

INTROD. AL DERECHO

PROF. A. BASCUÑAN

12

4. JOHN AUSTIN

JOHN AUSTIN*

PRIMERA LECCIÓN DE «LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DE LA TEORÍA DEL DERECHO»

El propósito del siguiente intento de determinar el ámbito de la teoría del derecho, afirmada o sugerida

El objeto propio de la teoría del derecho [*jurisprudence*] es el derecho positivo: el derecho, simple y estrictamente así denominado: o el derecho establecido por sujetos políticamente superiores para sujetos políticamente inferiores. Pero el derecho positivo (o el derecho, simple y estrictamente así denominado) es frecuentemente confundido con objetos a los que viene unido por una relación de *similitud*, y con objetos a los que viene unido de forma *analógica*: con objetos que son *también* comprendidos, *propia e impropiamen-*

John Austin, «The Province of Jurisprudence Determined» (Lecture I) [1832], en *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, vol. I, Robert Campbell, ed., John Murray, Albemarle Street, Londres, 1885, pp. 86-103. Traducción castellana de Pompeu Casanovas.

* John Austin (1790-1859) estudió leyes después de recibir una educación militar. De 1818 a 1825 ejerció de abogado sin demasiado éxito. Pertenecía al círculo de filósofos reformadores utilitaristas y mantuvo una estrecha amistad con Jeremy Bentham, James Mill y John Stuart Mill. Así, inmediatamente después de la fundación de la Universidad de Londres, ocupó la cátedra (también de nueva creación) de *Jurisprudence* (teoría del derecho). De 1827 a 1828 estudió en la Universidad de Bonn, donde entró en contacto con la sistemática jurídica de los miembros de la Escuela Histórica del derecho alemana. Allí conoció a Niebuhr, Brandis, Schlegel, Arndts,

26/3

JOHN AUSTIN

179

te, por la amplia y vaga expresión *derecho*. Para salvar las dificultades que emergen de esta confusión, empezaré mi proyectado curso con la delimitación del ámbito de la teoría del derecho, o distinguiendo el objeto de la teoría del derecho de estos varios objetos con los que se relaciona: con el intento de definir el objeto del que quiero tratar, antes de emprender el análisis de sus múltiples y complicadas partes.

Ley: qué es en el sentido más literal y global

Una ley, en la acepción más general y global como es usado el término en su sentido literal, puede decirse que es una regla dictada para la guía de un ser inteligente por un ser inteligente que tiene poder sobre él. En esta definición se incluyen, con y sin impropiedad, diversas especies [de leyes]. Es necesario definir cuidadosamente la línea de demarcación que separa entre sí estas especies por la mucha niebla y complejidad que han sido infundidas en la teoría del derecho a causa de su confusión o de no haber sido claramente distinguidas. En el sentido global anteriormente indicado, o en su sentido más amplio, sin extensión por metáfora o analogía, el término *derecho* comprende los siguientes objetos: leyes dictadas por Dios a sus criaturas humanas, y leyes dictadas por los hombres a los hombres.

Ley de Dios

El conjunto o una parte de las leyes dictadas por Dios a los hombres es frecuentemente denominado la ley de la naturaleza, o derecho natural: siendo, en verdad, el único derecho natural del que es posible hablar sin una metáfora, o sin una mezcla de objetos que debieran ser distinguidos con claridad. Sin embargo, rechazando el apelativo Ley de la Naturaleza como ambiguo y engañoso,

Welker, Mackeldey y Heffter. De regreso a Londres, topó con la extrañeza de los estudiantes de derecho, habituados al casuismo del *common law*. Abandonó desentendado la cátedra después de dictar la primera versión de *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), pese al éxito del libro. Su obra no fue reeditada sino después de su muerte por su mujer Sarah, también escritora y partícipe de las ideas utilitaristas, en 1861. En el prefacio biográfico de esta edición, Sarah recoge la siguiente frase de su marido: «Nací fuera de tiempo y lugar. Hubiera debido ser un estudioso del siglo XII, o un profesor alemán». (N. del t.)

denomino tales leyes o reglas, consideradas colectivamente o en conjunto, el *derecho Divino* [*Divine law*] o la *ley de Dios* [*law of God*].

Leyes humanas. Dos clases

Las leyes dictadas por los hombres a los hombres son de dos clases importantes o principales: clases que, aunque difieren extremadamente entre sí, se confunden a menudo; y que, por esta razón, deberían separarse con precisión y oponerse distinta y visiblemente.

Primera clase

Algunas de las leyes o reglas dictadas por los hombres para los hombres se establecen por superiores *políticos*, soberano y sujeto: por personas que ejercen un *gobierno* supremo y subordinado, en naciones independientes, o en sociedades políticamente independientes.

Leyes dictadas por los superiores políticos

El conjunto de leyes así establecidas, o algún conjunto que forme una parte del primero, es el objeto propio de la ciencia del derecho, general o particular. El término *derecho* se aplica exclusivamente al conjunto de leyes así establecidas, o a un conjunto que forme una parte del primero. Contrapuestas a las reglas que denomino *moralidad positiva*, y de las que me ocuparé de inmediato, el conjunto de reglas establecidas por superiores políticos puede ser cómodamente indicado asimismo con el nombre de *derecho positivo*. Con objeto de tener ya un nombre breve y distintivo, apto para su uso frecuente, denomino *derecho positivo* [*positive law*] a este conjunto de reglas o a cualquier parte de este conjunto: aunque las reglas que *no* hayan sido establecidas por superiores políticos son también *positivas*, o existen *por posición* [*by position*], si son reglas o leyes en la propia significación del término.

Segunda clase. Leyes dictadas por hombres no políticamente superiores

Aunque *algunas* de las leyes o reglas que son dictadas por los hombres a los hombres son establecidas por superiores políticos,

otras no son establecidas por superiores políticos, o *no* son establecidas por superiores políticos en esta capacidad o carácter.

Objetos impropriamente denominados leyes pero así llamados por rigurosa analogía [by close analogy]

Rigurosamente análogo a las leyes humanas de esta segunda clase, existe un conjunto de objetos frecuente pero *impropriamente* denominados *leyes* [*laws*] que son reglas dictadas y aplicadas por *mera opinión*, esto es, por las opiniones o los sentimientos mantenidos o experimentados por un determinado cuerpo de hombres en relación a la conducta humana. Las expresiones «la ley del honor», «la ley dictada por la moda», y otras reglas de este tipo que constituyen gran parte de lo que corrientemente se denomina «derecho internacional» [*International law*], son ejemplos de este uso del término *ley* [*law*].

