

HERBERT L. A. HART

Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford

EL CONCEPTO DE DERECHO

Traducción de
GENARO R. CARRIÓ



ABELEDOPERROT

HERBERT L. A. HART

Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Oxford

EL CONCEPTO DE DERECHO

Traducción de
GENARO R. CARRIÓ



ABELEDOPERROT
BUENOS AIRES

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 REPÚBLICA ARGENTINA

PREFACIO A LA EDICIÓN CASTELLANA

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

Oxford, marzo de 1963.

PREFACIO A LA EDICIÓN INGLESA

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

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

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

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

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

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

H. L. A. HART

Oxford, febrero de 1961.

ÍNDICE GENERAL

I. PREGUNTAS PERSISTENTES.....,	1
1. Perplejidades de la teoría jurídica	1
2. Tres problemas recurrentes	7
3. Definición	16
II. NORMAS JURÍDICAS, MANDATOS Y ORDENES	23
1. Variedades de imperativos	23
2. El derecho como órdenes coercitivas.....	26
m. LA DIVERSIDAD DE NORMAS JURÍDICAS	33
1. El contenido de las normas jurídicas	34
2. El ámbito de aplicación	53
3. Modos de origen.....	56
IV. SOBERANO Y SUBDITO	63
1. El hábito de obediencia y la continuidad del derecho ____	64
2. La persistencia del derecho	77
3. Limitaciones jurídicas a la potestad legislativa	82
4. El soberano detrás de la legislatura	89
V. EL DERECHO COMO UNION DE REGLAS PRIMARIAS Y SECUNDARIAS	99
1. Un nuevo punto de partida	99
2. La idea de obligación	102
3. Los elementos del derecho	113
VI. LOS FUNDAMENTOS DE UN SISTEMA JURÍDICO	125
1. Regla de reconocimiento y validez jurídica.....	125
2. Nuevas preguntas	137
3. La patología de un sistema jurídico	146
VII. FORMALISMO Y ESCEPTICISMO ANTE LAS REGLAS ..	155
1. La textura abierta del derecho.....	155
2. Variedades de escepticismo ante las reglas	169
3. Definitividad e infalibilidad de la decisión judicial	176
4. Incertidumbre de la regla de reconocimiento	183

VIEL JUSTICIA Y MORAL	193
1. Principios de justicia	196
2. Obligación moral y jurídica	208
3. Ideales morales y critica social	224
IX. LAS NORMAS JURÍDICAS Y LA MORAL	229
1. Derecho Natural y positivismo jurídico	229
2. El contenido mínimo del Derecho Natural	239
3. Validez jurídica y valor moral •.....	247
X. DERECHO INTERNACIONAL	263
1. Fuentes de dudas	263
2. Obligaciones y sanciones	266
3. La idea de obligación y la soberanía de los estados	272
4. El derecho internacional y la moral	279
5. Analogías de forma y de contenido	286
NOTAS.....	292
ÍNDICE ALFABÉTICO.....	327

CAPÍTULO I

PREGUNTAS PERSISTENTES

1. PERPLEJIDADES DE LA TEORÍA JURÍDICA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. TRES PROBLEMAS RECURRENTES

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

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

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

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

Un segundo problema semejante surge de una segunda manera

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

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

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

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

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

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

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

⁸ Holmes, loc. cit.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. DEFINICIÓN

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

1° Grey, loc. cit.

