

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

37414
P

H325C
1992
E2
SON

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 IV

SOBERANO Y SUBDITO

Al criticar el modelo simple del derecho como órdenes coercitivas no hemos planteado aún ninguna cuestión relativa a la persona o personas "soberanas" cuyas órdenes generales constituyen, según esta concepción, el derecho de cualquier sociedad. Cuando examinamos si la idea de una orden respaldada por amenazas sirve para dar cuenta de las diferentes variedades de normas jurídicas, aceptamos provisionalmente que en toda sociedad donde hay derecho hay realmente un soberano, caracterizado afirmativa y negativamente por referencia al hábito de obediencia: una persona o cuerpo de personas cuyas órdenes son habitualmente obedecidas por la gran mayoría de la sociedad y que no obedece habitualmente a ninguna otra persona o personas.

Tenemos que considerar ahora en algún detalle esta teoría general sobre el fundamento de todos los sistemas jurídicos; porque a pesar de su extrema simplicidad la doctrina del soberano es nada menos que eso. Ella afirma que en toda sociedad humana donde hay derecho, por debajo de la variedad de formas políticas, tanto en una democracia como en una monarquía absoluta, habremos de hallar, en última instancia, esta relación simple entre súbditos que prestan obediencia habitual y un soberano que no presta obediencia habitual a nadie. Esta estructura vertical compuesta de soberano y súbditos es, según la teoría, parte tan esencial de una sociedad que posee derecho, como la columna vertebral lo es de un hombre. Cuando ella aparece podemos decir que la sociedad, junto con su soberano, es un estado independiente único, y podemos hablar de *su* derecho; cuando falta, no podemos usar ninguna de estas expresiones, porque la

relación entre soberano y súbdito, según esta teoría, forma parte del significado mismo de ellas.

En esta doctrina hay dos puntos de especial importancia; los destacaremos aquí en términos generales para indicar las líneas de crítica seguidas en detalle en el resto del capítulo. El primero se refiere a la idea de *hábito* de obediencia, que es todo cuanto se requiere de parte de aquellos a quienes se aplican las normas del soberano. En relación con esto indagaremos si tal hábito basta para dar cuenta de dos características salientes de la mayoría de los sistemas jurídicos: el *carácter continuo* de la autoridad para crear derecho que poseen una sucesión de legisladores diferentes, y la *persistencia* de las normas mucho después de que su creador y quienes le prestaban obediencia habitual han desaparecido. Nuestro segundo punto se refiere a la posición del soberano respecto del derecho: él crea derecho para los demás y les impone deberes jurídicos o "limitaciones", a la par que se dice de él que es jurídicamente ilimitado e ilimitable. En relación con esto indagaremos si este *status* jurídicamente ilimitable del legislador supremo es necesario para la existencia del derecho, y si la presencia o ausencia de límites jurídicos a la potestad legislativa puede ser comprendida en los términos simples de hábito y obediencia en los que esta teoría analiza dichas nociones.

1. EL HABITO DE OBEDIENCIA Y LA CONTINUIDAD DEL DERECHO

La idea de obediencia, como muchas otras ideas aparentemente simples usadas sin mayor examen, no está exenta de complejidades. Dejaremos a un lado la complejidad ya señalada¹ de que la palabra "obediencia" a menudo sugiere respeto a la autoridad, y no el simple cumplimiento de órdenes respaldadas por amenazas. Aún así, no es fácil enunciar ni siquiera en el caso de una orden única dada cara a cara por un hombre a otro, cuál es la conexión precisa que tiene que haber entre el dar la orden

¹ Ver *supra*, pág. 25.

y la realización del acto especificado en ella para que ese acto constituya obediencia. Por ejemplo, ¿qué relevancia tiene el hecho, cuando tal es el caso, de que la persona ordenada hubiera realizado ciertamente el mismo acto sin que mediase ninguna orden? Estas dificultades son particularmente agudas en el caso de las normas jurídicas, algunas de las cuales nos prohíben hacer algo que muchos de nosotros jamás habríamos pensado hacer. Mientras esas dificultades no sean resueltas, la idea de un "hábito general de obediencia" a las normas jurídicas de un país tiene que permanecer de algún modo oscura. Para nuestros propósitos actuales, sin embargo, podemos imaginar un caso muy simple en el que quizás se admita que las palabras "hábito" y "obediencia" tienen una aplicación bastante obvia.

Supongamos que hay una población que habita en un territorio en el que un monarca absoluto (Rex) reina desde hace mucho tiempo: él gobierna a su pueblo mediante órdenes generales respaldadas por amenazas, que exigen que los habitantes realicen diversas cosas que de otro modo no harían, y que se abstengan de hacer cosas que de otro modo harían. Aunque durante los primeros años del reinado hubo dificultades, hace mucho que hay estabilidad y, en general, se puede descontar que la población obedece a Rex. Como lo que éste exige suele ser oneroso, y la tentación de desobedecerlo y de arriesgar el castigo es considerable, se hace difícil suponer que la obediencia, aunque general, sea un "hábito", o que ella es "habitual", en el sentido pleno o más corriente de esta palabra. Los hombres pueden, por cierto, adquirir literalmente el hábito de acatar ciertas normas jurídicas: conducir por la izquierda es quizás un paradigma, para los ingleses, de un hábito adquirido de este tipo. Pero cuando el derecho se opone a algunas inclinaciones fuertes, como ocurre, por ejemplo, con las leyes que obligan al pago de impuestos, nuestro eventual cumplimiento de ellas, aunque sea regular, no tiene el carácter espontáneo, sin esfuerzo, arraigado, de un hábito. No obstante ello, aunque la obediencia prestada a Rex carece a menudo de este elemento característico de los hábitos, presenta otros importantes. Decir que una persona tiene un há-

bito, por ejemplo, el de leer el diario durante el desayuno, implica que esa persona ha venido haciendo esto durante algún tiempo considerable y que es probable que reitere esa conducta. Pues bien, puede decirse que la mayor parte de los pobladores de nuestra comunidad imaginaria, tras el período inicial de dificultades, han obedecido generalmente las órdenes de Rex y es probable que continúen haciéndolo.

Cabe señalar que en esta versión de la situación social imperante bajo Rex, el hábito de obediencia es una relación personal entre cada súbdito y Rex: cada uno hace regularmente lo que Rex le ordena a él, entre otros, que haga. Si decimos que la población "tiene tal hábito", esto, como la afirmación de que la gente concurre habitualmente a la taberna los sábados a la noche, sólo significará que los hábitos de la mayoría son convergentes: cada uno obedece habitualmente a Rex, del mismo modo que cada uno habitualmente concurre a la taberna el sábado a la noche.

Ha de observarse que en esta situación muy simple todo cuanto se exige de la comunidad para constituir a Rex como soberano son los actos personales de obediencia de la población. Cada individuo sólo necesita obedecer; y mientras la obediencia es regular, nadie en la comunidad necesita tener o expresar opinión alguna acerca de si su propia obediencia frente a Rex, o la de los demás, es en algún sentido correcta, propia, o legítimamente exigida. Obviamente la sociedad que hemos descripto para dar una interpretación lo más literal posible de la noción de hábito de obediencia, es muy simple. Probablemente es demasiado simple para haber existido alguna vez, y por cierto, no es una comunidad primitiva; porque la sociedad primitiva no conoce gobernantes absolutos como Rex, y sus miembros, por lo común, no están consagrados a la pura obediencia, sino que tienen puntos de vista muy pronunciados sobre la corrección de la obediencia de todas las personas involucradas. No obstante ello, la comunidad de Rex ciertamente presenta, por lo menos durante la vida de aquél, algunos de los caracteres más importantes de una sociedad regida por el derecho. Incluso posee una cierta

unidad, de modo que puede ser llamada "un estado". Esta unidad está constituida por el hecho de que sus miembros obedecen a la misma persona, aún cuando pueden no tener opiniones sobre si es correcto hacerlo.

Supongamos ahora que al cabo de un feliz reinado, Rex muere y deja un hijo, Rex II, que comienza entonces a dictar órdenes generales. El mero hecho de que haya existido un hábito general de obediencia a Rex I en vida de éste, no basta por sí, para hacer siquiera probable que Rex II será habitualmente obedecido. Por lo tanto, si no tenemos más datos que el hecho de la obediencia a Rex I y la probabilidad de que él hubiera continuado siendo obedecido, no podremos decir de la primera orden de Rex II, como pudimos haber dicho de la última orden de Rex I, que ella ha sido dada por alguien que es soberano, y que esa orden, en consecuencia, es derecho. No hay todavía un hábito establecido de obediencia frente a Rex II. Tendremos que esperar y ver si hay tal obediencia a Rex II, como la había respecto de su padre, antes de que podamos decir, de acuerdo con esta teoría, que él ahora es soberano y que sus órdenes son derecho. Nada hay que lo haga soberano desde el comienzo. Sólo después que sepamos que sus órdenes han sido obedecidas durante algún tiempo, podremos afirmar que se ha establecido un hábito de obediencia. Entonces, y sólo entonces, podremos decir de cualquier orden posterior que ella es ya derecho tan pronto se la dicta y antes de ser obedecida. Mientras no se llegue a esa etapa habrá un interregno durante el cual no se creará derecho alguno.

