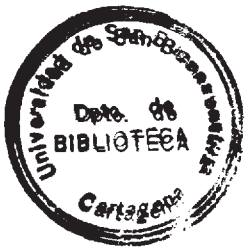
340.1
H 325

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 III

LA DIVERSIDAD DE NORMAS JURIDICAS

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 uno o 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 JURIDICAS

El derecho penal es algo que obedecemos o desobedecemos; lo que sus reglas exigen es calificado de "deber". Si 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 detallan 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 *acumulations* limitan la voluntad de quien trasmite 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 prohiba 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 Juez 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

hasta que sea "anulada" (*"quashed"*) por un tribunal superior, la conformidad o no conformidad con las reglas de la jurisdicción es igual a la conformidad o no conformidad con las reglas que definen las condiciones para el ejercicio válido de las potestades jurídicas por los particulares. La relación entre la acción conforme con la regla y esta última no es bien expresada con las palabras "obedecer" y "desobedecer", que se adaptan mejor al caso del derecho penal donde las reglas son análogas a las órdenes.

Una ley que confiere potestades legislativas a una autoridad subordinada ejemplifica igualmente un tipo de regla jurídica que no puede, sin deformación, ser asimilada a una orden general. También aquí, como ocurre con el ejercicio de potestades privadas, la conformidad con las condiciones especificadas por las reglas que confieren las potestades legislativas es un paso semejante a una "jugada" en un juego tal como el ajedrez; tiene consecuencias definibles en términos de las reglas, y el sistema habilita a las personas para alcanzar esas consecuencias. La legislación es un ejercicio de potestades jurídicas "operativas" o efectivas en la creación de derechos subjetivos y deberes. La no conformidad con las condiciones establecidas por la regla habilitante hace que lo realizado carezca de efectividad y sea, a estos fines, un acto nulo.

Las reglas que se encuentran en la base del ejercicio de potestades legislativas son aún más diversas que aquellas en que se basa la jurisdicción de un tribunal, porque en las primeras es menester contemplar muchos diferentes aspectos de la legislación. Así, algunas reglas especifican la materia sobre la cual puede ser ejercida la potestad legislativa; otras determinan las condiciones que deben reunir los miembros del cuerpo legislativo o su identidad; otras, la manera y la forma de la legislación y el procedimiento a ser seguido por el cuerpo legislativo. Estas sólo son unas pocas de las cuestiones relevantes; una ojeada a cualquier ley que, tal como la *Municipal Corporations Act*, de 1882, confiere y define las potestades de un cuerpo legislativo inferior, revelará muchas más. La consecuencia de la no conformi-

dad con tales reglas puede no ser siempre la misma, pero siempre habrá algunas reglas cuya inobservancia hace que el pretendido ejercicio de potestad legislativa sea un acto nulo, o, como en el caso de la decisión de un tribunal inferior, susceptible de ser declarado inválido. A veces las normas acuerdan valor definitivo, en lo que hace al procedimiento interno, a un certificado en el que conste que los procedimientos exigidos han sido observados, y a veces las personas que sin reunir las condiciones establecidas en las reglas hayan participado en procedimientos legislativos pueden ser pasibles de una pena, con arreglo a normas penales especiales que hacen de ello un delito. Pero, aunque parcialmente oculta por estas complicaciones, hay una diferencia radical entre las reglas que confieren potestades legislativas y definen la manera de su ejercicio, y las reglas del derecho penal que se asemejan a órdenes respaldadas por amenazas.

En algunos casos sería ridículo asimilar estos dos tipos amplios de reglas. Si una medida obtiene en un cuerpo legislativo la mayoría de votos necesaria, y es así debidamente aprobada, los que votaron en favor de ella no han "obedecido" la regla que requiere que las decisiones sean tomadas por aquella mayoría, ni los que votaron en contra han obedecido o desobedecido esa regla; lo mismo puede decirse si la medida no llega a obtener la mayoría necesaria y por lo tanto no se aprueba norma alguna. La radical diferencia de función entre tales reglas impide aquí el uso de la terminología apropiada a la conducta en su relación con las reglas del derecho penal.

Todavía no se ha llevado a cabo una taxonomía de las variedades de normas incluidas en un sistema jurídico moderno, que sea completa y detallada y esté libre del prejuicio de que todas ellas *tienen* que ser reducibles a un tipo simple único. Al clasificar ciertas normas jurídicas bajo los rótulos muy toscos de normas que confieren potestades y de normas que imponen deberes y son análogas a las órdenes respaldadas por amenazas, sólo hemos dado un primer paso. Pero quizás haya bastado para mostrar que algunas de las características distintivas de un sistema jurídico consisten en que el sistema, mediante reglas del primer

tipo, provee al ejercicio de potestades jurídicas privadas y públicas. Si tales reglas de ese tipo distintivo no existieran, nos faltarían algunos de los conceptos más familiares de la vida social, puesto que éstos presuponen lógicamente la existencia de aquellas. Tal como no podría haber delitos, y por lo tanto no podría haber homicidios ni robos, si no hubiera normas penales del tipo imperativo que se parecen a las órdenes respaldadas por amenazas, así no podría haber compra ventas, ni donaciones, ni testamentos, ni matrimonios, si no hubiera reglas que confieren potestades; porque estas últimas cosas, al igual que las decisiones de los tribunales y las medidas sancionadas por los cuerpos legislativos, no son otra cosa que el ejercicio válido de potestades jurídicas.