Las dos últimas situadas en una clase bajo el nombre de moralidad positiva

Al conjunto de las leyes humanas propiamente dichas que pertenecen a la segunda de las clases mencionadas anteriormente, junto con el conjunto de objetos denominados leyes *impropriamente* pero por *rigurosa analogía* [*by close analogy*], los sitúo a la par en una clase común, y me refiero a ellos con el término *moralidad positiva* [*positive morality*]. El nombre *moralidad* los separa del derecho positivo, mientras que el epíteto *positivo* los distingue del *derecho divino* [*law of God*]. Y con la finalidad de evitar la confusión, es necesario convenir que *deberían* ser separados del anterior por medio de este epíteto distintivo. El nombre *moralidad* (o *moral*), cuando se encuentra incualificado o en solitario, denota indistintamente cualquiera de los siguientes objetos: a saber, la moralidad positiva *tal como es*, o sin relación a sus valores; y la moralidad positiva *tal como sería* si fuera conforme con el derecho divino y fuera, por lo tanto, objeto de *aprobación*.

Objetos metafóricamente denominados leyes

Aparte de las diversas especies de reglas que se incluyen en la acepción literal del término derecho [*law*], y de aquellas que lo son por fiel y rigurosa analogía, aunque impropriamente, denominadas

leyes, existe un gran número de aplicaciones del término derecho que se sustentan en una analogía débil y que son meramente metafóricas o figurativas. Este es el caso cuando hablamos de las *leyes* observadas por los animales inferiores; de las *leyes* que regulan el crecimiento o decadencia de las plantas; de las *leyes* que determinan los movimientos de los cuerpos inanimados o de las masas. Donde no hay *inteligencia*, o donde ésta es demasiado limitada para merecer el nombre de *razón*, y, por lo tanto, es demasiado limitada para concebir el objetivo de una ley, no hay la *voluntad* sobre la cual el derecho puede trabajar, o que el deber puede estimular o contener. Sin embargo, a través de estas malas aplicaciones de un *nombre*, tan flagrantes como la metáfora, el campo de la ciencia del derecho y de la moral ha sido inundado de turbia especulación.

Habiendo expuesto ya el *propósito* de mi intento de delimitar el ámbito de la teoría del derecho: deslindar el derecho positivo, el objeto propio de la teoría del derecho, de los diversos objetos con los que se relaciona por similitud, y con los cuales se relaciona, cercana o remotamente, por analogía fuerte o débil, procederé a enunciar lo esencial de una *ley* o *regla* (tomadas en la significación más extensa que puede ser dada al término *propiamente*).

Las leyes o reglas propiamente dichas son una especie de las órdenes

Cada ley [*law*] o regla [*rule*] (tomadas en la significación más extensa que puede ser dada al término *propiamente*) es una *orden* [*command*]. O, mejor dicho, las leyes o reglas, propiamente dichas, son una *especie* de las órdenes.

Ahora bien, puesto que el término *orden* comprende al término *ley* [*law*], el primero es el más simple al tiempo que el más extenso de los dos. Pero, siendo simple como es, admite explicación. Y, puesto que es la *clave* para las ciencias del derecho y de la moral, su sentido [*meaning*] debería ser analizado con precisión.

De acuerdo con esto, emprenderé en primer lugar el análisis del sentido de '*orden*': un análisis que temo que ponga a prueba la paciencia de los que me escuchan, pero que espero soporten con simpatía, o al menos con resignación, si tienen en cuenta la dificultad de realizarlo. Los elementos de una ciencia son precisamente las partes de la misma que se explican con menos facilidad. Los términos que son los más extensos, y, por lo tanto, los más simples de

una serie, no tienen expresiones equivalentes en los que puedan ser resueltos *concisamente*. Y cuando emprendemos su *definición*, o su traducción a términos que suponemos más comprensibles, nos vemos abocados a extraños y tediosos circunloquios.

El sentido del término orden

Si alguien expresa o comunica un deseo de que yo haga o me abstenga de hacer determinado acto, y si éste me amenaza con un castigo en el caso de que yo no cumpla con su deseo, la *expresión* o *comunicación* de su deseo es una *orden*. Una orden se distingue de otras manifestaciones de deseo, no por el estilo en que el deseo es referido, sino por el poder y el propósito de la parte que ordena infligir un mal o dolor en caso de que el deseo no se vea satisfecho. Si ese alguien no puede dañarme o no lo haría en el caso de que yo no satisfaga su deseo, la expresión de su deseo no es una orden, aunque enuncie su deseo en una frase imperativa. Si está en situación de causarme daño o lo haría en el caso de que yo no lo satisfaga, la expresión de su deseo equivale a una orden, aunque él, movido por espíritu de cortesía, la formule en forma de ruego. *Preces erant, sed quibus contradici non posset*.^{*} Tal es el lenguaje de Tácito, refiriéndose a una petición de los soldados a un hijo y lugarteniente de Vespasiano.

Una orden, pues, es una manifestación [*signification*] de deseo. Pero una orden es discernible de otras manifestaciones de deseo por esta peculiaridad: que la parte a la que se dirige está en situación de sufrir un daño por parte de la otra, en caso de que no cumpla con su deseo.

El sentido del término deber

Estando en situación de sufrir un daño de su parte si yo no cumpla con el deseo que alguien manifiesta, yo estoy *sujeto* [*bound*] u *obligado* [*obliged*] por su orden, o me encuentro bajo el *deber* [*duty*] de obedecerla. Si, a pesar de este mal en perspectiva, yo no satisfago el deseo que manifiesta, puede decirse que yo desobedezco su orden, o que violo el deber que ésta impone.

^{*} «Eran ruegos, pero no podían ser desoídos». (*N. del t.*)

Los términos orden y deber son correlativos

Orden y deber son, pues, términos correlativos: el sentido denotado por cada uno de ellos es implicado o supuesto por el otro. O (para variar la expresión) dondequiera que se encuentre un deber ha sido manifestada [*signified*] una orden; y dondequiera que haya sido manifestada una orden, se impone un deber.