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

¹¹Confesiones, XIV, 17.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO II

NORMAS JURÍDICAS, MANDATOS Y ORDENES

1. VARIEDADES DE IMPERATIVOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. EL DERECHO COMO ORDENES COERCITIVAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO III

LA DIVERSIDAD DE NORMAS JURÍDICAS

Si comparamos la variedad de tipos diferentes de normas jurídicas que aparecen en un sistema moderno, como el derecho inglés, con el modelo simple de órdenes coercitivas construido en el capítulo anterior, brota una multitud de objeciones. Es patente que no todas las normas ordenan hacer o no hacer algo. ¿No es engañoso clasificar así normas que confieren a los particulares la potestad de otorgar testamentos, celebrar contratos o contraer matrimonio, y normas que confieren potestades a funcionarios, por ejemplo, la de decidir litigios a un juez, la de dictar reglamentos a un ministro, la de aprobar ordenanzas a un consejo departamental? Es patente que no todas las normas jurídicas son legisladas (*enacted*), ni todas son la expresión del deseo de alguien como lo son las órdenes generales de nuestro modelo. Esto parece inaplicable a la costumbre, que ocupa un lugar genuino, aunque modesto, en la mayor parte de los sistemas jurídicos. Es obvio que las normas jurídicas, aun cuando se trate de leyes, que son normas deliberadamente creadas, no son necesariamente órdenes dadas a *otros*. ¿Acaso las leyes no obligan, con frecuencia, a los propios legisladores? Finalmente ¿es menester que las normas legisladas, para ser normas jurídicas, expresen realmente los deseos, intenciones o anhelos efectivos de algún legislador? ¿No sería acaso norma jurídica una medida debidamente aprobada, si quienes la votaron no conocían su significado (como seguramente ocurre con más de un artículo de una Ley Financiera inglesa)?

Estas son algunas de las más importantes entre las numerosas objeciones posibles. Parece obvio que habrá que introducir

alguna modificación al modelo simple original para hacernos cargo de ellas, y puede ocurrir que una vez que hayamos hecho los ajustes necesarios, la noción de órdenes generales respaldadas por amenazas resulte transformada en grado tal que no podamos ya reconocerla.

Las objeciones mencionadas se dividen en tres grupos principales. Algunas se refieren al *contenido* de las normas jurídicas, otras a su *origen*, y otras a su *ámbito de aplicación*. Los sistemas jurídicos sin excepción *parecen*, en todo caso, incluir normas que en relación con unot) más de esos tres aspectos difieren del modelo de órdenes generales que hemos construido. En el resto de este capítulo consideraremos en forma separada estos tres tipos de objeciones. Dejaremos para el próximo una crítica más fundamental, a saber, la de que, al margen de estas objeciones en razón del contenido, origen y ámbito de aplicación, toda la concepción de un soberano independiente y supremo, habitualmente obedecido, sobre la que descansa el modelo, es equívoca, puesto que poco hay que concuerde con ella en los sistemas jurídicos reales.

1. EL CONTENIDO DE LAS NORMAS JURÍDICAS

El derecho penal es algo que obedecemos o desobedecemos; lo que sus reglas exigen es calificado de "deber". Sí desobedecemos se dice que ha habido una "infracción" al derecho y que lo que hemos hecho es jurídicamente "incorrecto" ("*wrong*"), la "transgresión de un deber", o un "delito" ("*offence*"). La ley penal cumple la función de establecer y definir ciertos tipos de conducta como algo que debe ser omitido o realizado por aquellos a quienes esa ley se aplica, cualquiera sean los deseos de éstos. La pena o "sanción" que las normas imputan a las infracciones o violaciones del derecho penal busca crear un motivo para que los hombres se abstengan de esas actividades (aunque la pena pueda servir otro propósito). En todos estos aspectos hay, al menos, una fuerte analogía entre el derecho penal y sus sanciones, por un lado, y las órdenes generales respaldadas por amenazas de nuestro modelo, por el otro. Existe también alguna analogía (a pesar de