Sin embargo, el deseo de uniformidad es muy fuerte en la teoría jurídica y puesto que no es en modo alguno algo desdoroso debemos considerar dos argumentos alternativos en favor de ella que han recibido el apoyo de grandes juristas. Estos argumentos están dirigidos a mostrar que la distinción entre las variedades de normas jurídicas que hemos destacado es superficial, cuando no irreal, y que "en último término" la noción de órdenes respaldadas por amenazas es adecuada para el análisis de las reglas que confieren potestades, como lo es para el de las reglas del derecho penal. Tal como ocurre con la mayor parte de las concepciones que han persistido durante mucho tiempo en la teoría jurídica, hay un elemento de verdad en estos argumentos. Por cierto existen puntos de semejanza entre las reglas jurídicas de los dos tipos que hemos distinguido. En ambos casos las acciones pueden ser criticadas o valoradas, con referencia a las reglas, como jurídicamente correctas o incorrectas. Tanto las reglas que confieren potestad para otorgar un testamento como la regla del derecho penal que prohibe el robo bajo pena, constituyen *pautas o criterios de conducta* (*standards*) para la apreciación crítica de acciones determinadas. Quizás esto es lo que se quiere decir al designar a ambas como reglas. Además es importante advertir que las reglas del tipo de aquellas que confieren potestades, aunque distintas de las reglas que imponen deberes y que

tienen por ello, cierta analogía con las órdenes respaldadas por amenazas, están siempre relacionadas con tales reglas; porque las potestades que ellas confieren son potestades para crear reglas generales del último tipo, o para imponer deberes a particulares que, de otra manera, no estarían sometidos a ellos. Esto adquiere máxima claridad cuando la potestad conferida es de aquellas que ordinariamente serían denominadas potestades legislativas. Pero, como veremos seguidamente, también es verdad en el caso de otras potestades jurídicas. Podría decirse, a costa de alguna impropiedad, que mientras que las reglas semejantes a las del derecho penal imponen deberes, las reglas que confieren potestades son fórmulas para la creación de ellos.

La nulidad como una sanción.

El primer argumento dirigido a mostrar la identidad fundamental de las dos clases de reglas, y a exhibirlas como órdenes coercitivas, concentra su atención en la "nulidad" que sobreviene cuando no es satisfecha alguna condición esencial para el ejercicio de la potestad. La nulidad, se pretende, a semejanza del castigo imputado por la norma penal, es un mal o sanción amenazado, impuesto por el derecho a raíz de la transgresión a la regla; aunque se admite que en ciertos supuestos esta sanción puede significar únicamente una pequeña molestia. A esta luz se nos invita a considerar el caso de alguien que trata de hacer cumplir jurídicamente, como contractualmente obligatoria, una promesa que otro le ha hecho por escrito, y descubre, para su pesar, que como no fue otorgada bajo sello y no hubo *consideration* a cambio de ella, la promesa es jurídicamente nula. Del mismo modo, se nos invita a concebir a la regla que establece que un testamento sin dos testigos carece de eficacia, como una regla que impulsa a los testadores a cumplir con el artículo 9 de la Ley de Testamentos, tal como la idea de la prisión nos impulsa a obedecer las normas del derecho penal.

Nadie podría negar que, en algunos casos, existen estas asociaciones entre la nulidad y factores psicológicos tales como

la frustración de la esperanza de que una transacción será válida. A pesar de ello, extender la idea de sanción hasta incluir la de nulidad es una fuente (y un signo) de confusión. Son bien conocidas algunas objeciones menores a ese proceder. Así, en muchos casos, la nulidad puede no ser un "mal" para la persona que no ha satisfecho alguna condición exigida para la validez jurídica. Un juez puede no tener interés material en la validez de su resolución o ella puede serle indiferente; un litigante que verifica que el contrato por el que se lo demanda no es obligatorio para él porque al celebrarlo era menor de edad, o porque no firmó el memorandum escrito exigido para ciertos contratos, podría no reconocer aquí un "mal amenazado" o una "sanción". Pero al margen de estas objeciones triviales, que con un poco de ingenio se podrían superar, la nulidad no puede, por razones más importantes, ser asimilada a un castigo establecido por una regla como estímulo para que uno se abstenga de las actividades que la regla prohibe. En el caso de una regla del derecho penal podemos identificar y distinguir dos cosas: un cierto tipo de conducta que la regla prohibe, y una sanción destinada a desalentar dicha conducta. Pero ¿cómo podríamos ver a esta luz actividades socialmente deseables tales como la que cumplen los hombres cuando se intercambian promesas que no satisfacen las exigencias legales en cuanto a la forma? Esto, a diferencia de la conducta desalentada por el derecho penal, no es algo que las reglas jurídicas que establecen formalidades para los contratos estén dirigidas a suprimir. Simplemente dichas reglas no le acuerdan reconocimiento jurídico. Más absurdo aún es considerar como sanción el hecho de que una medida legislativa no llega a alcanzar el *status* de ley si no obtiene una mayoría necesaria. Asimilar este hecho a las sanciones del derecho penal, equivaldría a concebir las reglas de tanteo (*scoring rules*) de un juego como dirigidas a eliminar todas las jugadas salvo la conversión de tantos. Si esto tuviera éxito sería el fin de todos los juegos. Y sin embargo sólo si concebimos las reglas que confieren potestades como destinadas a hacer que la gente se comporte de cierta manera, añadiendo la "nulidad" como un motivo pa-

ra la obediencia, podemos asimilar tales reglas a las órdenes respaldadas por amenazas.

La confusión en que se incurre al concebir a la nulidad como semejante al mal amenazado, o a las sanciones del derecho penal, puede ser puesta de relieve de otra manera. En el caso de las reglas del derecho penal, es lógicamente posible y podría ser deseable que hubiera tales reglas aún cuando no se amenazara con castigo u otro mal. Se puede sostener, por supuesto, que en tal caso no habría reglas *jurídicas*; sin embargo, podemos distinguir claramente la regla que prohibe cierta conducta, por un lado, y el establecimiento de sanciones a ser aplicadas si la regla es transgredida, por otro, y suponer que la primera existe sin la segunda. Podemos, en cierto sentido, quitar la sanción y dejar una pauta, o criterio de conducta, inteligible que aquella estaba destinada a hacer observar. Pero no hay la posibilidad lógica de hacer tal distinción entre la regla que requiere el cumplimiento de ciertas condiciones, por ejemplo, la firma de testigos para que haya un testamento válido, y la llamada sanción de "nulidad". En este caso, si el no cumplimiento de esta condición no trajera aparejada la nulidad, no podría decirse inteligiblemente que la regla existe sin sanciones, ni siquiera como regla no jurídica. El establecimiento de la nulidad es *parte* de la regla misma de este tipo, de una manera distinta a como el castigo está ligado a una regla que impone deberes. Si el hecho de que la pelota no pase entre los postes, no significara un "acto nulo" (la no conversión de un tanto), no se podría decir que existen reglas de tanteo.