Concisamente expresado, el sentido de la expresión correlativa es éste. Aquel que inflige un daño en caso de que su deseo no sea atendido, formula [*utters*] una orden mediante la expresión o comunicación de su deseo: aquel que está en situación de sufrir un daño en caso de que no atienda al deseo, se halla sujeto u obligado por la orden.

El sentido del término sanción

El daño en el que probablemente se incurrirá en caso de que una orden sea desobedecida o (para usar una expresión equivalente) en caso de que un deber sea infringido, es comúnmente denominado una *sanción* [*sanction*], o una *imposición de obediencia* [*enforcement of obedience*]. O (para variar la frase), se dice que la orden o el deber son *sancionados* [*sanctioned*] o *impuestos* [*enforced*] mediante el riesgo de incurrir en el daño.

Considerado de ese modo como abstraído de la orden y del deber que impone, el daño en el que se puede incurrir por la desobediencia es comúnmente denominado un *castigo* [*punishment*]. Sin embargo, puesto que los castigos, estrictamente dichos, son sólo una *clase* de sanciones, el término es demasiado estrecho para expresar el significado adecuadamente.

La existencia de una orden, un deber y una sanción, no requiere un motivo violento para su cumplimiento

He observado que el doctor Paley,* en su análisis del término *obligación*, pone mucho énfasis en la *violencia* del motivo para el cumplimiento. En la medida en que puedo comprender algo de su

* William Paley (1743-1805) fue pastor anglicano y comúnmente considerado un pensador utilitarista. El argumento citado por Austin pertenece a *The Principles of Moral and Political Philosophy* (1785). (N. del t.)

vaga e inconsistente afirmación, su sentido parece ser el siguiente: que a menos que el motivo para el cumplimiento sea violento o intenso, la expresión o comunicación de un deseo no es una orden, ni tampoco la parte a la que se dirige se encuentra bajo un deber de observarla.

Si por un motivo violento, el autor quiere decir un motivo que opera con certeza, su proposición es manifiestamente falsa. Cuanto mayor sea el daño que se va a infligir en caso de que el deseo se vea insatisfecho, y cuanto mayor sea la posibilidad de incurrir en él en este mismo caso, mayor es también indudablemente la *posibilidad* de que el deseo *no* se vea insatisfecho. Pero ningún motivo concebible va a determinar con certeza el cumplimiento, o ningún motivo concebible va a producir que la obediencia sea inevitable. Si la proposición de Paley fuera verdadera, en el sentido que ahora le he adscrito, las órdenes y los deberes son simplemente imposibles. O bien, reduciendo su proposición al absurdo por una consecuencia que es manifiestamente falsa, las órdenes y deberes son posibles, pero no son nunca desobedecidos o violados [*broken*].

Si por motivo *violento* Paley quiere decir un mal que inspira temor, su sentido es simplemente este: que la parte que se siente obligada por una orden se siente obligada por la perspectiva de un daño [*evil*]. Por ello lo que no se teme no se entiende como un daño; o bien, cambiando la forma de la expresión, no es un daño en perspectiva.

La verdad es que la magnitud del daño eventual y la magnitud de la posibilidad de incurrir en él son ajenas al tema que se discute. Cuanto mayor es el daño eventual y mayor la posibilidad de incurrir en él, también es mayor la eficacia de la orden y la fuerza de la obligación. O bien —sustituyendo las expresiones exactamente equivalentes— mayor es la *posibilidad* de que la orden sea obedecida y de que el deber no sea incumplido. Pero cuando hay la menor posibilidad de incurrir en el menor daño, la expresión de un deseo equivale a una orden y, por lo tanto, impone un deber. La sanción, si se quiere, es débil o insuficiente, pero todavía *hay* una sanción y, por lo tanto, un deber y una orden.

Los premios no son sanciones

Para algunos autores famosos (para Locke, Bentham y, según creo, Paley), el término *sanción* [*sanction*], o *imposición de obediencia*

cia [enforcement of obedience], se aplica tanto a un bien como a un mal condicional: tanto al premio [reward] como al castigo. Pero, con toda mi veneración habitual a los nombres de Locke y Bentham, pienso que esta extensión del término está preñada de confusión y perplejidad.

Indiscutiblemente, los premios son *motivos* para satisfacer los deseos ajenos. Pero hablar de órdenes y de deberes como *sancionados* o *impuestos* por premios, o hablar de premios como *obligando* o *construyendo* a la obediencia, es seguramente una amplia desviación respecto al sentido establecido de los términos.

Si *alguien* expresa el deseo de que yo efectúe un servicio, y si ese alguien anuncia un premio como motivo o incentivo para efectuarlo, raramente se diría que *él ha ordenado* el servicio, ni tampoco —en el lenguaje común [in ordinary language]— que yo estoy *obligado* a hacerlo. En el lenguaje común, él me *habría prometido* un premio a condición de que yo efectuara el servicio, mientras que yo habría podido ser *incitado* o *persuadido* para hacerlo con la esperanza de obtener el premio.

Otra vez: si una ley insiste en ofrecer un *premio* como incentivo para realizar algún acto, se confiere un *derecho* eventual y no se impone una *obligación* a aquellos que obren en consecuencia, puesto que la parte imperativa de la ley se orienta o dirige a los interesados a quien se precisa *entregar* el premio.

Dicho brevemente, estoy decidido o me inclino a satisfacer el deseo de otro por el temor de una desventaja o de un daño. Estoy asimismo decidido o inclinado a satisfacer el deseo de otro por la esperanza de obtener una ventaja o bien. Pero es solamente por la posibilidad de un *daño* en perspectiva que me siento *ligado* u *obligado* a su satisfacción. Es solamente por un daño condicional que los deberes son *sancionados* o *impuestos*. Es el poder y el propósito de infligir un *mal* eventual, y *no* el poder y el propósito de impartir un *bien* eventual, lo que da a la expresión de un deseo el nombre de *orden*.

Si ponemos *premio* en la cuenta del término *sanción*, nos veremos envueltos en un penoso conflicto con el habla común y corriente [the current of ordinary speech], y vamos a incurrir inconscientemente, a pesar de nuestros esfuerzos por evitarlo, en el significado más acostumbrado y estrecho.

