

John Finch

INTRODUCCION
A LA TEORIA
DEL DERECHO

scuotitore delle leggi, e ricalcitante ai supremi Magistrati, ³bensì a quelli, che hanno osato chiamare col sacro nome di virtù la debolezza di cedere alle loro interassate o ⁴capricciose opinioni. Egli è vero, che questi principj spiaceranno a coloro, che si sono fatto un diritto di trasmettere agli inferiori i colpi della tirannia, che hanno ricevute dai Superiori. Dovrei tutto temere, se lo spirito di tirannia fosse componibile collo spirito di lettura.

Se l'interpettazione ⁵delle leggi è un ⁶male; egli è evidente esserne un altro l'oscurità, che strascina seco necessariamente l'interpettazione, e lo farà grandissimo; se le leggi sieno scritte in una lingua straniera ⁷al popolo, che lo ponga nella dipendenza di alcuni pochi, non potendo giudicar da se stesso qual ⁸sarebbe l'esito della sua libertà, o de' suoi membri, in una lingua, che formi di un libro solenne, e pubblico un quasi privato, e domestico. Che dovremo pensare degli uomini, riflettendo esser questo

3. ma a quei primi

4. fantastica

5. della legge peccata.

6. Oscurità delle Leggi
7. grave disordine

7. alla maggior parte

8. cost che egli sia in una lingua che lo maltratta

8. cosa

8. nel commercio tali o tali azioni

C
28778

Esta *Introducción a la teoría del Derecho* constituye un manual riguroso y actual de Teoría del Derecho que, a la vez que introduce al estudio en los problemas básicos del orden jurídico, suministra la información necesaria para proseguir la investigación hacia campos más especializados. El núcleo de la obra consiste en un estudio comparativo de las principales tendencias filosófico-jurídicas contemporáneas, y en una aplicación de sus enfoques respectivos a problemas jurídicos de interés general. Autores como Austin, Kelsen, Radbruch, Hart, Ross, Olivecrona y Pašukanis son especial objeto de atención, con particular referencia al clásico debate entre positivismo y iusnaturalismo, debate cuyas consecuencias prácticas para la actividad judicial quedan ejemplificadas en diversos juicios políticos de la Alemania de la postguerra que el autor examina. Los conceptos básicos de la ciencia jurídica, tales como los de norma, soberanía, obligación, sanción, validez, etc., se estudian en todas sus complejas interrelaciones, y se completan con una investigación de las peculiaridades del derecho internacional, y con una interesante reflexión sobre la función de los jueces.

John Finch es profesor de derecho en la Universidad de Liverpool.

INTRODUCCION
A LA TEORIA
DEL DERECHO

John Finch

INTRODUCCION
A LA TEORIA
DEL DERECHO

**INTRODUCCION
A LA TEORIA
DEL DERECHO**

R/49.285



LABOR UNIVERSITARIA
Manuales

INTRODUCCION
A LA TEORIA
DEL DERECHO

John Finch

INTRODUCCION
A LA TEORIA
DEL DERECHO

R/79.885



LABOR UNIVERSITARIA
Manuales

Ayuntamiento de Madrid

Traducción de Francisco Laporta San Miguel

John Finch

INTRODUCCION
A LA TEORIA
DEL DERECHO

Primera edición: enero 1977

Título de la edición original:

INTRODUCTION TO LEGAL THEORY

© John Finch, 1974.

Publicado por Sweet & Maxwell, Londres

© de la edición en lengua castellana y de la traducción:

EDITORIAL LABOR, S. A., CALABRIA, 235-239. BARCELONA-15 (1977)

Depósito legal: B. 54862-1976

ISBN: 84-335-1710-4

Printed in Spain - Impreso en España

TALLERES GRÁFICOS IBERO-AMERICANOS, S. A.

Calle H, s/n. (esquina Gran Capitán) SANT JOAN DESPÍ - 1977



Ayuntamiento de Madrid

Prólogo

Este libro intenta presentar una guía *A Chrissy* de los aspectos más expresivos de esa enorme parte de la ciencia del derecho que tiene que ver con la teoría del derecho. Su propósito es presentar algunos rasgos principales del desenvolvimiento del pensamiento jurídico, y suministrar una comprensión inicial de la obra de algunos de los principales autores de esta especialidad. A este fin, el libro debe ciertamente ser mirado como una obra de iniciación y no como una obra de consulta. Por supuesto que los capítulos que siguen contienen necesariamente considerable cantidad de detalles relativos a ciertos aspectos de este tan amplio campo de estudio; sin embargo, lo que es de importancia primordial no es tanto aprender tales detalles como interpretarlos creativamente. Los puntos de vista y análisis de un número limitado de juristas serán examinados y contrastados de un modo que, espero, servirá para prestar cierto grado de continuidad y cohesión al estudio del lector.

Una obra introductoria como ésta debe intentar evitar una simplificación excesiva del tema objeto de estudio, pues a pesar de las atenciones iniciales de la sencillez y la facilidad de comprensión, las necesidades del lector no se satisfarían en último término evitando deliberadamente las dificultades. El capítulo de introducción general que encabeza el posterior examen de la teoría del derecho está proyectado para anticipar algunos problemas que se encuentran con frecuencia a lo largo de todo nuestro campo. El significado de ciertas observaciones de este capítulo será obvio de inmediato.

Traducción de Francisco Lagares San Miguel

A Christy

Primera edición: marzo 1977

Título de la edición original:

Introducción to Linear Transformations

© John Pugh, 1974

Publicada por Taylor & Francis, Londres

© de la edición en lengua castellana y de la traducción:

Editorial Lector, S. A., Cuadros, 28-28, Barcelona-18 (VTT)

Deposito legal B. 5982-1976

ISBN: 84-315-1710-4

Printed in Spain - Impreso en España

Talleres Gráficos Lector-Ausustoria, S. A.

Calle H, s/n. Torre de Cova Capital San José 28017

PRÓLOGO

Este libro intenta presentar una guía breve de algunos de los aspectos más expresivos de esa enorme parte de la ciencia del derecho que tiene que ver con la teoría del derecho. Su propósito es presentar algunos rasgos principales del desenvolvimiento del pensamiento jurídico, y suministrar una comprensión inicial de la obra de algunos de los principales autores de esta especialidad. A este fin, el libro debe ciertamente ser mirado como una obra de iniciación y no como una obra de consulta. Por supuesto que los capítulos que siguen contienen necesariamente considerable cantidad de detalles relativos a ciertos aspectos de este tan amplio campo de estudio; sin embargo, lo que es de importancia primordial no es tanto aprender tales detalles como interpretarlos creativamente. Los puntos de vista y análisis de un número limitado de juristas serán examinados y contrastados de un modo que, espero, servirá para prestar cierto grado de continuidad y cohesión al estudio del lector.

Una obra introductoria como ésta debe intentar evitar una simplificación excesiva del tema objeto de estudio, pues a pesar de los atractivos iniciales de la sencillez y la facilidad de comprensión, las necesidades del lector no se satisfarían en último término evitando deliberadamente las dificultades. El capítulo de introducción general que encabeza el posterior examen de la teoría del derecho está proyectado para anticipar algunos problemas que se encuentran con frecuencia a lo largo de todo nuestro campo. El significado de ciertas observaciones de éste capítulo será obvio de inmediato.

Para el resto, el lector puede, ocasionalmente, encontrar útil remitirse a estas puntualizaciones introductorias en el curso de los capítulos siguientes. Problemas particularmente frecuentes, a los que allí se alude, son los de definición y comparación de los diferentes enfoques del análisis del derecho.

El texto de la primera edición ha sido revisado substancialmente, y se han añadido dos nuevos capítulos sobre temas que poseen un interés obvio para la atención de los estudiantes de teoría del derecho. El capítulo 3 trata de algunas significativas contribuciones prácticas hechas por la doctrina del derecho natural a la solución de algunos agudos problemas jurídicos y morales que se suscitaron con el llamado caso del «denunciante de mala fe» (grudge-informer) y otros análogos en la Alemania de posguerra. El capítulo 9 contiene un esbozo del pensamiento e instituciones jurídicas que surgen a partir de la doctrina marxista. Además, los otros capítulos han sido revisados para dar cuenta de algunas recientes aportaciones de las teorías jurídicas consagradas.

Aunque este libro es esencialmente introductorio, ha sido proyectado para posibilitar que el lector lo use como curso resumido si su plan de estudios lo requiere. Aunque todo estudio de teoría del derecho se enriquece claramente con ejemplos extraídos del contenido de las leyes, el enfoque aquí adoptado no presupone sino un conocimiento rudimentario de los sistemas jurídicos.

El autor desea repetir su particular agradecimiento y su deuda con el profesor emérito D. R. Seaborne Davies por su consejo y ánimo en la preparación de la primera edición de este libro; y con C. F. H. Tapper, de Magdalen College, Oxford, que leyó el proyecto original e hizo muchas sugerencias preciosas.

CAPÍTULO PRIMERO

Introducción general

CIENCIA DEL DERECHO Y TEORÍA DEL DERECHO *

Es más fácil decir *qué no es* la ciencia del derecho que decir *qué es*. La definición de cualquier campo de estudio es útil solamente en la medida que nos ilumina sin limitarnos. Es siempre tentador pedir definiciones de las áreas del derecho o del estudio del derecho. Sin embargo, los intentos de hacer frente a la cuestión pueden estar, en el mejor de los casos, mal dirigidos, y en el peor, positivamente confundidos.

Entre los muchos peligros inherentes a la búsqueda de definiciones, dos son particularmente relevantes para el presente estudio. En primer lugar la definición puede anteceder al adecuado conocimiento del objeto que se pretende definir, y pueden con ello crearse confusiones desde el principio. En segundo lugar, y no menos importante, la definición propuesta puede conducir a la imposición de límites artificiales a la materia definida, límites que no se correspondan con las necesidades prácticas o con la realidad.

Este libro no abarca todo el ámbito de la ciencia del derecho. Tiene que ver con la teoría del derecho, con los principales métodos usados para describir y analizar los elementos constitutivos esenciales del fenómeno «derecho». No obs-

* Los términos *jurisprudence* y *legal theory*, se traducen respectivamente como *ciencia del derecho* y *teoría del derecho*. En líneas generales puede decirse que la primera trata del estudio de las instituciones particulares del ordenamiento jurídico y la segunda de los conceptos y elementos fundamentales que identifican al fenómeno jurídico respecto de otros órdenes de fenómenos sociales. (N. del T.)

tante, el estudio de la teoría del derecho no es sino un aspecto, aunque muy importante, de la ciencia del derecho; las aclaraciones introductorias de este capítulo pueden por ello ser útiles en otros estudios de ciencia del derecho que no se hallan dentro de nuestro presente ámbito. Una distinción rotunda entre ciencia del derecho en general y teoría del derecho en particular no es realmente defendible. Si se basa únicamente en las connotaciones verbales de esas dos expresiones no alcanzará a iluminar su naturaleza. Tampoco será fructífero intentar diferenciar ambas sobre la base de sus respectivos contenidos. Mientras la ciencia del derecho puede consistir en el estudio de conceptos legales particulares, tales como posesión, negligencia o sociedad, el ámbito de la teoría del derecho también se centra en un concepto legal, el concepto mismo de derecho. Sea, por tanto, el análisis de la naturaleza del derecho como un todo, sea el análisis de conceptos jurídicos particulares dentro de él, hay demasiados rasgos comunes a ambos tipos de análisis como para justificar el trazado de una línea de diferenciación entre ellos.

En términos generales la teoría del derecho implica un estudio de los rasgos característicos esenciales al derecho y comunes a los sistemas jurídicos. Su objeto es el análisis de los elementos básicos del derecho que le hacen ser precisamente derecho y lo distinguen de otras formas de reglas y pautas, de sistemas de ordenación que no pueden ser descritos como sistemas jurídicos y de otros fenómenos sociales. No se ha demostrado que sea posible alcanzar una respuesta definitiva y dogmática a la pregunta «¿Qué es el derecho?» o suministrar respuestas concretas a las muchas cuestiones que han sido planteadas en torno a su naturaleza esencial. El objetivo de un curso de teoría del derecho no es ofrecer de una vez por todas respuestas definitivas. Su valor descansa más bien en el estudio de la luz que la obra de los juristas ha proyectado sobre los atributos distintivos del derecho. Un examen de los posibles méritos y deméritos de algunas de las principales exposiciones de la materia, centrandó la atención en sus puntos fuertes o en sus debilidades, es un método adecuado para ponderar las distintas conclusiones. Esas conclusiones, tal y como son expuestas en los capítulos que siguen, no derivan del intento de llegar a una definición ex-

clusivista; brotan, más bien, de la yuxtaposición y comparación de una variedad de análisis del derecho diferentes por su naturaleza pero en muchos casos iguales en mérito.

ALGUNOS PROBLEMAS DE DEFINICION

La definición del campo de estudios vinculados a la teoría del derecho es solamente una cuestión menor si se la coloca entre la multitud de problemas de definición que han abordado los juristas en el desarrollo de sus análisis del derecho. La variedad de contextos en que el término «derecho» puede ser empleado con sentido es demasiado grande como para permitir fijar una definición con exclusión de todas las demás. Una noción de la naturaleza del derecho acotada y definitiva puede resultar demasiado restringida para ser útil al margen de los términos de referencia del jurista que la adopta; y, por el contrario, una definición demasiado general puede, intentando satisfacer a todos, no satisfacer a nadie.

La naturaleza conceptual del derecho excluye la viabilidad de formas de definición usadas comúnmente en relación con objetos físicos. Cuando una cosa se va a definir, la categoría general a la que pertenece puede ser descrita al principio, y las especies particulares a las que pertenece dentro de esa categoría general, pueden ser señaladas después. Esta forma de definición es conocida como definición *per genus et differentiam*. Un elefante, por ejemplo, puede ser definido en primer lugar por su pertenencia a la categoría general de mamíferos, y después con mayor concreción por una descripción de sus características particulares: trompa, grandes patas, rabo, etc...

Si esta forma de definición funcionara en el caso del derecho los debates sobre la naturaleza esencial y las características de tal concepto no habrían sido mantenidos desde tiempo inmemorial. La mayoría de las explicaciones sobre la naturaleza del derecho y de los fenómenos jurídicos consisten, no en definiciones, sino más bien en descripciones típicas. La naturaleza del derecho es tal que es imposible delinear primero una categoría general a la que pertenezca y especificar después los rasgos distintivos que lo acotan y se-



ñalan su ámbito particular dentro de esa categoría general. Las dificultades de una definición precisa se complican además cuando se cae en la cuenta de que los que disputan en este terreno están con frecuencia animados de ciertas razones sociales o ideológicas cuando emiten sus sugerencias sobre la naturaleza del derecho, y no les interesa únicamente llevar a cabo un análisis lógico con independencia de valoraciones humanas y sociales relevantes. El término «derecho» es tan amplio y puede ser empleado en tan diferentes contextos que los juristas, con frecuencia, están hablando en realidad, cuando lo usan, de cosas diferentes. Sus opiniones pueden variar de acuerdo con las pretensiones que tienen en mente, su trasfondo vital, su educación y el clima político y económico en el que trabajan.

Quizás esté lejos de ser obvio que lo que se busca definir en los diferentes análisis de la naturaleza del derecho no es siempre la misma cosa. El estudiante de teoría del derecho encontrará dificultades en asimilar planteamientos que parecen tan diferentes entre sí como la tiza y el queso. Sin embargo si se tiene en mente una distinción esencial se puede evitar mucha confusión. En todo estudio comparativo de teoría del derecho debe mantenerse la distinción entre el carácter del derecho y el contenido del derecho, o mejor, el contenido de las leyes. Debe darse una consideración separada a «derecho» en sentido conceptual y «derecho» en el sentido de normas jurídicas particulares. Ciertos análisis de la naturaleza del derecho se hallan mal orientados por falta de esta distinción. Algunas críticas a esos análisis han caído en esta misma trampa. Cuando la misma palabra puede ser usada para hacer referencia a aspectos del carácter esencial del derecho y también al contenido específico de un derecho o de una norma jurídica, abundan los problemas de definición.

SOBRE LA CLASIFICACION EN TEORIA DEL DERECHO

No deja de estar asociado con el deseo de definir o delimitar el ámbito de la teoría del derecho y el mismo concepto del derecho, el hábito de creer que los puntos de vista

de un jurista particular se exponen adecuadamente mediante el artificio de etiquetarlo bajo cierta descripción general de una clase de juristas, clasificados por algún rasgo o afinidad que resulta en sus obras. Ciertamente, hay escuelas de pensamiento y movimientos teóricos generales, pero es dudoso que se pueda describir a Marte por el mero decir que es un planeta del sistema solar. Ni se describe el sistema solar con una lista, por larga que sea, de sus principales planetas. En esto, la mera lista de nombres no es un objetivo que merezca la pena. Sin una discusión de su contexto y de las razones a ellos subyacentes una mera lista de casos resueltos por los tribunales sobre un determinado asunto no arroja ninguna luz sobre el asunto como tal. Igualmente, en teoría del derecho, un mero catálogo de nombres de juristas que han contribuido a la discusión de algún problema particular, añade poco, si es que añade algo, a una exposición y explicación válida del problema como tal.

Es cierto que por razones de comodidad y de mayor facilidad en las referencias los principales estudios de teoría del derecho adoptan clasificaciones generales del tema. Los rótulos que se encuentran con más frecuencia incluyen a las teorías del derecho natural, positivismo analítico, realismo moderno, acercamientos sociológicos, planteamientos históricos y así sucesivamente. Se advierte a los estudiantes, sin embargo, que eviten la trampa de creer que su tarea está realizada con el mero memorizar en forma de tabulación o de modo similar una lista de obras jurídicas junto a los títulos clasificatorios generales. Esto pudiera llegar, si acaso, al final de sus estudios, pero no al principio. Tales elaboraciones pueden ser útiles en el sentido y sólo en el sentido, de que son ilustrativas para el propósito de encajar las piezas del rompecabezas una vez que hayamos recorrido algún camino en la obtención de una imagen panorámica del asunto a examen. Puede entonces descubrirse que muchos, si no la mayoría, de los juristas pueden en último caso ser incluidos dentro de una categoría particular o movimiento teórico; pero presuponer que la obra de un jurista presenta ciertos rasgos que modelan su «clasificación» sería hacerle un mal servicio. Sería algo como poner la carreta delante de los bueyes. Es de la máxima importancia examinar lo que un jurista

ha escrito realmente y de una mínima significación saber el título clasificatorio que los comentaristas han colocado a sus puntos de vista.

VARIACIONES DE PLANTEAMIENTO

Es un hecho notable de la teoría del derecho el que tan diferentes ideas, tan diferentes formas de expresión, hayan sido usadas para describir lo que puede parecer una y la misma cosa. Cuando aludimos comúnmente al derecho, un significado fácilmente comprensible está usualmente unido a lo que se dice en contextos típicos tales como «¿Qué dice el derecho sobre esto?» o «Estoy estudiando derecho». ¿Por qué, entonces, toda la discusión sobre lo que el derecho sea?

La diversidad de opiniones viene de personas íntimamente conectadas con el derecho entre las cuales podría esperarse un grado mayor de consistencia. Una explicación de la falta de tal consistencia estriba en el hecho de que el análisis del derecho difiere de los tipos de análisis empleados en ciencias naturales. Una razón básica de esta diferencia se encuentra en la relación entre los métodos de investigación y el carácter del objeto a investigar. La distinción entre prescripción y descripción debe mencionarse a este propósito aunque tal distinción no será examinada en detalle hasta el próximo capítulo. La formulación de leyes es una tarea proyectiva y prescriptiva. Una ley que prohíbe algo o que confiere facultades es dictada por un órgano legislador por cierta razón y con cierto propósito tras ella. Además, esta misma regulación de la conducta de las personas es puesta en funcionamiento por personas. Las explicaciones de esta tarea y de su producto, la ley que viene así a nacer, son el resultado de descripciones. En pocas palabras, el legislador prescribe y el jurista o comentarista describe el resultado de lo que el legislador ha hecho, dentro de su más amplia descripción del fenómeno jurídico como un todo. El legislador (usado el término con referencia a todos los órganos de un sistema jurídico con poder para dictar normas) ha de tener en cuenta sin duda las circunstancias pasadas, presentes y futuras que condicionan lo que pretende con sus acciones, pero lo

que primeramente le atañe es la tarea prescriptiva de decir qué deberá suceder, siendo la descripción de las circunstancias que rodean a sus leyes de una importancia secundaria solamente. Puede perfectamente ser completamente ajeno a todo salvo a la producción de la nueva ley aunque en la práctica tal cosa sea inverosímil.

