. La Suprema Corte tuvo que decidir si esa disposición debía ser tratada como una norma en sus propios términos (que anula todo contrato que «restringe el comercio», cosa que hacen casi todos) o como un principio, que proporciona una razón para anular un contrato a falta de directrices efectivas en contrario. La Corte interpretó la disposición como una norma, pero trató esa norma teniendo en cuenta que contenía la palabra «irrazonable» y considerando que prohibía solamente las restricciones «irrazonables» del comercio.¹⁹ Esto permitió que la disposición funcionara lógicamente como una norma (toda vez que un tribunal encuentra que la restricción es «irrazonable» está obligado a declarar que el contrato no es válido) y sustancialmente como un principio (un tribunal debe tener en cuenta multitud de otros principios y directrices para determinar si una restricción en particular, en determinadas circunstancias económicas, es «irrazonable»).

Con frecuencia, palabras como «razonable», «negligente», «injusto» y «significativo» cumplen precisamente esta función. Cada uno de esos términos hace que la aplicación de la norma que lo contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trascienden la norma, y de tal manera hace que ésta se asemeje más a un principio. Pero no la convierten totalmente en un principio, porque incluso el menos restrictivo de esos términos limita el *tipo* de los otros principios y directrices de los cuales depende la norma. Si estamos condicionados por una norma que dice que los contratos «irrazonables» son nulos o que no se ha de imponer el cumplimiento de contratos manifiestamente «injustos», esto exige [ejercer] mucho más [el] juicio que si los términos citados hubieran sido omitidos. Pero supongamos un caso en el cual alguna consideración, sea una directriz

o un principio, haga pensar que se ha de imponer el cumplimiento de un contrato por más que su restricción no sea razonable, o aun cuando sea manifiestamente injusta. El cumplimiento forzado de tales contratos estaría prohibido por nuestras normas, y por ende, sólo estaría permitido si se les abandonara o modificara. Sin embargo, si no nos viéramos frente a una norma sino ante una directriz que se opone al cumplimiento impuesto de los contratos irrazonables, o con un principio según el cual no deben aplicarse contratos injustos, su cumplimiento podría ser impuesto sin que implicara una infracción del derecho.

4. LOS PRINCIPIOS Y EL CONCEPTO DE DERECHO

Una vez que identificamos los principios jurídicos como una clase de estándares aparte, diferente de las normas jurídicas, comprobamos de pronto que estamos completamente rodeados de ellos. Los profesores de derecho los enseñan, los textos los citan, los historiadores del derecho los celebran. Pero donde parecen funcionar con el máximo de fuerza y tener el mayor peso es en los casos difíciles, como el de *Riggs* y el de *Henningsen*. En casos así, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Una vez decidido el caso, podemos decir que el fallo crea una norma determinada (por ejemplo, la norma de que el asesino no puede ser beneficiario del testamento de su víctima). Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva. En el caso *Riggs*, el tribunal citó el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito como estándar básico con arreglo al cual debía entenderse la ley testamentaria, y así justificó una nueva interpretación de dicha ley. En el caso *Henningsen*, el tribunal citó diversos principios y directrices que se interferían, como autoridad sobre la cual fundar una nueva norma referente a la responsabilidad de los fabricantes por los defectos de los automóviles.

Por consiguiente, un análisis del concepto de obligación jurídica debe dar razón del importante papel de los principios cuando se trata de llegar a determinadas decisiones jurídicas. Hay dos puntos de vista muy diferentes que podemos tomar:

a) Podríamos tratar los principios jurídicos tal como tratamos las normas jurídicas, y decir que algunos principios son obligatorios como derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica. Si adoptamos este punto de vista, debemos decir que en los Estados Unidos, por lo menos, el «derecho» incluye tanto principios como normas.

b) Podríamos, por otra parte, negar que los principios puedan ser obligatorios de la misma manera que lo son algunas normas. Diríamos en cambio que, en casos como el de *Riggs* o el de *Henningsen*, el juez va más allá de las normas que está obligado a aplicar (es decir, va más allá del «derecho»), en busca de principios extra-jurídicos que es libre de seguir si lo desea.

Se podría pensar que no hay mucha diferencia entre estos dos enfoques, que no se trata más que de una cuestión verbal, según cómo se quiera usar la palabra «derecho». Pero eso sería un error, porque la elección entre ambos puntos de vista es de la mayor importancia para un análisis de la obligación jurídica. Es una opción entre dos *concepts* de un principio jurídico, una opción que podemos esclarecer si la comparamos con la elección que podríamos hacer entre dos conceptos de una norma jurídica. A veces decimos que alguien «tiene por norma» hacer algo, cuando nos referimos a que ha decidido seguir cierta práctica. Podríamos decir, por ejemplo, que alguien tiene por norma correr un par de kilómetros antes del desayuno porque quiere conservar la salud y tiene fe en un régimen de vida. No queremos decir con ello que esté obligado por la norma que él mismo se dicta, ni siquiera que él mismo la considere como obligatoria. Aceptar una norma como obligatoria es diferente de tomar por norma o costumbre hacer algo. Si volvemos a usar el ejemplo de Hart, es diferente decir que los ingleses tienen por costumbre ir al cine una vez por semana y decir que los ingleses tienen por norma que se debe ir al cine una vez por semana. La segunda formulación da a entender que si un inglés no sigue la norma, se ve sujeto a críticas o censuras, pero la primera no. La primera no excluye la posibilidad de una *especie* de crítica —podemos decir que quien no va al cine descuida su educación—, pero con eso no se sugiere que el sujeto en cuestión esté haciendo algo malo, simplemente porque no sigue la norma.²⁰

Si pensamos en los jueces de una comunidad, podríamos describir las normas jurídicas que sigue este grupo de dos

maneras diferentes. Podríamos decir, por ejemplo, que en cierta situación los jueces acostumbran a no imponer el cumplimiento de un testamento a menos que esté firmado por tres testigos. Esto no implicaría que el juez —excepcional— que impusiera el cumplimiento de un testamento que no estuviera firmado por tres testigos estuviera haciendo nada malo por esa simple razón. Por otra parte, podemos decir que en ese estado una norma jurídica exige que los jueces no impongan el cumplimiento de tales testamentos; ello implica que un juez que lo imponga está actuando incorrectamente. Por supuesto que Hart, Austin y otros positivistas insistirían en este último punto de vista respecto de las normas jurídicas; no se quedarían para nada satisfechos con el punto de vista del «tomar por norma o costumbre». Y no es una cuestión verbal, de qué punto de vista es el correcto; es cuestión de cuál de ellos describe con más precisión la situación social. Otros problemas importantes dependen de cuál sea la descripción que aceptemos. Si los jueces simplemente «tienen por costumbre» no imponer el cumplimiento de ciertos contratos, por ejemplo, entonces no podemos decir, antes de la decisión, que nadie «tenga derecho» a ese resultado, y esa proposición no puede integrar ninguna justificación que pudiéramos ofrecer para la decisión.