El argumento que hemos criticado aquí es un intento de mostrar la identidad fundamental de las reglas que confieren potestad y de las órdenes coercitivas, *ampliando* el significado de sanción o mal amenazado, de modo de incluir en él la nulidad de un acto jurídico cuando en su otorgamiento no se ha cumplido con tales reglas. El segundo argumento que consideraremos sigue una línea diferente, en realidad una línea opuesta. En lugar de tratar de mostrar que estas reglas son una especie de órdenes coercitivas, les niega el *status* de "derecho". Para ex-

cluirlas *restringe* el significado de la palabra "derecho". La forma general de este argumento, que es expuesto de manera más o menos extrema por diferentes juristas, consiste en afirmar que aquellas que en forma no rigurosa o según patrones populares de expresión son aludidas como reglas completas de derecho, en realidad son fragmentos incompletos de reglas coercitivas, que son las únicas reglas de derecho "genuinas".

Las reglas que confieren potestad como fragmentos de normas jurídicas.

En su versión extrema este argumento negaría que aun las reglas del derecho penal, tal como se las formula generalmente, son normas genuinas. Es en esta forma que el argumento ha sido adoptado por Kelsen: "El derecho es la norma primaria que establece la sanción"[2] No hay no a jurídica que prohiba el homicidio: sólo hay una norma jurídica que prescribe que los funcionarios apliquen ciertas sanciones en ciertas circunstancias a aquellos que cometan homicidio. De acuerdo con este modo de ver, lo que ordinariamente es concebido como el contenido del derecho, destinado a guiar la conducta de los ciudadanos ordinarios, no es más que el antecedente o "cláusula condicionante" de una regla que no está dirigida a ellos sino a los funcionarios, a quienes les ordena aplicar ciertas sanciones si se han dado determinadas condiciones. Todas las normas genuinas, según este modo de ver, son órdenes condicionales a los funcionarios para que apliquen sanciones. Todas tienen esta forma: "Si se hace, omite u ocurre algo del género X, entonces aplique una sanción del género Y".

Mediante una elaboración cada vez mayor del antecedente o cláusula condicionant , las reglas jurídicas de todo tipo, incluso las que confieren potestades privadas o públicas, y definen la manera de su ejercicio, pueden ser reformuladas en esta forma condicional. Así, las provisiones de la Ley de Testamentos

[2] *General Theory of Law and State*, pág. 63. Ver *supra* pág. 2.

que exigen dos testigos para el acto, se presentarían como una parte común de muchas diferentes directivas a los tribunales para que apliquen sanciones al albacea que, en transgresión de las cláusulas del testamento, se rehuse a pagar los legados: "Si y sólo si hay un testamento debidamente otorgado ante testigos, que contenga esas cláusulas y si... entonces deben aplicarse sanciones al albacea". Del mismo modo, una regla que determina el ámbito de la jurisdicción de un tribunal se presentaría como una parte común de las condiciones a ser satisfechas antes de aplicarse cualquier sanción. Así, también, las reglas que confieren potestades legislativas y que definen la manera y la forma de la legislación (incluyendo las cláusulas constitucionales referentes a la legislatura suprema) pueden ser igualmente reformuladas y presentadas como especificando ciertas condiciones comunes, de cuyo cumplimiento (junto con el de otras) depende que los tribunales apliquen las sanciones mencionadas en las leyes. Esta teoría nos invita, pues, a desenmarañar la sustancia de las formas que la oscurecen; veremos entonces que formas constitucionales como "lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho", o como las cláusulas de la constitución norteamericana referentes a la potestad legislativa del Congreso, especifican simplementes las condiciones generales bajo las que los tribunales han de aplicar sanciones. Estas formas son esencialmente "cláusulas condicionantes", no reglas completas: "*Si* la Reina en Parlamento lo ha sancionado así...", o "*si* el Congreso, dentro de los límites establecidos en la Constitución, lo ha sancionado así...", son formas de condiciones comunes a un vasto número de directivas a los tribunales para que apliquen sanciones o castiguen ciertos tipos de conducta.

Esta es una formidable e interesante teoría, que se propone revelar la naturaleza verdadera y uniforme del derecho, latente por debajo de una variedad de formas y expresiones comunes que la oscurecen. Antes de considerar sus defectos ha de observarse que, en esta versión extrema, ella implica un cambio respecto de la concepción original del derecho como consistente en órdenes respaldadas por amenazas de sanciones que han de

aplicarse cuando las órdenes son desobedecidas. En lugar de ello, la concepción central es ahora que las órdenes están dirigidas a los funcionarios para que apliquen sanciones. Según este modo de ver no es necesario que haya una sanción prescripta para la *transgresión* de cada norma jurídica; sólo es necesario que toda norma jurídica "genuina" prescriba la aplicación de alguna sanción. Así, bien puede ser el caso que un funcionario que no acate tales directivas no sea punible; y por supuesto esto suele ocurrir en muchos sistemas jurídicos.