las muchas e importantes diferencias) entre tales órdenes generales y las normas que regulan la responsabilidad extracontractual (*law of torts*), cuyo objetivo primordial es resarcir a los individuos los daños sufridos como consecuencia de la conducta de otros. También aquí se dice que las reglas que determinan qué tipos de conducta constituyen ilícitos civiles que dan lugar a acciones judiciales, imponen a las personas, con prescindencia de sus deseos, "deberes (u "obligaciones") de abstenerse de tal conducta. A ese comportamiento se lo denomina "violación de un deber" y a la indemnización u otros remedios jurídicos, "sanción". Pero existen importantes clases de normas jurídicas respecto de las cuales esta analogía con órdenes respaldadas por amenazas no cabe en absoluto, por cuanto ellas cumplen una función social totalmente distinta. Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerdan a los particulares *facilidades* para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho. La potestad así conferida a los individuos para dar forma a sus relaciones jurídicas con los demás mediante contratos, testamentos, matrimonios, etc., es uno de los grandes aportes del derecho a la vida social; y es una característica que queda oscurecida si se representa a todo el derecho como una cuestión de órdenes respaldadas por amenazas. La radical diferencia de función entre las normas que acuerdan dichas potestades y una ley penal se refleja en muchos de nuestros modos corrientes de hablar acerca de las normas de aquella clase. Al otorgar nuestro testamento podemos "cumplir" o no con lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Testamentos de 1837, en cuanto al número de testigos. Si no cumplimos, el documento no será un testamento válido" que crea derechos y deberes; será un "acto nulo" sin "fuerza" o "efecto" jurídicos. Pero aunque sea un acto nulo, nuestra falta de cumplimiento con la cláusula legal no es una

"infracción" o una "violación" de **ninguna obligación o deber**, ni un "delito" ("offence"), y sería un factor de confusión concebirla en tales términos.

Si examinamos las diversas reglas jurídicas que confieren potestades a los particulares, veremos que ellas, a su vez, pueden agruparse en tipos diferenciables. Así, tras la potestad para otorgar testamentos o celebrar contratos hay reglas relativas a la *capacidad* o condición personal mínima (tal como ser mayor de edad y cuerdo) que deben tener aquellos que ejerciten dicha potestad. Otras reglas datallan la forma y manera en que la potestad ha de ser ejercida, y determinan si los testamentos o los contratos pueden ser hechos verbalmente o por escrito, y en este último caso, cómo han de ser realizados y autenticados. Otras reglas delimitan la variedad, o el plazo máximo o mínimo de duración, de las estructuras de derechos y deberes que los individuos pueden crear mediante tales actos jurídicos. Son ejemplos de tales reglas las normas de orden público relativas a los contratos, o las reglas contra *accumulations** en los testamentos o transacciones.

Más adelante consideraremos los intentos hechos por los juristas para asimilar aquellas normas jurídicas que acuerdan facilidades o potestades y expresan "Si quiere hacer esto, esta es la manera de hacerlo", a las leyes penales que, a semejanza de las órdenes respaldadas por amenazas, expresan "Haga esto, lo quiera o no". Aquí consideraremos, empero, una clase adicional de normas que también confieren potestades jurídicas pero, a diferencia de las que acabamos de examinar, potestades públicas u oficiales y no de naturaleza privada. Se encuentran. ejemplos de ellas en las tres ramas —judicial, legislativa y administrativa— en que habitualmente, aunque en forma vaga, se divide al gobierno.

* En la terminología del *common law* la palabra *accumulation* designa la capitalización continuada de los intereses o frutos de un bien para beneficio futuro de alguna persona o personas. Las reglas contra *accumulations* limitan la voluntad de quien transmite un bien por acto entre vivos o por testamento, en lo que hace a la disponibilidad futura de los intereses o **frutos del mismo**. (N. del T.).