Los métodos de investigación adoptados por el jurista entregado a la tarea de describir los fenómenos jurídicos están condicionados necesariamente por la naturaleza del objeto a examen. En relación con este carácter del análisis de los datos la tarea del jurista o del teórico del derecho difiere fundamentalmente de la del exponente o comentarista en el campo de la ciencia natural. La química, por ejemplo, se establece por los métodos de investigación empleados por los químicos y por los principios elucidados con esos métodos. Los objetos que se analizan son físicos en una u otra forma de existencia física como entidades específicas. En cambio derecho no es sinónimo de ciencia del derecho, ni es una cosa o hecho físico que se preste al tratamiento analítico de las ciencias naturales. Su carácter esencialmente prescriptivo excluye tal planteamiento.

Son muy variadas las opiniones en relación con la naturaleza del derecho, las razones de su existencia como fenómeno social, las características que lo diferencian de otras formas de regulación y de otras instituciones de la sociedad, en relación también con el puesto de la moralidad en el derecho, el papel que juega o debe jugar en él la fuerza física, o las características distintivas de aquellas personas que son o deben ser autoridad legislativa, etc. Como hemos dicho, el término «derecho» puede referirse al mismo tiempo a la naturaleza de un fenómeno social y también a las vigentes previsiones de un sistema jurídico, sea en sentido general o individual. Esta variabilidad en el significado, junto a la amplia variación de contextos y de propósitos de los autores que han abordado problemas relacionados con la naturaleza del derecho, ha tenido una influencia considerable en la gran variedad de métodos que han sido adoptados en el análisis de su naturaleza. Además la conexión que cada autor tiene con el funcionamiento de un sistema jurídico particular, con la creación o administración de leyes como práctico o jurista,

con la enseñanza del derecho, o con el estudio de su naturaleza o de las filosofías referidas a él, puede ejercer considerable influencia sobre el tipo de perspectiva que da de él. Ningún jurista puede arrumbar siempre su educación, su filosofía social o su ideología. Y muchos ni lo pretenden.

Las ideologías o sistemas de valores subyacentes a las teorías tratadas en este libro resultarán obvias. El ejemplo más claro es el de la teoría marxista, que ha construido un concepto del derecho o de sus fines basado directamente en la filosofía política. No menos obvios son los valores que están en la base de las principales direcciones de las filosofías del derecho natural. Las ideas fuerza más frecuentemente implícitas tras las teorías del derecho fueron resumidas en la frase memorable del gran jurista norteamericano O. W. Holmes como «premisas básicas inarticuladas». La función del derecho como medio de regulación social implica inevitablemente el condicionamiento de la teoría del derecho por los valores inherentes a la estructura de una sociedad particular.

Hart ha comentado el considerable número de formulaciones que han sido ligadas a la naturaleza del derecho en uno u otro tiempo.¹ Entendidas en su contexto, dice, tales formulaciones pueden ser al mismo tiempo iluminadoras y desorientadoras. La luz arrojada por cada una sobre el objeto de estudio puede deslumbrarnos tanto que otros rasgos queden simultáneamente oscurecidos. Jørgensen² lleva esta observación un poco más allá cuando, tras haber dicho que «las variantes han sido innumerables como consecuencia del hecho de que los distintos autores o escuelas han insistido en una de las muchas perspectivas que pueden ser aplicadas al fenómeno jurídico», continúa: «Para el científico del derecho puede parecer natural considerar el derecho como un sistema de normas, mientras que para el político parece razonable tomarlo como un medio de gobernar y mirar a las normas jurídicas como órdenes con sanción o imperativos. Sin duda parecerá extraño a muchos a primera vista que el derecho no tenga ninguno de los contenidos firmes y cerrados que la mayoría de la gente imagina, sino que incluso no

¹ HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1961, pp. 1-6.

² JØRGENSEN, *Law and Society*, Akademisk Boghandel, Aarhus, Dinamarca, 1973, pp. 4-5.

tenga forma constante. Es, sin embargo, hoy la actitud general de casi todas las ciencias afirmar que nuestra percepción es esporádica y determinada por intereses individuales, que es imposible, por ello, dar una descripción exhaustiva de cualquier complejo de fenómenos observados, y que por el contrario tal descripción dependerá del interés para el que sirva y del planteamiento adoptado al respecto.»

Otro escritor escandinavo, el profesor Karl Olivecrona, arroja más luz sobre el problema de la definición de algo que no es, ciertamente, tangible o visible, como es el caso del derecho, y cuya naturaleza se desconoce en un primer momento relativamente.³ «Una dificultad aparece inmediatamente cuando nos proponemos dilucidar la naturaleza del derecho: la de evitar el razonamiento circular. El objeto de investigación se dice que es “el derecho” de una comunidad moderna. Pero, ¿no implica ello cierto conocimiento de lo que es el derecho? ¿Hasta qué punto puede cualquier objeto de investigación ser designado por esa expresión? Pero así la investigación parece presuponer un conocimiento previo de su objeto. Nos hallamos cogidos aparentemente en un dilema. Parecemos ser incapaces de definir el objeto de investigación sin que nos sea ya claramente familiar. No es sorprendente por ello que las obras que tratan sobre la naturaleza del derecho comiencen con frecuencia con una definición del concepto del derecho. Si no se da una definición, usualmente se presupone un concepto del derecho como necesario punto de partida». ¿Dónde, entonces, puede ser encontrado un punto de partida desde el que comenzar nuestras investigaciones sobre la naturaleza del derecho? Olivecrona continúa:

«Pudiera ser posible aquí, como en otras ramas de la ciencia, definir el objeto de investigación sin anticipar el resultado. Es decir, delimitar las cuestiones sin hacer ninguna presunción sobre la respuesta... El lenguaje común y el contenido de la mentalidad común puede servir como punto de partida para nuestra investigación. Tenemos cierto conocimiento inmediato de las cosas igual que la gente tenía cierto conocimiento inmediato de los fenómenos celestes desde el cual se inició algún día el estudio del relámpago. Poseemos,

³ *Law as Fact*, Stevens and Sons, Londres, 2.^a ed. 1971, pp. 1-6.

por tanto, las necesarias bases fácticas desde las que la investigación puede proceder.

»El curso de la investigación puede ser orientado en diferentes direcciones. Una posibilidad es estudiar la mentalidad común en sí misma, mediante el análisis de sus nociones y el trazado de su historia. Esto puede llevar a un conocimiento más extenso de nuestras ideas concernientes al "derecho" y del lenguaje usado para expresarlas. El objeto de la investigación podría ser descrito así como ideología jurídica. Otro posible curso es ir más allá de la mentalidad común y preguntar qué realidades empíricas encontramos donde se aplican las nociones del derecho. Tal investigación no está relacionada con la ideología sino con hechos objetivos... Un tercer curso de investigación sería empezar con las teorías sobre la naturaleza del "derecho" e intentar averiguar su parte de verdad... De los tres caminos de investigación el último ofrece ciertas ventajas. Es mejor arrancar de las ideas más precisas de juristas y filósofos avezados que de las nociones más vagas de la mentalidad común. El punto de partida será entonces la situación actual de la teoría del derecho.»

Aunque en este momento, cuando está siendo considerada la variedad de planteamientos del análisis del derecho, son instructivos, los puntos de vista de Olivecrona serán examinados en el capítulo 6 para ver hasta qué punto él mismo no está haciendo ciertas presuposiciones arbitrarias.

El problema de la naturaleza del derecho se nos muestra aún más notorio cuando recordamos que ha constituido una fuente de discusiones eruditas entre juristas y filósofos distinguidos durante mucho tiempo; desde luego desde los primeros tiempos del mundo griego hasta nuestros días. Un autor ha ofrecido una solución útil al menos para una parte importante del problema de las diferencias de actitud de los juristas.⁴ Sugiere que la variedad de planteamiento y algunos de los más importantes desacuerdos entre los juristas pueden ser atribuidos a un error de apreciación de la relación entre lo que pueden llamarse «conceptos del derecho», «ideas jurídicas» y «teorías del derecho». El concepto básico de un científico del derecho o lo que, para él, es derecho,

⁴ KING, *The Concept, the Idea and the Morality of Law* (1966) 24 C.L.J. 106.

puede llamarse su concepto del derecho. Cualquier otra descripción explicativa relativa a la naturaleza de ese concepto del derecho que no pueda ser deducida o inferida de ese concepto en sí mismo se llama su teoría del derecho. Una idea del derecho sirve para describir el modo en el cual un concepto del derecho funciona como guía práctica para la acción: aceptarla significa aceptar la guía para la acción que implica. Sobre la base de estas distinciones, que pueden ser aplicadas al estudio de la obra de un jurista que investigue el fenómeno «derecho» se emite la siguiente proposición: «Se ha sugerido como hipótesis que la tendencia de los científicos del derecho es presuponer su propio concepto del derecho y presumir que el de los demás autores expresa una teoría del derecho pretendidamente aplicable al derecho propio de uno. Las teorías supuestas de los otros son, de acuerdo con ello, literalmente insuficientes, cuando no simplemente falsas».

Como en los capítulos que siguen no se utilizará ninguna fórmula ideal para comparar los distintos planteamientos del análisis jurídico, será útil recordar que el concepto del derecho adoptado explícita o implícitamente por cualquier jurista condiciona substancialmente su exposición. Aunque el uso de un planteamiento del tipo indicado pudiera dar como resultado cierta aridez en el estudio si lo aplicamos separadamente a cada análisis del derecho que veamos, su empleo en la comparación generalizada de las diferentes actitudes de los juristas puede ser muy fructífero. Este método particular de análisis comparativo puede ser útil una vez que el lector se haya familiarizado con un considerable número de los más importantes puntos que se contienen en los análisis del derecho que serán discutidos en los siguientes capítulos.

Las diferencias de opinión en teoría del derecho no son siempre explicables en términos de fórmulas analíticas fijas. Puede concebirse que un jurista o comentarista de teoría del derecho pueda rehusarse completamente a aceptar que los conceptos o explicaciones de otro tengan valor alguno y base su crítica únicamente en esto. Un análisis del derecho puede pretender ser superior a otro simplemente sobre la base de un mal entendimiento de la naturaleza y el propósito del otro. Una teoría del derecho puede contener inconsistencias internas. Un jurista puede empezar por plantear ciertas pre-

guntas y terminar con algo, incluso en forma de conclusiones, que realmente no esté relacionado con las cuestiones que se han planteado.

En este libro no se adoptará ningún planteamiento formal para delimitar y comparar las contribuciones al conocimiento jurídico. Sería desorientador formalizar la solución de problemas y conflictos que el lector apetecerá resolver por sí mismo. En la medida en que es posible en un texto introductorio como éste, se pondrá atención tanto en las similitudes como en las diferencias entre cierto número de análisis de la naturaleza del derecho. Si se consideran unas con exclusión de las otras existe el peligro de perder ciertos rasgos muy notables del problema que nos ocupa.

Un acercamiento comparativo a cualquier rama del estudio del derecho que, al mismo tiempo, compare y contraste principios y conceptos puede conducir a una mejor comprensión panorámica. La exposición de una teoría sobre la naturaleza del derecho contrastada con la de otra puede dar significado y vida a ambas. Los capítulos que siguen comparan y contrastan los planteamientos de ciertos juristas cuyas contribuciones pueden ser consideradas útilmente en sus relaciones recíprocas. Se dará una descripción general de cada teoría y se prestará una atención particular a los diferentes modos en que se relacionan. Aunque hay algunas excepciones, los puntos de vista que se discuten se sitúan por orden cronológico. Las primitivas teorías del derecho natural representan probablemente la más antigua fuente de teoría del derecho, y las consecuencias jurídicas de la doctrina marxista representan uno de los más importantes y significativos desarrollos del pensamiento jurídico reciente. Sobre la base de los desarrollos que se estudien se espera que el lector esté en situación de formar una valoración equilibrada de cada una de las teorías del derecho que se consideran. Al final puede ser capaz de juzgar si el análisis del derecho, sus conceptos y métodos, han progresado y por que vías lo han hecho. Se pretende que al final de este proceso de yuxtaposición de teorías del derecho, el lector sea capaz de situarse en cualquier estadio del desarrollo trazado y ver en perspectiva lo que hay tras él y delante de él. Una vez que la relación entre

unas y otras teorías del derecho se haya apreciado el lector estará mejor capacitado para aplicar su sentido crítico a cada una.

LOS USOS DE LA ANALOGIA

El estudio de diferentes análisis de la naturaleza del derecho tiene que incluir la discusión y comparación de doctrinas y conceptos que pueden estar muy alejados de la experiencia cotidiana, incluso de la experiencia del funcionamiento cotidiano del derecho. El expediente de la analogía se emplea frecuentemente por juristas, así como por profesores y estudiantes en orden a facilitar la comunicación de las ideas. Las analogías pueden ser usadas en nuestro campo para enlazar una idea o un concepto difícil de apreciar inicialmente con alguna otra idea o conjunto de hechos más familiares. Al relacionar así una cosa o idea con otras, o, más usualmente, un conjunto de ideas con un conjunto de cosas o una serie de acontecimientos, la idea inicialmente difícil resulta asimilable a algo que parece, o bien obvio, o por lo menos más fácilmente comprensible. El mal uso de la analogía es, sin embargo, un peligro para cualquier discusión. Las analogías pueden ser usadas con gran utilidad para la clarificación de distinciones y conceptos difíciles. Una gran comodidad puede derivarse del descubrimiento de un lazo entre lo abstracto complejo y lo familiar concreto. Pero hay que tener cuidado. Cualquiera que pueda ser la atracción y aparente utilidad de las analogías, pueden resultar engañosas en relación con el punto que es explicado. Incluso cuando una analogía no es inicialmente desorientadora existe el peligro de deslizarse —incluso con lógica perfecta— de una faceta del artificio explicatorio a la otra de modo tal que se distorsione el tema. El punto que necesitaba originariamente ser explicado puede ser perdido de vista. Debemos, pues, guardarnos de extender las analogías más allá de su usualmente restringida utilidad y, paralelamente, de dejar de creer en una idea que es explicada a través de la analogía simplemente porque la analogía particular elegida no es apropiada para ese propósito.

VARIEDADES DE CRITICA

Ha sido afirmado por algunos de los que han estudiado los aspectos de las varias teorías sobre la naturaleza del derecho que la opinión de alguien sobre un punto determinado es tan buena como cualquier otra. Esto puede ser cierto, especialmente en la valoración de algunas aproximaciones muy diferentes al análisis jurídico, pero es cierto solamente cuando la afirmación es sometida a dos importantes matizaciones: primera, las opiniones en cuestión deben ser consideradas en su totalidad y suficientemente razonadas; y segunda, es esencial que uno haya entendido el alcance de los puntos de vista de los otros y esté realmente tratando del mismo problema. Ya se ha mencionado un método para poner de manifiesto las posibles causas de confusión. Afirmar que la crítica a los puntos de vista de los demás tiene que ser razonada y sopeada puede parecer obvio, pero el coste de ignorar tales salvedades es la confusión.

Aquellos que estén familiarizados con la crítica literaria apreciarán el modo en que pueden ser aplicados distintos criterios cuando una persona trata los escritos de otra. Dos métodos principales pueden encontrarse para criticar cualquier texto, ya se dirija la crítica a valorar la forma, el contenido o una mezcla de ambos. El primero es considerar si el tema es digno de ser tratado en términos absolutos en el contexto particular en que se ha dado. El segundo es analizar si ha alcanzado el objetivo pretendido por el autor. Cuando las contribuciones a cualquier campo del conocimiento, arte o literatura son criticadas a la buena de Dios sin prestar atención al objetivo que el autor pretende alcanzar, se ignora con cierto detrimento la segunda forma de crítica. Aplicado a nuestro campo presente, esta última forma de crítica examina hasta qué punto un jurista ha conseguido lo que se proponía hacer, desde sus propios presupuestos y en su terreno. Por el contrario, el otro método, inquiriere hasta qué punto el objeto propuesto estaba justificado y era digno de tratarse, en términos de los criterios y opiniones que la crítica proporciona aún antes de enfrentarse con la obra que se pretende evaluar.

Esta diferencia de planteamiento expresa la distinción

entre análisis subjetivo y análisis objetivo. La crítica basada en el análisis del grado de éxito alcanzado «en su propio terreno» por un autor tiende a ser mucho más objetiva que el otro método, que puede conducirnos más bien a la expresión de inclinaciones y puntos de vista personales, a una afirmación dogmática de los puntos de vista de un autor más que a una evaluación ponderada del mérito de los de otro. Las posibilidades de una valoración objetiva son claramente mayores en el caso de análisis del derecho que tienen mucho en común pero que difieren en la presencia o ausencia de algún ulterior rasgo substancial, o en el énfasis que cada uno da a los comunes elementos constitutivos. En el caso de teorías del derecho separadas por amplias diferencias ideológicas, la tarea tanto del comentarista como del estudiante resulta más compleja si las «premisas fundamentales inarticuladas» antes mencionadas permanecen inarticuladas.

LA TERMINOLOGIA DE LA TEORIA DEL DERECHO

El lenguaje del derecho es necesariamente rígido y tiene una terminología substancial que no es parte del lenguaje cotidiano. El lenguaje de la teoría del derecho también posee su propio vocabulario especializado en función de la naturaleza de los fenómenos que se investigan. No surgen grandes problemas para el estudiante a este respecto, pues pronto acaba por acostumbrarse a la terminología «normativa» exigida por el carácter normativo del derecho. Los conceptos de regla, norma, regulación, poder, sanción y prescripción se encuentran comúnmente en la teoría del derecho. Los términos aplicados a los métodos de investigación jurídica, tales como «realismo» o «positivismo analítico» se explican frecuentemente por sí mismos y resultarán pronto familiares en la medida en que ello sea necesario. Tales clasificaciones son, como se ha dicho, de importancia secundaria en relación con lo que un jurista ha escrito realmente.

Aquellos conceptos inicialmente difíciles de comprender por el modo como están expresados pueden, por elucidación y exposición, ser reducidos con frecuencia a un lenguaje muy

sencillo. Pero ello no quiere decir que toda ciencia o área de conocimiento pueda evitar sus propios términos «taquigráficos». Uno de los patentes beneficios de los términos taquigráficos es evitar los largos circunloquios. Incluso la tarea de un principiante en teoría del derecho se verá con ellos facilitada, dando por supuesto, claro está, que los modos de expresión adoptados para describir fenómenos jurídicos no son demasiado crípticos. Una vez dominadas como deben las expresiones básicas de la teoría del derecho, su terminología, ya se aplique a teorías sobre la naturaleza del derecho en general o al análisis de conceptos jurídicos particulares dentro de ella, tales como negligencia, posesión o sociedad, no es más complicada que la de cualquier otra rama del estudio del derecho.

A pesar de todo, esto no quiere decir que las exposiciones de ciencia o teoría del derecho sean siempre reducibles a un lenguaje de legos. La teoría del derecho más compleja puede ser explicada con una aparente simplicidad, pero de hecho su simplificación excesiva puede acabar en la distorsión y la confusión. La capacidad para razonar lo bastante —y con la suficiente paciencia para aprehender la esencia misma de la teoría— debe acompañar al dominio de la terminología particular. Ciertas partes del derecho son comprendidas más fácilmente que otras porque se refieren a experiencias más comunes de los hombres. La teoría del derecho puede parecer más difícil de comprender por la sencilla razón de que con frecuencia está relacionada con materias que no son parte del normal transcurrir de la vida cotidiana —sea del hombre común, del abogado o del estudiante de derecho.

LA ARGUMENTACION EN TEORIA DEL DERECHO

Las últimas advertencias de este capítulo tienen también relación con las observaciones hechas anteriormente sobre las definiciones en teoría del derecho y la terminología que lleva aparejado su estudio. La discusión necesita un punto de partida; pero los términos de referencia iniciales no deben ser tratados como definiciones. Las conclusiones sobre la natu-

raleza de los problemas a los que están conexionados no deben ser deducidos automáticamente de esos términos de referencia. No están ni proyectados ni necesariamente ajustados a ese propósito. A pesar de ello, desde el momento en que es necesario un punto de partida para la discusión para que un intercambio de argumentaciones alcance cierto nivel, la conocida exhortación a «definir los propios términos» debe ser mirada con cierto recelo. Un término tiene que ser explicado con referencia a otro u otros, y éstos a su vez necesitan su propia «definición». La definición constante de los términos produciría un regreso al infinito. Puede encontrarse en el curso de una discusión que los términos nuevos pueden ser substituidos adecuadamente por términos antiguos. Ello no significa, sin embargo, que la definición perfecta del uso de conceptos y su correspondiente terminología deba ser conseguida al principio de todo debate. Ello puede incluso no ser posible, pues siempre existirán personas con actitudes divergentes.