El sentido del término orden, brevemente reiterado

Se sigue, pues, de lo que ha sido previamente dicho como premisa, que las ideas o nociones comprendidas por el término *orden* son las siguientes: 1) Una voluntad o deseo concebido por un ser racional de que otro ser racional haga o se abstenga de hacer algo. 2) Un daño procedente del primero en el que puede incurrir el segundo en el caso de que no satisfaga el deseo. 3) Una expresión o comunicación [intimation] del deseo mediante palabras u otros signos.

La inseparable conexión de los tres términos, orden, deber y sanción

Se sigue también de las premisas anteriores que *orden*, *deber* y *sanción* son términos inseparablemente conectados entre sí: que cada uno de ellos comprende las mismas ideas que los demás, aunque cada uno denota estas ideas en un particular orden o serie.

El modo de esta conexión

«Un deseo concebido por uno y expresado o comunicado a otro, junto con un daño para que sea infligido e incurrido en el caso de que el deseo no sea satisfecho», son significados directa e indirectamente por cada una de las tres expresiones. Cada una de ellas es el nombre de la misma noción compleja.

Pero cuando estoy hablando *directamente* de la expresión o comunicación del deseo, empleo el término *orden*, puesto que la expresión o comunicación del deseo se presenta *sobre todo* a mi interlocutor; mientras que el daño en que se puede incurrir, junto con la posibilidad de incurrir en él, son mantenidos —si puedo yo mismo expresarme así— en el fondo de mi representación [picture].

Cuando estoy hablando *directamente* de la posibilidad de incurrir en un daño, o bien —cambiando la expresión— de la responsabilidad [liability] o repugnancia [obnoxiousness] en relación al daño, empleo el término *deber* o el término *obligación*, puesto que la responsabilidad o repugnancia en relación al daño se pone en primer término, y el resto de la noción compleja viene implícitamente significada.

Cuando estoy hablando *inmediatamente* del daño mismo, em-

pleo el término *sanción*, o un término equivalente, puesto que el daño en el que se puede incurrir es directamente significado, mientras que la repugnancia al mismo, junto con la expresión o comunicación del deseo, son indicadas indirectamente u oblicuamente.

A quienes resulte familiar el lenguaje de los lógicos (lenguaje que no tiene rival en cuanto a su brevedad, capacidad de distinguir y precisión), puedo expresarles concisamente en un soplo lo que quiero decir. Cada uno de los tres términos *significa* la misma noción; pero cada uno de ellos *denota* una parte distinta de la noción, y *connota* la parte residual.

*Las leyes o reglas distinguidas de las órdenes
que son ocasionales o particulares*

Las órdenes son de dos especies. Algunas de ellas son *leyes* o *reglas*. Las otras no han adquirido un nombre apropiado, ni tampoco el lenguaje ofrece una expresión que las marque de un modo breve y preciso. Debo, por lo tanto, referirme a ellas tan bien como pueda mediante el ambiguo e inexpresivo nombre de «órdenes *ocasionales* o *particulares*».

Puesto que el término *leyes* o *reglas* no es infrecuentemente aplicado a las órdenes ocasionales o particulares, difícilmente es posible dibujar una línea de demarcación que sea consistente punto por punto con las formas establecidas del habla [*established forms of speech*]. Pero la distinción entre leyes y órdenes particulares puede establecerse, según creo, de la manera siguiente:

En cada orden, la parte a quien va dirigida está obligada a hacer o a abstenerse de hacer alguna cosa.

Ahora bien, una orden es una ley o regla allí donde obliga *en general* a actos o abstenciones de una *clase* [*class*]. Pero allí donde obliga a un acto o abstención *específico*, o a actos o abstenciones que determina *específica* o *individualmente*, una orden es ocasional o particular. En otras palabras, una clase o descripción de actos son determinadas mediante una ley o regla, y actos de esta clase o descripción son impuestos o prohibidos en general. Pero allí donde una orden es ocasional o particular, el acto o actos que la orden impone o prohíbe son asignados o determinados tanto por su naturaleza específica o individual como por la clase o descripción a la que pertenecen.

Procederé a ilustrar ahora mediante ejemplos adecuados la afirmación que he efectuado mediante expresiones abstractas.

Si alguien ordena a su criado que vaya a un recado determinado, o que *no* salga de casa en una tarde determinada, o que se levante tal día a tal hora, o que se levante a tal hora la semana próxima o el mes que viene, la orden es ocasional o particular. Puesto que el acto o actos obligados o prohibidos están especialmente determinados o asignados.

Pero si se le ordena *simplemente* que se levante a tal hora, o que *siempre* se levante a tal hora, o que se levante a tal hora *hasta nueva orden*, se puede decir, con propiedad, que ese alguien dicta una *regla* para el gobierno [*guidance*] de la conducta de su criado. Puesto que no se asigna ningún acto específico mediante la orden, sino que la orden le obliga en general a actos de una determinada clase.

Si se ordenara a un regimiento que atacase o defendiese una posición, o que sofocara una rebelión, o que marchase de su presente acuartelamiento, la orden sería ocasional o particular. Pero la orden de ejercitarse diariamente hasta nueva orden sería denominada una orden *general*, y *podría* ser denominada una *regla*.

Si el Parlamento prohibiera simplemente la exportación de trigo, bien por un tiempo limitado o bien indefinidamente, establecería una ley o regla: puesto que un *tipo* o *suerte* de actos habrían sido determinados por la orden, y los actos de este tipo o suerte habrían sido prohibidos *en general*. Pero una orden emanada del Parlamento para paliar una escasez inminente e intervenir la exportación del trigo *ya embarcado y en el puerto*, no sería una ley o regla, aunque hubiera sido edictada por la soberana legislatura. La orden concerniente exclusivamente a una específica cantidad de trigo, los actos negativos o prohibiciones impuestos por la orden, estarían determinados específica o individualmente por la naturaleza determinada de su objeto.

Habiendo sido edictada por una legislatura soberana, y habiendo tomado la forma de ley, la orden que acabo de imaginar sería *probablemente* denominada una ley. Y de ahí proviene la dificultad de trazar una delimitación estricta entre leyes y órdenes ocasionales.

De nuevo: un acto que no es un delito según el derecho existente, enoja al soberano: y, aunque los autores del acto sean legalmente inocentes o libres de delito, el soberano ordena que sean castiga-

dos. En cuanto que impone un castigo concreto en este caso concreto, y en cuanto que no impone en general actos o prohibiciones de una clase, la orden formulada por el soberano no es una ley o regla.