Las dos maneras de enfocar los principios corren paralelas con estos dos puntos de vista respecto de las reglas. El primer punto de vista trata los principios como vinculantes para los jueces, de modo que éstos hacen mal en no aplicar los principios cuando vienen al caso. El segundo punto de vista trata los principios como resúmenes de lo que la mayoría de los jueces hacen «por principio» [o «se hacen el principio de hacer»] cuando se ven obligados a ir más allá de las normas que los obligan. La elección entre estos enfoques afectará —y hasta es posible que determine— la respuesta que podamos dar a la cuestión de si el juez, en un caso difícil como el de *Riggs* o el de *Henningsen*, intenta imponer el cumplimiento de derechos y deberes preexistentes. Si adoptamos el primer enfoque, aún estamos en libertad de argumentar que, como esos jueces están aplicando normas jurídicas obligatorias, lo que hacen es imponer el cumplimiento de derechos y deberes jurídicos. Pero si adoptamos el segundo, el argumento es inaceptable, y debemos reconocer que el asesino en el caso *Riggs* y el fabricante en el caso *Henningsen* se vieron privados de su propiedad por un acto de discreción judicial aplicado *ex post facto*. Es po-

sible que esto no escandalice a muchos lectores, pues la noción de discreción judicial ha rebasado el ámbito jurídico, pero de hecho ejemplifica uno de los problemas más espinosos que llevan a los filósofos a preocuparse por la obligación jurídica. Si privar al acusado de la propiedad no se puede justificar en casos como éstos, apelando a una obligación establecida, se le ha de encontrar otra justificación, y todavía no ha aparecido ninguna satisfactoria.

En el esquema básico del positivismo que diseñé antes, enumeré como segundo principio la doctrina de la discreción judicial. Los positivistas sostienen que cuando un caso no puede subsumirse en una norma clara, el juez debe ejercer su discreción para decidir sobre el mismo, estableciendo lo que resulta ser un nuevo precedente legislativo. Puede haber una relación importante entre esta doctrina y la cuestión de cuál de los dos enfoques de los principios jurídicos debemos adoptar. Hemos de preguntarnos, por ende, si la doctrina es correcta y si, como parece a primera vista, lleva implícito el segundo enfoque. Sin embargo, mientras nos aproximamos a estos problemas, tendremos que depurar nuestro concepto de la discreción. Intentaré demostrar de qué manera ciertas confusiones referentes a dicho concepto y, en particular, la falta de distinción clara entre los diferentes sentidos en que se lo usa, explican la popularidad de la doctrina de la discreción. Sostendré que, en el sentido en que la doctrina incide efectivamente sobre nuestra manera de enfocar los principios, no encuentra apoyo alguno en los argumentos de que se valen los positivistas para defenderla.

5. LA DISCRECIÓN

Los positivistas tomaron el concepto de discreción del lenguaje común y, para entenderlo, debemos devolverlo momentáneamente a su contexto originario. ¿Qué significa, en la vida ordinaria, decir que alguien «tiene discreción»? Lo primero que hay que observar es que el concepto sólo tiene significación en algunas situaciones especiales. Por ejemplo, nadie diría que yo tengo —o no tengo— discreción al elegir una casa para mi familia. No es verdad que «no tenga discreción» al hacer una elección tal, y sin embargo, sería casi igualmente inadecuado decir que sí la tengo. El concepto de discreción sólo es adecuado en un único tipo de contexto; cuando alguien está en general encargado de tomar decisio-

nes sujetas a las normas establecidas por una autoridad determinada. Tiene sentido hablar de la discreción de un sargento que está sometido a las órdenes de sus superiores, o de la de un funcionario deportivo o un juez de competición que se rige por un reglamento o por los términos de la competición. La discreción, como el agujero en una rosquilla, no existe, a no ser como el área que deja abierta un círculo de restricciones que la rodea. Es, por consiguiente, un concepto relativo. Siempre tiene sentido preguntar: «Discreción, ¿según qué normas?» o: «Discreción, ¿según qué autoridad?» Generalmente, el contexto simplificará la respuesta a esta cuestión, pero en algunos casos, el funcionario puede tener discreción desde un punto de vista, pero no desde otro.

Como sucede con casi todos los términos, el significado exacto de «discreción» se ve afectado por las características del contexto. El término va siempre teñido por el conjunto de la información que constituye el marco en el cual se lo usa. Aunque los matices son múltiples, será útil que intentemos reconocer algunas distinciones importantes.

A veces hablamos de «discreción» en un sentido débil, simplemente para decir que por alguna razón, las normas que debe aplicar un funcionario no se pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen discernimiento. Usamos este sentido débil cuando el contexto todavía no lo aclara, cuando la información básica con que cuenta nuestro auditorio no contiene esa información. Así, podríamos decir: «Las órdenes recibidas dejaban un amplio margen de discreción al sargento» a alguien que no sabe cuáles eran las órdenes que éste había recibido, o que desconoce algo que hacía que tales órdenes fueran vagas o difíciles de llevar a la práctica. Y tendría mucho sentido agregar, como aclaración, que el teniente le había ordenado que formara una patrulla con sus cinco hombres más experimentados, pero que era difícil decidir quiénes eran los más experimentados.