Consideremos primero aquellas normas en que se basa el funcionamiento de un tribunal. Algunas de ellas especifican el objeto y contenido de la jurisdicción del juez, o, como suele decirse, le dan "potestad para conocer" en ciertos tipos de casos. Otras especifican el modo de designación, las condiciones requeridas para ocupar el cargo, y la estabilidad en la función judicial. Otras suministran cánones de conducta judicial correcta y determinan el procedimiento que debe seguirse ante el tribunal. En la *County Courts Act*, 1959, en la *Court of Criminal Appeal Act*, 1907, o en el título 28 del *United States Code*, se encuentran ejemplos de tales reglas, que forman algo así como un código judicial. Es beneficioso observar la variedad de cláusulas contenidas en estas leyes para la constitución y funcionamiento normal de un tribunal. Pocas de ellas parecen ser a primera vista órdenes dadas al juez para que haga o se abstenga de hacer algo; porque si bien no hay razones, por supuesto, para que el derecho, mediante reglas especiales, no prohíba a los jueces, bajo, una pena, excederse en la jurisdicción o decidir un caso en el que tengan interés patrimonial, estas reglas que impondrían tales deberes jurídicos serían adicionales a las que confieren potestades judiciales a los jueces y definen su jurisdicción. Porque el objeto de las reglas que confieren esas potestades no es disuadir a los jueces de realizar actos impropios, sino definir las condiciones y límites bajo los cuales sus decisiones serán válidas.

Es instructivo examinar con cierto detenimiento una cláusula típica que especifica la extensión de la jurisdicción de un tribunal. Podemos tomar como un ejemplo muy simple el artículo de la *County Courts Act* (con las reformas de 1959), que acuerda jurisdicción a los tribunales de condado para conocer de las demandas por reivindicación de inmuebles. Su lenguaje, que dista mucho del de las "órdenes", es como sigue:

Un tribunal de condado tendrá jurisdicción para conocer y decidir en cualquier acción por reivindicación de inmuebles en los casos en que el valor anual neto del inmueble a los fines impositivos no exceda de 100 libras ¹.

¹ Artículo 48 (1). ...

Si el juez de un tribunal de condado excede su jurisdicción al intervenir en un caso de reivindicación de inmuebles de un valor anual superior a las 100 libras, y dicta una decisión respecto de ese inmueble, ni él ni las partes en el litigio cometen un *delito* (*Offence*). La posición, sin embargo, no es exactamente igual a la que se presenta cuando un particular realiza algo que es "nulo" por falta de cumplimiento de una condición esencial para el ejercicio válido de alguna potestad jurídica. Si alguien que tenía la intención de testar omite firmar su testamento o procurarse dos testigos del acto, lo que escribe carece de *status* o efecto jurídico. La decisión de un tribunal no es tratada de esa manera aún cuando exceda claramente la jurisdicción de aquél. Obviamente, es en interés del orden público que la decisión de un tribunal debe tener autoridad de derecho hasta que un tribunal superior declare su invalidez, aún cuando se trate de una decisión que jurídicamente el primero no debió haber dictado. Por ello, mientras no sea dejada sin efecto en la alzada por tratarse de una resolución dictada *con* exceso de jurisdicción, sigue siendo una resolución jurídicamente efectiva entre las partes, que será ejecutada. Pero tiene un defecto jurídico: está *sujeta* (*liable**) a ser dejada sin efecto o "anulada" ("*quashed*") en razón de la falta de jurisdicción. Es menester anotar que existe una diferencia importante entre lo que en Inglaterra se denomina usualmente la "revocación" por un tribunal superior de una resolución dictada por uno inferior, y su "anulación" ("*quashing*") por falta de jurisdicción. Si una resolución es revocada, es porque se considera que lo que el tribunal inferior dijo acerca del derecho aplicable al caso, o acerca de los hechos, es equivocado. Pero la decisión de un tribunal inferior que es "anulada" ("*quashed*") por falta de jurisdicción puede ser impecable en ambos aspectos. No es lo *dicho o resuelto* por el Jíiez lo que está mal, sino el hecho de que *él* lo haya dicho o resuelto. Ha pretendido hacer algo para lo que no está jurídicamente capacitado, aunque otros tribunales pueden estarlo. Pero salvo por la complicación de que, en el interés del orden público, una decisión emitida con exceso de jurisdicción se mantiene en pie