Por supuesto que tal estado de cosas es posible, y ocasionalmente ha ocurrido en tiempos tumultuosos; pero los peligros de discontinuidad son obvios y por lo común no se los busca. En lugar de ello, es característico que un sistema jurídico, aún una monarquía absoluta, asegure la continuidad ininterrumpida del poder de creación de derecho mediante reglas que sirven de puente en la transición de un legislador a otro: ellas regulan la sucesión *por adelantado*, designando o especificando en términos generales los requisitos o condiciones para ser legislador y el modo de determinar quién lo es. En una democracia moder-

na las condiciones son altamente complejas y se refieren a la composición de una legislatura cuyos miembros cambian frecuentemente, pero la esencia de las reglas que la continuidad reclama puede ser vista en las formas más simples adecuadas a nuestra monarquía imaginaria. Si la regla acuerda la sucesión al hijo mayor, entonces Rex II tiene *título* a suceder a su padre. El tendrá el *derecho* o *facultad* ("right") de dictar normas a la muerte de su padre, y cuando dé sus primeras órdenes nos asistirá buenas razones para decir que ellas son ya derecho ("law"), antes de que haya habido tiempo para que se establezca una relación de obediencia habitual entre él, personalmente, y sus súbditos. En realidad puede ocurrir que tal relación no se establezca nunca. Sin embargo la palabra de Rex II puede ser derecho; porque es posible que éste muera inmediatamente después de dar sus primeras órdenes, en cuyo caso no habrá vivido lo suficiente para recibir obediencia, y sin embargo, puede haber tenido el *derecho* o *facultad* ("right") de dictar normas y sus órdenes ser derecho ("law").

Para explicar la continuidad de la potestad de creación de derecho a lo largo de una sucesión cambiante de legisladores individuales, es natural usar las expresiones "regla de sucesión", "título", "derecho a suceder" y "derecho o facultad de dictar normas jurídicas". Es patente, sin embargo, que al introducir estas expresiones hemos introducido un nuevo conjunto de elementos, de los que no se puede dar razón en términos de hábitos de obediencia a órdenes generales, términos éstos con arreglo a los que, siguiendo la teoría del soberano, construimos el mundo jurídico simple de Rex I. Porque en ese mundo no había reglas ni, por lo tanto, derechos o facultades (*rights*), ni títulos, y *a fortiori*, tampoco había derecho a suceder, ni título a la sucesión. Únicamente teníamos estos hechos: que Rex I daba órdenes y que sus órdenes eran habitualmente obedecidas. Ello bastaba para constituir a Rex en soberano durante el término de su vida y para hacer que sus órdenes fueran derecho; pero no basta para dar razón de los *derechos* o *facultades* de su sucesor. En efecto, la idea de la obediencia habitual fracasa de

dos maneras diferentes, aunque relacionadas, para dar razón de la continuidad que se observa en todo sistema jurídico normal cuando un legislador sucede a otro. En primer lugar, los simples hábitos de obediencia frente a órdenes dadas por un legislador no pueden conferir al nuevo legislador ningún *derecho* a suceder al anterior y a dar órdenes en su reemplazo. En segundo lugar, la obediencia habitual al legislador anterior no puede por sí sola hacer probable que las órdenes del nuevo legislador serán obedecidas o fundar una presunción en tal sentido. Para que en el momento de la sucesión existan aquel derecho y esta presunción tiene que haberse dado de algún modo en la sociedad, durante el reinado del legislador anterior, una práctica general más compleja que cualquier práctica que pueda ser descrita en términos de hábitos de obediencia. A saber, la aceptación de la regla según la cual el nuevo legislador tiene título a suceder.

¿Qué es esta práctica más compleja? ¿Qué es la aceptación de una regla? Aquí tenemos que retomar la indagación ya bosquejada en el capítulo I. Para llevarla a cabo será menester apartarnos, por el momento, del caso especial de las reglas jurídicas. ¿En qué se distingue un hábito de una regla? ¿Cuál es la diferencia que hay entre decir que un grupo tiene el hábito, por ejemplo, de ir al cine los sábados por la noche y decir que en ese grupo es regla que los hombres se descubran al entrar a la Iglesia? En el capítulo I mencionamos algunos de los elementos que deben aparecer al analizar este tipo de regla, y aquí tenemos que proseguir con el análisis.

Hay por cierto un punto de semejanza entre las reglas sociales y los hábitos: en ambos casos la conducta de que se trata (por ejemplo, descubrirse en la iglesia) tiene que ser general, aunque no necesariamente invariable; esto significa que la mayor parte del grupo la repite cuando surge la ocasión. Esto es lo que, según hemos dicho, va implicado en la frase "ellos proceden así *por regla general*". Pero aunque existe esta semejanza hay tres diferencias salientes.

En primer lugar, para que el grupo tenga un *hábito* basta

con que su conducta converja de hecho. No es necesario que la desviación respecto del curso regular suscite alguna forma de crítica. Pero tal convergencia general, o aun la identidad de conducta, no basta para constituir la existencia de una regla que exija esa conducta: cuando existe tal regla las desviaciones son generalmente consideradas como deslices o faltas susceptibles de crítica, y las amenazas de desviación chocan con una presión en favor de la conformidad, si bien las formas de crítica y de presión varían según los diferentes tipos de reglas.

En segundo lugar, cuando existen tales reglas, no sólo se hace de hecho esa crítica, sino que las desviaciones respecto del modelo o pauta son aceptadas generalmente como una buena *razón* para formularla. La crítica a la desviación es considerada como legítima o justificada en este sentido, tal como lo son las exigencias de cumplimiento frente a la amenaza de desviación. Además, salvo en lo que hace a una minoría de transgresores recalcitrantes, tal crítica y exigencias son generalmente consideradas como legítimas, o como formuladas con buena razón, tanto por quienes las formulan como por aquellos respecto de quienes se formulan. El problema de saber cuántos miembros del grupo tienen que tratar como criterio o pauta de crítica, de estos modos diversos, la manera regular de conducta, y el de saber con qué frecuencia y durante cuánto tiempo deben hacerlo así para que tenga apoyo la afirmación de que el grupo posee una regla, no son cuestiones definidas. Ellas no deben preocuparnos más que la cuestión de saber cuántos cabellos hay que tener para no ser calvo. Sólo debemos recordar que el enunciado de que en un grupo hay una cierta regla es compatible con la existencia de una minoría que no sólo transgrede la regla, sino que además se rehusa a considerarla como una pauta o criterio de conducta para sí o para los demás.

La tercera característica que distingue las reglas sociales de los hábitos está implícita en lo que ya hemos dicho, pero es tan importante, y ha sido desatendida o desfigurada por la teoría jurídica con tanta frecuencia, que tendremos que desarrollarla aquí. Es una característica que a lo largo de este libro denomi-

naremos el *aspecto interno* de las reglas. Cuando un hábito es general en un grupo social, esta generalidad no es más que un hecho acerca de la conducta observable de la mayor parte de los miembros del grupo. Para que haya tal hábito no es necesario en modo alguno que éstos piensen en la conducta general, que sepan siquiera que la conducta de que se trata es general; menos necesario aún es que tiendan a inculcar el hábito o a mantenerlo. Basta con que cada uno se comporte en la forma en que los otros también lo hacen. Por contraste, para que exista una regla social por lo menos algunos tienen que ver en la conducta de que se trata una pauta o criterio general de comportamiento a ser seguido por el grupo como un todo. Además del aspecto externo que comparte con un hábito social y que consiste en la conducta regular uniforme que un observador puede registrar, toda regla social tiene un aspecto "interno".

Este aspecto interno de las reglas puede ser ilustrado simplemente con las reglas de cualquier juego. No es que los jugadores de ajedrez tengan meramente el hábito similar de mover la reina de la misma manera, hábito que podría registrar un observador externo que no supiera nada de las actitudes que aquéllos tienen respecto de sus jugadas. Además de ello, los jugadores observan una actitud crítica reflexiva en relación con este patrón de conducta: lo consideran un criterio o pauta para todo aquel que practique el juego. Cada jugador no sólo mueve la reina de cierta manera, sino que "tiene opinión formada" sobre la corrección de todos los que mueven la reina de esa manera. Esta opinión se manifiesta en la crítica y en las exigencias hechas a los otros frente a la desviación presente o amenazada, y en el reconocimiento de la legitimidad de tal crítica y de tales exigencias cuando los otros nos las formulan. Para la expresión de esas críticas, exigencias y reconocimientos se usa un amplio campo de lenguaje "normativo". "Yo (tú) no debí (debiste) haber movido la reina de esa manera", "Yo (tú) tengo (tienes) que hacer eso", "Eso está bien", "Eso está mal".

