

Título del original
THE CONCEPT OF LAW
Oxford University Press, 1961

La presente traducción de The Concept of Law
se publica en virtud de un acuerdo con
The Clarendon Press Oxford

Todos los derechos reservados
© by ABELEDO-PERROT S. A. E. e I.
Lavalle 1280 -- 1048 - Buenos Aires -- Argentina
Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

I.S.B.N.: 950-20-0089-7

El derecho de propiedad de esta obra comprende para su autor la facultad de disponer de ella, publicarla, traducirla, adaptarla o autorizar su traducción y reproducirla en cualquier forma, total o parcial, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información; por consiguiente nadie tiene la facultad de ejercitar los derechos precitados sin permiso del autor y del editor, por escrito, con referencia a una obra que se haya anotado o copiado durante su lectura, ejecución o exposición públicas o privadas, excepto el uso con fines didácticos de comentarios, críticas o notas, de hasta mil palabras de la obra ajena, y en todos los casos sólo las partes del texto indispensables a ese efecto.

Los infractores serán reprimidos con las penas del artículo 172 y concordantes del Código Penal (arts. 2, 9, 10, 71, 72, ley 11.723).

IMPRESO EN LA REPUBLICA ARGENTINA

37411
R

H3250
1992
C2
SDNS

HERBERT L. A. HART
Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford

EL CONCEPTO DE DERECHO

Traducción de
GENARO R. CARRIÓ

UNIVERSIDAD ADOLFO IBARRA
BIBLIOTECA



ABELEDO-PERROT
BUENOS AIRES

CAPÍTULO VI

LOS FUNDAMENTOS DE UN SISTEMA JURIDICO

1. REGLA DE RECONOCIMIENTO Y VALIDEZ JURIDICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. NUEVAS PREGUNTAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. LA PATOLOGIA DE UN SISTEMA JURIDICO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ (1952) 1 T. L. R. 1245.

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

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

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