Que una orden de este tipo pueda ser *denominada* una ley parece depender de circunstancias que no vienen al caso: es decir, no vienen al caso respecto a ese objeto, aunque sean importantes respecto a otros. Si la orden fuera dictada por una asamblea soberana deliberadamente y con las formas de la legislación, probablemente sería denominada una ley. Si fuera formulada por un monarca absoluto, sin deliberación o ceremonia, se confundiría apenas con los actos de legislación y sería considerada una orden arbitraria. Aunque, en ambos supuestos, su naturaleza sería la misma. No habría una ley o regla, sino una orden ocasional o particular del soberano Único o Plural [*One or Number*].

Para concluir con un ejemplo que sirva para ilustrar mejor la distinción y que muestre más claramente su importancia, las *órdenes judiciales* son comúnmente ocasionales o particulares, aunque las órdenes que se prevé que sean aplicadas sean comúnmente leyes o reglas.

Por ejemplo, el legislador [*lawgiver*] ordena que los ladrones sean colgados. Dados un robo y un ladrón concretos, el juez ordena que el ladrón sea colgado, de acuerdo con la orden del legislador.

Ahora bien, el legislador determina una clase o descripción de actos; prohíbe actos de la clase en general e indefinidamente; y ordena con la misma generalidad que el castigo siga a la transgresión. La orden del legislador es, entonces, una ley o regla. Pero la orden del juez es ocasional o particular. Puesto que éste ordena un castigo específico como consecuencia de un delito específico.

Según la línea de demarcación que ahora he intentado describir, una ley y una orden particular se distinguen del siguiente modo. La primera impone *en general* actos o prohibiciones de una *clase*. La segunda impone o prohíbe actos *específicamente determinados*.

Blackstone* y otros autores han trazado una línea de demarca-

* Sir William Blackstone, autor de los *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769), en cuatro volúmenes. Los *Commentaries* de Blackstone fueron adoptados como libro de texto en Oxford desde 1770 y tuvieron muchísima difusión en Inglaterra y en Estados Unidos. Véase vol. 1, § 2, «On the Nature of Laws in General», The University of Chicago Press, 1979, pp. 38-62, para encontrar un punto de comparación con la primera *Lecture* de Austin. (N. del t.)

ción distinta. Según Blackstone y otros, una ley y una orden particular se distinguen de la siguiente manera. Una ley obliga *en general* a los miembros de una determinada comunidad, o una ley obliga *en general* a personas de una determinada clase. Una orden particular obliga a una *sola* persona, o a personas a las que determina *individualmente*.

Que las leyes y las órdenes particulares no se distinguen así aparecerá después de reflexionar un momento.

Puesto que, *en primer lugar*, las órdenes que obligan en general a los miembros de una determinada comunidad, o las órdenes que obligan en general a personas de clases determinadas, no son siempre leyes o reglas.

Así ocurre en el caso que ya habíamos supuesto —aquel en que el soberano ordena que todo el trigo ya embarcado para su exportación se detenga y sea intervenido; la orden es obligatoria para toda la comunidad, pero en cuanto que les obliga solamente a un conjunto de actos individualmente asignados, no es una ley. Supongamos de nuevo que el soberano dicta una orden, garantizada mediante sanciones, estableciendo un duelo general en ocasión de una calamidad pública. Bien, aunque vaya dirigida ampliamente a la comunidad, la orden es difícilmente una regla en la acepción usual del término. Puesto que, aunque obliga en general a los miembros de toda la comunidad, obliga a actos que asigna específicamente, en lugar de obligar en general a actos o prohibiciones de una clase. Si el soberano ordenase a sus súbditos vestir de *negro*, su orden equivaldría a una ley. Pero si les ordenase llevarlo en una ocasión concreta, su orden sería meramente particular.

Y, *en segundo lugar*, una orden que obliga exclusivamente a personas individualmente determinadas puede equivaler no obstante a una ley o regla.

Por ejemplo, un padre puede establecer una *regla* para su hijo o hijos; un tutor, para su tutelado; un amo, para su esclavo o criado. Y algunas de las *leyes* de Dios serían tan coercitivas para el primer hombre, como lo son hoy en día para los millones de hombres que han nacido de su costilla.

De hecho, la mayor parte de las reglas que han sido establecidas por superiores políticos, o la mayor parte de las leyes estricta y simplemente así denominadas, obligan en general a los miembros de la comunidad política, u obligan en general a personas de una clase.

Estructurar un sistema de deberes para cada individuo de la comunidad, sería simplemente imposible, y si fuera posible, sería lamentablemente inútil. La mayor parte de las leyes establecidas por superiores políticos son, entonces, *generales* de una manera doble: en cuanto que obligan [*enjoining*] o prohíben en general actos de algún tipo o suerte; y en cuanto que vinculan [*binding*] a toda la comunidad, o bien, al menos, a todas las clases de sus miembros.

Pero si suponemos que el Parlamento crea y otorga un ministerio, y que el Parlamento le impone servicios de una clase determinada, suponemos una ley establecida por superiores políticos que obliga, sin embargo, a una persona concreta o determinada.

Las leyes establecidas por los superiores políticos, y que obligan a personas concretas o determinadas, se denominan, en el lenguaje de los juristas romanos, *privilegia*. Aunque, en efecto, este es un nombre que difícilmente los va a denotar distintamente: puesto que, como en la mayoría de términos dominantes en los actuales sistemas de derecho, no es el nombre de una clase definida de objetos, sino de un montón de objetos heterogéneos.¹

La definición de una ley o regla, propiamente dicha

Se sigue, a partir de las premisas anteriormente expuestas, que una ley propiamente dicha puede ser definida de la manera siguiente:

Una ley es una orden que obliga a una persona o personas.

Pero, en cuanto contrapuesta a una orden ocasional o particular, una ley es una orden que obliga a una persona o personas, y que obliga *en general* a actos o abstenciones de una *clase*.

En un lenguaje más popular, pero menos distintivo y preciso, una ley es una orden que obliga a una persona o personas a un *curso* [*course*] de comportamiento [*conduct*].

El significado de los términos correlativos superior e inferior

Se dice que las leyes y otras órdenes proceden de *superiores* y que vinculan [*bind*] u obligan [*oblige*] a *inferiores*. Analizaré, pues, el significado [*meaning*] de estas expresiones correlativas; y voy a intentar despojarlas del cierto misterio que parece haber oscurecido este simple significado.