El aspecto interno de las reglas es frecuentemente representado en forma errónea como una simple cuestión de "sentimien-

tos", por oposición a la conducta física externamente observable. Sin duda, cuando las reglas son generalmente aceptadas por un grupo y apoyadas generalmente por la crítica social y por la presión para obtener la conformidad, los individuos pueden tener a menudo experiencias psicológicas análogas a la experiencia de restricción o compulsión. Cuando dicen que "se sienten obligados" a comportarse de cierta manera, pueden realmente referirse a esas experiencias. Pero ellas no son necesarias ni suficientes para la existencia de reglas "obligatorias". No es contradictorio decir que la gente acepta ciertas reglas pero no experimenta tales sentimientos de compulsión. Lo que es necesario es que haya una actitud crítica reflexiva frente a ciertos modelos de comportamiento en tanto que pautas o criterios de conducta comunes, y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la auto-crítica), exigencias de conformidad, y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas, todo lo cual halla expresión característica en la terminología normativa: "yo debo", "deber", "tú tienes que", "el debería", "correcto", "incorrecto", etc.

Estas son las características más importantes que distinguen a las reglas sociales de los meros hábitos del grupo; con ellas en mente podemos volver al derecho. Podemos suponer que nuestro grupo social no sólo tiene reglas que, como las referentes a quitarse el sombrero en la iglesia erigen en pauta un tipo especial de conducta, sino también una regla que provee a la identificación de las pautas o criterios de conducta de una manera menos directa, mediante referencia a las palabras, orales o escritas, de una persona dada. En su forma más simple esta regla dirá que toda acción que Rex especifique (quizás en ciertos modos formales) debe hacerse. Esto transforma la situación que describimos al comienzo en términos de meros hábitos de obediencia a Rex; porque donde se acepte tal regla, Rex no sólo especificará de hecho lo que debe hacerse, sino que tendrá el *derecho* o *facultad* (*right*) de hacerlo; y no sólo habrá obediencia general a sus órdenes sino que será generalmente aceptado que es correcto obedecerlo. Rex será en efecto un legislador con *autori-*

dad para legislar, es decir, para introducir nuevas pautas o criterios de conducta en la vida del grupo, y puesto que ahora nos ocupamos de pautas o criterios y no de "órdenes", no hay razón para que él no esté obligado por su propia legislación.

Las prácticas sociales que subyacen a tal autoridad legislativa serán, en todos los aspectos esenciales, las mismas que subyacen a las simples reglas directas de conducta, tal como la referente a quitarse el sombrero en la iglesia, las que ahora podemos distinguir como meras reglas consuetudinarias, y diferirán en igual manera que éstas de los hábitos generales. La palabra de Rex será ahora una pauta o criterio de comportamiento, de modo que las desviaciones del comportamiento que él designe serán susceptibles de crítica; ahora se aceptará generalmente que su palabra justifica la crítica y las exigencias de cumplimiento.

Para ver cómo tales reglas explican la continuidad de la autoridad legislativa, sólo necesitamos advertir que en algunos casos, aún antes de que un legislador haya comenzado a legislar, puede resultar claro que existe una regla firmemente establecida que le otorga, como miembro de una *clase o línea* de personas, el derecho a hacerlo cuando llegue el momento. Así, puede ocurrir que durante la vida de Rex I sea generalmente aceptado por el grupo que la persona cuya palabra ha de ser obedecida no es únicamente el individuo Rex I, sino aquella que reúna ciertas calidades, por ejemplo, la de ser el descendiente mayor en la línea directa de un cierto antepasado: Rex I no es más que la persona con esas condiciones en un determinado momento. Tal regla, a diferencia del hábito de obedecer a Rex I, mira hacia adelante, puesto que se refiere tanto a posibles legisladores futuros como al legislador presente efectivo.

La aceptación de tal regla, y con ello su existencia, se manifestará durante la vida de Rex I, en parte en la obediencia a él, pero también en el reconocimiento de que la obediencia es algo a lo que él tiene derecho en virtud de que reúne las condiciones establecidas por la regla general. Precisamente en razón de que una regla aceptada en un determinado momento por un grupo puede referirse así en términos generales a los su-

cesores en la función legislativa, su aceptación fundamenta a la vez el enunciado jurídico de que el sucesor tiene derecho a legislar aún antes de que comience a hacerlo, y el enunciado fáctico de que probablemente recibirá la misma obediencia que recibía su predecesor.

Por supuesto, la aceptación de una regla por una sociedad en un determinado momento no *garantiza* su existencia continuada. Puede haber una revolución; la sociedad puede dejar de aceptar la regla. Esto puede ocurrir durante la vida de un legislador, Rex I, o en el punto de transición entre el régimen de aquél y el de uno nuevo, Rex II, y si así ocurre, Rex I perderá, o Rex II no llegará a adquirir, el derecho a legislar. Es verdad que la situación puede ser oscura: puede haber etapas intermedias confusas, cuando no está claro si tenemos por delante una mera insurrección o una interrupción temporaria del régimen anterior, o bien la desaparición total y efectiva del mismo. Pero en principio la cuestión es clara. El enunciado de que un nuevo legislador tiene derecho a legislar presupone la existencia, en el grupo social, de la regla según la cual tiene este derecho. Si resulta claro que la regla que lo habilita era aceptada en vida de su predecesor, a quien también habilitó, ha de admitirse, a falta de prueba en contrario, que no ha sido abandonada y que todavía existe. Una continuidad similar se observa, por ejemplo, en un torneo de fútbol cuya reglamentación autoriza cambios en la integración de los equipos, cuando a falta de prueba de que las reglas del juego han cambiado en el ínterin, las autoridades consideran válidos, a los fines del resultado, los goles obtenidos por los nuevos jugadores, computados de la manera usual.

La consideración de los mundos jurídicos simples de Rex I y Rex II basta, quizás, para mostrar que la continuidad de la autoridad legislativa, que caracteriza a la mayor parte de los sistemas jurídicos, depende de aquella forma de práctica social que constituye la aceptación de una regla, y difiere, en los modos que hemos indicado, de los hechos más simples de la mera obediencia habitual. Podemos resumir el argumento como sigue. Aun cuando concedamos que una persona, tal como Rex,

cuyas órdenes generales son habitualmente obedecidas, puede ser denominado legislador y sus órdenes llamadas derecho, los hábitos de obediencia a cada uno de los miembros de una sucesión de tales legisladores no bastan para dar razón del *derecho* (*right*) de un sucesor a suceder, ni de la consiguiente continuidad de la potestad legislativa. Primero, porque los hábitos no son "normativos"; ellos no pueden conferir derechos o autoridad a nadie. En segundo lugar, porque los hábitos de obediencia a un individuo no pueden, a diferencia de las reglas aceptadas, referirse por igual a una clase o línea de legisladores sucesivos futuros y al legislador actual, o hacer que la obediencia a aquéllos sea probable. Así, el hecho de que haya obediencia habitual a un legislador no fundamenta el enunciado de que su sucesor tiene derecho a dictar normas, ni el enunciado fáctico de que es probable que sea obedecido.

A esta altura, sin embargo, es menester señalar un punto importante que será desarrollado plenamente en un capítulo posterior. Constituye uno de los puntos fuertes de la teoría de Austin. Para revelar las diferencias esenciales entre las reglas aceptadas y los hábitos hemos tomado una forma muy simple de la sociedad. Antes de dejar este aspecto de la teoría del soberano, debemos preguntarnos en qué medida nuestra explicación de la aceptación de una regla que confiere autoridad para legislar podría ser trasladada a un estado moderno. Al referirnos a nuestra sociedad simple nos expresamos como si la mayoría de la gente común no sólo obedeciera el derecho, sino también comprendiera y aceptara la regla que habilita a una sucesión de legisladores para legislar. En una sociedad simple esto podría ocurrir; pero en un estado moderno sería absurdo pensar que la masa de la población, por respetuosa de la ley que sea, tiene conciencia clara de las reglas que especifican los requisitos para integrar un cuerpo de personas en continuo cambio, facultado para legislar. Hablar de que la masa "acepta" estas reglas, tal como los miembros de alguna pequeña tribu podrían aceptar la regla que confiere autoridad a sus sucesivos jefes, implicaría atribuir a los ciudadanos ordinarios una comprensión de cuestiones constitucio-

nales que ellos podrían no tener. Sólo exigiríamos tal comprensión a los funcionarios y expertos del sistema; a los tribunales, que tienen a su cargo la responsabilidad de determinar cuál es el derecho, y a los abogados, a quienes los ciudadanos ordinarios consultan cuando necesitan informarse al respecto.