Las palabras son adecuadas —e incluso necesarias— para la expresión del pensamiento, y ningún concepto puede ser comunicado sin ellas. Pero no pueden ser tratadas como substitutivos del pensamiento: son los siervos y no los amos. Para poner un ejemplo sencillo: si una demanda por daños civiles derivados de culpa o negligencia es rechazada porque «no cabe dudar de la diligencia por parte del acusado», ello expresa simplemente una conclusión. Ninguna de las razones fundamentales que llevan a esa conclusión se mencionan; no hay nada mágico en los propios términos.

De vez en cuando nos encontramos con el alegato de que la discusión de tal problema es una «mera cuestión de palabras», y esos argumentos verbales son frecuentemente asociados a la acusación de bizantinismo. En cualquier campo en el que se examinen cualesquiera conceptos complejos, cierta precisión en el uso del lenguaje es necesaria si se pretende dar cuenta satisfactoriamente del tema. En todo caso las consideraciones relativas a las palabras y al uso del lenguaje no son en absoluto por necesidad puramente verbales ni están basadas sobre el terreno poco firme de las puras palabras. El lenguaje es nuestro medio de expresión, pero las raíces de nuestros argumentos y análisis descansan, no

en las palabras mismas, sino en las nociones que aguardan expresión verbal.

A pesar de su título, la teoría del derecho se refiere en último término a problemas que existen físicamente, aunque la mayoría de los juristas insisten en que un estudio de relaciones físicas o causales es insuficiente si no se le añade un análisis normativo de relaciones aptas para dar cuenta de su especial carácter jurídico. La teoría del derecho no se ocupa del «puro teorizar». Pudiera, sin embargo, caer en esa trampa y transformarse en una pura vaciedad si la teoría se erige sobre el fundamento inadecuado de una definición preconcebida y exclusivista que elimine de antemano la discusión fructífera posterior. Se ha esgrimido la opinión de que la cuestión de si el derecho internacional es o no realmente derecho es una mera cuestión de palabras y que los que adoptan diferentes puntos de vista sobre su naturaleza están participando en una disputa verbal. La cuestión de si ese tipo de derecho es realmente derecho parece para algunos haber sobrevivido sólo porque una cuestión trivial sobre el significado de las palabras se ha confundido con una cuestión seria sobre la naturaleza de las cosas.⁵

Un estudio del carácter del derecho internacional pudiera desde luego no compensar si hubiera sido construida ya una definición *a priori* del concepto de derecho que excluyera necesariamente ese área de regulación. Prescindiendo de esa posibilidad, es muy difícil estar de acuerdo con la proposición de que la discusión sobre su naturaleza es una mera cuestión de palabras. Cualquiera que sea la terminología utilizada, el problema de la naturaleza del derecho internacional en comparación con el nacional o interno permanece ahí y merece una explicación. Pueden derivarse de ella cuestiones tanto prácticas como teóricas, exactamente lo mismo que pueden derivarse en relación con el problema de si una norma totalmente injusta merece llamarse «derecho». El problema en este último ejemplo es todo menos verbal, pues de su solución pueden depender agudos problemas de obediencia y castigo. Además, el lenguaje sólo puede ser apto para transmitir el significado del objeto de estudio a que se re-

⁵ HART, *The Concept of Law*, O.U.P. 1961, p. 209.

fiere si es examinado a la luz de factores como la ideología o el ambiente social del escritor cuyos puntos de vista están a debate. Lo que pueden parecer puras sutilezas de uso del lenguaje pueden quizás afectar al significado que se pretende transmitir.

Puesto que no puede llegarse a un método directo y concluyente de definición en nuestra materia, debe ponerse atención en la máxima precisión de expresión con el fin de ofrecer una más precisa exposición de los conceptos y de las ideas mismas. El cuidado consiguiente que debe tenerse con el uso de lenguaje es todo menos puramente verbal. Las palabras son herramientas indispensables para fijar y comunicar las ideas jurídicas, e incluso un ataque sobre las palabras puede, en última instancia, estar agazapado tras las palabras.

Muestra como solía el problema al que nuestro discurso se dirige podría haber sido (James Fould).

La variedad de cuestiones que pueden plantearse sobre el derecho es mayor de lo que parece a primera vista. La palabra «derechos» se usa en muchos contextos muy diferentes, y tales contextos están relacionados entre sí por igual variedad de caminos, algunos directos, otros más complejos. Las palabras de Pound son de general aplicación a los temas de que este libro trata. Sirven para indicar tanto que la formulación particular de un problema condiciona la forma y el contenido de la respuesta, como que lo que encontramos se halla inevitablemente inducido por lo que estamos buscando. Es de esperar que los términos de referencia de una respuesta no sean ni mucho más amplios ni mucho más estrechos que los de la pregunta.

La palabra «derechos» se usa comúnmente para hacer referencia a cierto tipo de regulación que gobierna nuestras acciones y nuestros asuntos y que implica algo más que una mera reprobación o censura social en el caso de que traspasemos los límites permitidos, sea cual fuere la amplitud con que esos límites puedan ser interpretados. Dentro de este sistema de reglas hay ciertas personas que se hallan oficial-

¹ Pound, *Natural History Law and Positive Natural Law* (1967) § NLP, 72.

Para el ser examinado a la luz de factores como la ideología
 o el ambiente social del escritor cuyos puntos de vista están
 a debate. Lo que queda por hacer es intentar de modo
 tan imparcial como sea posible el significado que se pretende
 transmitir. Pero no hay que olvidar que el autor de un
 escrito que se puede leerse a un tiempo mismo y con
 claridad de definición en el mismo momento de su lectura
 con en la misma precisión de expresión con el fin de que
 sea más precisa expresión de los conceptos y de las ideas
 mismas. El lenguaje cotidiano que debe tenerse en cuenta
 de lenguaje es todo un mundo de palabras y frases
 que pertenecen a la cultura popular y común. Las
 ideas jurídicas e incluso un lenguaje jurídico pueden
 ser diferentes a las palabras que se emplean al
 hablar con el día y a los vocablos de otros tiempos
 tan diferentes puntos de vista de otros tiempos
 participando en una disputa verbal. La cuestión de si un
 verbo usado en un sentido es o no es o no es
 de derecho es realmente de hecho. Pero es obvio
 que la distinción no puede ser hecha con precisión
 sobre la naturaleza de las cosas.¹

Un estudio del carácter del derecho legislativo puede
 desde luego no compararse al lenguaje que se usa en
 un lenguaje que se emplea en un lenguaje que se
 necesariamente en un lenguaje que se emplea en
 posibilidad es muy difícil de tener en cuenta la
 posición de que la distinción sobre la naturaleza de
 cuestión de palabras. Cualquiera que sea la distinción
 de la distinción de la distinción de la distinción de
 en comparación con el lenguaje que se emplea en
 y merecen una explicación. Pueden decirse de sí
 que tanto prácticas como teóricas. Pero es obvio
 que tanto en la práctica como en la teoría nada
 que no se puede en la distinción de la distinción
 una distinción de la distinción de la distinción de
 problema en este último ejemplo es todo un mundo
 de lenguaje que se emplea en un lenguaje que se
 su solución pueden depender de la distinción de
 de la distinción de la distinción de la distinción de
 de la distinción de la distinción de la distinción de

¹ *See The Concept of Law*, OUP, 1961, p. 33.

CAPÍTULO 2

Derecho natural y positivismo

I

Nuestra concepción del problema al que nuestro discurso se dirige moldea ambas cosas (Roscoe Pound).¹

La variedad de cuestiones que pueden plantearse sobre el derecho es mayor de lo que parece a primera vista. La palabra «derecho» se usa en muchos contextos muy diferentes, y tales contextos están relacionados entre sí por igual variedad de caminos, algunos directos, otros más complejos. Las palabras de Pound son de general aplicación a los temas de que este libro trata. Sirven para indicar tanto que la formulación particular de un problema condiciona la forma y el contenido de la respuesta, como que lo que encontramos se halla inevitablemente influido por lo que estamos buscando. Es de esperar que los términos de referencia de una respuesta no sean ni mucho más amplios ni mucho más estrechos que los de la pregunta.

La palabra «derecho» se usa comúnmente para hacer referencia a cierto tipo de regulación que gobierna nuestras acciones y nuestros asuntos y que implica algo más que una mera reprobación o censura social en el caso de que tras-pasemos los límites permitidos, sea cual fuere la amplitud con que esos límites puedan ser interpretados. Dentro de este sistema de reglas hay ciertas personas que se hallan oficial-

¹ POUND, *Natural Natural Law and Positive Natural Law* (1960) 5 N.L.F. 70.

mente autorizados o a las que les es permitido administrar las disposiciones jurídicas, y en ocasiones tienen la obligación de hacerlo. De tales personas acostumbramos a esperar ciertos actos que pueden producir un cambio en nuestra situación jurídica. En algunos casos provocamos nosotros mismos tales cambios, como cuando, por ejemplo, firmamos un contrato. En otros, aceptar el cambio de las relaciones jurídicas es una cuestión de necesidad, como cuando se entablan relaciones con una compañía de servicio público para el suministro de agua, electricidad o gas, sin que nos sea posible optar por otra alternativa para abastecernos. En otros casos, todavía, una persona puede estar sujeta a cambios en su situación jurídica o *status* aún cuando hubiera querido evitarlos, como cuando una multa o una sentencia de prisión es impuesta. El derecho permite tanto como prohíbe. Más tarde veremos que esta simple observación puede suponer una substancial diferencia entre las aptitudes relativas de dos teorías sobre la naturaleza del derecho para explicar las funciones generales de un sistema jurídico típico.²

Cuando hablamos del derecho, o de las leyes, a las que nuestra conducta está sujeta, estamos haciendo referencia al contenido específico de un cuerpo existente de preceptos legales que han sido y están siendo producidos en gran medida como resultado de las actividades de una legislatura y un conjunto de tribunales de justicia; decimos, como abogados o como particulares, que «en tal y tal cuestión el derecho dice esto». Tales enunciados se refieren a lo que puede ser llamado el «contenido específico del derecho positivo». Desde este punto de vista el derecho como un todo consiste en una gran cantidad de disposiciones jurídicas individuales o leyes. Por el contrario cuando hablamos de un sistema jurídico fijamos la atención más bien en su carácter sistemático, y todas las observaciones que se hacen sobre él se referirán probablemente más a su carácter general que al caso particular. Todavía pueden encontrarse otro uso en una expresión como «el imperio del derecho» (*The rule of law*). En este contexto la palabra derecho sirve para expresar cierto número de ideas, algunas vagas, otras muy concretas, que

² Ver *infra*, capítulos 4 y 5.

van desde la libertad del juez frente a las intromisiones políticas hasta juicios generales de valor acerca de la equidad o la igualdad.

La teoría del derecho trata de problemas relativos a la naturaleza del derecho. Como tal se ocupa más del carácter del derecho o del sistema jurídico que de su contenido, las disposiciones específicas en sí mismas. Sin embargo, cualquier explicación adecuada de la naturaleza del derecho tendrá obviamente que incluir el funcionamiento y administración de las disposiciones jurídicas particulares de un sistema jurídico. Esto puede ser hecho de varias maneras, cada una de las cuales acentúa uno o más aspectos particulares del modo como operan las leyes positivas. Algunos análisis dan un énfasis especial a los poderes y posición del cuerpo legislativo, otros a los de los tribunales, algunos a la actitud del público sometido al derecho, y otros a los valores morales y sociales que las leyes pretenden reflejar y fomentar. En análisis del derecho como éstos, los métodos de enfoque conocidos generalmente como «teoría del derecho natural», «positivismo» y «realismo» tienen todos algo que ofrecer digno de atención y sin embargo todos ellos exigen competitivamente, a veces conflictivamente, ser reconocidos. Sus respectivas contribuciones se sitúan frecuentemente sobre el telón de fondo de las críticas a uno o a todos los demás métodos. Los mismos nombres que se han dado a estos enfoques parecen portar en sí una pretensión de superioridad o de verdad. Un uso del término «ley» (*law*) * escasamente aludido es el que se refiere a leyes tales como las de la gravedad o del movimiento. Son parte de las leyes físicas de la materia y del universo, llamadas también, con otro término, «leyes de la naturaleza». Se refieren a, y explican, las relaciones de causa y efecto existentes entre los objetos del mundo físico. Tales relaciones no son creadas por el hombre al modo como lo son las leyes de un ordenamiento jurídico, pues todo lo que el hombre hace es obtener conclusiones sobre la base de su observación de los procesos causales y proponer explicaciones de lo que de hecho acontece. Su trabajo puede en mu-

* La lengua inglesa utiliza la palabra *law* para referirse indistintamente a «derecho» y a «ley». (N. del T.)

chos casos ser predictivo o anticipatorio en cuanto que sus observaciones pueden constituir la base de predicciones sobre lo que sucederá en el futuro. A diferencia por tanto del legislador que crea realmente leyes para el gobierno y regulación de sus súbditos, el científico natural está entregado a una tarea descriptiva y no prescriptiva. Cuando un científico natural dice que algo debe suceder, quiere decir que probablemente sucederá en el futuro a juzgar por lo que él ha observado ya. En el caso de un legislador (término bajo el cual podemos, por el momento, incluir a los jueces, que también crean o dictan parte del derecho) la situación es diferente. Es en cierto sentido una situación inversa, pues lo que acaece es una razón para el enunciado del científico sobre lo que debe suceder, como cuestión de probabilidad, mientras que en las actividades prescriptivas del legislador, la prescripción de que cierta manera de actuar o estado de cosas debe producirse proporciona ella misma una razón para lo que puede de hecho ocurrir como resultado de ello. En este último caso además el elemento de probabilidad puede ser mucho menos claramente determinable.

Cierto número de distinciones importantes surgen de esta simple comparación de la ciencia empírica o casual con el proceso legislativo y la ciencia del derecho. Una de ellas es la distinción entre las funciones descriptivas y prescriptiva de un investigador. Es una distinción muy frecuente en toda discusión de teoría del derecho. Relacionada con ella está la diferenciación entre elementos retrospectivos y prospectivos en el análisis. Y todavía hay otra distinción, aún más importante entre causalidad y lo que ha sido denominado «imputación»,³ la diferencia entre relaciones causales y relaciones «normativas». Mientras que la palabra «debe» puede ser usada con ambigüedad en relación con la probabilidad de un acontecimiento fáctico para expresar el efecto probable de una causa gene-

³ Kelsen, *Pure Theory of Law*, cap. 3, parte 18-22; ver infra, cap. 6 en general. La nota se refiere a la traducción inglesa de la 2.ª ed. alemana *Reine Rechtslehre*. Franz Deuticke, Viena, 1967, de la que no existe traducción española. Puede verse las traducciones españolas a la 1.ª edición alemana, obra más divulgadora y menos extensa que aquella 2.ª edición, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires 1960 (y múltiples reimpresiones) y *La Teoría Pura del Derecho*, Editora Nacional, México, 2.ª ed. 1974, esta última traducción más precisa (N. del T.).

ralmente conocida, tiene otro significado cuando se aplica al derecho, especialmente cuando sale de la boca del legislador. En tal contexto «debe» se usa para expresar lo que ha de pasar, lo que deberá o debe de pasar. El uso de tales términos para expresar la naturaleza prescriptiva de la reglamentación es común a los enunciados de, o sobre, derecho y a los enunciados de, o sobre, moral. Es claro que las esferas del derecho y de la moral no coinciden necesariamente, aunque las exhortaciones morales y las jurídicas puedan hacerlo en ciertos casos. Existen muchos delitos que son mirados generalmente como ofensivos para la moral. Tal es el delito de asesinato. Igualmente no se debe robar, y el robo también se reputa inmoral, aunque algunos casos puedan ser mirados como menos inmorales que otros, y el robo en general pueda reputarse menos inmoral que el asesinato. Sin embargo, pueden variar las opiniones sobre las dos valoraciones. En segundo lugar, hay delitos (de un tipo que prolifera en los tiempos actuales) que son de naturaleza funcional como las infracciones de aparcamiento y las medidas penales en normas de naturaleza administrativa, y que son contrarios a las estipulaciones legales pero no a las morales. Pero aún en relación con tales infracciones penales pudiera pensarse que todo delito por muy técnico que sea, es inmoral, aunque lo razonable de tal creencia pudiera disminuir a la vista de la plétora de infracciones de pura responsabilidad por negligencia en nuestro derecho, estando la duda originada más en la ausencia de condiciones mentales para la responsabilidad que simplemente en el número de tales infracciones. En tercer lugar hay actividades ampliamente reputadas contravenciones a la moralidad pero que no son objeto de prohibiciones penales jurídicas, siendo en Inglaterra el ejemplo más notable el adulterio. En tales casos no hay un «no se debe»⁴ legal aunque puede haber un fuerte «no se debe» como cuestión moral.

Una conclusión justificable de estas breves consideraciones sobre la relación entre las reglas jurídicas y las morales es que el *deber* jurídico y el *deber* moral, aunque pueden coincidir en alguna medida, son diferenciables por su carácter o naturaleza. En ambos casos, sin embargo, su naturaleza pres-

⁴ Aunque existe en algunos estados norteamericanos.



criptiva debe ser distinguida de lo que sucede en la práctica, de lo que podemos llamar el «es».

El estudio de la teoría del derecho implica la consideración de un *es* y de tres diferentes significados de *debe*.⁵ El *es* connota la existencia de algún hecho o conjunto de hechos determinable por observación y experimentación, a través de medios empíricos. La primera connotación del *debe* se refiere a la probabilidad fáctica. La segunda connota un *debe* moral. Expresa lo que debe suceder como cuestión moral. No describe lo que probablemente pasará. Pero, no obstante, lo que ha sucedido en el pasado influirá mucho en el contenido particular del *debe* moral. De lo contrario tal *debe* moral no estaría relacionado con la existencia física del hombre, sus necesidades, sus aptitudes o sus limitaciones.⁶ El tercer *debe* es el *debe* jurídico, un *debe* normativo o prescriptivo que también tendrá una relación probable con lo que ha sucedido en el pasado aunque no necesite tenerla.⁷ Este *debe* puede tener connotaciones morales, aunque tampoco necesariamente. Puede distinguirse de la moral en dos aspectos. En primer lugar el contenido jurídico positivo que incorpora este *debe* puede ser verificado mediante un examen práctico relativamente directo y puede en principio ser cambiado a voluntad de seres humanos. En segundo lugar, a diferencia del *debe* moral, este *debe* jurídico se halla conectado de varias maneras con sanciones organizadas centralizadamente.

Tanto el *debe* moral como el jurídico tiene que ver con la regulación de seres humanos pero tienen que ver con ella de diferentes aunque complementarios modos y significan cosas distintas. Ninguno de los dos en cambio ha de ser identificado o mirado como sinónimo del primer *debe*, la predicación de probabilidad fáctica —aunque existan conexiones con él. Nuestro primordial interés recaerá sobre el *debe* normativo jurídico, aunque los otros dos tipos tendrán que mencionarse de vez en cuando a efectos de comparar y contrastar. Es esta

⁵ De aquí en adelante *es* y *debe* para facilitar la lectura.

⁶ Para algunas observaciones sobre la moralidad «positiva» de una sociedad, ver Hart, *Law, Liberty and Morality*, O.U.P., paperback, 1968.

⁷ Se dice, por ejemplo que «el Parlamento puede hacer o deshacer cualquier ley, sea la que fuere». Jurídicamente, puede hacerlo, pero las necesidades de la política práctica exigen normalmente alguna observación fáctica del asunto al que se va a dar una regulación.

relación entre el *debe* normativo del derecho y el *es* de la existencia física o de los enunciados de hecho lo que se ha demostrado como uno de los problemas más intrincados de todos los de la teoría del derecho. Es un problema que no debemos nunca dejar de tener presente, y el que ha producido probablemente la mayor controversia en este área de estudios. La cuestión de cómo han de relacionarse, si han de hacerlo, el *debe* jurídico y el *debe* moral es también de la máxima importancia y no es en absoluto fácil de responder. Las palabras de Roscoe Pound que encabezan este capítulo son valiosas en toda consideración de los varios enfoques hechos por los juristas de la relación del *debe* jurídico con la moralidad y también con los hechos.