Superioridad es a menudo sinónimo de *primacía* o *excelencia*.

Hablamos de superiores en rango, de superiores en salud, de superiores en virtud, al comparar a ciertas personas con otras; y al entender [*meaning*] que las primeras sobresalen o priman sobre las segundas en rango, en salud o en virtud.

Pero, tomada en el sentido como yo lo entiendo aquí, el término *superioridad* significa *poder* [*might*]: el poder de infligir a otros un mal o un daño o dolor, y de forzarles a ajustar su comportamiento a los deseos de uno mediante el temor a ese daño.

Por ejemplo, Dios es enfáticamente el *superior* del Hombre. A causa de su poder de afligirnos con dolor, y de forzarnos a cumplir su voluntad, es ilimitado e irresistible.

Hasta cierto punto, el soberano Único o Plural es el superior del súbdito o ciudadano; el amo, lo es del esclavo o criado; el padre, lo es del hijo.

Sucintamente, quien puede *obligar* a otro a satisfacer sus deseos es el *superior* de este otro, en la medida en que alcance su habilidad, puesto que la parte a quien repugna la posibilidad del daño es, en esta misma medida, el *inferior*.

El poder o superioridad de Dios es simple o absoluto. Pero en todos o la mayoría de los casos de superioridad humana, la relación de superior e inferior, y la relación de inferior y superior son recíprocas. O bien, cambiando la expresión, la parte que es la superior considerada desde un aspecto determinado, es la inferior si se contempla desde otro.

Por ejemplo, hasta un punto indefinido aunque cierto, el monarca es el superior de los gobernados, puesto que su poder es por lo común suficiente para obligar al cumplimiento de su voluntad. Pero los gobernados, colectivamente o bien en masa, son también los superiores del monarca, puesto que éste es controlado en el abuso de su poder por el miedo a excitar su cólera, y el miedo a llevar a la resistencia activa al poder que duerme en la multitud.

Un miembro de una asamblea soberana es el superior del juez, puesto que el juez es obligado por la ley que procede de este cuerpo soberano. Sin embargo, en su carácter de ciudadano o súbdito, éste es el inferior del juez, puesto que el juez es el ministro de la ley, y está armado con el poder de aplicarla.

Aparece, entonces, que el término *superioridad* (como los términos *deber* y *sanción*) es implicado por el término *orden*. Puesto que superioridad es el poder de obligar al cumplimiento de un deseo, y

que la expresión o comunicación de un deseo, junto con el poder y propósito de hacer que se cumpla [*enforcing it*], son los elementos constituyentes de una orden.

«Que las leyes emanan de superiores» es, pues, una proposición idéntica. Puesto que el significado que parece comunicar está contenido en su sujeto.

Si yo indico la fuente peculiar de una determinada ley, o si indico la peculiar fuente de leyes de una determinada clase, es posible que yo esté diciendo algo que pueda instruir al oyente. Pero afirmar universalmente de las leyes «que proceden de superiores», o afirmar universalmente de las leyes «que los inferiores están obligados a obedecerles» es la más simple de las tautologías y bagatelas.

Las leyes (impropiamente dichas) que no son órdenes

Como la mayor parte de los términos predominantes en las ciencias de la jurisprudencia y de la moral, el término *leyes* es extremadamente ambiguo. Tomado en la significación más extensa que puede otorgarse propiamente al término, las *leyes* son una especie de las *órdenes*. Pero el término se aplica impropiamente a diversos objetos que no tienen ningún carácter imperativo: a objetos que *no* son órdenes; y que, por lo tanto, *no* son leyes propiamente dichas.

Según esto, la proposición «que las leyes son órdenes» debe ser tomada con limitaciones. O, mejor, debemos distinguir los diversos significados del término *leyes*; y debemos restringir la proposición a aquella clase de objetos que es comprendida por la significación más amplia que puede darse propiamente al término.

Ya he indicado, y a partir de ahora describiré de forma más completa, los objetos impropiamente denominados leyes que *no* están en el ámbito de la teoría del derecho (puesto que son o bien reglas aplicadas por la opinión y estrictamente análogas a las leyes propiamente dichas, o bien son leyes así denominadas por una mera aplicación metafórica del término). Hay otros objetos, sin embargo, impropiamente denominados leyes (al no ser órdenes) que pueden ser incluidos propiamente en el ámbito de la teoría del derecho. A éstos, voy a detallarlos ahora:

1. Los actos por parte de las legislaturas para *explicar* derecho positivo difícilmente pueden ser denominados leyes, en la significación propia del término. Al no efectuar ningún cambio en los derechos efectivos de los gobernados, y al declarar simplemente lo que

son estos deberes, son propiamente actos de *interpretación* por parte de la autoridad legislativa. O bien, tomando una expresión de los autores de derecho romano, son actos de interpretación *auténtica*.

Pero, no obstante, son frecuentemente denominados leyes; *leyes declarativas*, o disposiciones legislativas declarativas. Éstas deben, sin embargo, considerarse como una excepción a la proposición «que las leyes son una especie de las órdenes».

Sucede a menudo, por cierto, que las leyes declarativas en nombre sean imperativas en efecto (como mostraré en otro lugar más adecuado): puesto que la interpretación legislativa, como la judicial, resulta con frecuencia engañosa, y establece nuevas leyes bajo la guisa de exponer las antiguas.

2. Las leyes para abrogar [*repeal*] leyes, y para descargar de deberes existentes, deben ser también exceptuadas de la proposición «que las leyes son una especie de las órdenes». En la medida en que descargan de deberes impuestos por leyes existentes, no son órdenes, sino revocaciones de órdenes. Autorizan o permiten a las partes, a quienes se extiende la abrogación, hacer o dejar de hacer los actos cuya realización o abstención había sido ordenada. Y, consideradas en relación a *esto*, en relación a su propósito inmediato o directo, son a menudo denominadas leyes permisivas, o bien, más breve y apropiadamente, *permisos* [*permissions*].

De forma remota e indirectamente, en efecto, las leyes permisivas son siempre o casi siempre imperativas. Puesto que a las partes descargadas de deberes se les restituyen derechos o libertades: y los deberes que responden a estos derechos resultan, por lo tanto, creados o revividos.