Estas diferencias entre una sociedad tribal simple y un estado moderno merecen atención. ¿En qué sentido, pues, hemos de concebir la continuidad de la autoridad legislativa de la Reina en Parlamento, preservada a través de los cambios de los legisladores sucesivos, como algo que descansa en una o más reglas fundamentales generalmente aceptadas? Obviamente, la aceptación general es aquí un fenómeno complejo, dividido, en cierto modo, entre los funcionarios y los ciudadanos comunes, que contribuyen de diferentes maneras a la misma y, con ello, a la existencia de un sistema jurídico. Se puede decir que los funcionarios del sistema reconocen explícitamente aquellas reglas fundamentales que confieren autoridad legislativa: los legisladores, cuando dictan normas de acuerdo con las reglas que los facultan a dictarlas, los tribunales, cuando identifican como normas a ser aplicadas por ellos las dictadas por las personas así facultadas, y los expertos, cuando guían a los ciudadanos comunes por referencia a las normas dictadas de esa manera. El ciudadano común manifiesta su aceptación, en gran medida, mediante la aquiescencia con los resultados de estos actos oficiales. Acata las normas jurídicas que son creadas e identificadas de esta manera, y también deduce pretensiones y ejercita potestades conferidas por ellas. Pero puede saber muy poco acerca del origen de éstas o de quienes son sus creadores: puede ser que algunos únicamente sepan que las normas son "el derecho". Este prohíbe cosas que los ciudadanos comunes quieren hacer, y los ciudadanos saben que pueden ser arrestados por la policía y condenados por un juez si desobedecen. La fuerza de la doctrina que insiste en que la obediencia habitual a órdenes respaldadas por amenazas constituye el fundamento de un sistema jurídico, consiste en que nos obliga a pensar en términos realistas este aspecto relativamente pasivo del fenómeno complejo que llama-

mos la existencia de un sistema jurídico. La debilidad de la doctrina radica en que oscurece o desfigura el otro aspecto relativamente activo, que se advierte principalmente, aunque no en forma exclusiva, en los actos de creación, de identificación y de aplicación del derecho, realizados por los funcionarios o por los expertos del sistema. Ambos aspectos han de ser tenidos en cuenta para ver este fenómeno social complejo tal como realmente es.

2. LA PERSISTENCIA DEL DERECHO

En 1944 una mujer fue procesada y condenada en Inglaterra por decir la suerte en violación de la *Witchcraft Act* de 1735². Este no es más que un ejemplo pintoresco de un fenómeno jurídico muy familiar: una ley dictada hace siglos puede ser derecho todavía hoy. Sin embargo, aunque es un fenómeno familiar, esta persistencia de las normas jurídicas es algo que no puede hacerse inteligible en términos del esquema simple que ve en ellas órdenes dadas por una persona habitualmente obedecida. Tenemos aquí, en efecto, la situación inversa del problema de la continuidad de la autoridad de creación del derecho, que acabamos de considerar. Allí la cuestión era: ¿cómo se puede decir, en base al esquema simple de los hábitos de obediencia, que la primer norma dictada por quien sucede a otro en el cargo de legislador es *ya* derecho, antes de que aquél haya recibido personalmente obediencia habitual? Aquí la cuestión es: ¿cómo es posible que el derecho creado por un legislador antiguo, ya desaparecido, sea *todavía* derecho para una sociedad de la que no puede decirse que lo obedezca habitualmente? Tal como ocurre en el primer caso, el esquema simple no ofrece dificultades si nos limitamos a la vida del legislador. En verdad, tal esquema parece explicar admirablemente por qué la *Witchcraft Act* era derecho en Inglaterra pero no hubiera sido derecho en Francia, aun cuando sus términos se hubieran extendido a los ciudadanos franceses que decían la suerte en Francia, si

² *R. v. Duncan* (1944), 1 K. B. 713.

bien, claro está, se podría haber aplicado a aquellos franceses que hubiesen tenido la mala fortuna de ser procesados ante los tribunales ingleses. La explicación simple sería que en Inglaterra había un hábito de obediencia a quienes sancionaron esta norma, mientras que en Francia no lo había. Por tal razón, ella era derecho en Inglaterra, pero no en Francia.

Sin embargo, no podemos limitar nuestro examen de las normas jurídicas al período de la vida de sus creadores, porque la característica que tenemos que explicar es, precisamente, su obstinada capacidad para sobrevivir a sus creadores y a quienes los obedecían en forma habitual. ¿Por qué la *Witchcraft Act* es todavía derecho para nosotros si no era derecho para los franceses de aquellos tiempos? Por cierto que ninguna extensión del lenguaje puede llevarnos a sostener que nosotros, los ingleses del siglo XX, obedecemos habitualmente a Jorge II y a su Parlamento. A este respecto el inglés de hoy y el francés de entonces están en la misma posición: ninguno obedece u obedeció habitualmente al creador de aquella norma. La *Witchcraft Act* podría ser la única ley que sobreviviera de dicho reinado y sin embargo todavía sería derecho en Inglaterra. La respuesta a este interrogante “¿por qué todavía es derecho?”, es en principio la misma que la respuesta a nuestro primer interrogante “¿por qué es ya derecho?”, e implica el reemplazo de la noción demasiado simple de hábito de obediencia a una persona soberana, por la noción de reglas fundamentales, corrientemente aceptadas, que especifican o designan una clase o línea de personas, cuya palabra ha de constituir una pauta o criterio de conducta para la sociedad, es decir, que tienen derecho a legislar. Tal regla, aunque tenga que existir ahora, puede en cierto sentido ser intemporal en su referencia: puede mirar no sólo hacia adelante y referirse al acto legislativo de un legislador futuro, sino también hacia atrás y referirse a los actos de un legislador pasado.

Presentada en los términos simples de la dinastía Rex, la posición es ésta. Cada uno de los miembros de una línea de legisladores, Rex I, Rex II y Rex III, pueden estar habilitados por la misma regla general que confiere la facultad de legislar al

descendiente mayor de la línea directa. Cuando muere el gobernante individual su obra legislativa sigue viviendo; porque ella se apoya sobre el fundamento de una regla general que generaciones sucesivas de la sociedad continúan respetando en relación con cada legislador, cualquiera haya sido el período en que éste haya vivido. En el caso simple de Rex I, Rex II y Rex III, cada uno de ellos está facultado, de acuerdo con la misma regla general, para introducir pautas o criterios de comportamiento por medio de la legislación. En la mayor parte de los sistemas jurídicos las cosas no son tan simples, porque la regla aceptada en la actualidad según la cual la legislación pasada es reconocida como derecho, puede ser distinta de la regla concerniente a la legislación contemporánea. Pero, dada la aceptación actual de la regla subyacente, la persistencia de las normas jurídicas no es más misteriosa que el hecho de que la decisión del árbitro, en la primera rueda de un torneo entre equipos cuya integración ha cambiado, tenga la misma relevancia para el resultado final que la del árbitro que actuó en la tercera rueda. Sin embargo, aunque la noción de una regla aceptada que confiere autoridad a las órdenes de los legisladores del pasado y del futuro, así como a los del presente, no es misteriosa, es por cierto más compleja y elaborada que la idea de hábitos de obediencia a un legislador actual. ¿Es posible prescindir de esta complejidad, y mediante alguna ampliación ingeniosa de la concepción simple de las órdenes respaldadas por amenazas mostrar que la persistencia de las normas jurídicas descansa, después de todo, en los hechos más sencillos de la obediencia habitual al soberano presente?

Ha habido un intento ingenioso de hacer esto: Hobbes, seguido aquí por Bentham y Austin, dijo que “el legislador no es aquél bajo cuya autoridad la ley fue hecha por vez primera, sino aquél por cuya autoridad continúa hoy siendo ley”⁸. No resulta claro en forma inmediata, si prescindimos de la noción de regla para adoptar la idea más simple de hábito, qué puede ser la “autoridad” del legislador como cosa distinta de su “poder”. Pe-

⁸ *Leviathan*, cap. xxvi.

ro el argumento general expresado por esta cita es claro. Consiste en que aunque como cuestión histórica la fuente u origen de una norma como la *Witchcraft Act* fue el acto legislativo de un soberano del pasado, su *status* presente como derecho en la Inglaterra del siglo XX se debe a su reconocimiento como tal por el soberano de hoy. Este reconocimiento no asume la forma de una orden *explicita*, como en el caso de las leyes dictadas por los legisladores de hoy, sino de una expresión *tácita* de la voluntad del soberano. Esta consiste en el hecho de que, aunque podría hacerlo, el soberano no interfiere con la aplicación por parte de sus agentes (los tribunales y posiblemente el ejecutivo) de la ley dictada hace mucho tiempo.