II

LA NATURALEZA DEL DERECHO Y EL DERECHO NATURAL

El tema general de la naturaleza del derecho abarca en parte la discusión sobre la «ley de la naturaleza». De acuerdo con la ideología particular que había tras cada uno de ellos, se han usado para el mismo objeto varios títulos, tales como ley del universo, ley de Dios, ley eterna, ley de la humanidad y ley de la razón.

La pretensión fundamental de la teoría del derecho natural es que lo que por naturaleza es, debe ser. El *es* implica el *debe* como una consecuencia necesaria de su existencia. La ley de la naturaleza debe ser la ley que gobierne todas las cosas, incluso la humanidad y las relaciones humanas. La hipótesis o presunción fundamental que subyace a esta teoría es que existe una ley o cuerpo de leyes que gobierna todas las cosas, sean éstas la gravedad, el movimiento, las reacciones físicas y químicas, los instintos animales o las acciones humanas. Podría decirse que ciertas acciones y reacciones son reguladas por la ley natural y el corolario que podría añadirse es que todo aquello que se produce en contra está sucediendo contra la naturaleza. Si una piedra se dejara caer en condiciones normales de gravitación, sería contrario a las leyes de

la gravedad que se elevara por el aire. Si por casualidad sucediera podemos estar bastante seguros de que no ha sido querido por la piedra. La piedra no tiene, desde luego, razón ni posee capacidad para elegir lo que quiere hacer. Los seres humanos en cambio tienen tales facultades. A diferencia de la piedra los seres humanos no están prácticamente condenados, por necesidad fisiológica o espiritual, a seguir las leyes que fueron supuestamente dictadas para sus relaciones recíprocas. La palabra *debe* puede ser utilizada en relación con la piedra en un enunciado como «Esta piedra *debe* caer al suelo si la soltamos». Tal enunciado expresaría una mera probabilidad (aunque en este caso muy bien fundada). El *debe* en un enunciado como éste sobre un objeto inanimado pudiera muy difícilmente ser usado en un sentido normativo. En cambio el uso del *debe* normativo en relación con cualquier conducta que se supone ha sido ordenada naturalmente para el hombre es aparentemente mucho más razonable. La teoría del derecho natural supone que hay una ley (o conjunto de leyes) de la naturaleza de acuerdo con cuyos dogmas y principios todas las cosas, incluido el hombre mismo, deben comportarse.

La primera premisa de la doctrina del derecho natural es que aquello en que la ley natural consiste, debe ser acatado. Su primer problema es cómo hallar en qué consiste. Para formar una base de discusión sobre la naturaleza de la ley natural se dará un breve bosquejo de las principales características del desarrollo de la doctrina.⁸

Un rasgo distintivo de este desarrollo ha sido el papel preeminente dado a la moralidad. El papel jugado por la moral en la formulación de las teorías del derecho natural se afirma a veces expresamente pero más frecuentemente se halla implícito. A la moralidad le han sido atribuidos diferentes funciones. A veces ha sido caracterizada como el producto del contenido prescriptivo de la ley natural. Otras veces se le ha dado el doble papel de ser, no sólo ese producto, sino también la justificación, el punto de referencia de la conciencia de esos principios. En otras palabras, lo que es, debe ser, y además

⁸ Será solamente un esbozo muy breve. Para un tratamiento más amplio es preciso hacer referencia a manuales más grandes. Ver FRIEDMANN, *Legal Theory* 5.^a ed., capítulos 7 a 14; LLOYD, *Introduction to Jurisprudence* 3.^a ed., cap. 3.

debe ser así moralmente. Así el *es* y los aspectos morales y legales del *debe* normativo forman una amalgama que hace aparentemente innecesarias cualesquiera otras cuestiones sobre la naturaleza y validez de las leyes hechas por el hombre.

La ley natural debe contener principios de guía si ha de tener alguna relevancia para las leyes que los hombres dictan para regularse a sí mismos y a otros. Las grandes variaciones en los criterios de justicia y moralidad que puede observarse en diferentes épocas, entre diferentes pueblos y hasta entre diferentes individuos puede llevarnos al descubrimiento de un modelo guía predominante; ¡pero las variaciones sirven también para mostrar la dificultad de determinar lo que los principios naturales han de ser! «*Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*» son los preceptos de la ley, pero la guía que ofrecen sólo puede ser vista en la aplicación de sus principios correspondientes a casos particulares.

BREVE BOSQUEJO HISTORICO

La historia de la ley natural comienza, como tantas otras cosas, con los griegos. La filosofía griega sobre este problema tomó la forma de una búsqueda de lo absoluto, y en particular de criterios absolutos de derecho o justicia. Esta búsqueda se basaba inicialmente en la creencia en la eterna e inmutable, absoluta y sobrenatural validez de las leyes que los hombres debían obedecer. Desde luego lo que encontraron estaba en cada caso influido, quizás determinado, por lo que estaban buscando. La primera expresión real de una teoría del derecho natural en términos filosóficos data del s. VI a. C. Las leyes humanas son descritas como situadas en el orden de las cosas en virtud del poder del destino que controla todo. Si esto desde luego era una filosofía, era ciertamente muy conservadora, por no decir altamente reaccionaria, puesto que su función práctica era proveer de una justificación a las instituciones existentes por la lisa y llana afirmación de su absoluta santidad. La reacción contra este movimiento del pensamiento vino en el siguiente siglo, cuando la distinción y el posible conflicto entre las leyes y la naturaleza y las leyes hechas por el hombre fue puesta de manifiesto. Tal cosa constituyó una

suerte de revolución contra las implicaciones políticas potencialmente reaccionarias de las anteriores ideologías que podrían haber sido usadas para justificar leyes e instituciones injustificables y hasta inicuas para los criterios humanos. Es importante hacer notar que la relación entre estos dos enfoques contrapuestos sobre los problemas de las leyes humanas y las instituciones jurídicas se asemeja a la reacción del positivismo moderno contra las teorías y la doctrina relativa al derecho natural y la ley de la naturaleza, que tuvo lugar solamente hace dos siglos. Bentham mostró parecida impaciencia con las justificaciones espureas del *status quo* expresadas por Blackstone.⁹ Sin embargo en aquella época tuvo lugar una contrarrevolución en el pensamiento griego, y llegaron Aristóteles y Platón para reconstruir lo que los revolucionarios habían demolido. Desde entonces es probablemente Aristóteles quien ha tenido la más grande influencia en las doctrinas de la ley natural. Desde este tiempo en adelante es posible trazar un desarrollo más o menos continuo en la búsqueda de valores absolutos que ha permanecido como un tema principal de discusión hasta el día de hoy. Aristóteles concebía al hombre como parte de la naturaleza, parte de la materia, pero también como ser dotado con la facultad distintiva de la razón, que le hacía algo especial en el orden general de las cosas y le daba una preminencia particular. Este reconocimiento de la razón humana al mismo tiempo como parte de la naturaleza y como capacidad para la volición, discernimiento e invención, formó la base de la concepción estoica de la ley natural. Fue desarrollado por la filosofía estoica como principio ético o moral. Los estoicos argüían que la razón gobierna todas las partes del universo, y el hombre —parte de esa naturaleza universal— está gobernado por la razón; el hombre vive «naturalmente» si vive de acuerdo con esa razón. Lo que es más, sobre la base de este argumento los estoicos opinaban que era deber moral del hombre hacerlo. Así la doctrina del derecho natural alcanzó un punto en el que el es de la naturaleza universal llevaba, por la vía del ejercicio por el hombre de su razón crítica e inventiva, directamente al *debe* normativo de la conducta humana. El *debe* normativo

* Ver sección III de este capítulo.

se consideró conectado integralmente y sostenido por un *debe moral*.

Aristóteles había dado un nuevo impulso filosófico a la doctrina del derecho natural y se había desembarazado de la magia que caracterizaba a las doctrinas «prerrevolucionarias». A este panorama básico los estoicos añadieron el elemento religioso. El modo como el hombre debía comportarse naturalmente debía encontrarse no en la razón humana individual sino en la razón divina. Bajo la guía, y la indudable elocuencia, del célebre abogado de Roma Cicerón, la forma estoica de la ley natural echó raíces en la filosofía de los romanos. El *jus naturale* fue para los romanos un derecho más alto sobre el que la validez o justicia del derecho humano positivo debía ser medida, y como tal era absoluto e inalterable. La principal diferencia entre esta filosofía romana y la de los griegos fue el relativamente pequeño interés que prestaron los romanos a las creencias metafísicas y místicas. Estaban mucho más interesados en las leyes reales que podían ser consideradas susceptibles de tener vigencia en todos los rincones de su creciente imperio. El *jus naturale* se referiría, en términos estrictos, a las normas de la conducta humana supuestamente deducibles por la razón de las condiciones generales de la sociedad humana; y el término romano *jus gentium* estaba, en sentido estricto, limitado a aquellas partes del *jus naturale* que eran realmente recibidas y observadas entre los pueblos —al menos, entre los pueblos civilizados.

La siguiente gran era del derecho natural vino con las doctrinas religiosas de Tomás de Aquino. No fue difícil para los filósofos cristianos primitivos, si así lo deseaban, dar todavía otro giro a la doctrina original de Aristóteles particularizando el elemento religioso de la doctrina tal y como fue desarrollado por los estoicos. Lo hicieron mediante la identificación del Dios de la religión cristiana con la fuente del poder de la razón divina.

Una de las consecuencias prácticas más importantes de este mero desarrollo fue el elemento de revelación que facilitaba. Ahora, parte al menos del contenido específico de la ley divina podría hallarse en las escrituras reveladas y en ciertos dogmas y fuentes fundamentales como los Diez Mandamientos. En la filosofía particular de Tomás de Aquino, todas las

cosas y seres, incluido el hombre, procuran alcanzar su propia naturaleza perfecta, estipulada por la divina ordenación. La ley natural resulta así más cercana a la ley de Dios, y el *debe* normativo de las normas del recto vivir que han sido ordenadas para el hombre, obtiene un ulterior reforzamiento del *debe* moral de la moralidad cristiana. Los escolásticos (como se llamó a los seguidores de Tomás de Aquino) distinguieron entre la ley eterna y la ley natural. Desde cierto punto de vista ambas eran una parte o parcela de la misma cosa, pero diferenciables entre sí. La ley natural consistía en gran parte en la ley eterna tal y como podía ser descubierta por el hombre mediante el uso de su razón; pero, por añadidura, fueron hechas ciertas revelaciones directas de la ley divina para suministrar a las limitadas capacidades racionales del hombre un panorama más completo que el que podía por sí mismo alcanzar.¹⁰

¿Qué iba a suceder en los casos de conducta y ley humana tan particulares que eran indiscubribles en una fuente superior de derecho? Aristóteles se ocupó más de la justicia natural o absoluta que de la ley natural, pero su actitud hacia las cosas meramente arbitrarias o cuestiones de conveniencia es aplicable a ambas. Simplemente dijo: «Es evidente qué clase de cosa entre aquellas capaces de ser de otro modo, lo es por naturaleza; y qué clase lo es por convención o ley, en el supuesto de que ambas son igualmente susceptibles de ser cambiadas».¹¹ La actitud del tomismo difirió de este tratamiento de las convencionalidades por el alcance que preveía al cambio de las leyes de acuerdo con las circunstancias y necesidades humanas, siempre que tal práctica se mantuviera dentro de la esfera de lo ordenado o natural. Una cosa que la filosofía cristiana de Tomás de Aquino no hizo fue pretender la existencia de una capacidad para deducir, de los principios eternos y absolutos, una respuesta a toda cuestión concreta posible. Su contenido específico fue limitado a la ley revelada.

¹⁰ Para los escolásticos la ley eterna es la ley de Dios. La ley divina es una revelación parcial, dirigida al hombre vía la Iglesia, y es puesta en un plano semejante a la ley natural que es un descubrimiento parcial de la ley eterna mediante la aplicación por el hombre de la razón a sus inclinaciones naturales.

¹¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*.

El siguiente estadio importante del desarrollo del derecho natural llegó con su forma más secularizada, en la época de Grocio y Thomas Hobbes. Estos filósofos del siglo XVII se abstuvieron generalmente de rechazar expresamente la concepción escolástica de la voluntad divina como suprema fuente del derecho. Se concentraron más bien en la naturaleza racional de hombre, en su capacidad para razonar y para llegar a juicios racionales, el rasgo que había dominado la última filosofía griega. Grocio puso el acento, no solamente en la razón, sino en la recta razón: «El derecho natural es el dictado de la recta razón que indica que un acto entraña torpeza o necesidad moral según esté de acuerdo o en desacuerdo con la naturaleza racional del hombre, y en consecuencia que tal acto ha sido prohibido u ordenado por Dios, autor de la naturaleza».¹² Pero aunque, para Grocio, la ley natural implicaba un aspecto metafísico, le dio una función práctica en algunas partes de su obra de pionero en el campo conocido hoy como derecho internacional. En Hobbes desaparecía hasta el elemento metafísico. Su fórmula era la siguiente: «La ley natural, tal y como yo puedo definirla, es el dictado de la recta razón concedora de aquellas cosas que han de ser hechas u omitidas para la constante preservación de la vida y los miembros, en cuanto de nosotros depende».¹³

Aunque Hobbes mantuvo los términos «ley natural» y «derecho natural», rompió con la tradición anterior y formuló una escala de valores propia en la que el principio básico de la ley natural fue el derecho natural a la autoconservación. En conexión con ello estaba la patente motivación política de Hobbes de usar el derecho natural para justificar la necesidad de un legislador absoluto, un poder político dominante para proteger al pueblo en general de sí mismo y de sus propias debilidades. Con este paso la doctrina del derecho natural fue despojada de su carácter religioso y metafísico y, en Inglaterra al menos, se desarrolló dentro de un movimiento de teoría política que tuvo solamente tenues conexiones con su desarrollo durante la era del escolasticismo. La filosofía

¹² *De Jure Belli ac Pacis*.

¹³ *De Cive*. Nótese, sin embargo, que Hobbes considera a los principios de la ley natural como privados de todo poder real, en contraposición con el derecho positivo. En cierto sentido era un positivista.

utilitarista —la mayor felicidad para el mayor número— de los escritos de Hobbes ejerció sin duda influencia en el utilitarismo de Bentham; pero Bentham, como veremos,¹⁴ exigía un total rechazo de las doctrinas de la ley natural y de los derechos naturales. Las tres principales características de la historia de la teoría del derecho natural trazada hasta aquí pueden ser resumidas así: Los filósofos griegos y romanos derivaron este derecho de la naturaleza universal, los teólogos medievales y modernos lo encontraron en la naturaleza divina, y algunos filósofos seculares lo descubrieron en la misma naturaleza humana.

ALGUNAS ACTITUDES MODERNAS RESPECTO AL DERECHO NATURAL

La flexibilidad o ambigüedad, según los casos, de las doctrinas del derecho natural constituye al mismo tiempo una ventaja y una desventaja. La ventaja descansa en su pretendida aplicabilidad universal, pero pueden adolecer de falta de precisión o de falta de referencia específica a problemas particulares. En parte debido a este inconveniente y en parte al manifiesto incremento de la complejidad de los modernos sistemas jurídicos, las versiones actuales de las teorías del derecho natural han tendido a hacerse más fragmentarias comparadas con algunas versiones tradicionales más antiguas. Se han diluido o fragmentado: diluido en el sentido de que las viejas pretensiones de validez eterna y universal no se plantean siempre con tanta fuerza, y fragmentado en el sentido de que a ciertos aspectos más específicos de la naturaleza de las leyes se les presta una atención superior, como por ejemplo a la estructura de la legislación o al contenido mínimo de las leyes.

El advenimiento del positivismo moderno ha sido la causa de muchos replanteamientos en el terreno del derecho natural. Los iusnaturalistas deben mucho más que simples discusiones verbales a las exigencias del positivismo. Uno de los principales defensores modernos de las doctrinas del derecho

¹⁴ Ver *infra*, sección III del presente capítulo.

natural es el prof. D'Entrèves¹⁵ que, en relación a los problemas del análisis de la naturaleza del derecho, dice:¹⁶ «La respuesta positivista es sacrificar el *debe* al *es*; la del iusnaturalista sacrificar el *es* al *debe*; seguramente el problema estriba en expresar cómo el derecho contiene al mismo tiempo un *es* y un *debe*, como puede ser simultáneamente una proposición de hecho y de deber. Creo que hay un elemento de verdad en ambas posturas, y que la última palabra no es tanto un problema de teoría jurídica como de teoría política». Admitido esto, D'Entrèves continúa poniendo en paralelo los puntos de vista evaluativo y analítico respectivamente.¹⁷ Se plantea la cuestión de si el Estado debe ser considerado como un hecho o como un valor, y dice: «Si el monopolio del poder en el Estado moderno es un mero hecho, entonces toda la estructura de las proposiciones normativas que giran en torno a él es un mero conjunto de imperativos hipotéticos, de reglas concernientes al uso de la fuerza *cuándo* y *cómo* el Estado lo disponga. En tal caso, la noción del derecho del "hombre malo" es correcta: las leyes no entrañan ningún tipo adecuado de obligación. Para que el poder sea vinculante, para que las leyes sean verdaderas proposiciones de *debe* y no meras descripciones sobre el uso de la fuerza, debemos añadir al puro hecho de la existencia del Estado una cláusula de valor, debemos "invertir" sus mandatos con un halo particular y quizás hasta concebir la norma básica como un imperativo categórico. Debemos, en otras palabras, ser capaces de hablar no solamente del poder del Estado, sino también de su autoridad». Es preciso advertir, sin embargo, que los epítetos *adecuado*, en relación con la obligación jurídica, y *verdaderas*, en relación con las proposiciones de *debe*, pudieran muy bien constituir la sutil punta de la cuña de la ideología política y los juicios de valor, en contraste con la objetividad del análisis, sea éste jurídico o político.

Porque tiene su base en algo como la razón o la concien-

¹⁵ *Natural Law*, Hutchinson University Library, Londres, 2.ª ed., 1970 (Hay trad. española, *Derecho Natural*, Ed. Aguilar, Madrid 1972).

¹⁶ *Ibid.*, p. 179.

¹⁷ Los términos «evaluativo» y «analítico» se usan aquí simplemente para hacer referencia a las actitudes respecto a la naturaleza del derecho basadas en valores, por ejemplo, en la «bondad» o «maldad» del sistema, y las que no lo están.

¹⁸ *Op. cit.*, pp. 183-184.

cia, ninguna versión de la doctrina del derecho natural puede aspirar a la completa objetividad. Ni, dados sus dogmas, consideraría tal enfoque necesario o incluso digno de ser hecho. Pero al mismo tiempo que se admite esto generalmente, muchos modernos defensores del derecho natural tienden a abandonar su insistencia en la naturaleza vinculante del derecho natural y en el consiguiente carácter inferior o derivado de las leyes positivas, y subrayan el hecho de que sin razón y conciencia las cosas no marcharían bien. Las grandiosas pretensiones iniciales del derecho natural de la regulación general de los problemas jurídicos humanos se reducen ahora a la aserción de que el hombre debe legislar y administrar sus leyes de acuerdo con la razón y la conciencia si quiere que su sistema jurídico sea digno. Como dice, quizás algo optimistamente, D'Entrèves: «La vieja madre Conciencia hace todavía bien su trabajo y seguramente los hombres nunca carecen de un claro conocimiento de lo justo y de lo erróneo cuando están en un aprieto y tienen que tomar decisiones fundamentales».¹⁹ En presencia de un dilema, o en un momento apurado la opción del legislador puede girar, no solamente entre el bien y el mal, o incluso entre el bien y el bien, sino también entre una u otra forma de mal. La obra del profesor D'Entrèves pone en evidencia el hecho de que la doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico pueden tener que jugar papeles complementarios en la solución de problemas espinosos relativos a la naturaleza del derecho. Su atención por el derecho internacional es un buen indicador de su actitud: «Por lo que se refiere a la situación del mundo en su totalidad —dice— “hemos de tener perfectamente claro que el derecho natural no significa ninguna solución tajante y neta, ninguna cura infalible para nuestros males. Aquí, realmente, el problema no es ya el de un conflicto entre derecho natural y derecho político, sino el de la ausencia de un orden jurídico en general. El derecho internacional, tal y como hoy están las cosas, es una buena diana para las flechas del escéptico. Pero, como plantea muy bien el profesor Goodhart,

¹⁹ *Op. cit.* p. 171. La situación en la que los juristas se han visto «en un aprieto» y han tenido que escrutar sus conciencias para buscar una decisión se produjo en la Alemania posnazi. Para una discusión del tipo de casos que se dieron entonces ver capítulo 3, *infra*.

la debilidad del derecho internacional no se debe a la falta de sanción, sino "a la ausencia de un sentido ético internacional". Estas palabras sólo pueden significar que el problema es, en primer lugar, "instaurar" o restaurar el "sentido ético internacional". La posibilidad de acuerdo sobre las "reglas del juego" y de guiarse por ellas se seguirá de ello como lógica consecuencia. Es sin duda aquí donde el "derecho natural" puede tener una palabra que decir, especialmente si lo concebimos como lo he intentado yo, como un mínimo de acuerdo acerca de los principios.»²⁰

Otro acercamiento a la reconsideración de la doctrina del derecho natural estriba en fragmentar la mezcla de forma y contenido y en centrar la atención en aspectos concretos de cada uno. La obra del profesor Fuller²¹ nos suministra un notable ejemplo de la atención que es posible prestar a la forma, o estructura formal, de las leyes con objeto de poder juzgarlas como buenas, malas o indiferentes. Fuller considera que hay una «moralidad interior» al derecho, sin la cual pueden producirse resultados indeseables e incluso inicuos. Esta llamada «moralidad interior» adopta la forma de ciertos principios relativos a la creación y promulgación de las leyes.