Esta teoría general, como hemos dicho, puede adoptar una de dos formas, una menos extrema que la otra. En la forma menos extrema, la concepción original del derecho (que muchos hallan intuitivamente más aceptable) como órdenes respaldadas por amenazas dirigidas, entre otros, a los ciudadanos ordinarios, es preservada por lo menos para aquellas reglas que, desde el punto de vista del sentido común, se refieren primordialmente a la conducta de los ciudadanos, y no simplemente a los funcionarios. Las reglas del derecho penal, según este punto de vista más moderado, son normas jurídicas tal como se presentan, y no necesitan ser reformuladas como fragmentos de otras reglas completas; porque ellas ya son órdenes respaldadas por amenazas. La reformulación, empero, es necesaria en los otros casos. Las reglas que confieren potestades jurídicas a los particulares son, tanto para esta teoría como para la más extrema, simples fragmentos de las normas completas reales, las órdenes respaldadas por amenazas. Estas últimas deben ser descubiertas preguntándonos: ¿A qué personas ordena el derecho hacer cosas, bajo una pena si no cumplen? Cuando esto es conocido, las cláusulas de reglas tales como las de la Ley de Testamentos de 1837, en relación con los testigos del acto, y otras reglas que confieren potestades a los individuos y que definen las condiciones para el ejercicio válido de ellas, pueden ser reformuladas como que especifican algunas de las condiciones bajo las cuales surge, en definitiva, tal deber jurídico. Ellas aparecerán entonces como parte del antecedente o "cláusula condicionante" de órdenes condicionales respaldadas por amenazas o de reglas que imponen deberes. "Si y sólo si un

testamento ha sido firmado por el testador ante dos testigos en la forma especificada y si... entonces el albacea (u otro representante legal) deberá ejecutar lo establecido en el testamento". Las reglas referentes a la celebración de contratos se presentarán, de modo semejante, como meros fragmentos de reglas que, si se dan ciertos hechos, o si se dicen o efectúan ciertas cosas (si el contratante es mayor de edad, si se ha obligado bajo sello o dado *consideration*) ordenan a las partes hacer lo que según el contrato debe ser hecho.

Una reformulación de las reglas que confieren potestades legislativas (incluyendo las disposiciones de una constitución relativas a la legislatura suprema), de modo de representarlas como "fragmentos" de las reglas reales, puede ser llevada a cabo de acuerdo con líneas similares a las ya explicadas en la página 46 en el caso de la versión más extrema de esta teoría. La única diferencia es que en la versión más moderada las reglas que confieren potestades son representadas por los antecedentes o cláusulas condicionantes que ordenan hacer algo a los ciudadanos ordinarios, bajo amenazas de sanciones, y no meramente (como en la teoría más extrema) como las cláusulas condicionantes de directivas a los funcionarios para que apliquen sanciones.

Ambas versiones de esta teoría aparentemente intentan reducir variedades distintas de reglas jurídicas a una forma única que, se pretende, exhibe la quintaesencia del derecho. Ambas, de diferentes maneras, hacen de la sanción un elemento centralmente importante, y ambas fracasan si se demuestra que es perfectamente concebible el derecho sin sanciones. Esta objeción general, sin embargo, tendrá que ser dejada para más adelante. La crítica específica de ambas formas de la teoría que desarrollaremos aquí es que ellas pagan un precio demasiado elevado para adquirir la agradable uniformidad a que reducen todo el derecho, pues deforman las diferentes funciones sociales que los diferentes tipos de reglas cumplen. Esto se aplica a ambas formas de la teoría, pero es más evidente en la reformulación del derecho penal exigida por la versión más extrema.

La deformación como precio de la uniformidad

Vale la pena considerar la deformación que esta reformulación lleva a cabo porque ella ilumina muchos diferentes aspectos del derecho. Hay numerosas técnicas para el control de la sociedad, pero la técnica característica del derecho penal consiste en especificar, mediante reglas, ciertos tipos de conducta como modelos o pautas para guiar a los miembros de la sociedad como un todo, o a clases especiales dentro de ella: se espera que los miembros de la sociedad, sin el concurso o la intervención de los funcionarios, comprendan las reglas y entiendan que ellas les son aplicables y adecúen su comportamiento a las mismas. Sólo cuando el derecho es transgredido, y esta función primaria fracasa, toca a los funcionarios identificar el hecho de la transgresión e imponer la sanción amenazada. Lo que es distintivo de esta técnica, comparada con las órdenes individualizadas, cara a cara, que un funcionario, tal como un agente de tránsito, podría dar a un conductor, es que los miembros de la sociedad tienen que descubrir las reglas a su riesgo y adecuar su conducta a ellas; en este sentido "se aplican" las reglas a sí mismos, aunque la sanción adosada a la regla les proporciona un motivo para dicha adecuación. Obviamente ocultaremos la forma característica en que estas reglas funcionan si nos concentramos en las que exigen a los tribunales imponer la sanción en caso de desobediencia o consideramos que estas últimas son primarias; porque tales reglas preveen la quiebra o el fracaso del propósito primario del sistema. Ellas pueden en verdad ser indispensables, pero son accesorias.

La idea de que las reglas sustantivas del derecho penal tienen como función (y, en sentido amplio, como significado) guiar no sólo a los órganos que aplican un sistema de penas, sino también a los ciudadanos ordinarios en las actividades de la vida no oficial, no puede ser eliminada sin arrojar por la borda distinciones cardinales y sin oscurecer el carácter específico del derecho como medio de control social. La sanción por un delito, tal como una multa, no es lo mismo que un impuesto a cierta actividad,