Esta es, por supuesto, la misma teoría de las órdenes tácitas ya considerada, que se invocó para explicar el *status* jurídico de ciertas reglas consuetudinarias, que parecían no haber sido ordenadas por nadie en tiempo alguno. Las críticas que en el capítulo III hicimos a esa teoría se aplican aún en forma más obvia cuando se la usa para explicar por qué se sigue reconociendo como derecho a la legislación pasada. Aunque debido a la amplia discreción acordada a los tribunales para rechazar reglas consuetudinarias irrazonables, puede haber cierta plausibilidad en la opinión de que mientras los tribunales no aplican una regla consuetudinaria a un caso dado ella no tiene *status* de derecho, hay muy poca plausibilidad en la opinión de que una ley dictada por un "soberano" del pasado no es derecho mientras no sea efectivamente aplicada por los tribunales en el caso particular, y ejecutada con la aquiescencia del soberano de hoy. Si esta teoría es correcta se sigue que los tribunales no aplican la ley porque ella sea ya derecho: sin embargo, esto sería extraer una absurda inferencia del hecho de que el legislador de hoy, que podría derogar las leyes pasadas, no ha ejercido esta potestad. Porque las leyes de la época victoriana y las aprobadas hoy por la Reina en Parlamento tienen por cierto el mismo *status* jurídico en la Inglaterra de nuestros días. Ambas son derecho aún antes de que los casos en que se aplican se presentan ante los tribunales, y cuando ello ocurre éstos aplican por igual las

leyes victorianas y las más recientes, porque ya son derecho. En ninguno de los dos supuestos dichas leyes son derecho únicamente después de ser aplicadas por los tribunales; y en ambos el *status* de derecho de unas y otras leyes se debe a que ellas fueron sancionadas por personas cuyas sanciones tienen ahora autoridad, de acuerdo con reglas aceptadas en el presente, con independencia del hecho de que esas personas estén vivas o muertas.

La inconsistencia de la teoría de que las leyes del pasado deben su actual *status* de derecho a la aquiescencia de la legislatura de hoy frente a su aplicación por los tribunales, se advierte con más claridad en la incapacidad de esa teoría para explicar por qué los tribunales de hoy han de sostener que una ley del período victoriano, que no ha sido derogada, todavía es derecho, y que una ley que fue derogada durante el reinado de Eduardo VII, ya no lo es. Obviamente al establecer tal distinción, los tribunales y, junto con ellos, cualquier jurista o ciudadano que comprende el sistema, usan como criterio una o varias reglas fundamentales acerca de qué es lo que ha de considerarse derecho, que se refieren tanto a los actos legislativos del pasado como a los de la actualidad. La distinción entre las dos leyes no se funda en el conocimiento de que el actual soberano ha ordenado en forma tácita (es decir, ha permitido que se aplique) una ley, pero no la otra.

Por otra parte, parece que la única virtud de la teoría que hemos rechazado es la de servir de versión borrosa de una advertencia realista. Se trata de la advertencia de que si los funcionarios del sistema, y sobre todo los tribunales, no aceptan la regla de que ciertos actos legislativos *del pasado o actuales*, tienen autoridad, tales actos legislativos carecerán de algo esencial para su *status* como derecho. Pero no hay que confundir este realismo, en cierto modo pedestre, con la teoría designada a veces como Realismo Jurídico, cuyas características principales serán examinadas en detalle más adelante⁴. Esta concepción, en algunas de sus versiones, sostiene que *ninguna* ley es derecho hasta que sea efectivamente aplicada por un tribunal. Hay una diferencia, que

⁴ Ver *infra*, págs. 169-183.

es crucial para la comprensión de los problemas jurídicos, entre la verdad de que para que una ley sea derecho los tribunales tienen que aceptar la regla de que ciertos actos legislativos crean derecho, y la engañosa teoría de que nada es derecho hasta que sea aplicado en un caso particular por un tribunal. Algunas versiones de la teoría del Realismo Jurídico van ciertamente más allá de la falsa explicación, que hemos criticado, de la persistencia de las normas; porque en esas versiones se llega hasta negar *status* de derecho a toda ley dictada por un soberano pasado o *presente*, antes de que sea efectivamente aplicada por los tribunales. Sin embargo, una explicación de la persistencia de las normas que no adhiere a la teoría realista extrema y reconozca que a diferencia de las leyes de los soberanos pasados, las del soberano presente son derecho antes de su aplicación por los tribunales, tiene lo peor de ambas esferas y es, por supuesto, totalmente absurda. Esta posición intermedia es insostenible porque nada hay que distinga el *status* jurídico de una ley del soberano actual de una ley no derogada de un soberano anterior. O ambas son derecho antes de ser aplicadas por los tribunales de hoy a un caso particular (como lo reconoce el común de los juristas) o ninguna de ellas lo es, como pretende la teoría realista extrema.

3. LIMITACIONES JURIDICAS A LA POTESTAD LEGISLATIVA

En la doctrina de la soberanía el hábito general de obediencia del súbdito tiene, como complemento, la ausencia de tal hábito por parte del soberano. Este crea derecho para sus súbditos, y lo crea desde afuera. No hay, y no puede haber, límites jurídicos a su potestad de creación del derecho. Es importante comprender que la potestad jurídicamente ilimitada del soberano pertenece a éste por definición: la teoría afirma simplemente que sólo podría haber límites jurídicos a la potestad legislativa si el legislador estuviera bajo las órdenes de otro legislador a quien obedeciera habitualmente; en tal caso el primero ya no sería soberano. Si lo es, no obedece a ningún otro legislador y, por lo tanto, no puede haber límites jurídicos a su potestad legislativa.

La importancia de la teoría no consiste, por supuesto, en estas definiciones, ni en sus consecuencias necesarias simples que nada nos dicen acerca de los hechos. Consiste en la pretensión de que en toda sociedad donde hay derecho hay un soberano con estos atributos. Quizás haya que buscarlo detrás de las formas políticas, o jurídicas, que sugieren que todas las potestades jurídicas son limitadas y que ninguna persona o personas se encuentran fuera del derecho, posición que la teoría que comentamos atribuye al soberano. Pero si buscamos con resolución hallaremos la realidad que, según pretende dicha teoría, existe por detrás de las formas.

No debemos desinterpretar la teoría adjudicándole una pretensión más fuerte o más débil que la que en realidad formula. Ella no se limita a afirmar que hay *algunas* sociedades en las que se encuentra un soberano que no está sometido a límites jurídicos, sino que en todas partes la existencia de derecho implica la existencia de tal soberano. Por otra parte, la teoría no sostiene que no hay límites al poder del soberano, sino únicamente, que no hay límites *jurídicos* al mismo. Así el soberano puede de hecho, al ejercer la potestad legislativa, hacer concesiones a la opinión popular, ya porque teme las consecuencias de no seguir sus dictados, ya porque piensa que está moralmente obligado a respetarla. Muchos factores diferentes pueden influir sobre él a este respecto, y si el temor a la revuelta popular o la convicción moral lo llevan a legislar de manera distinta a lo que de otro modo haría, él puede en verdad concebir estos factores como "límites" a su poder. Pero ellos no son límites jurídicos. El soberano no tiene el deber jurídico de abstenerse de dictar tal legislación, y los tribunales, al considerar si están o no en presencia de una norma jurídica del soberano, no acogerían el argumento de que la discrepancia entre ella y los reclamos de la opinión popular, o de la moral, impiden calificarla como derecho, a menos que existiera una orden del soberano que estableciera que los tribunales deben hacer eso.

Los atractivos de esta teoría como explicación general del derecho son manifiestos. Parece darnos, en una forma simple y

satisfactoria, una respuesta a dos preguntas principales. Cuando hemos ubicado al soberano que recibe obediencia habitual, y no obedece a ninguna otra persona, podemos hacer dos cosas. Primero, podemos identificar en sus órdenes generales el derecho de una sociedad determinada y distinguirlo de muchas otras reglas, principios, o patrones, morales o simplemente consuetudinarios, que también gobiernan la vida de sus miembros. En segundo lugar, dentro del área del derecho podemos determinar si tenemos frente a nosotros un sistema jurídico independiente o simplemente una parte subordinada de algún sistema más amplio.