A veces usamos el término en un sentido débil diferente, para decir únicamente que algún funcionario tiene la autoridad final para tomar una decisión que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario. Hablamos así cuando el funcionario forma parte de una jerarquía de funcionarios estructurada de tal manera que algunos tienen autoridad superior, pero en la cual las pautas de autoridad son diferentes para las diferentes clases de decisiones. Así, podríamos decir que en el béisbol ciertas decisiones —como la decisión de si

la pelota o el corredor llegó primero a la segunda base—son competencia discrecional del árbitro de la segunda base, si lo que queremos decir es que, respecto de esto, el árbitro principal no tiene poder para imponer su propio criterio aunque esté en desacuerdo.

Llamo débiles a estos dos sentidos para distinguirlos de otro, más fuerte. A veces hablamos de «discreción» no simplemente para decir que un funcionario debe valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad, o que nadie ha de revisar su ejercicio del juicio, sino para afirmar que, en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión. En este sentido, decimos que un sargento a quien se le ha ordenado que escoja a los cinco hombres que prefiera para formar una patrulla tiene discreción, o que en una exposición canina la tiene un juez para evaluar los *airedales* antes que los *boxers*, si las reglas no estipulan un orden determinado. Usamos este sentido no como comentario de la vaguedad o dificultad de las normas, ni para referirnos a quién tiene la última palabra en su aplicación, sino para aludir a su alcance y a las decisiones que pretenden controlar. Si al sargento se le dice que escoja a los cinco hombres más experimentados, no tiene discreción en este sentido fuerte, porque la orden pretende regir su decisión. El árbitro de boxeo que debe decidir cuál de los contrincantes ha sido el más agresivo tampoco tiene discreción, en el sentido fuerte, por la misma razón.²¹

Si alguien dijera que el sargento o el árbitro tenía discreción en tales casos, tendríamos que entender, si el contexto lo permitiese, que usaba el término en alguno de los sentidos débiles. Supongamos, por ejemplo, que el teniente ordenara al sargento elegir los cinco hombres que le parecieran más experimentados y agregara luego que el sargento podía escogerlos a discreción. También las reglas podían establecer que el árbitro debía adjudicar el *round* al boxeador más agresivo y que la decisión quedaba librada a su discreción. Tendríamos que entender estos enunciados en el segundo sentido débil, como referentes a la cuestión de la revisión de la decisión. El primer sentido débil —que las decisiones requieren juicio— sería ocioso, y el tercero —el fuerte— queda excluido por los enunciados mismos.

Debemos evitar una confusión tentadora. El sentido fuerte de la palabra discreción no equivale a libertad sin límites, y no excluye la crítica. Casi cualquier situación en la

cual una persona actúa (incluyendo aquellas en las que no es cuestión de decidir bajo una autoridad especial y, por ende, no es cuestión de discreción) pone en juego ciertos estándares de racionalidad, justicia y eficacia. En función de ellos nos criticamos unos a otros, y no hay razón para no hacerlo cuando los actos están más bien en el centro que más allá de la órbita de la autoridad especial. Así, podemos decir que el sargento a quien se le concedió discreción (en el sentido fuerte) para escoger una patrulla lo hizo con malevolencia, con estupidez o con descuido, o que el juez a cuya discreción quedaba librado el orden en que se juzgaría a los perros cometió un error porque hizo pasar primero a los *boxers*, aunque éstos eran muchos más que los tres únicos *airedales*. La discreción de un funcionario no significa que sea libre para decidir sin recurrir a normas de sensatez y justicia, sino solamente que su decisión no está controlada por una norma prevista por la autoridad particular en que pensamos al plantear la cuestión de la discreción. Por cierto que este último tipo de libertad es importante; por eso tenemos el sentido fuerte de «discreción». A alguien que tiene discreción en este tercer sentido se le puede criticar, pero no por desobediencia, como en el caso del soldado. Se puede decir que cometió un error, pero no que privó a un participante de una decisión a la cual tenía derecho, como en el caso de un árbitro deportivo o de un juez de competición.

Ahora, teniendo presentes estas observaciones, podemos volver a la doctrina de la discreción judicial de los positivistas. La doctrina sostiene que si un caso no está controlado por una norma establecida, el juez debe decidir mediante el ejercicio de la discreción. Queremos examinar esta doctrina y verificar qué relación tiene con nuestro tratamiento de los principios, pero primero debemos preguntarnos en qué sentido del término «discreción» hemos de entenderla.

Algunos nominalistas sostienen que los jueces siempre tienen discreción, incluso cuando hay una norma clara que regula el caso, porque los jueces son los que tienen la última palabra en el derecho. Esta doctrina de la discreción usa el segundo sentido débil del término, porque se centra en el hecho de que ninguna autoridad superior revisa las decisiones del tribunal supremo. Por consiguiente, no tiene relación con el problema de cómo justificamos los principios, como no la tiene tampoco con el problema de cómo justificamos las normas.

Los positivistas no dan este sentido a su doctrina, porque

dicen que un juez no tiene discreción cuando se cuenta con una norma clara y establecida. Si atendemos a los argumentos con que los positivistas defienden su doctrina, podemos sospechar que hablan de discreción en el primer sentido débil, para referirse únicamente a que en ocasiones los jueces deben ejercer su juicio en la aplicación de normas jurídicas. Sus argumentos llaman la atención sobre el hecho de que algunas normas jurídicas son vagas (el profesor Hart, por ejemplo, dice que todas ellas son de «textura abierta»), y que se plantean algunos casos (como el de *Henningsen*) en los que ninguna norma establecida parece adecuada. Insisten en que en ocasiones, los jueces pasan momentos angustiosos para elucidar un principio jurídico, y en que es frecuente que dos jueces igualmente experimentados e inteligentes estén en desacuerdo.

Cualquiera que tenga familiaridad con el derecho se puede encontrar con problemas semejantes. En realidad, ésta es la dificultad que se plantea al suponer que los positivistas quieren usar el término «discreción» en este sentido débil. La proposición según la cual cuando no se dispone de una norma clara se ha de ejercer la discreción, en el sentido de «juicio», es una tautología. Además, no tiene relación con el problema de cómo dar cuenta de los principios jurídicos. Es perfectamente congruente decir que en el caso *Riggs*, por ejemplo, el juez tuvo que ejercer su juicio, y que estaba obligado a seguir el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito. Los positivistas hablan como si su doctrina de la discreción judicial fuera un descubrimiento y no una tautología, y como si tuviera efectivamente alguna relación con el tratamiento de los principios. Hart, por ejemplo, dice que cuando está en juego la discreción del juez ya no podemos hablar de que esté limitado por normas, sino que debemos decir más bien cuáles son las que «usa de manera característica».²² Hart piensa que cuando los jueces tienen discreción, los principios que citan deben ser tratados según nuestro segundo enfoque, como aquello que los tribunales suelen hacer «por principio».