aunque en ambos casos haya de por medio directivas a funcionarios para infligir el mismo daño patrimonial. Lo que distingue estas ideas es que la primera, a diferencia de la segunda, implica el incumplimiento de un deber, en la forma de una violación de una regla establecida como guía para la conducta de los ciudadanos ordinarios. Es verdad que esta distinción, generalmente clara, en ciertas circunstancias puede resultar borrosa. Se pueden establecer impuestos no para obtener ingresos sino para desalentar las actividades gravadas, aunque el derecho no suministre indicaciones expresas en el sentido de que éstas deben ser abandonadas, como lo hace cuando las "transforma en delictuosas". Inversamente, las multas a abonar por algún delito penal pueden, en razón de la depreciación de la moneda, llegar a ser tan pequeñas que se las paga con gusto. Quizás entonces se las considera "meros impuestos", y "los delitos" son frecuentes, porque en tales circunstancias se pierde la noción de que la regla, como el grueso del derecho penal, está para que se la tome en serio en tanto que pauta o criterio de conducta. En apoyo de teorías como la que examinamos se sostiene a veces que, al reformular el derecho en la forma de una directiva para aplicar sanciones, se gana en claridad, puesto que esta forma pone de manifiesto todo lo que el "mal hombre" necesita saber acerca de aquél. Esto puede ser cierto, pero parece una defensa inadecuada para la teoría. ¿Por qué el derecho no habría de preocuparse igual, si no más, del "hombre desconcertado" o del "hombre ignorante" que está dispuesto a hacer lo que corresponde, con tal que se le diga en qué consiste? ¿O del "hombre que quiere arreglar sus asuntos", con tal que se le diga cómo hacerlo? Por supuesto que para comprender el derecho es muy importante ver cómo lo administran los tribunales cuando llega el momento de aplicar sus sanciones. Pero esto no puede llevarnos a pensar que todo cuanto hay que comprender es lo que pasa en los tribunales. Las principales funciones del derecho como medio de control social no han de ser vistas en los litigios privados o en las causas penales, que representan provisiones vitales, pero no obstante ello accesorias, para las fallas del sistema. Han de ser vistas en las

diversas formas en que el derecho es usado para controlar, guiar y planear la vida fuera de los tribunales.

Podemos comparar la inversión de lo secundario y de lo principal, que esta forma extrema de la teoría efectúa, con la siguiente sugestión para reformular las reglas de un juego. Al estudiar las reglas del fútbol, un teórico podría pretender que ha descubierto una uniformidad oculta por la terminología de las reglas y por la pretensión convencional de que algunas de ellas están primordialmente dirigidas a los jugadores, otras a las autoridades (árbitro y *linesmen*), y algunas a unos y otras. "Todas las reglas", podría sostener el teórico, "son *realmente* reglas dirigidas a las autoridades para que hagan ciertas cosas bajo ciertas condiciones". Las reglas que establecen que el hecho de que la pelota pase entre los postes constituye un gol, o que tocar la pelota con la mano constituye una falta, son en realidad complejas directivas para el árbitro; en el primer caso para que registre el gol convertido, y en el otro para que ordene un tiro libre. La protesta natural es que la uniformidad impuesta sobre las reglas por esta transformación de ellas oculta los modos en que las mismas operan y las maneras en que los jugadores las usan al guiar actividades orientadas por propósitos, y oscurece así la función de esas reglas en la empresa social cooperativa, aunque competitiva, que es el juego.

La forma menos extrema de la teoría dejaría intactas las normas jurídicas penales y todas las otras que imponen deberes, puesto que ellas se conforman ya al modelo simple de las órdenes coercitivas. Pero todas las reglas que confieren potestades jurídicas y definen la manera de su ejercicio tendrían que ser reducidas a esa única forma. En esto queda expuesta a la misma crítica que la forma extrema de la teoría. Si consideramos a todas las normas jurídicas simplemente desde el punto de vista de las personas a quienes se imponen los deberes, y reducimos todos los otros aspectos de ellas al *status* de condiciones más o menos elaboradas de la incidencia de los deberes sobre aquéllas, resultará que elementos que, por lo menos, son tan característicos del derecho como lo es el deber, y tan valiosos para la sociedad como

éste, serán tratados como algo meramente subordinado. Las reglas que confieren potestades privadas, para ser entendidas, tienen que ser consideradas desde el punto de vista de quienes ejercen dichas potestades. Aparecen entonces como un elemento adicional introducido por el derecho en la vida social, por encima del elemento de control coercitivo. Esto es así porque la posesión de estas potestades jurídicas hace que el ciudadano particular, que, si no hubiera tales reglas, sería un mero soporte de deberes, se convierta en un legislador privado. Adquiere competencia para determinar el curso del derecho dentro de la esfera de los contratos, testamentos, *trusts*, y otras estructuras de derechos subjetivos y deberes que está habilitado para armar. ¿Por qué las reglas que son usadas de este modo especial, y que confieren esta considerable y característica ventaja, no han de ser reconocidas como distintas de las reglas que imponen deberes, cuya incidencia está en verdad parcialmente determinada por el ejercicio de tales potestades? Las reglas que confieren potestades son concebidas, aludidas y usadas en la vida social en forma diferente de las reglas que imponen deberes, y se las valora por razones diferentes. ¿Qué otras pruebas podrían aportarse para demostrar la diferencia de carácter?

La reducción de las reglas que confieren y definen las potestades legislativas y judiciales a enunciados de condiciones bajo las cuales surgen los deberes constituye, en la esfera pública, un similar factor de oscuridad. Quienes ejercen esas potestades para dictar medidas y órdenes dotadas de autoridad, usan estas reglas en una forma de actividad, guiada por un propósito, que difiere totalmente del cumplimiento de deberes o de la sumisión al control coercitivo. Representar estas reglas como meros aspectos o fragmentos de las reglas que imponen deberes es, aun más que en la esfera privada, oscurecer las características distintivas del derecho y de las actividades posibles dentro de su estructura. Porque la introducción en la sociedad de reglas que habilitan a los legisladores para reformar y crear reglas de deber, y a los jueces para determinar cuándo estas últimas han sido transgredidas, es un avance tan importante para la sociedad como la

invención de la rueda. No sólo fue un paso importante, sino que, como sostendremos en el capítulo IV, bien puede ser considerado como el paso que conduce del mundo prejurídico al mundo jurídico.