Se suele sostener que la Reina en Parlamento, considerada como una única entidad legislativa continua, satisface las exigencias de esta teoría, y que la soberanía del Parlamento consiste en ese hecho. Cualquiera sea la exactitud de esta creencia (algunos de cuyos aspectos serán considerados más tarde en el capítulo VI), podemos ciertamente reproducir con total coherencia en el mundo simple imaginario de Rex I lo que la teoría exige. Es instructivo hacerlo antes de considerar el caso más complejo de un estado moderno, puesto que las implicaciones totales de la teoría aparecen con más claridad de esta manera. Para superar las críticas hechas en el apartado primero a la noción de hábitos de obediencia, podemos concebir la situación en términos de reglas y no de hábitos. En base a esto imaginaremos una sociedad en la que hay una regla generalmente aceptada por los tribunales, funcionarios y ciudadanos, en el sentido de que todas las veces que Rex ordena algo su palabra constituye una pauta o criterio de conducta para el grupo. Puede ocurrir que para distinguir aquellas expresiones de deseos "privados", que Rex no quiere que tengan un *status* "oficial", de aquéllas que quiere que lo tengan, se adopten también reglas auxiliares que especifican un estilo especial que el monarca ha de usar cuando legisla "en su carácter de rey", pero no cuando da órdenes privadas a su mujer o a su favorita. Tales reglas, que hacen a la manera y a la forma de la legislación, deben ser tomadas en serio si han de servir su propósito, y ellas pueden, en ocasiones, incomodar a Rex. Sin embargo, aunque bien podemos calificarlas de reglas

jurídicas, no es menester que veamos en ellas "límites" a su potestad legislativa, puesto que si Rex sigue la forma requerida no hay materia sobre la que no pueda legislar para llevar a cabo sus deseos. El "área", aunque no la "forma", de su potestad legislativa no está limitada por el derecho.

La objeción a la teoría en tanto que teoría general del derecho es que la existencia de un soberano no sometido a limitaciones jurídicas, tal como Rex en esta sociedad imaginaria, no es una condición o presupuesto necesario de la existencia del derecho. Para establecer esto no necesitamos invocar tipos de derecho discutibles u objetables. Nuestro argumento, en consecuencia, no se apoya en sistemas de derecho consuetudinario o en el derecho internacional, a los que algunos quieren negar el título de derecho precisamente porque carecen de legislatura. Es completamente innecesario recurrir a esos casos; porque la concepción del soberano jurídicamente ilimitado desfigura el carácter del derecho en muchos estados modernos en los que nadie cuestionaría que hay derecho. Aquí tenemos legislaturas, pero muchas veces la potestad legislativa suprema dentro del sistema está muy lejos de ser ilimitada. Una constitución escrita puede restringir la competencia de la legislatura no simplemente al especificar la forma y la manera de la legislación (cosas que, podemos conceder, no son limitaciones), sino al excluir por completo ciertas materias del ámbito de su competencia legislativa, lo que importa imponerle limitaciones de fondo.

Por otra parte, antes de examinar el caso complejo de un estado moderno, es útil ver, en el mundo simple donde Rex es legislador supremo, qué significarían realmente "las limitaciones jurídicas a su potestad legislativa", y por qué ésta es una noción perfectamente coherente.

En la sociedad simple de Rex puede ocurrir que haya una regla aceptada (esté o no incorporada en una constitución escrita) en el sentido de que ninguna norma jurídica dictada por aquél será válida si excluye del territorio a los habitantes nativos o dispone que pueden ser privados de la libertad sin juicio, y que cualquier medida contraria a estas provisiones será nula y

tratada así por todos. En tal supuesto, las potestades de Rex para legislar estarían sometidas a limitaciones que serían indudablemente jurídicas, aun cuando no nos sintamos inclinados a llamar a tal regla constitucional fundamental "una norma jurídica". A diferencia del desprecio a la opinión popular o a las convicciones morales de la población, opinión o convicciones que Rex podría a menudo respetar aun en contra de sus deseos, el no acatamiento de estas restricciones específicas haría que su legislación fuese nula. Los tribunales se ocuparían de ellas, en consecuencia, en forma distinta a cómo lo harían respecto de los otros límites simplemente morales o *de facto* impuestos al ejercicio de la potestad del legislador. Sin embargo, a pesar de estas limitaciones jurídicas, no cabe duda de que las disposiciones adoptadas por Rex dentro de su ámbito son derecho, y que en su sociedad hay un sistema jurídico independiente.

Es importante que nos detengamos un poco más en este caso simple imaginario, para ver precisamente en qué consisten los límites jurídicos de este tipo. Podríamos expresar la posición de Rex diciendo que él "no puede" aprobar normas que autoricen la privación de la libertad sin juicio; es esclarecedor contraponer este sentido de "no puede" a aquél que indica que una persona tiene alguna obligación o deber jurídico de omitir algo. "No puede" es usado en este último sentido cuando decimos "Ud. no puede andar en bicicleta por la vereda". Una constitución que efectivamente limita las potestades legislativas de la suprema legislatura del sistema no lo hace (o, en todo caso, no es necesario que lo haga) imponiendo a aquélla el deber de no intentar legislar de ciertas maneras; en lugar de ello establece que tal pretendida legislación será nula. No impone deberes jurídicos sino que establece incompetencias jurídicas. "Límites" no significa aquí la presencia de un *deber* sino la ausencia de potestad jurídica.

Tales restricciones a la potestad legislativa de Rex bien pueden ser llamadas constitucionales: pero ellas no son meras cuestiones morales o convenciones, sin relevancia para los jueces. Ellas son parte de la regla que confiere autoridad para legislar

y tienen vital interés para los tribunales, ya que éstos utilizan tal regla como criterio para decidir acerca de la validez de los actos pretendidamente legislativos que llegan a su conocimiento. Pero aunque estas restricciones son jurídicas y no meramente morales o convencionales, su presencia o ausencia no puede ser expresada afirmando o negando que Rex obedece habitualmente a otras personas. Puede ocurrir que aquél esté sometido a tales restricciones y que nunca trate de eludirlas; y, sin embargo, puede ser que no haya ninguna persona a quien Rex obedezca habitualmente. Este simplemente satisface las condiciones para crear derecho válido. O bien Rex puede tratar de eludir las restricciones, emitiendo órdenes incompatibles con ellas; pero si hace esto no habrá desobedecido a nadie; no habrá transgredido las reglas de ningún legislador superior ni violado un deber jurídico. Sin duda que habrá fracasado en su intento de crear una norma jurídica válida, pero eso no significa que transgredió una norma jurídica válida. A la inversa, si en la regla constitucional que habilita a Rex para legislar no hay restricciones jurídicas a la autoridad de Rex para hacerlo, el hecho de que habitualmente obedezca las órdenes de Tyrannus, el monarca del territorio vecino, no privará a las normas sancionadas por Rex de su *status* de derecho, ni probará que ellas son partes subordinadas de un sistema único donde Tyrannus tiene autoridad suprema.

Las muy obvias consideraciones precedentes establecen una cantidad de puntos muy oscurecidos por la doctrina simple del soberano y que, sin embargo, son vitales para la comprensión del fundamento de un sistema jurídico. Podemos resumirlos como sigue: En primer lugar, las limitaciones jurídicas a la autoridad legislativa no consisten en deberes impuestos al legislador de obedecer a algún legislador superior, sino en incompetencias establecidas en reglas que lo habilitan para legislar.

En segundo lugar, para determinar si una pretendida norma sancionada es derecho no tenemos que remontarnos a la norma sancionada, en forma expresa o tácita, por un legislador que es "soberano" o "ilimitado", ya en el sentido de que su autoridad para legislar es jurídicamente ilimitada o en el sentido de que

no obedece a nadie en forma habitual. En lugar de ello, tenemos que demostrar que fue creada por un legislador que estaba habilitado para legislar de acuerdo con alguna regla existente, y que, o bien esta regla no establece restricciones, o no hay ninguna que afecte la particular norma de que se trata.

En tercer lugar, para demostrar que tenemos ante nosotros un sistema jurídico independiente, no es menester demostrar que su legislador supremo es jurídicamente ilimitado o que no obedece habitualmente a ninguna otra persona. Hay que demostrar, simplemente, que las reglas que habilitan al legislador no confieren autoridad superior a quienes tienen también autoridad sobre otro territorio. Inversamente, el hecho de que el legislador no está sometido a tal autoridad extranjera no significa que tiene autoridad ilimitada dentro de su territorio.

En cuarto lugar, tenemos que distinguir entre una autoridad legislativa jurídicamente ilimitada y una que, aunque limitada, es suprema en el sistema. Rex puede ser la más alta autoridad legislativa conocida por el derecho de su comunidad, en el sentido de que cualquier otra legislación puede ser derogada por la suya, aun cuando la suya propia esté limitada por una constitución.

En quinto lugar, mientras que la presencia o ausencia de reglas que limitan la competencia del legislador es crucial, los hábitos de obediencia del legislador tienen, en el mejor de los casos, alguna importancia como medio de prueba indirecto. La única relevancia del hecho, si hay tal hecho, de que el legislador no obedece habitualmente a otras personas, es que a veces puede servir de prueba, que está lejos de ser concluyente, de que su autoridad para legislar no está subordinada, por reglas constitucionales o legales, a la de otros. Del mismo modo, la única relevancia del hecho de que el legislador obedece habitualmente a otro, es que esto puede servir para probar que, según las reglas, su autoridad para legislar está subordinada a la de otros.