Parece por ende que los positivistas, por lo menos algunas veces, se toman su doctrina en el tercer sentido —el fuerte— del término «discreción». En ese sentido, sí tiene que ver con el tratamiento de los principios; es más, en ese sentido no es nada menos que un nuevo enunciado de nuestro segundo enfoque. Da lo mismo decir que cuando un juez se queda sin normas tiene discreción, en el sentido de que

no está limitado por estándar alguno procedente de la autoridad jurídica, que decir que los estándares jurídicos que citan los jueces, y que no son normas, no son obligatorios para ellos.

Debemos, pues, examinar la doctrina de la discreción judicial en el sentido fuerte. (En lo sucesivo, usaré en ese sentido el término «discreción».) Preguntémonos si los principios que citan los jueces en casos como el de *Riggs* o el de *Henningsen* vinculan sus decisiones, tal como las órdenes del sargento, de elegir los hombres más experimentados, o la obligación del árbitro de optar por el boxeador más agresivo determinan las decisiones de esas personas. ¿Qué argumentos podría presentar un positivista para demostrar que no es así?

1) Un positivista podría sostener que los principios no pueden ser vinculantes. Eso sería un error. Se plantea siempre, por supuesto, la cuestión de si un determinado principio es *de hecho* obligatorio para algún funcionario forense. Pero en el carácter lógico de un principio no hay nada que lo incapacite para obligarle. Supongamos que el juez del caso *Henningsen* hubiera dejado de tener en cuenta el principio de que los fabricantes de automóviles tienen una obligación especial para con los consumidores, o el principio de que los tribunales procuran proteger a aquellos cuya posición negociadora es débil, y que hubiera tomado simplemente una decisión favorable al demandado, citando sin más ni más el principio de la libertad de contratación. Sus críticos no se habrían contentado con señalar que no había tenido en cuenta consideraciones a las que otros jueces han venido prestando atención desde hace algún tiempo; la mayoría de ellos habrían dicho que era su deber tomar como referencia esos principios, y que el demandante tenía derecho a que así lo hiciera. Cuando decimos que una norma es obligatoria para un juez, eso no significa otra cosa sino que debe seguirla si viene al caso, y que si no lo hace, habrá cometido por ello un error.

De nada sirve decir que en un caso como el de *Henningsen* el tribunal sólo está «moralmente» obligado a tener en cuenta determinados principios, o que está «institucionalmente» obligado, o que lo está por «razón de su oficio», o algo semejante. La cuestión seguirá siendo por qué ese tipo de obligación (de cualquier modo que la llamemos) es diferente de la obligación que imponen las normas a los jueces, y por qué nos autoriza a decir que los principios y las directrices

no son parte del derecho, sino simplemente normas extra-jurídicas que los tribunales «usan de manera característica».

2) Un positivista podría argumentar que, aun cuando algunos principios sean obligatorios, en el sentido de que el juez debe tenerlos en cuenta, no pueden determinar un resultado en particular. Es un argumento más difícil de evaluar, porque no está claro qué quiere decir que una norma «determina» un resultado. Quizá signifique que la norma *impon*e el resultado siempre que se da el caso, de manera que nada más cuenta. Si es así, entonces es indudablemente cierto que los principios individuales no determinan resultados, pero esto no es más que otra manera de decir que los principios no son normas. Sólo las normas imponen resultados, pase lo que pase. Cuando se ha alcanzado un resultado contrario, la norma ha sido abandonada o cambiada. Los principios no operan de esa manera; orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan. No parece que esto justifique la conclusión de que los jueces que tratan con principios tengan discreción porque un conjunto de principios *puede* imponer un resultado. Si un juez cree que los principios que está obligado a reconocer apuntan en una dirección y que los principios que apuntan en otra, si los hay, no tienen el mismo peso, entonces debe decidir de acuerdo con ello, así como debe seguir lo que él cree que es una norma obligatoria. Por cierto que puede equivocarse en su evaluación de los principios, pero también puede equivocarse al juzgar que la norma es obligatoria. Es frecuente, podríamos agregar, que el sargento y el árbitro se encuentren en la misma situación. No hay un factor único que dicte qué soldados tienen más experiencia ni cuál es el boxeador más agresivo. Ambos jueces deben decidir cuál es el peso relativo de los diversos factores, pero no por eso tienen discreción.

3) Un positivista podría afirmar que los principios no pueden considerarse como derecho porque su autoridad, y mucho más su peso, son *discutibles* por naturaleza. Es verdad que generalmente no podemos *demostrar* la autoridad o el peso de un principio determinado como podemos a veces demostrar la validez de una norma, localizándola en un acta del Congreso o en la opinión de un tribunal autorizado. En cambio podemos defender un principio —y su peso— apelando a una amalgama de prácticas y de otros principios en la cual cuenten las implicaciones de la historia legislativa y judicial, junto con referencias a prácticas y sobreentendidos

comunitarios. No hay un criterio válido que sirva como prueba de la solidez de un caso así; es una cuestión de juicio, y entré hombres razonables puede haber desacuerdos. Pero, una vez más, esto no distingue al juez de otros funcionarios que no tienen discreción. El sargento no tiene un criterio claro y distinto para la experiencia, ni el árbitro para la agresividad. Ninguno de ellos tiene discreción, porque está obligado a llegar a entender, de manera discutible o no, qué es lo que le exigen sus órdenes, o las reglas, y a actuar de acuerdo con tal interpretación. Éste es, también, el deber del juez.