2. EL AMBITO DE APLICACION

De todas las variedades de normas jurídicas, la ley penal es obviamente la que se aproxima más al modelo simple de las órdenes coercitivas. Sin embargo, aun estas normas tienen ciertas características, examinadas en este apartado, para las cuales el modelo puede cegarnos, y que no entenderemos mientras sigamos bajo la influencia de él. La orden respaldada por amenazas es esencialmente la expresión de un deseo de que *otros* hagan o se abstengan de hacer ciertas cosas. Es posible, por supuesto, que la legislación pudiera asumir esta forma y que las leyes estuvieran exclusivamente dirigidas a *otros*. Un monarca absoluto, que ejerce el poder legislativo, puede, en ciertos sistemas, ser considerado siempre fuera del alcance de las leyes que dicta; y aun en un sistema democrático pueden dictarse normas que no se aplican a aquellos que las sancionan, sino únicamente a clases especiales indicadas en las reglas. Pero el ámbito de aplicación de una norma jurídica es siempre una cuestión de interpretación del precepto. Al interpretarlo puede incluirse o excluirse a aquellos que lo dictaron y, por supuesto, hoy se aprueban muchas leyes que imponen obligaciones jurídicas a sus autores. La legislación, a diferencia del mero ordenar *a otros* hacer cosas bajo amenazas, puede perfectamente bien tener tal fuerza auto-obligatoria. Nada hay en ella que *esencialmente* excluya esa posibilidad. Este es un fenómeno jurídico que sólo es desconcertante si, bajo la influencia del modelo, concebimos a las normas jurídicas como establecidas siempre por un hombre u hombres que están por encima del derecho para otros que se hallan sometidos a él.

Esta imagen vertical, o "de arriba hacia abajo", del derecho, tan atractiva en su simplicidad, sólo puede ser reconciliada con la realidad mediante el recurso de distinguir la persona del le-

gislador en su carácter o capacidad oficial, de la persona del legislador en su carácter o capacidad particular. Actuando en el primer carácter dicta normas que imponen obligaciones a otras personas, inclusive a sí mismo en su "carácter privado". No hay nada objetable en estas formas de expresión, pero la noción de capacidades diferentes, como veremos en el capítulo IV, sólo es inteligible en términos de reglas de derecho que confieren potestades y estas reglas no pueden ser reducidas a órdenes coercitivas. Al propio tiempo, es menester observar que este complicado recurso es en realidad totalmente innecesario; podemos explicar el carácter auto-obligatorio de la sanción legislativa sin apelar a él. Porque tenemos a mano, tanto en la vida diaria como en el derecho, algo que nos permite entenderlo mucho mejor. Se trata del funcionamiento de una *promesa* que, en múltiples maneras, es un modelo mucho mejor que el de las órdenes coercitivas para comprender numerosas características del derecho, aunque no todas ellas.

Prometer es decir algo que crea una obligación para el promitente: para que las palabras tengan este tipo de efecto, tienen que existir reglas que establezcan que si se usan palabras por personas apropiadas en ocasiones apropiadas (por ejemplo, por personas cuerdas que entienden su posición y que no están sometidas a presión de diversos tipos), quienes las usen están obligados a hacer las cosas que ellas designan. Así, cuando prometemos, nos valemos de procedimientos especificados para cambiar nuestra propia situación moral, imponiéndonos obligaciones y confiriendo derechos a los demás; en la jerga de los juristas, ejercemos "una potestad" conferida por reglas que nos facultan a hacer esto. Sería ciertamente posible, pero no útil, distinguir dos personas "dentro" del promitente: una que actúa como creadora de obligaciones y otra como persona obligada, y concebir que una ordena a la otra a hacer algo.

Del mismo modo podemos prescindir de este recurso para entender la fuerza auto-obligatoria de la legislación. Porque la elaboración de una ley, como la formulación de una promesa, presupone la existencia de ciertas reglas que rigen el proceso:

hay palabras que proferidas o escritas por las personas calificadas por estas reglas, siguiendo el procedimiento especificado por ellas, crean obligaciones para todos aquellos que se encuentran dentro del ámbito explícita o implícitamente designado por dichas palabras. Estas pueden incluir a aquellos que toman parte en el proceso legislativo.

Aunque existe esta analogía que explica el carácter auto-obligatorio de la legislación, hay, por supuesto, muchas diferencias entre la formulación de promesas y la formulación de leyes. Las reglas que rigen la última son mucho más complejas, y no aparece allí algo semejante al carácter bilateral de una promesa. Por lo común no hay ninguna persona que se halle en la posición especial de aquél *a quien* la promesa es hecha, que tiene un derecho especial, cuando no único, al cumplimiento. Desde este punto de vista, hay ciertas otras formas de auto-imposición de obligación conocidas por el derecho inglés, tales por ejemplo como aquélla en la que una persona se declara *trustee* * de propiedad para beneficio de otras, que ofrecen una analogía más cercana al aspecto auto-obligatorio de la legislación. Sin embargo, en general, la creación de normas por vía legislativa es algo que entenderemos mejor si tenemos en cuenta los métodos privados para crear obligaciones jurídicas particulares.

Lo que más falta hace como correctivo para el modelo de órdenes o reglas coercitivas, es una concepción nueva de la legislación como introducción o modificación de pautas o criterios generales de conducta a ser seguidos generalmente por la sociedad. El legislador no es necesariamente como el que da órdenes a otro, que está por definición fuera del alcance de lo que hace. A semejanza del que promete, ejercita potestades conferidas por reglas, y muy a menudo puede, mientras que el promitente *debe*, caer dentro de su ámbito.

* *Trustee* es la persona bajo cuyo control se coloca un patrimonio, un interés o una potestad, con el compromiso expreso o implícito de que lo administre o la ejerza para beneficio de otra persona, denominada el *cestui que trust*. (Black's Law Dictionary, 4ª Edición, p. 1684). [N. del T.].