4. EL SOBERANO DETRAS DE LA LEGISLATURA

En el mundo moderno hay muchos sistemas jurídicos en los que el cuerpo que normalmente se considera como legislatura suprema dentro del sistema, está sometido a limitaciones jurídicas en el ejercicio de sus potestades legislativas; sin embargo, tal como concederán los juristas prácticos y los teóricos, las normas sancionadas por tal legislatura dentro del ámbito de sus potestades limitadas son obviamente derecho. En estos casos, para poder mantener la teoría de que dondequiera que hay derecho hay un soberano no susceptible de limitación jurídica, es menester buscar tal soberano detrás de la legislatura jurídicamente limitada. Si es o no posible hallarlo es el problema que debemos considerar ahora.

Podemos prescindir por el momento de las provisiones, que todo sistema jurídico tiene que hacer de un modo u otro, aunque no necesariamente mediante una constitución escrita, relativas a las condiciones que deben reunir los legisladores y a la "manera y forma" de la legislación. Estas pueden ser consideradas como especificaciones de la identidad del cuerpo legislativo y de qué es lo que éste debe hacer para legislar, y no como limitaciones jurídicas al alcance de su potestad legislativa; aunque, de hecho, como la experiencia de Sud Africa lo ha demostrado⁵, es difícil dar criterios generales que distingan en forma satisfactoria las meras provisiones acerca de la "manera y forma" de la legislación o las definiciones del cuerpo legislativo, de las limitaciones "de fondo".

Encontramos, sin embargo, ejemplos obvios de limitaciones de fondo en constituciones federales tales como las de Estados Unidos o Australia, donde la división de los poderes entre el gobierno central y los estados miembros, y también ciertos derechos individuales, no pueden ser modificados por los procedimientos ordinarios de legislación. En estos casos una norma sancionada por la legislatura estadual o por la legislatura central, que sea incompatible con la división federal de los poderes o con los

⁵ Ver *Harris v. Dönges* (1952), 1 T. L. R. 1245.

derechos individuales protegidos de esa manera, o que pretenda modificar una u otros, es susceptible de ser considerada *ultra vires*, y declarada jurídicamente inválida por los tribunales, en la medida en que entre en conflicto con las cláusulas constitucionales. La más famosa de tales limitaciones jurídicas a las potestades legislativas es la Enmienda Quinta de la Constitución de los Estados Unidos. Ella establece, entre otras cosas, que ninguna persona será privada "de su vida, libertad, o propiedad sin debido proceso legal"; y leyes del Congreso han sido declaradas inválidas por los tribunales cuando se las ha considerado en conflicto con esta o con otras restricciones impuestas por la Constitución a las potestades legislativas de aquel cuerpo.

Hay, por supuesto, muchos métodos diferentes de proteger las cláusulas de una constitución frente a los actos de la legislatura. En algunos casos, como el de Suiza, algunas cláusulas referentes a los derechos de los estados miembros de una federación y a los derechos individuales, aunque obligatorias en la forma, pueden ser tratadas como "simplemente políticas" o exhortatorias. En tales casos los tribunales no tienen jurisdicción para "revisar" las normas sancionadas por la legislatura federal y para declararlas inválidas, aun cuando estén en franco conflicto con las reglas de la constitución que delimitan el ámbito propio de los actos de la legislatura⁶. Se ha sostenido que ciertas cláusulas de la Constitución de los Estados Unidos suscitan "cuestiones políticas", y cuando un caso cae bajo esta categoría los tribunales no entran a considerar si la ley viola la Constitución.

Cuando la constitución impone limitaciones jurídicas a los actos normales de la legislatura suprema, ellas pueden o no ser inmunes a ciertas formas de modificación jurídica. Esto depende de la naturaleza de la cláusula que la constitución contenga respecto de su propia reforma. La mayor parte de las constituciones incluyen un amplio poder de enmienda a ser ejercido ya por un cuerpo distinto de la legislatura ordinaria, ya por los miembros de ésta usando un procedimiento especial. La cláusula del art.

⁶ Ver Art. 113 de la Constitución Suiza.

V de la Constitución de los Estados Unidos relativa a las enmiendas ratificadas por las legislaturas de tres cuartas partes de los estados o por convenciones en las tres cuartas partes de ellos, es un ejemplo del primer tipo de potestad de reforma; y la cláusula relativa a enmiendas de la *South Africa Act* de 1909, art. 152, es un ejemplo del segundo tipo. Pero no todas las constituciones incluyen la potestad de introducir enmiendas, y a veces aun cuando exista tal potestad ciertas cláusulas de la constitución que imponen límites a la legislatura quedan fuera del alcance de ella; aquí la potestad de introducir enmiendas es en sí limitada. Esto puede ser observado (aunque las limitaciones carecen ya de importancia práctica), aun en la Constitución de los Estados Unidos. Porque el artículo V establece que "ninguna enmienda hecha con anterioridad al año 1808 afectará de manera alguna las cláusulas primera y cuarta de la sección novena del artículo primero, y ningún estado podrá, sin su consentimiento, ser privado de la igualdad de voto en el Senado".

Cuando la legislatura está sometida a limitaciones que pueden, como ocurre en Sud Africa, ser eliminadas por los miembros de ella actuando de acuerdo con un procedimiento especial, es posible sostener que la legislatura puede ser identificada con el soberano no susceptible de limitaciones jurídicas que la teoría requiere. Los casos difíciles para ésta son aquéllos en que las restricciones a la legislatura pueden, como ocurre en los Estados Unidos, ser eliminados únicamente mediante el ejercicio de una potestad de enmienda confiada a un cuerpo especial, o cuando las restricciones están completamente fuera del alcance de toda potestad de enmienda.

Al considerar la pretensión de la teoría de dar cuenta de estos casos en forma consistente, debemos recordar, ya que a menudo se lo pasa por alto, que el propio Austin, al elaborar la teoría, no identificó al soberano con la legislatura, ni siquiera en Inglaterra. Tal era su opinión, aun cuando la Reina en Parlamento, según la doctrina normalmente aceptada, se encuentra libre de limitaciones jurídicas en su potestad legislativa, y por ello, es mencionada a menudo como un paradigma de lo que

significa "una legislatura soberana", por oposición al Congreso de los Estados Unidos o a otras legislaturas limitadas por una constitución "rígida". Austin pensaba, empero, que en toda democracia no son los representantes electos quienes constituyen o integran el cuerpo soberano, sino los electores. De ahí que en Inglaterra, "hablando con propiedad, los miembros de la Cámara de los Comunes son simples *trustees* del cuerpo que los elige y designa: y en consecuencia la soberanía reside siempre en los Pares del Reino y en el cuerpo electoral de los comunes"⁷. Del mismo modo, Austin sostuvo que en los Estados Unidos la soberanía de cada uno de los Estados, y "también del Estado más grande que surge de la Unión Federal, residía en los gobiernos de los Estados en cuanto forman un cuerpo colectivo, entendiéndose por el gobierno de un Estado no su legislatura ordinaria sino el cuerpo de ciudadanos que la designa"⁸.

Apreciada en esta perspectiva, la diferencia entre un sistema jurídico en el que la legislatura ordinaria está libre de limitaciones jurídicas y otros en que ella está sometida a tales limitaciones, se presenta simplemente como una diferencia entre la manera en que el electorado soberano decide ejercer sus potestades soberanas. En Inglaterra, de acuerdo con esta teoría, el único ejercicio directo que el electorado hace de su participación en la soberanía consiste en elegir representantes para ocupar bancas en el Parlamento y en delegarles su potestad soberana. Esta delegación es, en cierto sentido, absoluta, ya que aun cuando se impone a los legisladores el cargo de no abusar de los poderes delegados, este cargo sólo puede dar lugar, en su caso, a sanciones morales y los jueces no lo consideran asunto de su resorte, a diferencia de las limitaciones jurídicas a la potestad legislativa. Por el contrario, en los Estados Unidos, como en toda democracia donde la legislatura ordinaria está jurídicamente limitada, el cuerpo electoral no ha circunscripto su ejercicio de potestad soberana a la elección de delegados, sino que ha sometido a éstos a restric-

⁷ Austin, *Province of Jurisprudence Determined*, Conferencia VI, págs. 230-1.

⁸ *Ibid.*, pág. 251.

ciones jurídicas. Aquí puede considerarse al electorado como una "legislatura extraordinaria y ulterior", superior a la legislatura ordinaria que está jurídicamente "obligada" a observar las restricciones constitucionales; en caso de conflicto, los tribunales declararían inválidas las leyes de la legislatura ordinaria. Aquí, pues, es en el electorado donde se encuentra el soberano libre de toda limitación jurídica que la teoría exige.