Para ser buenas y dignas las leyes deben ser de aplicación general y estar promulgadas adecuadamente. Así se evita la parcialidad y el ciudadano tiene fácilmente la oportunidad de saber lo que se espera de él. Las leyes deben estar dirigidas al futuro, y no ser retroactivas, puesto que ello evita el «absurdo brutal de mandar a un hombre hoy que haga algo ayer».²² Además, el significado de las leyes debe ser comprensible fácilmente: «El *desideratum* de la claridad representa uno de los ingredientes más esenciales de la legalidad».²³ El concepto de *legalidad* es mencionado con frecuencia por Fuller y en él parece encerrar un juicio de valor relativo a la «bondad» o «valía» del sistema jurídico (o de parte de él) que está analizando. De todas maneras, aquí como en otros temas, parece que Fuller no puede ser asimilado simple-

²⁰ *Op. cit.*, p. 172.

²¹ *The Morality of Law*, Yale University Press; ed. revisada 1969 cap. 2.

²² *Op. cit.*, p. 59. Para una discusión ulterior de la retroactividad en la creación de derecho, ver cap. 3, *infra*, en pp. 92-94.

²³ *Op. cit.*, p. 63.

mente a la estricta postura que afirma que sin *desiderata* del tipo de los que acabamos de ver el derecho no podría ser reconocido como existente en absoluto.

Intimamente unida a la exigencia obvia de claridad está la de consistencia, o evitación de contradicciones en las leyes: «Es completamente obvio que el evitar contradicciones inadvertidas en el derecho puede exigir por parte del legislador una buena dosis de cuidado minucioso. Lo que no es tan obvio es que pueda haber dificultad en saber cuando existe contradicción, o en como puede definirse en términos abstractos una contradicción».²⁴ Para que no se piense que Fuller está simplemente expresando una evidencia y que las contradicciones pueden simplemente ser evitadas prestando atención a la lógica en la tarea legislativa, continúa así: «Se presume generalmente que éste es un simple problema de lógica». Una contradicción es algo que viola la ley de identidad por la cual A no puede ser no-A. Sin embargo, este principio formal no tiene ningún valor cuando se trata de leyes contradictorias, si es que tiene algún valor en absoluto. En palabras de otro famoso jurista norteamericano, Oliver Holmes, «la vida del derecho no ha sido lógica, ha sido experiencia».

El legislador debe también tener cuidado en evitar dictar leyes que exijan lo imposible. «A primera vista —dice Fuller— una ley que ordene lo imposible parece un absurdo tal que uno está tentado de suponer que ningún legislador sano, ni aún el más vil dictador, tendría razón alguna para dictar tal ley. Desdichadamente los hechos de la experiencia contradicen esa suposición». Hace la observación de que la mayoría de los otros *desiderata* que integran la «moralidad interna» del derecho pueden ser referidos en último término a la posibilidad de obediencia. Algunas áreas del derecho que contienen algunos de los ejemplos más extremos de responsabilidad administrativa nos muestran casos en que lo casi imposible, si no lo imposible mismo, se le pide al ciudadano.

Otro principio integrante de la «moralidad interna del derecho», como llama Fuller a sus *desiderata* para el sistema jurídico, es el de la permanencia de las leyes en el tiempo.

²⁴ *Op. cit.*, p. 65.

Este principio conlleva la razonable pretensión de que el contenido de las leyes no debe ser cambiado con demasiada frecuencia. El último principio enumerado por Fuller es el de que se requiere congruencia entre la actuación oficial y la norma declarada. Este principio lleva consigo la posibilidad de predecir en la aplicación de las leyes. Puede también, y así se sugiere, llevar consigo otras exigencias de un buen sistema jurídico, como, por ejemplo, el que el poder judicial debe presuponerse que adopta una actitud hacia el futuro (y no retroactiva) en la interpretación de las normas. En conclusión Fuller observa: «Es fácil comprender que las leyes deben estar expresadas en normas generales, con efectos hacia el futuro y dadas a conocer a los ciudadanos. Pero saber cómo, en qué circunstancias y en qué medida tales cosas deben ser realizadas no es una empresa menor que la de ser legislador».²⁵

Finalmente, con referencia a las actitudes modernas sobre el derecho natural que concentran la atención sobre ciertos aspectos específicos de su posible contenido, los puntos de vista de Hart sobre el «contenido mínimo» del derecho natural pueden ser considerados brevemente.²⁶ Tras haber mencionado algunas de las actitudes tradicionales de la teoría del derecho natural, reduce su contenido a un «núcleo de sentido común». «Hay —dice— consideraciones más simples, menos filosóficas... que muestran que la admisión de la supervivencia es una meta necesaria, en un sentido más directamente relevante para la discusión del derecho y de la moral de los hombres. Esa aceptación es presupuesta en los propios términos de la discusión, puesto que nos ocupamos de medidas sociales para la existencia continuada, no de reglas para un club de suicidas. Deseamos saber si entre esas medidas sociales hay algunas que pueden ser esclarecedoramente calificadas de leyes naturales descubribles por la razón y cuál es su relación con el derecho y con la moral de los hombres. Al plantear ésta o cualquiera otra cuestión referente a cómo deben vivir los hombres en comunidad, tenemos que presuponer que su propósito, en términos genera-

²⁵ *Op. cit.*, p. 94.

²⁶ *The Concept of Law*, pp. 189-195.

les, es vivir».²⁷ El principio de supervivencia humana no puede ser considerado sin referencia a principios subyacentes, o rasgos, de la condición humana. Hart da cinco de esos rasgos o caracteres: Vulnerabilidad humana, que implica mutua tolerancia, evidenciada en la simple exhortación «no matarás»; igualdad aproximada de los seres humanos, que necesita también comprensión mutua y compromisos, base de la obligación moral y jurídica; altruismo relativo, pues si la mayoría de los hombres no son demonios tampoco son ángeles; recursos limitados, que requieren la institución de la propiedad; y, finalmente, fuerza de voluntad y entendimiento relativos que nos lleva a la exigencia de cooperación *voluntaria* en un sistema *coercitivo*. En resumen, Hart dice que «podemos decir, dado el conjunto de hechos y objetivos naturales que hacen las sanciones al mismo tiempo posibles y necesarias en un sistema nacional, que se trata de una *necesidad natural*, y alguna frase de este tipo se necesita también para expresar el *status* de las formas mínimas de protección a las personas, a la propiedad y a las promesas, que son características igualmente indispensables del derecho nacional.²⁸ Es de esta manera como debemos contestar a la tesis positivista²⁹ que dice que “el derecho puede tener cualquier contenido”. Porque es una verdad de cierta importancia que para la descripción adecuada no sólo del derecho sino de muchas otras instituciones sociales, es menester reservar un lugar, junto a las definiciones y de los enunciados ordinarios de hecho, para una tercera categoría de enunciados: aquellos cuya verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características salientes que tienen».

LA FILOSOFIA DEL DERECHO NATURAL

Esta brevísima panorámica debe servir para indicarnos cuán flexible puede ser la doctrina del derecho natural; entre algunas de sus características y otras sólo hay una conexión

²⁷ *Op. cit.*, p. 188.

²⁸ No necesariamente la propiedad privada. Ver *infra*, pp. 51-52.

²⁹ Para el significado de «positivismo», ver *infra*, pp. 60 y ss.

muy tenue. Por muy positivamente que puedan ser consideradas algunas de esas características, debemos tener mucho cuidado en no confundir la existencia de una creencia en alguna cosa con la existencia de esa cosa. La naturaleza de la fe, por ejemplo, no se basa en pruebas. Puede pensarse que la humildad del hombre es una virtud y esta humildad está ciertamente muy presente en el deseo, que caracteriza a gran parte de la doctrina del derecho natural, de encontrar o concebir al menos una medida de validez para las leyes humanas que sea superior al sello de la autoridad positiva humana. Sin embargo, en la búsqueda de la universalidad esta doctrina ha encontrado no solamente su fuerza principal, sino también su principal debilidad. Su carácter especulativo la ha situado a disposición de gente de las más variadas confesiones políticas. Como tal puede ser empleada como vehículo de reforma (incluso de revolución) o de reacción; puede usarse y abusarse de ella. «Como una prostituta —dice Ross—, el derecho natural está a disposición de cualquiera. No existe ideología que no pueda ser defendida mediante una apelación a la ley natural».³⁰

Hay muchos ejemplos actuales de esa posibilidad de que puedan perpetrarse grandes iniquidades en nombre del derecho natural. La suerte de los judíos en Europa durante el régimen nazi es un notable ejemplo de política de «superioridad natural». Pero la amplia variedad de interpretaciones del derecho natural o de los principios naturales de la sociedad no se limita a la esfera política. También pueden ser encontrados puntos de vista opuestos en la esfera de la economía. Maritain escribía:³¹ «El derecho a la propiedad privada de los bienes materiales pertenece al derecho natural, en la medida en que la humanidad está naturalmente legitimada para poseer para su uso común los bienes materiales de la naturaleza; pertenece al derecho internacional, o *ius gentium*, en la medida en que la razón, a la luz de las condiciones naturalmente requeridas para su administración y para el trabajo humano, concluye necesariamente que para

³⁰ Ross, *On Law and Justice*, p. 261 (Trad. cast. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963).

³¹ MARITAIN, *Man and the State*, University of Chicago Press p. 91.

la consecución del bien común esos bienes materiales deben ser poseídos privadamente». Este punto de vista puede ser contrastado con algunas disposiciones iniciales de la Constitución, o ley fundamental de la URSS. Mientras que el artículo 10 prevé un derecho restringido de propiedad privada respecto a la casa, enseres y artículos personales, ingresos y ahorros, el principio fundamental de la economía en los estados soviéticos se expresa en el art. 4: «El sistema socialista de economía y la propiedad socialista de los instrumentos y medios de producción establecidos como resultado de la liquidación del sistema económico capitalista, la abolición de la propiedad privada de los medios e instrumentos de producción y la aniquilación de la explotación del hombre por el hombre, constituirá el fundamento económico de la Unión Soviética».³²

Las doctrinas iusnaturalistas representan el deseo de descubrir, o por lo menos la disposición a buscar, la respuesta a los problemas del derecho humano y a las cuestiones sobre su validez; y al lado de ello está la creencia en la utilidad de ese concepto de lo absoluto. Sin embargo es paradójico que el concepto de tal absoluto deba en último término encontrarse caracterizado por las opiniones subjetivas de los legisladores y los filósofos, con todo lo relativas que estas opiniones pueden ser. Gran parte de la doctrina implica la creencia en una fuerza sobrenatural a partir de la cual puede ser derivada la validez o la justificación del derecho positivo, sea esa creencia en algo mágico o en una específica religión. Un rasgo muy constante es la atención que se presta a la razón humana, aunque ello se relacione simultáneamente con condiciones físicas y con especulaciones metafísicas.

En sus referencias a la ley humana positiva, la doctrina de la ley natural alude tanto al contenido como a la forma (como en el caso del principio de no retroactividad de las leyes), pero no alude realmente a su carácter. El es consiste, en esta doctrina, en la ley natural, más que en las leyes hechas por los hombres. La inferioridad de lo que se llama alternativamente derecho «convencional» es demostrada por

³² Ver, p. ej., BERMAN y QUIGLEY, *Basic Laws on the Structure of the Soviet State*, Harvard, 1969.

la derivación de un *debe* normativo, a menudo incluso un *debe* moral normativo, a partir del *es*, según qué aspecto particular de la doctrina se considere. Las leyes humanas deben ser medidas o contrastadas con el criterio supremo, absoluto o general.

La posición de las teorías del derecho natural sobre el contenido del derecho depara una de las principales oportunidades para criticar la propia naturaleza de la ley natural. A diferencia del planteamiento positivista sobre el análisis del derecho, al que es dedicada la siguiente sección de este capítulo, la doctrina del derecho natural parte de ciertos principios supuestamente autoevidentes, o por lo menos de presuposiciones, de validez universal, y procede a razonar a partir de ellos por deducción o inferencia. Las interpretaciones de la doctrina no están, por tanto, limitadas por algunas leyes empíricamente verificables, por algunas leyes reales hechas por los hombres que pudieran ser descubiertas mediante un proceso de investigación práctica, como opuesto a la especulación sin límites. No se puede conocer de antemano en qué consistirá el contenido del derecho natural. Una observación similar pudo ser hecha por un simpatizante del moderno movimiento realista americano que resaltó la incertidumbre sobre lo que sucederá en el futuro con el contenido del derecho positivo humano.³³ Sin embargo, ambas observaciones se refieren al contenido de cada tipo de derecho, aun cuando el carácter del derecho hecho por el hombre sigue siendo un campo básico de investigación.

Si doctrinas como las propuestas por Grocio y Hobbes se separan de la principal tradición de la teoría del derecho natural y se las sitúa en la categoría de hipótesis políticas o sociológicas básicas, el resto de los planteamientos de la ley natural que han sido descritos hasta aquí puede decirse que contiene un «dualismo». La doctrina presupone o presume dos órdenes, un dualismo de normas y criterios, en forma de ley superior, sea cual fuere la forma que adopte, y de ley positiva humana inferior producto de la convención entre los hombres. La doctrina del derecho más alto o superior se toma por una realidad objetiva. Presupone la existen-

³³ Ver, cap. 8, sección IV, *infra*.

cia específica de supuestos hechos que se hallan fuera de la limitada esfera humana de comprensión, aunque no de la pura especulación sobre la posibilidad de su existencia.

Una ley positiva debe pasar ciertas pruebas si ha de ser válida y esas pruebas están previstas en el sistema jurídico particular del que esa ley pretende formar parte. Su justificación o validez como ley está por tanto determinada por un criterio interno. Por el contrario, la ley natural estipula un criterio externo, salvo en el caso de leyes que se opina por una doctrina particular que son natural o éticamente «indiferentes», en cuyo caso se permite a las previsiones del derecho positivo sobre la validez que entren en escena. Pero aun en este caso, la ley humana indiferente no debe ser formulada de forma que pueda previsiblemente infringir las estipulaciones supuestas del orden superior.

Desde el punto de vista del análisis y crítica del derecho positivo, el derecho natural exige medir algo conocido mediante los criterios hipotéticos de un orden que desafía la verificación empírica. Tal filosofía presenta el notable fenómeno de la mente humana racional planteándose a sí misma problemas que no puede pretender resolver. Aun cuando las conjeturas basadas en la razón se puedan considerar suficiente prueba, esto puede difícilmente ser satisfactorio. Ha sido precisamente a causa de estas características por lo que la ley natural ha sido llamada «uno de los más delirantes capítulos de los anales del pensamiento humano».³⁴

Se ha dicho que la teoría del derecho natural testimonia lo limitado de la imaginación del hombre. Sin embargo, algunos de sus vástagos ilustran la fertilidad de la inventiva mental del hombre. Las «estipulaciones» de la naturaleza se han llenado con las numerosas ideologías que, en unas y otras épocas, han sido abrazadas por los filósofos del derecho. Cuando las aserciones de las doctrinas de la ley natural son reducidas a sus elementos básicos comunes, nos encontramos con una lista —no muy larga por cierto— de ciertos rasgos de la sociedad que pueden ser razonablemente considerados como necesarios para la existencia y preservación

³⁴ CHROUST, en un ensayo sobre *Interpretations of Modern Legal Philosophies* (1947).

de cualquier orden social. Pero incluso aquí, dejando a parte quizás el factor básico de la protección de la vida humana, pueden surgir los desacuerdos. Pueden hacerse, y se han hecho con frecuencia, puntualizaciones al principio mismo de la santidad de la vida humana. Los ritos antiguos de sacrificio de los aztecas y los mayas testimonian esto cuando se los ve desde un punto de vista actual, así como las prácticas de los esquimales con aquellos miembros del poblado que ya no eran útiles (que han sido declaradas, sin embargo, ilegales recientemente por el gobierno canadiense). La relatividad de los criterios morales puede conseguir reducir virtualmente la lista a la nada.

III

Pasamos ahora al debate de finales del siglo XVIII entre Blackstone y Bentham que tanto ha influido en la teoría del derecho desde entonces. Blackstone era el último iusnaturalista importante de Inglaterra. Bentham fue el más temprano positivista jurídico en criticar con agudeza el derecho natural para fundar su propio punto de vista sobre la naturaleza del derecho.

La definición de Blackstone del derecho nacional lo considera como una clase particular de derecho dentro de una categoría general. Para él, «ley, en su sentido más comprensivo y general, significa regla de acción; y se aplica indistintamente a todo tipo de acciones, sean animadas o inanimadas, racionales o irracionales. Así, hablamos de las leyes del movimiento, de la gravedad, de la óptica, o de la mecánica, igual que de las leyes de la naturaleza o de las leyes de las naciones. Y es esa regla de acción prescrita por algo superior y a la que el inferior está obligado a obedecer».³⁵ El tipo de definición empleado por Blackstone se suele denominar *per genus et differentiam*. Ya hemos mencionado en el capítulo anterior que la aplicación de esta forma de definición al aná-

³⁵ Introducción a los *Commentaries on the Law of England*, sección 2, «De la Naturaleza de las Leyes en general». La confusión entre carácter y contenido es patente incluso en esas pocas palabras.

lisis del derecho y de la validez jurídica dista mucho de estar clara. Es dudoso, de hecho, que una construcción del derecho se preste a tal tratamiento.

El bosquejo de Blackstone de la categoría general o *genus*, al cual se refiere el término «ley» puede inducir a confundir el sentido descriptivo y el prescriptivo en que puede ser usada la palabra «ley». La relación entre superior e inferior es así extendida a dos tipos de ley que no tienen una conexión común substancial, y el carácter vinculante jurídico del *debe* normativo, prescriptivo, resulta por consiguiente obscurecido. La primera premisa de Blackstone es por ello simple y escasa y contiene el germen de una enrevesada confusión.

Para diferenciar las leyes humanas dentro de la categoría general, dice: «Pero las leyes, en su sentido más restringido que ahora nos toca considerar, denotan reglas, no de acción en general, sino de acción o conducta humana, esto es, los preceptos a través de los cuales al hombre, el más noble de todos los seres terrestres, criatura dotada de razón y voluntad libre, se le ordena hacer uso de tales facultades en la regulación general de su comportamiento». La noción de ley positiva de Blackstone pretende así al mismo tiempo recoger las influencias causales que gobiernan los actos del hombre y extenderse a la particular influencia de gobierno de esos actos sobre los de los demás hombres o sobre los de los súbditos del legislador. Se ha hecho notar, sin embargo, que no puede trazarse tan sencillamente una conexión directa entre las relaciones causales y las normativas. Cada una de las dos nociones de ley de Blackstone, y cada uno de los términos aparentemente concretos que usa para describirla, tiene un doble significado. Pretende abarcar demasiados aspectos de regulación y regularidad con su definición.

Se ha alegado con frecuencia que el tratamiento de la ley humana hecho por Blackstone en relación con la ley natural no resulta ser sino pura verborrea. Sin embargo un artículo reciente sugiere que estas críticas no tienen en cuenta el clima filosófico en el que los *Commentaries* fueron escritos, y se ha señalado que el mero hecho de que el derecho nacional pueda ser explicado con independencia de los principios inmutables de la naturaleza, no es suficiente razón

para ignorar los «problemas de la conciencia racional».³⁶ Consideremos, por ello, la manera en que Blackstone trata tales problemas en su enfoque del derecho.