Claro que si los positivistas tienen razón en otra de sus doctrinas —la teoría de que en cada sistema legal hay un criterio decisivo de la obligatoriedad, como la regla de reconocimiento del profesor Hart—, de ello se sigue que los principios no tienen fuerza de ley. Pero difícilmente se puede tomar la incompatibilidad de los principios con la teoría de los positivistas como un argumento en virtud del cual se deba tratar a los principios de alguna manera determinada. Esto constituye un razonamiento circular; nos interesa el status de los principios porque queremos evaluar el modelo de los positivistas. El positivista no puede defender por decreto su teoría de la regla de reconocimiento; si los principios no son susceptibles de prueba, debe encontrar alguna otra razón por la cual no tienen fuerza de ley. Como al parecer los principios desempeñan un papel en las discusiones referentes a la obligación jurídica (recordemos de nuevo los casos de *Riggs* y *Henningsen*), un modelo que tenga en cuenta el papel de los principios en el derecho tendrá alguna ventaja inicial sobre otro que lo excluya, y no corresponde que este último sea alegado en su propia defensa.

Tales son los argumentos más obvios que podría usar un positivista para defender la doctrina de la discreción en el sentido fuerte, y el segundo enfoque de los principios. Mencionaré un importante argumento en contra de esta doctrina y en favor del primer enfoque. A no ser que se reconozca que por lo menos algunos principios son obligatorios para los jueces y que exigen de ellos, como grupo, que tomen determinadas decisiones, tampoco se puede decir que alguna norma —o, en todo caso, muy pocas— sea obligatoria para ellos.

En la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas, y actualmente también en Inglaterra, no es raro que los tribunales superiores no apliquen normas establecidas. En oca-

siones, se anulan directamente las normas del *Common Law* —las establecidas por decisiones previas de los tribunales— y otras veces hay formulaciones nuevas que las alteran radicalmente. Las normas legales se ven sometidas a interpretaciones y reinterpretaciones, a veces incluso cuando el resultado no es llevar a la práctica lo que se llama «la voluntad del legislador».²³ Si los tribunales pueden modificar las normas establecidas, entonces naturalmente tales normas no serían obligatorias para ellos, y por tanto no serían derecho según el modelo positivista. Por consiguiente, el positivista debe argumentar que hay estándares, que en sí son obligatorios para los jueces, que determinan cuándo un juez puede anular o alterar una norma establecida, y cuándo no.

¿Cuándo se le permite, entonces, a un juez, que cambie una norma jurídica existente? Los principios figuran de dos maneras en la respuesta. Primero, es necesario, aunque no suficiente, que el juez considere que el cambio favorecería algún principio, que así viene a ser el que justifica el cambio. En el caso *Riggs*, el cambio (una nueva interpretación de la ley testamentaria) se justificaba por el principio de que nadie debe beneficiarse de su propio delito; en el caso *Henningsen*, las normas antes reconocidas en lo referente a la responsabilidad de los fabricantes de automóviles fueron alteradas sobre la base de los principios que antes cité, expresados en la opinión del tribunal.

Pero cualquier principio no sirve para justificar un cambio, porque entonces ninguna norma estaría jamás a salvo. Debe haber algunos principios que cuentan y otros que no cuentan, y debe haber algunos que cuentan más que otros. Eso no podría depender de las preferencias del propio juez, entre multitud de normas extrajurídicas, todas respetables y, en principio, elegibles, porque si así fuera, no podríamos decir que ninguna regla fuese obligatoria. Siempre podríamos imaginarnos un juez cuyas preferencias entre los estándares extrajurídicos fueran tales que justificasen un cambio o una reinterpretación radical, incluso de la más firmemente arraigada de las normas.

En segundo lugar, cualquier juez que se proponga cambiar la doctrina existente debe tener en cuenta algunos estándares importantes que desaconsejan apartarse de la doctrina establecida, y que son también, en su mayoría, principios. Incluyen la doctrina de la «supremacía legislativa», un conjunto de principios que exigen que los tribunales muestren el debido respeto a los actos de legislación. Incluyen

también la doctrina del precedente, otro conjunto de principios que reflejan el valor y la eficiencia de la coherencia. Las doctrinas de la supremacía legislativa y del precedente, cada una a su manera, tienden a respetar el *statu quo*, pero no hacen de ello un mandato. Los jueces, sin embargo, no son libres de elegir y escoger entre los principios y las directrices que constituyen estas doctrinas; si lo fueran, tampoco podría decirse que ninguna norma fuese obligatoria.

Consideremos, por lo tanto, qué quiere decir quien afirma que una norma determinada es obligatoria. Puede referirse a que la norma cuenta con el apoyo afirmativo de principios que el tribunal no es libre de ignorar, y que colectivamente tienen más peso que otros principios que abogan por el cambio. Si no es así, que cualquier cambio estaría condenado por una combinación de principios conservadores de la supremacía legislativa y del precedente, que el tribunal no es libre de ignorar. Es muy frecuente que se refiera a ambas cosas, porque los principios conservadores, al ser principios y no normas, no son generalmente lo bastante poderosos como para proteger una norma del *Common Law* o una ley anticuada totalmente falta de apoyo en principios sustantivos que el tribunal está obligado a respetar. Cualquiera de estas implicaciones, por supuesto, trata a un cuerpo de principios y de directrices como si fuera derecho, en el sentido en que lo son las normas: como estándares que obligan a los funcionarios de una comunidad, controlando sus decisiones de derecho y obligación jurídica.

Nos queda, pues, el siguiente problema. Si la teoría de la discreción judicial de los positivistas es trivial porque usa el término «discreción» en un sentido débil, o bien carece el fundamento porque los diversos argumentos que podemos aportar en su apoyo son insuficientes, ¿por qué la han adoptado tantos juristas cuidadosos e inteligentes? No podemos confiar en nuestro propio tratamiento de la teoría a menos que podamos dar respuesta a esta pregunta. No basta con señalar (aunque tal vez hacerlo contribuya a la explicación) que «discreción» tiene diferentes sentidos y que es posible confundirlos. Estos sentidos no se nos confunden cuando no estamos hablando de derecho.