Resulta claro que en estas extensiones adicionales de la teoría la simple concepción inicial del soberano ha experimentado cierto refinamiento, si no una transformación radical. La descripción del soberano como "la persona o personas frente a quien el grueso de la sociedad tiene un hábito de obediencia" admitía, como vimos en el primer apartado de este capítulo, una aplicación casi literal en el caso de la forma más simple de sociedad, en la que Rex era monarca absoluto y no había ninguna provisión para su sucesión como legislador. Cuando se establece tal provisión, la consiguiente continuidad de la autoridad legislativa, que es una característica saliente de un sistema jurídico moderno, no puede ser expresada en los términos simples de hábitos de obediencia, sino que reclama la noción de una regla aceptada, según la cual el sucesor tiene derecho a legislar antes de hacerlo efectivamente y de recibir obediencia. Pero la identificación del soberano con el electorado no tiene ninguna plausibilidad, a menos que acordemos a "hábito de obediencia" y "persona o personas" un significado completamente distinto del que recibían en el caso simple y que sólo puede aclararse si se introduce en forma subrepticia la noción de una regla aceptada. El esquema simple de hábitos de obediencia y órdenes no basta para ello.

Esto puede ser demostrado de muchas maneras diferentes. Surge con mayor claridad si consideramos una democracia en la que están excluidos del electorado únicamente los niños y los insanos, y éste constituye, por lo tanto, "el grueso" de la población, o si imaginamos un grupo social simple de adultos cuerdos donde todos tienen derecho a votar. Si en tales casos intentamos ver en el electorado el soberano, y le aplicamos las definiciones simples de la teoría original, tendremos que decir que aquí "el grueso"

de la sociedad habitualmente se obedece a sí mismo. De este modo la imagen originariamente clara de una sociedad dividida en dos segmentos: el soberano libre de limitación jurídica que da órdenes y los súbditos que habitualmente obedecen, ha sido reemplazada por la imagen borrosa de una sociedad en la que la mayoría obedece órdenes dadas por la mayoría o por todos. Sin duda que aquí no tenemos ni "órdenes" en el sentido original (expresión de la intención de que otros se comporten de cierta manera), ni obediencia.

Para hacer frente a esta crítica, puede hacerse una distinción entre los miembros de la sociedad en su condición privada de individuos, y las mismas personas en su condición oficial de electores o legisladores. Tal distinción es perfectamente inteligible; en verdad muchos fenómenos jurídicos y políticos son presentados del modo más natural en tales términos; pero no puede salvar a la teoría del soberano aunque estemos dispuestos a dar el paso adicional de decir que los individuos en su condición oficial constituyen una *persona distinta* que es habitualmente obedecida. Porque si nos preguntamos qué es lo que se quiere decir cuando se afirma que un grupo de personas al elegir un representante o al dar una orden han actuado no como "individuos" sino en su "capacidad oficial", sólo puede responderse haciendo referencia a ciertas reglas que determinan qué condiciones deben reunir aquellas personas y qué es lo que ellas deben hacer para llevar a cabo una elección válida o crear una norma jurídica válida. Sólo aludiendo a tales reglas podemos identificar algo como una elección o como una norma jurídica, hecha o creada por este cuerpo de personas. Tales cosas no pueden ser atribuidas al cuerpo "que las hace" mediante el mismo criterio natural que usamos al atribuir a un individuo órdenes verbales o escritas.

¿Qué significa, pues, que tales reglas existen? Dado que ellas son reglas que definen lo que los miembros de la sociedad tienen que hacer para funcionar como electorado (y, de tal manera, para los fines de la teoría, como soberano), ellas no pueden a su vez poseer el *status* de órdenes dictadas por el soberano, porque nada puede ser considerado una orden de éste a menos que las reglas existan ya y hayan sido observadas.

¿Podemos decir entonces que estas reglas sólo son parte de la descripción de los hábitos de obediencia de la población? En un caso simple en que el soberano es una persona única a quien el grueso de la sociedad obedece si, y sólo si, da sus órdenes de cierta forma, por ejemplo por escrito, firmadas y refrendadas, podríamos decir, con las reservas hechas en el apartado primero al uso de la noción de hábito en este caso, que la regla que establece que el soberano ha de legislar de esa manera no es más que una parte de la descripción de los hábitos de obediencia de la sociedad: ellos lo obedecen habitualmente *cuando* da órdenes de esa manera. Pero en los casos en que la persona del soberano no es identificable con independencia de las reglas, no podemos representar las reglas diciendo que son meramente términos o condiciones bajo los cuales la sociedad obedece habitualmente al soberano. Las reglas son *constitutivas* del soberano, no simplemente algo que deberíamos mencionar en una descripción de los hábitos de obediencia al soberano. De tal manera, no podemos decir que en el caso presente las reglas que especifican el procedimiento a seguir por el electorado, representan las condiciones bajo las cuales la sociedad, como conjunto de individuos, se obedece a sí misma en cuanto electorado; porque la expresión "la sociedad en cuanto electorado" no hace referencia a una persona identificable por aparte de las reglas. Es una referencia, condensada, al hecho de que los electores han cumplido con las reglas al elegir sus representantes. En todo caso podríamos decir (pasible de las objeciones hechas en el apartado primero) que las reglas establecen las condiciones bajo las cuales las *personas elegidas* son habitualmente obedecidas: pero esto nos haría regresar a una forma de la teoría en la que la legislatura, no el electorado, es el soberano, y subsistirían todas las dificultades que surgen del hecho de que las potestades legislativas de tal legislatura podrían estar sometidas a limitaciones jurídicas.

Estos argumentos contra la teoría, como los desarrollados en la primera parte de este capítulo, son fundamentales en el sentido de que equivalen a la afirmación de que la teoría no es simplemente equivocada en el detalle, sino que la simple idea de

órdenes, hábitos y obediencia no puede ser adecuada para el análisis del derecho. Lo que hace falta, en cambio, es la noción de regla que confiere potestades, que pueden ser limitadas o ilimitadas, a personas que reúnen ciertos requisitos, para legislar mediante la observancia de cierto procedimiento.

Al margen de lo que puede calificarse de inadecuación conceptual general de la teoría, existen muchas objeciones accesorias a este intento de alojar en ella el hecho de que la que ordinariamente sería considerada como legislatura suprema puede estar jurídicamente limitada. Si en tales casos el soberano ha de identificarse con el electorado, bien podemos preguntar, aun cuando el último tenga un poder de enmienda sin límites que le permita remover las restricciones impuestas a la legislatura ordinaria, si es verdad que estas restricciones son jurídicas porque el electorado ha dado órdenes que la legislatura ordinaria obedece habitualmente. Podríamos retirar nuestra objeción de que las limitaciones jurídicas a la potestad legislativa no son bien representadas como órdenes ni, concordantemente, como *deberes* impuestos a ella. ¿Podemos, aún así, suponer que estas restricciones son deberes que el electorado ha ordenado, incluso *tácitamente*, que la legislatura cumpla? Todas las objeciones formuladas en capítulos anteriores a la idea de órdenes tácitas se aplican aún con más fuerza aquí. El no ejercicio de un poder de enmienda tan complejo como el establecido por la Constitución de los Estados Unidos, puede ser un índice muy pobre de los deseos del electorado, aunque a menudo un indicio atendible de su ignorancia e indiferencia. Estamos a una enorme distancia del caso del general de quien podemos decir, quizás plausiblemente, que ha ordenado en forma tácita que sus hombres hagan lo que, según sabe el general, el sargento les ha dicho que hagan.

Por otra parte, ¿qué habremos de decir, en términos de la teoría, cuando existen algunas restricciones a la legislatura que están por completo fuera del alcance de la potestad de enmienda conferida al electorado? Esto no es simplemente concebible sino que es lo que ocurre en algunos casos. Aquí el electorado está sometido a limitaciones jurídicas, y aunque puede ser denomi-

nado una legislatura extraordinaria, no está exento de limitación jurídica y, por lo tanto, no es soberano. ¿Hemos de decir que la sociedad como un todo es soberana y que estas limitaciones jurídicas han sido tácitamente ordenadas por *ella*, desde que no se ha rebelado contra las mismas? Esto haría insostenible la distinción entre legislación y revolución; ello basta, quizás, para rechazar tal idea.

Finalmente, la teoría que considera al electorado como soberano sólo contempla, en el mejor de los casos, una legislatura limitada en una democracia donde existe electorado. Sin embargo, no hay nada absurdo en la noción de un monarca hereditario como Rex que goza de potestades jurídicas limitadas, que son a la vez limitadas y supremas dentro del sistema.