Pero este es un asunto que examinaré con precisión cuando analice las expresiones «derecho legal» [*legal right*], «permiso por el soberano o el Estado» [*permission by the sovereign or state*], y «libertad civil o política» [*civil or political liberty*].

3. Las leyes imperfectas, o las leyes de obligación imperfecta, deben ser también exceptuadas de la proposición «que las leyes son una especie de las órdenes».

Una ley imperfecta (en el sentido en que el término es usado por los juristas romanos) es una ley que requiere una sanción y que, por lo tanto, no es vinculante [*binding*]. El ejemplo más sencillo y obvio es una ley que declare que determinados actos constituyen delito, pero que no añada ningún castigo a la comisión de actos de esta clase.

Aunque el autor de una ley imperfecta se refiera a un deseo, no manifiesta ningún propósito de obligar a la satisfacción del deseo. Pero donde no hay un propósito de obligar al cumplimiento del deseo, la expresión del deseo no es una orden. En consecuencia, una ley imperfecta, como un consejo o una exhortación, no es propiamente una ley dirigida por un superior a los inferiores.

Los juristas romanos citan ejemplos de leyes imperfectas. Pero aquí en Inglaterra, las leyes expresamente imperativas son siempre (según creo) perfectas u obligatorias. Allí donde la legislatura inglesa pretende ordenar, los tribunales ingleses presumen no sin razón que la legislatura exige obediencia. Y, si ninguna sanción concreta fuera añadida a una determinada ley, los tribunales de justicia se encargarían de proveerla, de acuerdo con una máxima general que opera en esta clase de casos.

Las leyes imperfectas de las que ahora estoy hablando son leyes que son imperfectas en el sentido de *los juristas romanos*; es decir, leyes que expresan los deseos de los superiores políticos, pero para las cuales sus autores no han previsto sanción (por descuido o a propósito). Muchos de los escritores sobre moral, y sobre el denominado *derecho natural*, han añadido un significado diferente al término *imperfecto*. Hablando de obligaciones imperfectas, entienden por lo común deberes que *no son legales*: los deberes impuestos por los mandamientos de Dios, o los deberes impuestos por la moralidad positiva, a diferencia de los deberes impuestos por el derecho positivo. Una obligación imperfecta, en el sentido de los juristas romanos, es exactamente equivalente a ninguna obligación en absoluto. Puesto que el término *imperfecta* denota simplemente que el derecho quiere la sanción apropiada a esta clase de leyes. Una obligación imperfecta, en el otro sentido de la expresión, es una obligación moral o religiosa. El término *imperfecta* no denota que la ley que impone el deber quiere la sanción apropiada. Denota que la ley que impone el deber *no* es una ley establecida por un superior político: que quiere esta sanción *perfecta*, o más segura o convincente, comunicada por el soberano o el Estado.

Las leyes (propiamente dichas) que pueden parecer no imperativas

Creo haber examinado ahora todas las clases de objetos a los que el término *leyes* es impropriamente aplicado. Las leyes (impro-

piamente dichas) que acabo de enumerar son (*pienso*) las únicas leyes que no son órdenes, y que pueden ser incluidas sin embargo en el ámbito de la teoría del derecho. Pero aunque *estas*, junto con las denominadas leyes dictadas por la opinión y los objetos metafóricamente denominados leyes, son las únicas leyes que no son órdenes *en realidad*, hay ciertas leyes (propiamente dichas) que pueden *parecer* no imperativas. De acuerdo con esto, voy a añadir unas cuantas observaciones sobre leyes de este dudoso carácter.

1. Puede decirse que hay leyes que *sólo crean derechos*; y, visto que cada orden impone un *deber*, las leyes de esta naturaleza no son imperativas.

Pero, tal como ya he dado a entender y voy a mostrar completamente a partir de ahora, no hay leyes que *sólo creen derechos*. Es verdad que existen leyes que *sólo crean deberes*: deberes que no tienen correlato con derechos correlacionados y que, por lo tanto, pueden ser tildados de *absolutos*. Pero cada ley, al conferir realmente un derecho, impone expresa o tácitamente un deber *relativo*, o un deber correlacionado con el derecho. Si especifica la garantía que otorga en el caso de que el derecho sea infringido, impone expresamente el deber relativo. Si la garantía que se otorga no está especificada, se refiere tácitamente a una ley preexistente, y cubre el derecho que pretende crear con una garantía provista por esta ley. Toda ley, al conferir realmente un derecho, es, por lo tanto, imperativa: imperativa tanto en el caso de que su único propósito sea la creación de un deber, como en el caso de que el deber relativo que impone inevitablemente sea sólo absoluto.

Los significados del término *derecho* son diversos y sorprendentes; tomados en su propio sentido comprenden ideas que son numerosas y complicadas; y la búsqueda y análisis intensivo que por lo tanto requiere el término ocuparía más espacio del que podría concedérsele en la presente lección. No es necesario, sin embargo, que el análisis sea realizado aquí. Me propongo, en mis primeras lecciones, determinar el ámbito de la teoría del derecho [*the province of jurisprudence*], o distinguir las leyes establecidas por superiores políticos de las diversas leyes, propias e impropias, con las cuales son frecuentemente confundidas. Y esto puedo realizarlo de forma suficientemente precisa sin necesidad de una gran investigación sobre el significado del término *derecho* [*right*].

2. Según una opinión a la que debo referirme *incidentalmente*

aquí, aunque el tema con el que se relaciona vaya a ser tratado *directamente* de aquí en adelante, debe esperarse que las leyes consuetudinarias [*customary laws*] se incluyan en la proposición «que las leyes son una especie de las órdenes».

Muchos admiradores de las leyes consuetudinarias (y, especialmente, muchos de sus admiradores alemanes), piensan que éstas obligan jurídicamente (con independencia del soberano o del Estado), *porque* los ciudadanos o súbditos las han observado o mantenido. De acuerdo con esta opinión, son derecho positivo (o derecho, estrictamente dicho), puesto que son aplicadas por los tribunales de justicia, pero, no obstante, existen *como derecho positivo* por la espontánea adopción por parte de los gobernados, y no por la imposición o establecimiento por parte de los superiores políticos. Consecuentemente, las leyes consuetudinarias, consideradas como derecho positivo, no son órdenes. Y, en consecuencia, las leyes consuetudinarias, consideradas como derecho positivo, no son leyes o reglas propiamente dichas.