Parte de la explicación, por lo menos, reside en la natural tendencia del jurista a asociar derecho y normas, y a pensar en «el derecho» como una colección o sistema de normas. Roscoe Pound, que hace ya mucho tiempo diagnosticó esta tendencia, pensaba que los juristas de habla inglesa caían en

esta trampa debido al hecho de que en inglés se usa la misma palabra, cambiando únicamente el artículo, para hablar de «una ley» [*a law*] y de «el derecho» [*the law*].²⁴ (Otras lenguas, por el contrario, se valen de dos palabras: *loi* y *droit*, por ejemplo, y *Gesetz* y *Recht* [en francés y alemán respectivamente].) Es posible que eso les haya sucedido a los positivistas ingleses, porque la expresión «*a law*» hace, ciertamente, pensar en una norma. Pero la razón principal de que se asocie el derecho con las normas es más profunda, y creo que reside en el hecho de que, durante largo tiempo, la formación jurídica ha consistido en enseñar y examinar aquellas normas establecidas que configuran lo esencial del derecho.

En todo caso, si un abogado entiende el derecho como un sistema de normas y reconoce sin embargo, como debe, que los jueces cambian las viejas normas e introducen otras nuevas, llegará naturalmente a la teoría de la discreción judicial en el sentido fuerte. En aquellos otros sistemas de normas de los cuales tiene experiencia (como los juegos), las reglas son la única autoridad especial que rige las decisiones oficiales, de manera que si un árbitro pudiera cambiar una regla, tendría discreción en lo que respecta al contenido de esa regla. Sean cuales fueren los principios que puedan citar los árbitros cuando cambian las reglas, no representarían más que sus preferencias «características». Los positivistas tratan al derecho como si fuera el béisbol, revisado de esta manera.

Este supuesto inicial de que el derecho es un sistema de normas tiene otra consecuencia, más sutil. Cuando los positivistas se ocupan efectivamente de los principios y las directrices, los tratan como si fueran normas *manquées*. Suponen que si son estándares de derecho, deben ser normas, de manera que los entienden como estándares que intentaran ser normas. Cuando un positivista oye sostener a alguien que los principios jurídicos son parte del derecho, lo entiende como un argumento en defensa de lo que él llama la teoría del «derecho superior»; que estos principios son las normas de un derecho de rango superior al ordinario.²⁵ Y refuta la teoría señalando que a esas «normas» a veces se las sigue, y a veces no; que por cada «norma» como «nadie ha de beneficiarse de su propia injusticia» hay otra «norma» contradictoria, como «el derecho favorece la seguridad jurídica» y que no hay manera de poner a prueba la validez de semejantes «normas». Su conclusión es que estos principios y directrices no son normas válidas de un derecho superior al

ordinario, lo cual es verdad, porque en modo alguno son normas. Concluye también que hay estándares extrajurídicos que cada juez escoge de acuerdo con sus propias luces en el ejercicio de su discreción, lo cual es falso. Es como si un zoólogo hubiera demostrado que los peces no son mamíferos y llegara después a la conclusión de que en realidad no son más que plantas.

6. LA REGLA DE RECONOCIMIENTO

El análisis que antecede estuvo motivado por dos explicaciones opuestas de los principios jurídicos. Al estudiar la segunda de ellas, que parecen adoptar los positivistas mediante su doctrina de la discreción judicial, hemos descubierto graves dificultades. Es hora de regresar a la disyuntiva inicial. ¿Qué pasa si adoptamos el primer enfoque? ¿Cuáles serían las consecuencias de tal actitud para la estructura básica del positivismo? Claro que tendríamos que abandonar el segundo dogma, la doctrina de la discreción judicial (o, como alternativa, aclarar que la doctrina ha de entenderse simplemente en el sentido de que con frecuencia los jueces deben ejercitar su juicio). ¿Tendríamos también que abandonar o modificar el primer dogma, la proposición de que el derecho se distingue mediante criterios del tipo que se puede establecer en una regla maestra, como la regla de reconocimiento del profesor Hart? Si principios tales como los de los casos *Riggs* y *Henningsen* han de considerarse jurídicos, y pese a ello hemos de resguardar la noción de una regla maestra del derecho, entonces es necesario que podamos organizar algún criterio que permita identificar los principios que efectivamente cuentan como derecho (y únicamente éstos). Empece-mos por la prueba que sugiere Hart para identificar las normas válidas de derecho, y veamos si se la puede aplicar también a los principios.

De acuerdo con Hart, la mayoría de las normas de derecho son válidas porque alguna institución competente las promulgó. Algunas fueron creadas por un órgano legislativo, en forma de estatutos. Otras fueron creadas por los jueces que las formularon para decidir casos particulares y las establecieron así como precedentes para el futuro. Pero este tipo de certificación no sirve para los principios de los casos *Riggs* y *Henningsen*, cuyo origen como principios jurídicos no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano

legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo. La continuación de su poder depende de que tal sentido de la conveniencia se mantenga. Si dejara de parecer injusto permitir que la gente se beneficie de sus delitos, o ya no se considerase justo imponer responsabilidades especiales a los oligopolios que fabrican máquinas potencialmente peligrosas, estos principios dejarían de desempeñar un papel importante en los casos nuevos, aun cuando jamás hubieran sido derogados o rechazados. (De hecho, poco sentido tiene hablar de que principios como éstos sean «derogados» o «rechazados», ya que cuando se suprimen es porque se desgastan, no porque se los impugne.)

Verdad es que si nos urgieran a fundamentar nuestra afirmación de que cierto principio es un principio de derecho, mencionaríamos cualquier caso anterior en que tal principio hubiera sido citado o figurase en la discusión. Mencionaríamos también cualquier ley que pareciera ejemplificarlo (y sería mejor aún si el principio estuviera citado en el preámbulo de la ley, o en los informes de la comisión o en cualquier otro documento legislativo que lo acompañase). A menos que llegáramos a encontrar el apoyo de algún antecedente institucional, no podríamos probablemente demostrar nuestro caso; y cuanto más apoyo encontrásemos, tanto más peso podríamos reclamar para el principio.