3. MODOS DE ORIGEN

Hasta ahora hemos limitado nuestro examen de la diversidad de normas jurídicas a leyes que, a pesar de las diferencias que hemos destacado, tienen un punto saliente de analogía con las órdenes coercitivas. La sanción de una ley, al igual que el dar una orden, *es* un acto deliberado de origen cierto. Aquellos que toman parte en la legislación se valen conscientemente de un procedimiento para crear derecho, tal como el que da una orden usa conscientemente una forma de palabras para asegurar que sus intenciones sean reconocidas, y también acatadas. Concordantemente, las teorías que utilizan el modelo de las órdenes coercitivas para el análisis del derecho, pretenden que toda norma jurídica puede ser considerada, si prescindimos de sus apariencias, como semejante en este punto a la legislación, que debe su *status* de derecho a un acto deliberado de creación jurídica. El tipo de norma que más obviamente contradice esta pretensión es la costumbre; pero la discusión sobre si la costumbre es "realmente" derecho ha adolecido a menudo de confusión porque no se ha llegado a deslindar dos cuestiones distintas. La primera es si "la costumbre como tal" es derecho o no. El significado y el buen sentido de la respuesta negativa consiste en la verdad simple de que en toda sociedad hay muchas costumbres que no son parte de su derecho. El acto de no descubrirse en presencia de una dama no es una transgresión a ninguna regla de derecho; carece de *status* jurídico, salvo el de ser permitido por el derecho. Esto muestra que una costumbre sólo es derecho si pertenece a una clase de costumbres que es "reconocida" como derecho por un sistema jurídico particular. La segunda cuestión se refiere al significado de "reconocimiento jurídico". ¿Qué quiere decir que una costumbre es jurídicamente reconocida? ¿Consiste ello, como el modelo de las órdenes coercitivas lo requiere, en el hecho de que alguien, quizás "el soberano" o su representante, ha ordenado que la costumbre sea obedecida, de modo que su *status* como derecho se debe a algo que, en este aspecto, se asemeja al acto de legislación?

La costumbre no es una "fuente" de derecho muy importan-

te en el mundo moderno. Por lo común es una fuente subordinada, en el sentido de que la legislatura puede, mediante una ley, privar a una regla consuetudinaria de *status* jurídico; y en muchos sistemas los criterios que los tribunales aplican para determinar si una costumbre puede ser objeto de reconocimiento jurídico, están integrados por nociones tan flúidas como la de "razonabilidad", que por lo menos dan algún fundamento a la idea de que al aceptar o rechazar una costumbre los tribunales ejercen una discreción virtualmente incontrolada. Aun así, atribuir el carácter jurídico de una costumbre al hecho de que un tribunal o la legislatura o el soberano la han "ordenado", es adoptar una teoría que sólo puede ser sostenida si se acuerda a "ordenar" un significado tan amplio que aquélla queda desvirtuada.

Para exponer esta teoría del reconocimiento jurídico tenemos que recordar el papel desempeñado por el soberano en la concepción del derecho como órdenes coercitivas. Según esta concepción, el derecho es la orden del soberano o de un subordinado a quien aquél puede elegir para que dé órdenes en su nombre. En el primer caso, el derecho es creado por la orden del soberano en el sentido más literal de "orden". En el segundo caso, la orden dada por el subordinado sólo será considerada derecho si, a su vez, es dictada en cumplimiento de alguna orden emitida por el soberano. El subordinado debe tener alguna autoridad delegada por el soberano para dar órdenes en nombre de éste. A veces esa autoridad puede ser conferida por una directiva expresa a un ministro para que "dicte órdenes" en una cierta materia. Si la teoría se detuviera aquí, obviamente no se haría cargo de los hechos; por ello se la extiende y se sostiene que a veces el soberano puede expresar su voluntad de una manera menos directa. Sus órdenes pueden ser "tácitas"; él puede, sin dar una orden expresa, significar sus intenciones de que los súbditos hagan ciertas cosas no interfiriendo cuando sus subordinados dan órdenes a éstos y los castigan si las desobedecen.

Un ejemplo militar puede dar a la idea de "orden tácita" toda la claridad que ella puede llegar a tener. Un sargento que regularmente obedece a sus superiores, ordena a sus hombres ha-

cer ciertos ejercicios y los castiga cuando lo desobedecen. El general, enterado de esto, permite que las cosas continúen, aunque si él hubiera ordenado al sargento que cesaran los ejercicios habría sido obedecido. En tales circunstancias puede considerarse que el general ha expresado tácitamente su volutad de que los hombres cumplan con la fagina. Su no interferencia, pudiendo haber interferido, es un sustituto silencioso de las palabras que *podría haber usado para ordenar los ejercicios.*

Es a esta luz que se nos pide que veamos las reglas consuetudinarias que tienen *status* de derecho en un sistema jurídico. Mientras los tribunales no las aplican en casos determinados, tales reglas son *simples* costumbres y, no son en modo alguno derecho. Cuando los tribunales las usan y, con arreglo a ellas, dictan órdenes que son aplicadas, entonces por primera vez esas reglas reciben reconocimiento jurídico. El soberano, que podría haber interferido, ha ordenado tácitamente a sus súbditos obedecer las órdenes de los jueces "amoldadas" a las costumbres preexistentes.

Esta versión del *status* jurídico de la costumbre es susceptible de dos críticas diferentes. La primera es que no es *necesariamente* verdad que mientras que las reglas consuetudinarias no son usadas en los litigios carecen de *status* como derecho. La afirmación de que las cosas son necesariamente así es meramente dogmática o no distingue lo que es necesario y lo que puede ocurrir en ciertos sistemas. ¿Qué razón hay para que las leyes hechas de cierta manera definida sean derecho antes de su aplicación por los tribunales en casos particulares, y no lo sean también las costumbres de ciertos tipos definidos? ¿Por qué no habría de ser verdad que, tal como los tribunales reconocen fuerza obligatoria al principio general de que lo que la legislatura sanciona es derecho, ellos reconocen también fuerza obligatoria a otro principio general, a saber, que las costumbres de ciertas clases definidas son derecho? ¿Qué hay de absurdo en la afirmación de que cuando se presentan casos particulares los tribunales aplican la costumbre, al igual que la ley, como algo que es ya derecho y en razón de que lo es? Es *posible,* por supuesto, que un siste-

ma jurídico disponga que ninguna regla consuetudinaria tiene el *status* de derecho mientras los tribunales, en su discreción incontrolada, no declaren que lo tiene, pero esto sólo sería *una* posibilidad, que no puede excluir la posibilidad de sistemas en los que los tribunales no posean tal discreción. ¿Qué fundamentos tiene entonces la tesis general de que una regla consuetudinaria no *puede* tener *status* de derecho mientras no sea aplicada por los tribunales?