No resulta infrecuente que una opinión menos misteriosa, pero relacionada en alguna medida con ésta, sea mantenida por el grupo adverso: el grupo que se opone firmemente al derecho consuetudinario y a todo derecho realizado judicialmente o por vía de la legislación judicial. De acuerdo con esta última opinión, todo derecho hecho por los jueces [*judge-made law*], o todo derecho hecho por los jueces como *sujetos*, es puramente la creación de los jueces que lo establecen de forma inmediata. Imputarlo a la legislatura soberana, o suponer que expresa la voluntad de la legislatura soberana, es una de las *ficciones* más locas o viles con las que los abogados de todas las épocas y naciones han sorprendido y oscurecido las verdades más simples y claras.

Pienso que parecerá, tras un momento de reflexión, que ambas opiniones carecen de fundamento: que la ley consuetudinaria sea *imperativa* en la propia significación del término; y que todo derecho judicialmente realizado sea la creación del soberano o del Estado.

Originariamente, una costumbre es una regla de conducta que los gobernados observan espontáneamente, o sin perseguir el cumplimiento de una ley dictada por un superior político. La costumbre se transmuta en derecho positivo cuando es adoptada como tal por los tribunales de justicia, y cuando las decisiones judiciales forma-

das sobre ella son aplicadas por el poder del Estado. Pero antes de que sea adoptada por los tribunales e investida con la sanción jurídica, es una mera regla de moralidad positiva: una regla generalmente observada por los ciudadanos o súbditos, pero que deriva la única fuerza que puede decirse que posee de la desaprobación general que recae sobre los que la transgreden.

Ahora bien, cuando los jueces transmutan una costumbre en regla jurídica (o hacen una regla jurídica no sugerida por una costumbre), la regla jurídica que ellos establecen lo es por la legislatura soberana. Un subordinado o sujeto-juez es un mero ministro. La porción del poder soberano que está a su disposición es meramente delegada. Las reglas que él hace derivan su fuerza jurídica [*legal force*] de la autoridad otorgada por el Estado: una autoridad que el Estado puede conferir expresamente, pero que es comúnmente impartida por vía de aquiescencia. Puesto que, desde el momento en que el Estado puede revocar las reglas que él hace, aunque le permita aplicarlas mediante el poder de la comunidad política, su voluntad soberana de «que sus reglas van a valer como derecho» es claramente mostrada [*evinced*] por su conducta, aunque no lo sea por su declaración expresa.

Los admiradores del derecho consuetudinario gustan de ataviar a su ídolo con atributos misteriosos e imponentes. Pero para aquellos que puedan ver la diferencia entre el derecho positivo y la moralidad, no hay nada de misterioso en esto. Consideradas como reglas de moralidad positiva, las leyes consuetudinarias proceden del consentimiento de los gobernados, y no de su promulgación [*position*] o establecimiento por parte de los superiores políticos. Pero consideradas como reglas morales convertidas en leyes positivas, las reglas consuetudinarias son establecidas por el Estado: establecidas directamente por el Estado cuando las costumbres se encuentran promulgadas en sus disposiciones legislativas, establecidas oblicuamente por el Estado cuando las costumbres son adoptadas por sus tribunales.

La opinión del grupo que abomina de las leyes judicialmente realizadas procede de su inadecuada concepción de la naturaleza de las órdenes.

Como otras significaciones de deseos, una orden es expresa o tácita. Si el deseo es significado mediante *palabras* (orales o escritas), la orden es expresa. Si el deseo es significado mediante conducta (o me-

dian­te cualesquiera signos de deseo que *no* sean palabras), la orden es tácita.

Ahora bien, cuando las costumbres se convierten en reglas jurídicas por la decisión de sujetos-jueces, las reglas jurídicas que emergen de las costumbres son órdenes tácitas de la legislatura soberana. El Estado, que es capaz de abolir, permite a sus ministros aplicarlas; y esto, por lo tanto, significa su complacencia [*pleasure*] en cuanto que presta su aquiescencia voluntaria de «que sirvan como una ley para los gobernados».

Mi propósito actual es meramente este: probar que el derecho positivo llamado *consuetudinario* (y todo el derecho positivo que se hace por vía judicial) es establecido por el Estado directa u oblicuamente, y, por consiguiente, es *imperativo*. No discuto en absoluto que el derecho que se hace judicialmente (o por la vía de la legislación impropia) y el derecho que se hace mediante disposición legislativa (o del modo legislativo apropiado) se distinguen por diferencias de peso. Me propongo investigar en las próximas lecciones cuáles son estas diferencias; y por qué los jueces como sujetos [*subject judges*], que son propiamente ministros de la ley, han compar­tido comúnmente con el soberano la tarea de hacerla.

Las leyes que no son órdenes, enumeradas

Presupongo, pues, que las únicas leyes que no son imperativas, y que pertenecen al contenido sustancial de la teoría del derecho, son las siguientes: 1) Leyes declarativas, o leyes que explican el sentido [*import*] del derecho positivo existente. 2) Leyes de abrogación o derogación del derecho positivo existente. 3) Leyes imperfectas, o leyes de obligación imperfecta (en el sentido en que la expresión es usada por los juristas romanos).

Pero el espacio que ocupan en la ciencia estas leyes impropias es comparativamente pequeño e insignificante. De acuerdo con esto, aunque voy a tenerlas en cuenta tan pronto como me refiera directamente a ellas, no voy a prestarles atención en las demás ocasiones. O (cambiando la expresión) voy a limitar el término *derecho* a las leyes que sean imperativas, a menos que lo extienda de forma expresa a las leyes que no lo sean.

NOTA

1. Allí donde un *privilegium* solamente impone un deber, obliga exclusivamente a una determinada persona o personas. Pero allí donde un *privilegium* confiere un derecho, y el derecho conferido *vale contra todo el mundo*, la ley es *privilegium* considerada desde un aspecto determinado, pero es también *una ley general* considerada desde otro aspecto. Respecto al derecho conferido, la ley solamente contempla una determinada persona, y, así pues, es *privilegium*. Respecto al deber impuesto, y correspondiente al derecho conferido, la ley contempla en general a los miembros de la comunidad entera.

Explicaré esto particularmente más adelante, en otro punto de mi curso, cuando considere la naturaleza peculiar de los denominados *privilegia*, o de las denominadas *leyes privadas* [*private laws*].