La ley natural es para Blackstone la voluntad del creador. Igual que el creador dotó a la materia con los principios del movimiento y la gravedad, así también el hombre mismo fue dotado con «ciertas leyes inmutables de la naturaleza humana». También fue dotado de razón mediante la cual regula y restringe su libre voluntad y es capaz de descubrir el sentido de las leyes que fueron dictadas para su gobierno.³⁷ Desde la caída del hombre algunas de las leyes del Creador han sido reveladas a los hombres para ayudarlos en una tarea que de otro modo resultaría imposible. Las leyes así dictadas de la naturaleza son para Blackstone de una autoridad tal que ninguna ley humana (esto es, ley hecha por el hombre) es válida en absoluto si tiene un sentido contrario a aquéllas. Y todavía más, aun la validez de aquellas que no contradicen las leyes naturales se deriva de éstas.

Después de haber trazado las respectivas esferas de actuación de la ley natural y nacional, Blackstone procede a hacer una distinción consecuente en relación con los problemas de la conciencia humana. Distingue entre *mala in se* y *mala prohibita*, entre acciones malas en sí mismas, y que por ello deben ser prohibidas por las leyes humanas, y acciones prohibidas por las leyes humanas y que se clasifican como *mala* o dañosas simplemente por esa razón. Las *mala in se*, dice Blackstone, obligan en conciencia, mientras que las *mala prohibita* no. Las primeras atañen a la conciencia porque las leyes inherentes a las fuerzas superiores de la naturaleza estaban en vigor antes de que ninguna ley humana fuera creada, y mucho menos transgredida. Las otras, en cambio, ligan una sanción al no cumplimiento en función del «deber positivo» creado por las leyes humanas y

³⁶ J. M. FINNIS, «Blackstone's Theoretical Intentions» (1967) 12 *Natural Law Forum*, 163.

³⁷ Es notable que la función limitada de investigación que se adscribe a la situación postrada del hombre en gran parte de la doctrina iusnaturalista se parezca a uno de los excesos del positivismo jurídico: el punto de vista de que todos los casos pueden ser resueltos por deducción a partir del principio general de una norma jurídica positiva.



no en función de un deber moral preexistente susceptible de ser hallado en principios naturales superiores. «Aquí la conciencia no se halla implicada sino en cuanto que se ordena una sumisión a la sanción en caso de violación de esas leyes», dice Blackstone. Las prohibiciones contenidas en las leyes hechas por los hombres que no integran ningún elemento moral de los principios de la naturaleza no pueden por sí mismas hacer de la transgresión una culpa moral.

Es preciso decir algo sobre la distinción planteada entre acciones malas en sí mismas y acciones que no lo son, pero que pueden ser convertidas en delitos por el hombre. Tal distinción pudiera afectar tanto al contenido como al alcance de la legislación penal, y también a la escala de sanciones que deben ser ligadas a cada tipo de delito. Pudiera ser útil si fuera posible encontrar algún tipo de test o medida mediante el cual distinguir las dos clases de transgresión. Pero dondequiera que una distinción tal se ha intentado llevar a la práctica, los sistemas jurídicos positivos han alcanzado solamente un grado de éxito muy limitado. Con objeto de poner de manifiesto hasta qué punto incluso una transgresión moral clara requerirá la intervención reguladora del hombre para crear los límites de un delito criminal que incorpore esa transgresión, podemos tomar el ejemplo básico del asesinato. En el derecho inglés el asesinato es la muerte ilegal de un ser humano en tiempos de paz si la muerte ocurre dentro del plazo de un año y un día a partir del hecho ilegal. Esta definición aparentemente sencilla del delito de asesinato se amplía, como sabe cualquier estudiante de derecho, con una multitud de añadidos y condiciones referidas tanto a la misma definición cómo a su necesaria interpretación. Incluso en este caso clarísimo de torpeza moral, la presencia misma de un *malum in se* en un sistema jurídico positivo depende de la regulación creadora y definidora del hombre. Unida a ésta llamada «relatividad del derecho» está la aún más patente relatividad de los criterios morales entre los seres humanos; incluso donde los principios absolutos se suponen más racionales pueden producirse los más variados resultados.

Hasta ahora hemos considerado las críticas que pueden

hacerse a las ideas de Blackstone. Pasemos ahora revista al modo en que él usa esas ideas con objeto de ver si es posible una crítica ulterior en esta dirección, y al hacerlo consideraremos una interesante interpretación hecha por Hart sobre el uso que da Blackstone a sus ideas iusnaturalistas.³⁸ Los *Commentaries* contienen una muy escasa defensa de las leyes e instituciones jurídicas existentes en relación con las supuestas prescripciones del derecho natural, pero esta posible arma crítica puede haber sido transformada por Blackstone en un medio indirecto de justificación de las leyes y de la Constitución de su país. Tal justificación ha de entenderse en términos de las dos grandes clases de injusticia discutidas ya, en las cuales algunas materias son clasificadas como moralmente indiferentes. De esta indiferencia, en contraste con las estipulaciones positivas de la ley natural sobre la conducta buena del hombre, Blackstone parece concluir que una ley positiva o institución jurídica no da origen a razón alguna para la crítica en la medida en que la ley natural no tiene nada que decir en su contra. Por tanto, cualquier test del valor moral al cual pudiera parecer que Blackstone somete partes del orden jurídico positivo resulta en realidad completamente vacío. La diatriba crítica contra las ideas de Blackstone y su utilización empleada más tarde por Bentham para formular sus propios puntos de vista sobre la naturaleza del derecho y de la moral, provenía en parte de su indignación ante el falso instrumento de crítica jurídica y social derivado de la categoría «materias indiferentes en sí» de Blackstone.

Para Bentham la verdadera relación entre el derecho positivo y la moralidad o crítica moral se expresaba en ella: «Obedece puntualmente, censura libremente»,³⁹ un sentimiento del que se ha hecho eco recientemente un importante jurista escandinavo.⁴⁰ Para Bentham la tarea del teórico y la tarea del crítico estaban separadas y no debían confundirse, y exactamente lo mismo sucedía respecto a los problemas investigados por cada uno de ellos. La función del

³⁸ (1956) B.S.A.L.R. 169.

³⁹ *Fragment on Government*, ed. Harrison, Basil Blackwell, 1960, prefacio, p. 10.

⁴⁰ Ver Ross, *On Law Justice*, p. 32.

teórico es examinar qué es el derecho y la del crítico decir qué debe ser. Una razón adicional para el disgusto de Bentham por el uso de la ley natural por Blackstone está expresamente declarada en el *Fragment on Government*. En los *Commentaries* Blackstone escribió que «ninguna ley humana debía sufrirse si contradecía» las leyes naturales. No es que ninguna ley humana debiera contradecir tales leyes, sino que ninguna ley humana debería sufrirse si lo hiciera. Esto implica no sólo la ausencia de obligación moral de obediencia a tal ley, sino también el deber moral real de desobedecerla. Blackstone decía explícitamente de un acto contrario a la ley natural que «si una ley humana nos permitiera y ordenara cometerlo, estaríamos obligados a transgredirla o de lo contrario violamos al mismo tiempo la ley natural y la divina».⁴¹ Esta afirmación expresa de Blackstone es estimada por Bentham como algo que transforma las implicaciones contenidas en la anterior declaración en una doctrina potencialmente peligrosa. Se dio cuenta claramente de los peligros políticos y prácticos inherentes a la puesta en práctica de una interpretación literal de esto.

Hasta tal punto que éstos fueron los últimos estertores reales de la doctrina del derecho natural en los escritos jurídicos ingleses. Con Bentham llegó el positivismo jurídico y con él el establecimiento de la teoría del derecho como ciencia de investigación en contraposición al arte de hacer conjeturas racionales. Bentham dio lugar a la fundación de este nuevo planteamiento del problema, pero lejos de poseer la solución de los problemas implícitos en la naturaleza del derecho positivo, su obra fue sólo el comienzo de una larga y variopinta serie de debates que continúan todavía hoy.

IV

La doctrina del derecho natural contiene muchos principios cuyo motivo unitario es la búsqueda de una fuente común y superior mediante la cual medir la validez, justificación o adecuación de las leyes positivas humanas. El

⁴¹ *Commentaries*, Vol. I; subrayados de Bentham.

movimiento de análisis jurídico generalmente conocido como «positivismo» incluye una amplia variedad de enfoques. Sin embargo también pueden encontrarse en él algunas características unificadoras. El nombre de «positivismo» ha sido realmente aplicado al movimiento filosófico de ese nombre y sólo en época reciente ha surgido su manifestación legal como uno de los principales sectores de la teoría del derecho.

«Positivismo» en teoría del derecho connota un método de examen del derecho promulgado por el hombre, del que ha sido establecido realmente por los hombres para los hombres, del que ha sido «positum», puesto.⁴² Connota también el estudio del derecho como es, en contraste con el derecho como debe ser. La teoría jurídica positivista no implica un rechazo del *debe* en sentido moral como objeto inútil de estudio o que no tiene nada que ver con el derecho. Lo que realmente implica es un explícito rechazo del *debe* en un sentido metafísico, como el producto directo de un *es* metafísico no positivo. El *es* del positivismo jurídico consiste en la existencia de derecho humano y sus métodos de estudio se confinan estrictamente a esta esfera de existencia. También encontramos un *debe* en esta esfera, pero es un *debe* no moral, *debe* normativo, *debe* del derecho como distinto de la obligación moral. La búsqueda del método más apropiado de poner en relación este *debe* con el *es* del derecho positivo ha demostrado ser uno de los problemas fundamentales del enfoque positivista, y la amplia gama de explicaciones relativas a este problema central ha provocado diferencias e incluso conflictos muy vehementes dentro de la unidad del movimiento. Algunos de los aspectos principales de esas diferencias y conflictos serán tratados en los capítulos siguientes.

La filosofía general del positivismo representó una reacción en favor de un enfoque científico y empírico al análisis de los fenómenos, y contra la especulación metafísica que le había precedido. Fue Hume quien, en Inglaterra, dio el golpe de gracia a las bases teóricas de la doctrina del derecho natural. Insistió en la separación del *debe* y el *es* y afirmó tajantemente que el *debe* no podía ser derivado del

⁴² A propósito: no hay ninguna escuela reconocida de pensamiento que se llame «negativismo», quizás porque en este sentido negativismo no es la negación de «positivismo».

es, fuera cual fuere el modo en que los dos pudieran relacionarse. Rechazó la existencia del derecho natural en razón de que era contrario a la verdad empírica y observable. El es del derecho pudo así poner los pies en la tierra. Esto, sin embargo, no fue muy fácil de hacer y el nuevo tipo de filosofía con su rama jurídica se desarrolló sólo lentamente. El es puso los pies en tierra con tal estrépito que hasta nuestros días no ha logrado volver a unir todas las piezas. Con el cambio de actitud se planteó en el nuevo positivismo jurídico el problema del *debe* creado por el hombre mismo y no a partir de un poder absoluto sobrenatural o natural. Este *debe* es distinto del *debe* moral o ético que en la práctica puede o no puede tener un ámbito de coincidencia con el *debe* moral de los criterios populares humanos.

Un rasgo común susceptible de ser encontrado en las doctrinas del derecho natural, sean cuales fueren sus propuestas particulares, es el modo en que el concepto de lo absoluto es metido a la fuerza en ciertos moldes creados por él por una interpretación subjetiva. Las estipulaciones del derecho positivo, por el contrario, pueden ser objeto de verificación empírica; un panorama perfectamente completo de él puede alcanzarse mediante la observación. Es cierto que muchas normas jurídicas positivas tienen «contornos difusos». ⁴³ Pero, realmente, parte de los beneficios que el hombre puede obtener de las normas legales mediante las cuales es regulada su conducta descansa en su adaptabilidad y flexibilidad. Este carácter de las leyes es un factor que ha influido algunos puntos de vista del movimiento realista americano moderno. Los partidarios del movimiento americano han demostrado que hay veces en que todo lo que podemos hacer realmente con las normas legales específicas que integran el derecho positivo es usarlas como «presentimientos vivientes» sobre la orientación a que la interpretación judicial puede dirigir las partes adaptables de las normas. Hay mucho de verdad en lo que esos realistas dicen en relación con las prescripciones legales efectivas de un sistema jurídico particular.

⁴³ Ver HART, *The Concept of Law*, pp. 121-132; DWORKIN, «Law a System of Rules», en SUMMERS, *Essays in Legal Philosophy*.

Los escritores del tipo de los realistas americanos miran más bien a las características del caso particular que al concepto general de la forma sistemática del derecho positivo. Podemos, sin embargo, aceptar la idea de derecho humano, distinto de un derecho positivo no humano, sin necesidad de pensar en ningunas normas jurídicas particulares. Expresiones como «el concepto del derecho» connotan precisamente esa idea. Desde ahora la expresión «carácter del derecho positivo» será usada para expresar la idea de un sistema de reglas positivas, hechas por el hombre. Es decir, hablaremos del carácter de los elementos constitutivos del derecho y de los sistemas jurídicos. Distinto del término «carácter», el término «contenido» será usado en lo sucesivo cuando queramos referirnos al conjunto de prescripciones específicas y particulares de un sistema jurídico actual de un estado o nación. Tales referencias pueden tranquilamente ser descritas como referencias a lo que las normas dicen, más bien que como descripciones o análisis de lo que las normas son.

Las teorías del derecho natural están llenas de confusiones entre leyes naturales y normativas, leyes de la naturaleza y leyes del hombre, entre leyes cuya existencia se presupone para el hombre y leyes que él dicta para su propia regulación. Las versiones del positivismo jurídico también tienen sus propias confusiones. Una fuente posible de confusión ha sido lo borroso de la distinción entre «derecho» y «leyes» (*law* y *laws*). Ambos términos se usan en sentido «positivo», pero uno representa el concepto del derecho o de un sistema jurídico como una unidad, y el otro un conjunto o agregado de prescripciones legales específicas. Puede ser que no haya mucha diferencia en el uso ordinario e impreciso entre que hablemos de «el derecho inglés» o de «las leyes de Inglaterra». Con esas expresiones queremos decir lo mismo, y lo que es más, todo el mundo quiere decir lo mismo. Pero cuando somos estudiantes de derecho o más bien, estudiantes de «el derecho», no podemos dar a entender la misma cosa con la palabra «derecho» y la palabra «leyes» aún cuando pensemos que así lo hacemos, e incluso aunque no parezca que ello afecta a nuestra competencia para estudiar derecho. En realidad, sin embargo, sólo estudiamos «derecho» en el sentido más estricto de la palabra cuando

entramos en el terreno de la teoría del derecho. Es únicamente porque el término general «derecho» se supone tácitamente que se refiere a las prescripciones jurídicas particulares del sistema jurídico de un Estado cuyas instituciones y prácticas jurídicas estamos estudiando, por lo que el término «derecho» parece poder ser referido a esa específica área de normación. Las leyes de Francia son diferentes en multitud de aspectos de las de Inglaterra, aunque es notable muchas veces cuán similares, si no idénticos resultados, pueden ser alcanzados en situaciones parecidas por caminos muy diferentes. Por el contrario, derecho no significa algo diferente para un francés de lo que significa para un inglés. Las teorías o análisis del derecho, es verdad, difieren entre sí respecto a cuál sea el método más satisfactorio para dar cuenta y describir los caracteres constitutivos del derecho positivo —como la ética, la fuerza, las normas, etc., pero para un francés puede llevar en sí la misma idea.

Una variante de esta separación del carácter del derecho respecto al contenido específico de un sistema de derecho positivo es la distinción entre el concepto o idea de lo general como general, y el concepto de lo general como agregado de lo particular. En lo que a la teoría del derecho respecta la distinción se hace entre el concepto del derecho, la concepción de un cierto tipo de reglamentación sistemática, y la idea de un agregado de prescripciones jurídicas específicas. Una de sus consecuencias principales es que lleva a una división de teorías del derecho entre aquellas que se inician con un análisis del caso particular y después lo expresan simplemente en el plural, llegando así a una descripción de lo que sucede en general, y aquellas otras que arrancan de una descripción de algunos principios básicos del carácter del derecho y proceden después a examinar cómo se manifiestan esas características generales en los casos particulares. Ejemplos del primer método son la teoría de Austin del derecho como mandatos del soberano y la explicación de Gray en términos de pronunciamientos judiciales. El ejemplo más obvio del segundo método es la tesis de Kelsen sobre el modo en que la norma general del derecho se «concreta» en varios estadios hasta alcanzar el caso individual. Cuando vayamos a considerar cada una de estas explicaciones del derecho será

útil tener en mente estas distinciones sugeridas con objeto de diferenciar la noción general de autoridad de sus resultados concretos en los casos particulares. En la doctrina del derecho natural tanto el carácter como el contenido de la ley humana estaban determinados por un absoluto concebido racionalmente pero a pesar de todo metafísico. Las teorías del derecho positivo que se concentran en su contenido particular lo mismo que las teorías del derecho natural que se concentran sobre el contenido válido y justificable de las leyes humanas tienden a ser tan desorientadoras como lo serían las teorías del derecho natural en ausencia de su hipotético absoluto. Tal peligro puede ser evitado por las descripciones positivistas de la naturaleza del derecho si orientan su atención al carácter del derecho, y, particularmente, si lo hacen a través de un razonar desde el concepto general al caso concreto particular. A menos que las teorías positivistas hagan esto pueden en el mejor de los casos resultar parciales y en el peor inexactas.

La separación hecha por el positivismo jurídico entre la consideración de lo que es el derecho, y lo que debe ser el derecho, parece implicar necesariamente el punto de vista de que hasta un *debe* inmoral sería considerado como derecho si satisficiera un criterio formal de validez jurídica —es decir, si funcionara como ley dentro de un sistema jurídico. El positivismo también considera indiferente a efectos del análisis jurídico el que un sistema jurídico en general sea virtuoso o inicuo. Además de la capacidad correspondiente del *debe* moral para servir como criterio diferenciado y externo mediante el cual criticar el *debe* normativo no ético del derecho, tal separación habilita para identificar al derecho en cualquier momento dado. Tal planteamiento proporciona también un marco más adecuado para los procedimientos intelectuales mediante los que el derecho se prueba, aplica o distingue.⁴⁴

Parece, de todos modos, existir una razón aún más sólida

⁴⁴ Ver DIAS, «The Value of Value-Study of Law» (1965) 28 M.L.R. 397. Ver también el estudio del mismo autor «Temporal Approach toward a New Natural Law», (1970) 28 C.L.J. 75, en el que argumentó que el concepto de derecho adoptado por un jurista dependerá en gran medida del marco histórico en que ese concepto figure.

para la distinción entre lo que el derecho es y lo que debe ser, hecha por el positivismo jurídico. Al mismo tiempo que se admite tranquilamente que el contenido del derecho, el contenido específico de un sistema jurídico positivo, debe *moralmente* incorporar ciertos principios de equidad y justicia humana, puede decirse con toda consistencia que el derecho, el contenido del derecho positivo, no necesita coincidir con tales criterios en orden a su calificación como *derecho*. Admitir como acaba de ser hecho el incorporar un juicio de valor al contenido del derecho es perfectamente congruente con una visión del carácter del derecho expresada únicamente en términos de lo que es. Antes del advenimiento del positivismo jurídico la atención de los teóricos del derecho se hallaba tan concentrada en el examen de cómo las leyes humanas se amoldaban, en su forma y contenido, a los dogmas generales de los principios naturales presupuestos, que la cuestión del carácter del derecho positivo permaneció en segundo plano. El positivismo, con objeto de fundamentar sus pretensiones de suministrar una objetiva y universal explicación del derecho, debe hacer una exclusión provisional del variante contenido de las leyes de su parcela de examen. Es precisamente como consecuencia de su rechazo aparente a aceptar esta separación por lo que algunas críticas típicas contra el planteamiento positivista son difíciles de seguir, pues dentro de la misma visión antipositivista es posible encontrar que «derecho» y «las leyes» son usados para significar la misma cosa. Si el punto de vista no positivista llega a afirmar que un análisis del carácter del derecho o de su naturaleza, debe encargarse de excluir de la parcela de la jurisdicción a todas aquellas leyes que no se compadezcan con ciertos criterios morales, está peligrosamente cerca de una definición verbal del derecho que pretendería desechar ciertas consideraciones del material a investigar aun antes de haber empezado. Si esa visión exige la exclusión de las posibles injusticias o inmoralidades del carácter del derecho mismo, sería simplemente contraria a la experiencia humana. Si el criterio utilizable para identificar la validez jurídica es exigir una medida moral mínima, entonces el *debe* no jurídico parecería pretender para sí no sólo la caracterización del *debe* jurídico sino también la del *es* jurídico.