Las réplicas a estas objeciones se reducen a veces a la simple refirmación del dogma de que nada puede ser derecho mientras alguien no haya *ordenado* que lo sea. El paralelo sugerido entre las relaciones de los tribunales con la ley y con la costumbre es rechazado, pues, en base a que antes de ser aplicada por un tribunal la ley ha sido ya "ordenada", y en cambio la costumbre no lo ha sido. Los argumentos menos dogmáticos son inadecuados porque se apoyan demasiado en el contenido particular de los sistemas particulares. Se suele decir que el hecho de que en el derecho inglés una costumbre puede ser rechazada por los tribunales si no satisface el criterio de "razonabilidad", demuestra que la costumbre no es derecho mientras no sea aplicada por los tribunales. Esto, en el mejor de los casos, sólo prueba algo acerca de la costumbre en el derecho inglés. Ni siquiera esto puede darse por demostrado a menos que sea verdad, como algunos pretenden, que no tiene sentido distinguir entre un sistema en el que los tribunales sólo están obligados a aplicar ciertas reglas consuetudinarias si son razonables, y otro sistema en el que los tribunales gozan de una discreción incontrolada a ese respecto.

La segunda crítica a la teoría de que la costumbre, cuando es derecho, debe su *status* jurídico a la orden tácita del soberano, es más fundamental. Aun cuando se conceda que ella no es derecho mientras no sea aplicada por el tribunal en el caso particular, ¿es posible considerar la no interferencia del soberano como una expresión tácita del deseo de que la regla sea obedecida? Aun en el simple ejemplo militar de la página 57, del hecho de que el general no interfirió con las órdenes del sargento no se sigue necesariamente que deseaba que fueran obedecidas.

El pudo haber querido simplemente no contradecir a un buen subordinado, en la confianza de que los hombres hallarían alguna manera de eludir los ejercicios. Sin duda que en algunos casos podríamos inferir que el general quería que se hicieran los ejercicios, pero si lleváramos a cabo esa inferencia una parte relevante de nuestra prueba sería el hecho de que el general sabía que se habían dado las órdenes, que tuvo tiempo de considerarlas, y que decidió no hacer nada. La objeción principal al uso de la idea de las expresiones tácitas de la voluntad del soberano para explicar el *status* jurídico de la costumbre es que, en cualquier estado moderno, rara vez es posible atribuir al "soberano" tal conocimiento, consideración, y decisión de no interferir, sea que identifiquemos al soberano con la legislatura suprema o con el electorado. Es verdad, por supuesto, que en la mayoría de los sistemas jurídicos la costumbre es una fuente de derecho subordinada a la ley. Esto significa que la legislatura *podría* privarla de su *status* jurídico; pero el hecho de que no lo haga puede no ser un signo de los deseos del legislador. Es muy raro que la atención de una legislatura o, más raro aún, de un electorado, repare en las reglas consuetudinarias aplicadas por los tribunales. La no interferencia de una u otro no puede ser comparada, por lo tanto, con la no interferencia del general con su sargento; aun cuando en este caso estemos dispuestos a inferir de ella un deseo de que las órdenes del subordinado sean obedecidas.

¿En qué consiste entonces el reconocimiento jurídico de la costumbre? ¿A qué debe su *status* jurídico una regla consuetudinaria, si no es a la orden del tribunal que la aplicó a un caso particular o a la orden tácita del supremo poder creador de derecho? ¿Cómo puede ser derecho, a semejanza de la ley, antes de que el tribunal la aplique? Estas preguntas sólo podrán ser respondidas plenamente cuando hayamos examinado en detalle, como lo haremos en el próximo capítulo, la doctrina de que donde existe derecho tiene que haber alguna persona o personas soberanas cuyas órdenes generales, expresas o tácitas, y sólo ellas, son derecho. Mientras tanto podemos resumir las conclusiones de este capítulo como sigue:

La concepción del derecho como órdenes coercitivas enfrenta desde el comienzo mismo la objeción de que hay variedades de normas jurídicas, que aparecen en todos los sistemas, que no responden a aquella descripción en tres aspectos principales. Primero, aun una ley penal, que es la que más se le aproxima, tiene a menudo un campo de aplicación diferente al de las órdenes dadas a otros, porque tal norma puede imponer deberes tanto a quienes la han dictado como a los demás. En segundo lugar, otras leyes difieren de las órdenes en que no requieren que las personas hagan algo, sino que pueden conferirles potestades; no imponen deberes sino que ofrecen facilidades para la libre creación de derechos subjetivos y deberes jurídicos dentro de la estructura coercitiva del derecho. En tercer lugar, aunque sancionar una ley es en ciertos aspectos algo análogo a dar una orden, algunas reglas de derecho se originan en la costumbre y no deben su *status* jurídico a ningún acto consciente de creación de derecho.

Para defender la teoría de tales objeciones se han adoptado una variedad de recursos. La idea originalmente simple de un mal amenazado o "sanción" ha sido extendida hasta incluir la nulidad de una transacción jurídica; la noción de regla jurídica ha sido restringida hasta excluir las reglas que confieren potestades, como si ellas fueran meros fragmentos de normas; dentro de la persona natural simple del legislador cuyas sanciones son auto-obligatorias se han descubierto dos personas; la noción de orden ha sido extendida a partir de una expresión verbal hasta llegar a una expresión "tácita" de la voluntad, que consiste en la no interferencia con órdenes dadas por subordinados. A pesar del carácter ingenioso de estos recursos, el modelo de las órdenes respaldadas por amenazas es más lo que oscurece que lo que aclara; el esfuerzo para reducir la variedad de normas jurídicas a esta única forma simple termina por imponer sobre ellas una uniformidad espuria. En verdad, buscar uniformidad aquí puede ser un error, porque, como sostendremos en el Capítulo V, una característica distintiva del derecho, si no la característica distintiva del mismo, consiste en la fusión de tipos diferentes de reglas.