Sin embargo, no podríamos idear ninguna fórmula que sirviera para probar cuánto apoyo institucional, y de qué clase, es necesario para convertir un principio en principio jurídico, y menos todavía para fijar su peso en un orden de magnitud determinado. Para abogar por un principio en particular hemos de luchar a brazo partido con todo un conjunto de estándares cambiantes, que evolucionan e interactúan (y que en sí mismos son más bien principios que normas), referentes a la responsabilidad institucional, a la interpretación de la ley, a la fuerza persuasiva de diversos tipos de precedentes, a la relación de todo ello con las prácticas morales contemporáneas y con multitud de otros estándares semejantes. No podemos reunir todo esto para formar una única «norma», por compleja que fuese, y si pudiéramos, el resultado no tendría mucha relación con la imagen que presenta Hart de una regla de reconocimiento, o sea la de una regla maestra bastante estable, que especifica «algún rasgo o rasgos cuya posesión por una supuesta regla se considera indicación afirmativa y concluyente de que es una regla...».²⁶

Además, las técnicas de que nos valemos para defender otro principio no están (como es la intención de la regla de reconocimiento de Hart) en un nivel totalmente diferente de los principios que fundamenta. La nítida distinción que establece Hart entre aceptación y validez no se sostiene. Si estamos defendiendo el principio de que un hombre no debe beneficiarse de su propio delito, podríamos citar actas de tribunales y leyes que lo ejemplifiquen, pero esto se refiere tanto a la aceptación del principio como a su validez. (Parece extraño hablar, simplemente, de que un principio sea válido, quizá porque la validez es un concepto sin matices, apropiado para las normas, pero incongruente con la dimensión de peso de un principio.) Si nos pidieran (como bien podría suceder) que defendiéramos la doctrina del precedente o la técnica particular de interpretación legislativa que usamos en esta argumentación, citaríamos por cierto la práctica de otros que hayan usado tal doctrina o técnica. Pero también tendríamos que citar otros principios generales que a nuestro entender sustentan dicha práctica, y ello introduce una nota de validez en el acorde de aceptación. Podríamos sostener, por ejemplo, que la forma en que nos valemos de casos y leyes anteriores se apoya en un determinado análisis del sentido de la práctica legislativa o de la doctrina del precedente, o en los principios de la teoría democrática, o en una posición determinada respecto de la adecuada atribución de competencias entre las instituciones nacionales y las locales, o en alguna otra cosa de índole semejante. Tampoco esta fundamentación es una calle de sentido único que nos conduce a un principio decisivo, fundado solamente en la aceptación. También nuestros principios de legislación, precedente, democracia o federalismo podrían verse cuestionados, y en tal caso no sólo los defenderíamos en función de la práctica, sino en función de sus relaciones recíprocas y de las implicaciones de tendencias de las decisiones judiciales y legislativas, aun cuando esto último significara apelar a aquellas mismas doctrinas de la interpretación que justificábamos por mediación de los principios que ahora intentamos fundamentar. En este nivel de abstracción, hay que decir que los principios no convergen, sino que coexisten.

De modo que aun cuando se apoyen en los actos oficiales de instituciones jurídicas, los principios no tienen con tales actos una conexión lo bastante simple y directa como para que quede enmarcada en función de los criterios especificados por alguna regla maestra final de reconocimiento.

¿Hay alguna otra vía por la cual se puedan incluir los principios en una regla tal?

En realidad, Hart dice que una regla maestra podría designar como derecho no sólo las normas promulgadas por determinadas instituciones jurídicas, sino también las establecidas por la *costumbre*. Al decirlo, piensa en un problema que preocupó a otros positivistas, entre ellos a Austin. Muchas de las normas jurídicas más antiguas [de los Estados Unidos] no han sido creadas explícitamente por una legislatura o un tribunal. Cuando hicieron su primera aparición en textos y opiniones jurídicos, se las trató como parte ya existente del derecho, porque representaban la práctica consuetudinaria de la comunidad o de algún sector especializado de ésta, como la comunidad comercial. (Los ejemplos que se dan de ordinario son reglas de la práctica mercantil, como las que rigen qué derechos se derivan de una forma estándar de documento mercantil.)²⁷ Como Austin pensaba que todo el derecho era el mandato de un soberano, sostuvo que esas prácticas consuetudinarias no constituían derecho mientras no las reconocieran los tribunales (como agentes del soberano), y que si los tribunales decidían otra cosa, estaban incurriendo en una ficción. Pero eso parecía arbitrario. Si todo el mundo pensaba que la costumbre en sí misma podía constituir derecho, el hecho de que la teoría de Austin dijese lo contrario no resultaba aceptable.

Hart invierte el razonamiento de Austin en este punto. La regla maestra, dice, podría estipular que alguna costumbre es considerada como derecho incluso antes de que los tribunales la reconozcan. Pero no resuelve la dificultad que esto plantea a su teoría general, porque no intenta exponer los criterios que con este fin podría usar una regla maestra. Ésta no puede usar, como único criterio, el requisito de que la comunidad considere la práctica como *moralmente* obligatoria, porque con ello no se distinguirían las normas consuetudinarias jurídicas de las normas consuetudinarias morales; y naturalmente, no todas las obligaciones morales consuetudinarias aceptadas desde antiguo por la comunidad adquieren fuerza de ley. Por otra parte, si la prueba exige que la comunidad considere la práctica consuetudinaria como *jurídicamente* obligatoria, el sentido mismo de la regla maestra falla por la base, por lo menos para esta clase de reglas jurídicas. La regla maestra, dice Hart, señala la transformación de una sociedad primitiva en una sociedad de derecho, porque proporciona un criterio para la determinación de las

normas sociales de derecho, que no se reduce a evaluar su aceptación. Pero si la regla maestra se limita a decir que cualquier otra regla que la sociedad acepte como jurídicamente obligatoria es jurídicamente obligatoria, entonces no proporciona prueba alguna, aparte de la que tendríamos que usar si no hubiese regla maestra. La regla maestra se convierte (para estos casos) en una no-regla de reconocimiento; lo mismo podríamos decir que toda sociedad primitiva tiene una regla secundaria de reconocimiento, a saber, la que establece que todo lo que se acepta como obligatorio es obligatorio. El propio Hart, al analizar el derecho internacional, ridiculiza la idea de que una regla así pueda ser una regla de reconocimiento, al describir la regla propuesta como «una repetición vacía del mero hecho de que la sociedad en cuestión... observa ciertos estándares de conducta como reglas obligatorias».²⁸

La forma en que Hart trata el problema de la costumbre equivale, de hecho, a la confesión de que hay por lo menos algunas reglas de derecho que no son obligatorias porque sean válidas bajo normas establecidas por una regla maestra, sino que lo son —como la regla maestra— porque la comunidad las acepta como válidas. Esto socava la pulcra arquitectura piramidal que admirábamos en la teoría de Hart: ya no podemos decir que únicamente la regla maestra es obligatoria por su aceptación, puesto que todas las otras normas son válidas en virtud de ella.

