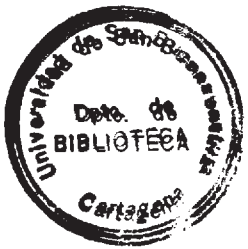
340.1
H 325

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

EL CONCEPTO DE DERECHO

Traducción de
GENARO R. CARRIÓ



ABELEDO-PERROT
BUENOS AIRES

CAPÍTULO I

PREGUNTAS PERSISTENTES

1. PERPLEJIDADES DE LA TEORIA JURIDICA

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 ésas, 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"[5].

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 Papers* (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).
[5] 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 teorético 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 prohiben 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 prohiben 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 ma-

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

nera 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 árbitro), 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 trasmite 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 linguístico. 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 ello 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 ellos 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. Unicamente 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 si 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 autor[9] 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. DEFINICION

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

[10] Gray, loc. cit.

la del hombre que dice, "Yo puedo reconocer un elefante si lo veo, pero no puedo definirlo". La misma situación fue expresada en algunas famosas palabras de San Agustín [11] 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 "cudrúpedo 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

[11] Confesiones, XIV, 17.

usando una agudizada conciencia de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos" [12]

Esta forma de definición (*per genus et differentiam*) 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 *prohibe* 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 más 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 de-

finición, 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.