CAPÍTULO 3

La dicotomía en la práctica

I

En el capítulo anterior se ha hecho un breve esbozo de las bases y pretensiones contrapuestas del iusnaturalismo y del positivismo. En los capítulos siguientes la discusión se centrará en varias aportaciones del enfoque positivista de la teoría del derecho que han sido adoptadas por autores de diferentes tendencias. En este momento orientaremos la atención en dirección a un problema práctico agudo e importante que ocupó a los tribunales en la Alemania de posguerra tras el colapso del régimen nazi y la derrota de Alemania en la segunda guerra mundial. Si alguna vez se ha pensado que las diferencias de opinión entre iusnaturalistas y positivistas estaban condenadas a ser académicas, la más leve referencia a la argumentación de los tribunales alemanes de posguerra y a la naturaleza de los problemas que les fueron sometidos disipará tal sospecha.

El enfoque más profundamente científico y racional al análisis de todos los fenómenos sociales, incluido el derecho, venía también de Alemania, y de ahí el muy conocido axioma positivista *Gesetz als Gesetz*.¹ Tal sentimiento tenía considerable atractivo para los legisladores y para el pueblo, pues representaba un enfoque directo, analítico y realista a la solución de ciertos problemas de subsistencia también rea-

¹ La ley (debidamente promulgada) es la ley —una afirmación antimetafísica usada por los positivistas para demostrar el alcance del origen procedimental correcto de una ley.

les e inmediatos. En cuanto al derecho, sino en cuanto a la legalidad,² fue mantenido incluso por Adolfo Hitler y su partido nacional-socialista cuando asumieron el poder en los primeros años de la década de los 30. Se ha dicho, por ello, que Hitler llegó al poder arropado por la legalidad. A pesar de los manifiestos e inicuos excesos que más tarde perpetró, Hitler tuvo cuidado de preservar la letra de ciertas leyes fundamentales. Dos ejemplos principales a los que nos referiremos en seguida fueron la Constitución de Weimar de 1926 y el Código Penal de 1871, que iban más tarde a suministrar a los positivistas ciertas soluciones «legalistas» para los problemas jurídicos de la posguerra. Estos no son sino dos de los muchos rasgos del régimen nazi que nos posibilitan el afirmar que Alemania bajo Hitler no estaba ciertamente en una situación de anarquía, aunque el grado en que el principio de legalidad fuera mantenido pueda ser objeto de discusión.

Los problemas que hemos de examinar en este capítulo están caracterizados por el hecho de que la injusticia puede perpetrarse en nombre del derecho. Los casos se han denominado a veces casos de «denunciante de mala fe» (*grudge-informer*), pues muchos de ellos tenían que ver con acusaciones de posguerra contra confidentes que habían actuado de acuerdo con la letra de las leyes nazis, pero que estaban impulsados primordialmente por la malicia o la intención de causar un daño o incluso de eliminar a la víctima de la denuncia. La iniquidad de las leyes que permitieron e incluso fomentaron la denuncia estriba con frecuencia en las penas patentemente desproporcionadas previstas para las protestas contra el régimen y hechos semejantes realizados por aquellos a los que se denunciaba. Así como el régimen se hacía cada vez más irascible a medida que se acercaba al colapso, las penas para ciertas protestas resultaban crecientemente desproporcionadas. Según algunas leyes, el castigo podía consistir desde un día de prisión a ejecución, según las «circunstancias». Como parece claro que no hay circunstancias que puedan diferir tan drásticamente como para jus-

² «Legalidad» se usa frecuentemente para expresar un juicio de valor adicional acerca de la calidad o bondad de las leyes. Es usado, *inter alia*, por Fuller para expresar su antipositivismo.

tificar tan extrema variación en las penas, éste es un ejemplo de posible injusticia de una ley promulgada adecuadamente. La situación del «denunciante de mala fe» (*grudge-informer*) surge cuando posteriormente se presenta una acusación ante los tribunales del régimen siguiente, en relación con actos del denunciante que se hallaban dentro de la ley cuando fueron realizados. El profesor Fuller³ plantea el problema y da algunas soluciones posibles en el contexto de una serie de acontecimientos imaginarios que no es difícil ver como similares en líneas generales, a los de la Alemania nazi. Consideremos la alternativa de sus soluciones y después procederemos a examinar varios casos que se han sometido realmente a la decisión de los tribunales posnazis. Por último se discutirán las cuestiones de ciencia y filosofía del derecho que suscitan tales casos.

II

ALGUNAS SOLUCIONES TEORICAS

El profesor Fuller pide a sus lectores que se imaginen que son el Ministro de Justicia de una nación de unos veinte millones de habitantes y que se enfrentan al comienzo de su período de mandato con un serio problema.

En unas elecciones nacionales acompañadas de un gran desorden el jefe de un partido o agrupación política que se autodenomina los «camisas púrpuras» es elegido Presidente de la República y su partido obtiene la mayoría de los escaños de la Asamblea General. El partido triunfó en las elecciones por su campaña de promesas vacías y de ingeniosas falsificaciones, y también por la intimidación física de los pandilleros camisas púrpuras que ahuyentaron de las urnas a mucha gente que podía haber votado contra el partido. «Cuando los camisas púrpuras llegaron al poder no dieron ningún paso para derogar la vieja Constitución ni ninguna de sus disposiciones. También dejaron intactos los Códigos Civil y Penal y el Código de Enjuiciamiento. No se

³ *The Morality of Law*, ed. revisada, Yale U.P. 1969, apéndice.

tomó ninguna medida oficial para separar a ningún funcionario del gobierno o para remover a ningún juez de su plaza. Se siguieron celebrando elecciones periódicamente y los escrutinios se hacían con aparente honestidad. No obstante todo ello, el país vivía bajo un régimen de terror».⁴

Fuller sigue describiendo su pintura colorista del inicuo régimen de los camisas púrpuras, e incluye en ella la desaparición misteriosa de funcionarios que no querían colaborar, noches de terror, confiscación arbitraria de propiedades y la ratificación posterior de tal gangsterismo mediante normas promulgadas en secreto. «Durante el régimen de los camisas púrpuras mucha gente solucionó sus rencillas denunciando a sus enemigos al partido o a las autoridades del gobierno. Las actividades que se denunciaban eran tales como la manifestación en privado de críticas al gobierno, escuchar emisiones extranjeras de radio, reunirse con marginados y delincuentes conocidos, acumular más huevos de lo permitido, tardar más de cinco días en comunicar la pérdida de los documentos de identidad, etc. Tal y como estaban las cosas en la Administración de justicia algunos de esos actos, si eran probados, podían llevar consigo hasta una condena a muerte. En algunos casos tal sentencia estaba apoyada por normas de "emergencia"; en otros se imponía sin norma superior que la garantizase, aunque por jueces nombrados reglamentariamente». Tras el colapso del régimen de los camisas púrpuras surge la petición de que aquellos denunciados de mala fe sean castigados. El problema que ha de afrontar el lector como hipotético nuevo Ministro de Justicia es decidir el procedimiento a seguir. Se pide a cinco diputados que den su consejo y de ello resultan cinco actitudes diferentes, todas ellas con su justificación.

El consejo del primer diputado es, simplemente, no hacer nada, pues los actos que los informadores denunciaban eran ilegales de acuerdo con las normas del régimen entonces vigente. Aunque los principios jurídicos entonces prevalecientes difieran de los del régimen actual de manera que puedan ser considerados detestables, eran a pesar de todo el derecho vigente en el país. Condenar algunas de las leyes de los ca-

⁴ *Op. cit.*, p. 246.

misas púrpuras y condonar otras podría conducir a arbitrariedad y a la falta de certeza. «Si ahora nosotros pretendemos enjuiciar los actos del régimen de los camisas púrpuras, declarando inválido tal juicio, tal norma inválida, tal sentencia excesiva, estaremos haciendo exactamente lo que más condenamos en ellos».⁵

El segundo consejero llega a la misma conclusión, pero por el camino exactamente opuesto: «Un sistema jurídico presupone leyes que son, o pueden ser, conocidas por los vinculados a ellas. Presupone cierta uniformidad de conducta y que a casos parecidos se dará parecido tratamiento... En mi opinión, el derecho, en cualquiera de los sentidos corrientes de la palabra, dejó de existir cuando los camisas púrpuras llegaron al poder... Debemos olvidar este capítulo obscuro e ilegal de nuestra historia como un mal sueño... No hagamos pues, nada contra los llamados denunciadores de mala fe. Lo que hicieron no es ni legal ni contrario a derecho, puesto que vivían, no en un régimen de derecho, sino bajo un régimen de anarquía y terror». Por su parte el tercer diputado de Fuller se declara receloso de cualquier razonamiento que huela a alternativas tipo «blanco o negro», y considera erróneo suponer que o el régimen de los camisas púrpuras estaba de algún modo fuera del reino del derecho o que todas sus acciones deban ser consideradas investidas de total credibilidad como actos de un gobierno jurídico. Ve la conclusión propuesta por sus dos colegas imposible tanto ética como políticamente. En consecuencia propone: «Si debemos condenar los hechos criminales del partido y de sus miembros, parecería absurdo mantener todos los actos que de hecho fueron canalizados a través del aparato de un Gobierno que se transformó efectivamente en el *alter ego* del partido de los camisas púrpuras. Debemos, por tanto, aquí como en la mayoría de los problemas humanos, discriminar. Donde la filosofía de los camisas púrpuras se introdujo y desvió la administración de justicia de sus cometidos y usos normales, allí es donde debemos intervenir». El cuarto diputado rechaza completamente este método de tratar el pro-

⁵ Cfr. el sorprendente pero irrefutable razonamiento de Lord Reid en *D.P.P. versus Kneller* (Publishing, Printing and Promotions Ltd.) (1972) 2 All E. R. 898.

blema, diciendo que la propuesta de escoger o elegir de entre los hechos del régimen depuesto es completamente objetable. «Es —dice— hacer pura y simplemente camisapurpurismo. Sólo hay un modo de tratar este problema que sea compatible con nuestra filosofía del derecho y del gobierno, y es tratarlo mediante leyes debidamente promulgadas, es decir, con una normativa especial enfocada hacia ello. Estudiemos todo este problema del denunciante de mala fe, descubramos todos los hechos relevantes y redactemos una ley hábil para tratarlo». No ignora las muchas dificultades que envuelve tal método, y menos el problema de determinar los hechos que han de ser objeto de condena retroactiva y las dificultades éticas planteadas por la punición retroactiva en cualquiera de sus formas. A pesar de todo, la elección entre los perjuicios debe ser afrontada abiertamente.

El último informe del quinto diputado es extravagante pero quizá no inaceptable. Pone de manifiesto la paradoja de condenar los aspectos «criminales» de los camisas púrpuras mediante leyes retroactivas, describiendo tal método como un recurso a uno de los artificios más inicuos del régimen depuesto. Propone un crudo compromiso: «Este problema del “denunciante de mala fe” está ya en proceso de solución por sí solo... La gente misma está tratándolo tranquilamente a su modo y si los dejamos hacer y damos instrucciones a nuestros fiscales para que hagan lo mismo, pronto dejará de haber problema alguno para nosotros. Habrá ciertos desórdenes, desde luego, y caerán algunas cabezas inocentes, pero ni nuestro gobierno ni nuestro sistema jurídico se verán envueltos en el asunto y nos encontraremos en el atolladero inútil de intentar desenredar todas las hazañas y fechorías de las camisas púrpuras». Es cierto que un recurso tal a la ley de las pistolas podría evitar algunas de las dificultades prácticas o éticas inherentes a las propuestas sugeridas por sus colegas. Pero a pesar de todo, desde un punto de vista jurídico y ético crearía más problemas de los que resolvería, o por lo menos evitaría. Después de todo, uno de los más fundamentales objetivos de todo sistema jurídico es asegurar el orden físico, la seguridad y la protección de los individuos y su propiedad frente a los ataques imprevistos.

No es necesario decir que estas cinco alternativas a la solución de este incómodo problema no abarcan todas las posibilidades, pero sirven de indicadores de gran utilidad sobre los principales y típicos enfoques posibles. Dos de ellos implican hacer algo, y los otros tres no hacer nada. Ninguno menciona específicamente ni justificaciones iusnaturalistas ni positivistas, aunque es posible leer entre líneas y detectar la presencia evidente de una u otra de las dos argumentaciones. Volvamos ahora a las decisiones de algunos casos actuales para descubrir la presencia del derecho natural o del positivismo.

III

ALGUNAS SOLUCIONES PRACTICAS

Uno de los debates científico-jurídicos recientes más célebre relativo a un dilema práctico es el que ha tenido lugar entre el profesor Hart y el profesor Fuller.⁶ La controversia entre estos dos distinguidos oponentes surgió de un informe en la *Harvard Law Review* de la decisión de un tribunal provincial de apelación en la Alemania de posguerra que decidía la suerte de un denunciante de mala fe.⁷ En 1944 la acusada, deseando librarse de su marido, informó a las autoridades de unas observaciones despectivas que él había hecho sobre Hitler estando en casa con permiso del ejército alemán. La acusada (acusada tras la guerra) testificó contra él, que fue sentenciado a muerte por un tribunal militar que aplicó patentemente normas que hacían ilegal afirmar o repetir cualquier expresión contraria a la bondad del Tercer Reich. Tras haber pasado cierto tiempo en prisión, y en un momento en que los militares alemanes no podían permitirse el lujo de matar a su propio personal, el marido fue enviado al frente del Este. Sobrevivió a la guerra y después inició un sumario contra su esposa por el delito de privación

⁶ (1958) 71 Harv. L.R. 593-629; 630-672. Ver LLOYD, *Introduction to Jurisprudence*. (3.^a ed.) pp. 240-248 con los extractos más importantes. Para un examen del debate, ver sección IV de éste capítulo.

⁷ (1951) 64 Harv. L. R. 1005-1007.

ilícita de libertad, de conformidad con el artículo 239 del Código Penal alemán de 1871. Como en el caso del ejemplo de Fuller⁸ esta pieza básica de la legislación había continuado en vigor durante el período del régimen nazi. El resultado final del proceso en el tribunal provincial de apelación fue que el juez militar que le había sentenciado (que había sido también procesado por el mismo delito por haber emitido la sentencia y cooperado así directamente en los acontecimientos) fue eximido de toda responsabilidad. Indudablemente hacer esto era político y prudente, pues en tal situación hay amplia base para una defensa basada en el estar sometido a coacción moral.⁹ Sin embargo la esposa fue condenada por un delito sobre la base de que había utilizado la ley nazi a su libre arbitrio, una ley que era «contraria a la sana conciencia y sentido de la justicia de todos los seres humanos honestos», para conseguir la muerte de su marido.

En un artículo comentando esta información de la *Harvard Law Review* sobre la que Hart y Fuller basaron su discusión, Pappé¹⁰ hace notar que el tribunal provincial de apelación, al revocar la anterior absolución de la acusada no puso en cuestión la invalidez de la legislación nazi. Aunque consideró que era altamente inicua y que había sido vista como «ley de terror» por la mayoría del pueblo alemán, no violaba el derecho natural. El tribunal militar había actuado en el marco de su competencia legal y los actos de los jueces no podían, por tanto, ser impugnados. La decisión del tribunal provincial de apelación era sin embargo inconsistente en cierta medida, pues una de sus razones para considerar delictivos los actos de la esposa, era que eran «contrarios a la sana conciencia y sentido de justicia de todos los seres humanos honestos». Es extremadamente difícil entender cómo tal razonamiento puede mantenerse congruentemente al lado del rechazo a considerar la legislación aplicada como violación de los principios de derecho natural. Después de todo la naturaleza de esos principios tendría que ser

⁸ *Supra*, pp. 69-70.

⁹ Si en tal caso el acusado era condenado a pena de muerte, hubiera sido sin duda estúpido que los jueces despreciaran deliberadamente el régimen aun cuando lo hubieran deseado. Pero véase más adelante la decisión.

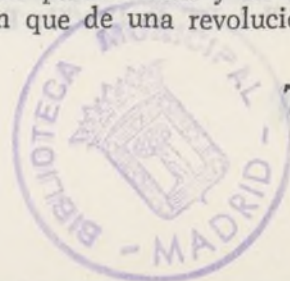
¹⁰ (1960) 23 M.L.R. 260: «On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era».

expresada en un lenguaje del mismo tipo que el que se usa para describir el derecho natural.

Esta discusión tan criticada no es representativa de los posteriores plantamientos del problema en cuestión. Hubo en todo caso durante algún tiempo pocas decisiones informativas del tipo de la presente, debido al hecho de que en los primeros años de la posguerra tales casos se sentenciaban de conformidad con las leyes y normas de la Comisión Aliada de Control. El artículo I de la *Ley de Gobierno Militar n.º 1: Derogación de derecho nazi*, derogaba expresamente ciertas leyes del período nazi, y el artículo II, prescribía: «Ninguna ley alemana, aunque haya sido promulgada o publicada, será aplicada por los jueces ni por la Administración en territorio ocupado en ningún caso en que tal aplicación pueda causar injusticias o desigualdades, bien a) porque favorezca a cualquier persona en razón de su conexión con el Partido Nacional-Socialista, sus cuadros, afiliados u organizaciones de control, bien b) porque discrimine a las personas por razón de su raza, nacionalidad, creencias religiosas u oposición al Partido Nacional-Socialista o a sus doctrinas». En el seno del Departamento jurídico de la División de Control había ciertas dudas sobre el alcance exacto del artículo II, particularmente sobre hasta qué punto abarcaba la derogación expresa de leyes del tipo de las que describía (como el artículo I), o si se limitaba a dar a la Comisión Aliada de Control el derecho a publicar relaciones posteriores de leyes que añadir a las contenidas en el artículo I. Tales dudas eran sin embargo parte de un problema diferente del que aquí discutimos pues la Comisión Aliada de Control podía considerarse que había impuesto sus propias valoraciones y deseos, como así era quizás, *ab extra*. Los tribunales alemanes de posguerra se encaraban sin embargo con el grave problema de determinar el *status* de leyes que habían formado parte del mismo sistema jurídico¹¹ del que eran ahora funcionarios.

Un caso más informativo, con casi los mismos hechos, fue decidido en una instancia superior en 1952. El Tribunal Supremo Federal se enfrentó con la siguiente situación: El

¹¹ Desde el punto y hora en que la subida al poder del partido nazi y de sus funcionarios fue consecuencia más bien de una infiltración que de una revolución.



marido de la acusada servía en el ejército alemán desde 1940, mientras su mujer llevaba una vida de adulterio en casa. Tras el atentado fracasado contra la vida de Hitler el 20 de julio de 1944, escribió a su esposa diciéndole: «Si Hitler hubiera sido asesinado se habría acabado esta sucia confusión».* La acusada llevó esta y otras cartas al jefe local del partido; después fue sorprendida por su marido en casa con otro soldado y, tras la consiguiente bronca, volvió a denunciar a su marido al partido nazi. El marido fue arrestado y juzgado por un tribunal militar. El oficial que presidía dijo a la esposa que no estaba obligada a declarar bajo juramento, que su marido estaba bajo amenaza de pena capital y que sin su declaración jurada las pruebas de la acusación contra su marido serían probablemente insuficientes.¹² A pesar de ello la esposa insistió en prestar declaración bajo juramento, con la consecuencia de que su marido fue sentenciado a muerte. Pero no fue ejecutado sino que estuvo bajo arresto y volvió finalmente a su unidad militar en abril de 1945, sobreviviendo lo suficiente para querellarse contra su esposa.

En 1951 un tribunal de primera instancia la eximió de toda responsabilidad penal, diciendo que la corte marcial que había sentenciado el asunto de su marido estaba legalmente constituida y había actuado dentro de la ley; y que mientras que una persona de refinada educación habría actuado ilegalmente denunciando a otra en tales circunstancias, la acusada, al ser una persona vulgar y corriente había actuado sin las intenciones criminales necesarias para basar el cargo. El Tribunal Supremo Federal, sin embargo, revocó la sentencia. El pronunciamiento fue enérgico y claro, pero no había a pesar de todo referencia alguna al derecho natural o a normas suprapositivas de orden superior. Fue, en efecto, plenamente positivista, pues se basó en la autoridad de las reglas y principios establecidos en el Código Penal alemán y la Constitución de Weimar. El Tribunal Supremo Federal opinó¹³ que, aun suponiendo que las normas fueran legal-

* *This dirty mess* puede significar «sucia confusión» o «sucio revoltijo», haciendo referencia al sistema hitleriano, o también «sucio rancho», «detestable comida», en relación a la que seguramente comía el marido en el ejército. (N. del T.)