Tal vez esto no sea más que un detalle, porque las reglas consuetudinarias en que piensa Hart ya no son parte muy importante del derecho. Pero en efecto hace pensar que Hart se mostraría renuente a ahondar en la herida, reuniendo bajo el rótulo de «costumbre» todos aquellos principios y directrices cruciales que hemos ido analizando. Si hubiera de considerarlos parte del derecho, y sin embargo admitir que la única prueba de su fuerza reside en la medida en que son aceptados como derecho por la comunidad o una parte de ella, reduciría muy marcadamente el ámbito del derecho sobre el cual ejerce algún dominio su regla maestra. No se trata solamente de que todos los principios y directrices escaparían de su influencia, aunque ya esto sería bastante grave. Una vez que tales principios y directrices son aceptados como derecho, y por lo tanto como estándares que los jueces deben seguir en la determinación de obligaciones jurídicas, de ello se seguiría que *normas* como las que se enunciaron por primera vez en casos como los de *Riggs* y *Hen-*

ningsen deben su fuerza, por lo menos en parte, a la autoridad de principios y directrices políticas, es decir, no exclusivamente a la regla maestra de reconocimiento.

Entonces, no podemos adaptar la versión que da Hart del positivismo modificando su regla de reconocimiento para que abarque los principios. No se pueden formular criterios que relacionen los principios con actos legislativos, ni se puede hacer que su concepto de derecho consuetudinario, que es en sí mismo una excepción al primer dogma del positivismo, sirva de algo sin abandonar por completo ese dogma. Sin embargo, debemos considerar una posibilidad más. Si ninguna regla de reconocimiento puede proporcionar un criterio para la identificación de principios, ¿por qué no decir que los principios son decisivos y que ellos *forman* la regla de reconocimiento de nuestro derecho? La respuesta a la cuestión general de qué constituye derecho válido en la jurisdicción norteamericana nos exigiría entonces que enunciáramos todos los principios (así como las reglas constitucionales finales) en vigor en esa jurisdicción en ese momento, junto con las adecuadas estimaciones de su peso. Entonces, un positivista podría considerar el conjunto completo de tales normas como la regla de reconocimiento de la jurisdicción. Esta solución ofrece el atractivo de la paradoja, pero naturalmente, es una rendición incondicional. Si nos limitamos a designar nuestra regla de reconocimiento con la frase «el conjunto completo de principios en vigor», a lo único que llegamos es a la tautología de que el derecho es el derecho. Si, en cambio, intentáramos efectivamente enumerar todos los principios en vigor, fracasaríamos. Los principios son discutibles, su peso es importante, son innumerables, y varían y cambian con tal rapidez que el comienzo de nuestra lista estaría anticuado antes de que hubiésemos llegado a la mitad. Aun si lo consiguiéramos, no tendríamos la llave del derecho, porque no quedaría nada que nuestra llave pudiera abrir.

Mi conclusión es que si tratamos los principios como derecho, debemos rechazar el primer dogma de los positivistas, que el derecho de una comunidad se distingue de otros estándares sociales mediante algún criterio que asume la forma de una regla maestra. Ya hemos decidido que en ese caso debemos abandonar el segundo dogma —la doctrina de la discreción judicial— o aclararlo hasta llegar a la trivialidad. ¿Qué pasa con el tercer dogma, la teoría positivista de la obligación jurídica?

Esta teoría sostiene que existe una obligación jurídica cuando (y sólo cuando) una norma jurídica establecida la impone como tal obligación. De ello se sigue que en un caso difícil —cuando no se puede encontrar tal norma establecida— no hay obligación jurídica mientras el juez no cree una nueva norma para el futuro. El juez puede aplicar esa nueva norma a las partes, pero entonces es legislación *ex post facto*, no la confirmación de una obligación existente.

La doctrina positivista de la discreción (en el sentido fuerte) exigía este punto de vista de la obligación jurídica, porque si un juez tiene discreción, no puede haber derecho ni obligación jurídica —o sea ningún título— que él deba imponer. Sin embargo, una vez que abandonamos esta doctrina y tratamos los principios como derecho, planteamos la posibilidad de que una obligación jurídica pueda ser impuesta tanto por una constelación de principios como por una norma establecida. Podríamos expresarlo diciendo que existe una obligación jurídica siempre que las razones que fundamentan tal obligación, en función de diferentes clases de principios jurídicos obligatorios, son más fuertes que las razones o argumentos contrarios.

Por cierto que habría que dar respuesta a muchas cuestiones antes de que pudiéramos aceptar este punto de vista respecto de la obligación jurídica. Si no hay regla de reconocimiento ni criterio para identificar el derecho en ese sentido, ¿cómo decidimos qué principios han de contar, y en qué medida, en la elaboración de tal alegato? ¿Cómo decidimos si uno de los dos es mejor que el otro? Si la obligación jurídica descansa sobre un juicio indemostrable de esa clase, ¿cómo puede servir de justificación para una decisión judicial [decir] que una de las partes tenía una obligación jurídica? ¿Coincide esta visión de la obligación con la forma en que se expresan abogados, jueces y legos, y es coherente con nuestras actitudes en lo tocante a la obligación moral? Este análisis, ¿nos ayuda a resolver los enigmas clásicos de jurisprudencia referentes a la naturaleza del derecho?

Es menester hacer frente a estas cuestiones, pero ya las preguntas mismas son más prometedoras que las del positivismo. Condicionado por su propia tesis, el positivismo se detiene precisamente al borde de esos casos enigmáticos y difíciles que nos obligan a buscar teorías del derecho. Cuando estudiamos estos casos, el positivista nos remite a una doctrina de la discreción que no nos dice nada ni nos lleva a ninguna parte. Su imagen del derecho como sistema de

normas ha ejercido tenaz influencia sobre nuestra imaginación, por obra tal vez de su misma simplicidad. Si nos desembarazamos de este modelo de las normas, quizá podamos construir otro que se ajuste más a la complejidad y la sutileza de nuestras propias prácticas.