¹² El procedimiento aplicado al acusado no era, por tanto, completamente arbitrario, aunque el grado de la pena fuera inicuo.

¹³ 1 ST R 123/51; BGHST 3, 110-129 (1952).

mente válidas, no había suficiente justificación, en las circunstancias del caso, para una condena. La sentencia dictada por el tribunal militar fue emitida sin dar la debida consideración a las leyes nazis y a los principios establecidos del derecho penal nazi.

La ley nazi requería que las opiniones incriminadas fueran hechas en público, mientras que habían sido hechas realmente en la más estricta relación íntima y privada, como era el matrimonio. No había sido alegada circunstancia especial alguna para demostrar que tales relaciones no habían sido privadas. Por tanto la presunción de culpa por parte del tribunal militar se derivaba de una interpretación arbitraria e ilegal de la ley. Si la sentencia de muerte hubiera sido realmente ejecutada, tal ejecución habría sido un caso de homicidio de acuerdo con las previsiones del Código Penal. Además, uno de los principios inmemoriales no escritos del derecho penal alemán prohíbe las penas crueles y duras en exceso.¹⁴ La norma fue ideada substancialmente para proteger la moral militar del pueblo alemán, pero en el presente caso la lesión a tal interés era mínima. Aplicando sus principios extensivos de interpretación, algunos de los cuales provenían de una legislación que había continuado en vigor a través del período nazi, el Tribunal Supremo Federal opinó que la sentencia emitida por el tribunal militar fue pronunciada, no en el curso de un proceso de aplicación de la ley, sino como abuso arbitrario de la autoridad judicial.

Si los hechos debían ser considerados constitutivos de delitos de privación ilícita de libertad y tentativa de asesinato, había de encontrarse cierta diferencia entre la criminalidad de los actos de la esposa y el proceso del tribunal militar en el supuesto que sus jueces no fuesen considerados cómplices de tales crímenes. Se sostuvo que no procedía que la esposa adujera que había acatado la legalidad del procedimiento del tribunal militar. Se mantuvo que había, a pesar de las ideas y valores distorsionados de mucha gente de la Alemania nazi, conciencia de que el procedimiento legal podía ser utilizado con propósitos intimidatorios y represores.

¹⁴ Cfr. la Constitución de los Estados Unidos de América, enmienda 8.ª, sobre la que ha habido discusiones en relación con la constitucionalidad de la pena de muerte.

El Tribunal Supremo Federal estimó que era un asunto de general conocimiento que el sentido popular del derecho y de la injusticia, lejos de haber sido ahogado durante el período nazi, había sido estimulado. La acusada no actuó para denunciar un delito, sino que buscó los medios para deshacerse del marido y poder seguir su vida adúltera. Su maliciosa intención contradecía así lo que, para una persona que creyese de buena fe en la legalidad de las normas, procedimiento y sentencias, podía haber sido un argumento defensivo. La argumentación era privativa de este caso y se consideró que su mérito era que desembocaba en el dictamen de que la esposa era reo de delito. No se discutían generalizaciones susceptibles de abrir la puerta a normas naturales o suprapositivas. Además, los jueces del tribunal militar, aunque no actuaron legalmente en el ejercicio de la justicia pública, tenían la eximente de la intimidación. Ciertamente un juez o funcionario que rehusara obedecer órdenes ponía en peligro su vida.

El resultado de este caso es satisfactorio para aquellos positivistas que independientemente de su aceptación de la tesis de que el derecho es válido en la medida en que emana de fuentes reconocidas como suministradoras de validez jurídica, detestan sin embargo el contenido concreto de leyes tales como la discutida. La decisión del Tribunal Supremo Federal indica que los legisladores —quizá sea mejor decir los grupos de presión políticos dentro del partido— fueron víctimas de su propia trampa. Como suele suceder en el caso de una dictadura, los políticos y líderes nazis fueron derivando hacia la perversión de los procedimientos frente al derecho substantivo. Era precisamente en el campo del procedimiento en el que se había basado la sentencia del Tribunal Supremo Federal, y no en ningún rechazo iusnaturalista del contenido de la legislación nazi en cuestión.

Esta decisión es *ad hoc* y no contiene el germen de ningún planteamiento general del caso del denunciante de mala fe y sus problemas conexos. Es posible tanto para los positivistas como para los iusnaturalistas obtener cierta satisfacción del caso. El positivista subrayará que la solución se adoptó sin ninguna invocación expresa a un derecho suprapositivo y por su parte el iusnaturalista estará sin duda con-

tento con el resultado y valorará favorablemente el método a través del que fue diferenciada la posición legal del tribunal militar de la de la esposa acusada. Es posible encontrar en la decisión del Tribunal Supremo Federal muchos elementos de compromiso, y el caso puede considerarse que representa una vía intermedia entre métodos y principios opuestos de resolver el problema.

Hay, sin embargo, muchas decisiones posnazis que descansan en gran medida, si no completamente, sobre la doctrina del derecho natural o sobre la invocación de normas suprapositivas para combatir las injusticias nazis. Una orientación fuertemente antipositivista se inició en un juicio de un Tribunal de distrito¹⁵ en Wiesbaden en 1945. Los padres del demandante, que eran judíos, fueron deportados en 1942 y sus propiedades fueron confiscadas. Pocos años más tarde murieron en un campo de concentración. Los demandados en esta acción civil de restitución habían adquirido la mencionada propiedad más tarde del Ministerio de Hacienda, pero les fue ordenado restituirla en este juicio de posguerra. «De acuerdo con la doctrina del derecho natural —dijo el tribunal— existen ciertos derechos que el Estado no puede abolir mediante un acto legislativo. Son derechos que se hallan tan profundamente arraigados en la naturaleza y características esenciales de los seres humanos que su derogación destruiría la naturaleza del hombre como ser espiritual y moral». Las leyes mediante las que la confiscación de la propiedad de los judíos fue autorizada eran estimadas como contrarias al derecho natural y por tanto nulas y vacías.

Una condena y anulación generalizada de todas las leyes nazis simplemente en base a su origen, habría sido, desde luego, tan poco política como poco práctica. Un caso interesante se planteó en 1947 ante el Tribunal Supremo regional de Kiel, en el que se trazó una distinción entre «leyes absolutamente inmorales bajo el poder de cualquier gobierno» y medidas militares válidas tomadas en el curso de lo

¹⁵ El *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional Federal, es un tribunal especial establecido por la Ley Fundamental de 1975. Los tribunales civiles y penales son el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal), los *Oberlandesgerichte* (Tribunales de Apelación), *Landgerichte* (Tribunales de distrito) y *Amtsgerichte* (Tribunales Locales). Esta decisión es, por tanto, de primera instancia.

que ha sido reconocido como una guerra ilegal y agresiva. El tribunal era de la opinión de que un decreto de Hitler ordenando el exterminio de ciertos reclusos de un campo de concentración so pretexto de que no eran ya aptos para el trabajo, era una violación tan profunda de la idea de justicia que tenía que ser considerada como nula *ab initio*. Por el contrario una ley nazi que imponía la pena de muerte por desertar del ejército durante la segunda guerra mundial fue considerada válida y aplicable a pesar del hecho de que tal guerra había sido juzgada guerra ilegal de agresión por la decisión del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg. En este caso el tribunal confirmó la decisión de un tribunal inferior que había condenado a un desertor que había matado a un policía que trató de detenerle. La evidencia que mostraba que el desertor actuaba por motivos de oposición radical al régimen de Hitler fue considerada irrelevante.¹⁶

No todas las sentencias a las que se llegó en base a normas generalmente reputadas censurables fueron consideradas, en los casos de posguerra, como objetables *per se*, mientras que muchas sentencias basadas en decisiones prenazis sí lo fueron. «Ni una revisión puramente legislativa ni otra puramente judicial de la herencia jurídica nazi puede ofrecer una solución comprensiva. El Tribunal Constitucional Federal... por ello, desarrolló y aplicó una teoría sociológica del derecho con vistas a una solución de compromiso, *i. e.*, una solución que permitía a los tribunales identificar lo malo y mantener aquellas relaciones jurídicas que, aunque basadas en normas nazis, han de ser preservadas en interés de la continuidad jurídica y del orden».¹⁷ Consideramos ahora el resultado de la aplicación de algunos de los principios más generales realizada por los tribunales constitucionales en función de la naturaleza de los problemas que se les sometieron.

La *Grundgesetz*, o ley fundamental, del Estado federal de Alemania occidental de mayo de 1949, declara¹⁸ que el

¹⁶ Para otras decisiones del período de posguerra, ver BODENHEIMER, «Significant Developments in German Legal Philosophy since 1945» (1954) 3 *Am. Jol. Comp. Law*, 379.

¹⁷ PAPPE, «On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era» (1960) 23 *M.L.R.*, 260.

¹⁸ Artículo 1.

pueblo alemán *reconoce*¹⁹ los derechos humanos inviolables e inalienables como bases de toda comunidad humana. Habla de tales derechos como *garantizados*, término que indica que no han de ser considerados en sí mismos como producto del poder constituyente o de la legislatura. Esto y la posterior enumeración de derechos es declarado como vinculante para el legislativo, el ejecutivo y el judicial y se prescribe después que en ningún caso puede el legislativo violar el contenido básico de un derecho fundamental.²⁰ Además en la mayoría de los casos el Tribunal Constitucional de cada *Land* o provincia tiene la última palabra sobre la aplicación de las disposiciones de las constituciones provinciales que, en efecto, establecen dentro de la misma constitución un sistema jerárquico de normas y valoraciones. «La resurrección generalizada del derecho natural, el aborrecimiento universal de los crímenes de un régimen que “hizo de la injusticia un sistema” y esta diferenciación de rango entre las disposiciones de las constituciones producen como necesaria consecuencia el establecimiento explícito de la revisión judicial».²¹ Como indica Rommen,²² era una peculiaridad del pensamiento jurídico continental el que tal revisión fuera reservada a tribunales constitucionales especiales.

Una gradación jerárquica entre los principios constitucionales se crea en la *Grundgesetz* y en las constituciones de la mayoría de los *Länder*. Para que no exista duda sobre el hecho de que ciertas disposiciones son más «fundamentales» que otras, y que uno o unos pocos artículos se consideran como la autoridad definitiva, debe señalarse que los principios que encuentran expresión en ellos trascienden todo derecho positivo, aun el derecho constitucional. Sin embargo, «para evitar la continua amenaza de que los derechos fundamentales se tornen en valores meramente relativos se les otorga reconocimiento explícito y solemne en las constituciones».²³ El *Bundesverfassungsgericht* o Tribunal Federal

¹⁹ El subrayado para destacar el efecto declarativo, no creativo.

²⁰ Artículos 6 y 19; para una discusión completa, ver ROMMEN (1959) 4 Nat. Law Forum 1, «Natural Law in the Decisions of the Federal Supreme Court and of the Constitutional Courts in Germany».

²¹ *Ibid.*, p. 7.

²² *Ibid.*, p. 8.

²³ *Ibid.*, p. 17.

Constitucional ha mantenido²⁴ que esos principios fundamentales son limitaciones al mismo poder constituyente original. En relación con los primeros diecinueve artículos de la Constitución federal, el Tribunal Supremo Federal ha dicho: «La *Grundgesetz* se refiere a ellos como derechos humanos inviolables e inalienables; no como garantizados por la Constitución, sino como existentes con anterioridad e independencia de ella... Ninguna hipotética ley anterior puede ser aplicada si los viola...»²⁵ La *Grundgesetz* obliga a todo juez a reconocer el rango suprapositivo de los genuinos derechos fundamentales. Ello obliga a la conclusión jurídica de que tales derechos eran válidos siempre, aun *antes* de que la *Grundgesetz* fuera formalmente emitida; eran así, válidos jurídicamente también durante el imperio del régimen nazi».²⁶

El Tribunal Supremo Federal, y el Tribunal Federal Constitucional incluso, han aceptado, siguiendo ciertas decisiones de los Tribunales Constitucionales provinciales, que no es una contradicción en los términos declarar que una constitución pueda contener en sí normas no constitucionales. Tal posición es justificada porque la teoría de que la Constitución contiene normas positivas de rango inferior y superior, y que las normas del máximo rango, o los más fundamentales de los derechos, son reconocidos como normas suprapositivas que no son creadas, sino meramente reconocidas por la Constitución. El Tribunal Supremo Federal hizo una referencia obvia al régimen nazi cuando mantuvo²⁷ que una «negación del *Recht*²⁸ suprapositivo que vincula hasta al poder constituyente hacia *rechtmässig* (ilícito) un acto constitucional que pretendiese legalizar únicamente un régimen arbitrario y tiránico y hacerlo así vinculante para el poder judicial».

El Tribunal Federal Constitucional selló el destino de

²⁴ 2 B Verf G 51.

²⁵ Una afirmación interesante para enfrentarla con la naturaleza fuertemente positivista del concepto de norma básica de Kelsen. Ver, más adelante, cap. 6, *Infra*.

²⁶ Dictamen 11 BGH* 81 en relación con GBGH* 208.

²⁷ 11 BGH* 2, dictamen de acuerdo con parag. 80, BV 66 —las normas fundamentales de la Constitución.

²⁸ El término *Recht* connota simultáneamente *derecho* y *justicia*; es posible que debido a la fuerza del positivismo en Inglaterra en ese tiempo, no tenga el idioma inglés un término equivalente. Ver SALMOND (1895) 11 L.Q.R. 121.

muchas leyes nazis cuando dijo:²⁹ «La idea de que el poder constituyente originario puede ordenarlo todo por su mera voluntad podría ser una recaída en el espíritu de un positivismo jurídico libre de valoraciones que ha sido superado en la ciencia y la práctica jurídica más reciente. La experiencia del régimen nazi ha enseñado que incluso el legislador puede emitir leyes injustas, y que, en consecuencia, la administración de justicia ordinaria debería estar armada contra un posible desenvolvimiento de regímenes semejantes de forma que, en un caso extremo, pueda ser capaz de poner en marcha los principios de justicia substantiva con preferencia a los principios de seguridad y certeza del ordenamiento jurídico».

IV

EL DEBATE CIENTIFICO

Ya se ha dicho bastante sobre las soluciones posibles en teoría al caso del denunciante de mala fe y de sus problemas conexos, y sobre los *dicta* y decisiones en asuntos resueltos en este campo, para mostrar que toda controversia iusnaturalismo-positivismo basada en tal situación no se resolverá fácilmente por sí misma en dos posiciones opuestas claramente definidas. Sin embargo, el debate antes mencionado³⁰ entre Hart y Fuller es un ejemplo excelente del modo en que positivistas y antipositivistas pueden discutir. Su debate se plantea por un informe de una decisión de posguerra del nuevo sistema jurídico alemán relativamente temprana e irrelevante, pero sus implicaciones para la ciencia del derecho van mucho más lejos de los límites de este caso particular.

Un filósofo alemán conocido que compartió la actitud positivista de la preguerra sobre la naturaleza del derecho fue Gustav Radbruch. Mantuvo que toda resistencia a un derecho inicuo o corrompido debía ser un problema de conciencia personal. Debería, pensaba, ser tratado por el indi-

²⁹ 3 B Verf G 231.

³⁰ HART, «Positivism and the Separation of Law and Morals» (1958) 71 Harv. L.R. 593-629; FULLER, «Positivism and Fidelity to Law», *ibid.*, pp. 630-672.

viduo como un problema moral, y la validez del derecho no podría ser impugnada mostrando que sus exigencias eran moralmente malas o, incluso, teniendo conciencia de que el resultado de obedecerlo sería aún peor que el efecto de desobedecerlo.

Austin, uno de los primeros positivistas, rechazó el punto de vista de que las leyes contrarias a los principios básicos de la moralidad cesaran por ello de ser leyes. Incluso fue más allá y describió tal convicción como un «completo sintentido».³¹ Sin embargo, Austin y Bentham mantenían también la opinión de que, aunque el derecho debería ser explicado en términos estrictamente positivistas, no obstante, si las leyes alcanzaban cierto grado intolerable de iniquidad, existiría entonces una obligación *moral* absoluta de resistir a ellas y desobedecerlas.

En relación al análisis del derecho en sí mismo, problema distinto³² del de la obediencia a las leyes, se ha dicho que «los teóricos del derecho están empeñados en un tipo o de cartografía o de batalla ideológica».³³ Durante el período nazi los puntos de vista de Radbruch cambiaron dramáticamente y la ideología que le impulsó a abandonar su papel de cartógrafo fue de peso. «De la facilidad con que el régimen nazi había explotado la manipulación del nuevo derecho —expresado, en su opinión, en el eslogan “positivista” “la ley es la ley” (*Gesetz als Gesetz*) y del fracaso de los juristas alemanes para protestar contra las enormidades que se les exigió perpetrar en nombre del derecho, concluyó que el “positivismo” (entendido aquí como la insistencia en la separación entre lo que es el derecho y lo que debe ser) había contribuido poderosamente a tales horrores. Sus ponderadas reflexiones le llevaron a adoptar la teoría de que los principios fundamentales de la moral humanitaria formaban parte del concepto mismo de *Recht* o juridicidad y que ninguna disposición o norma positiva, por claramente que estuviera expresada y por claramente que se acomodara a los criterios

³¹ JOHN AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence* (ed. Campbell), I, p. 215.

³² De acuerdo con algunos puntos de vista que serán discutidos, tal distinción serviría solamente para crear el problema.

³³ HONORÉ, *Groups, Laws and Obedience*: en *Oxford Essays in Jurisprudence*, segunda serie, ed. A. W. B. Simpson, O.U.P. 1973, p. 1.

formales de validez de un sistema jurídico dado podía ser válida si contradecía los principios básicos de la moral». ³⁴

Hart mira con simpatía el motivo de fondo de la *volte face* de Radbruch pero no obstante la describe como ingenua. Una cuestión más fundamental, igualmente conectada con la situación nazi, es la de la razón por la cual el énfasis en el eslogan «la ley es la ley», y la distinción entre derecho y moral, había adquirido en Alemania tan siniestro carácter, mientras que en relación con los utilitaristas mismos, iba unida a las actitudes liberales más luminosas. ³⁵ En contraste con la reacción de Radbruch frente a la tiranía nazi, perpetrada con frecuencia en nombre mismo del derecho, Hart dice: «Seguramente la respuesta verdaderamente liberal a cualquier uso siniestro del eslogan “la ley es la ley” o de la distinción entre derecho y moral es: Muy bien, pero ello no agota la cuestión. El derecho no es la moral; no permitamos que la suplante».

El resultado del procesamiento de un denunciante de mala fe, y la decisión del tribunal regional de Bamberg en 1949 ya han sido discutidos. ³⁶ Hart dice en relación con el caso: «La satisfacción incondicional con tal resultado me parece histórica. Muchos de nosotros podríamos aplaudir el final —el castigo a una mujer por un acto tremendamente inmoral... Había, por supuesto, otras dos opciones. Una era dejar ir impune a la mujer; se puede simpatizar y estar de acuerdo con el punto de vista de que eso hubiera sido hacer algo malo. El otro sería encarar el hecho de que si la mujer tenía que ser castigada habría de ser como consecuencia de la introducción de una ley completamente retroactiva y con la plena conciencia de lo que se sacrificaba al asegurarnos su punición de esta manera. Por odiosa que sea la legislación y la penalidad retroactiva, haberla buscado abiertamente en este caso tendría al menos el mérito de la sinceridad. Habría puesto de manifiesto que al castigar a la mujer había que tomar una opción entre dos males: el de dejarla impune y el de sacrificar un principio precioso de mo-

³⁴ (1958) 71 Harv. L.R. en la p. 617.

³⁵ La simpatía de Hart por lo utilitarista es clara a lo largo de todos sus escritos, p. ej., *Law, Liberty and Morality*, O.U.P., 1962

³⁶ *Supra*, p. 73.

alidad encarnado en la mayoría de los sistemas jurídicos».³⁷

La opinión divergente del profesor Fuller sobre este planteamiento se resume en estas palabras: «La mayoría de las conclusiones manifestadas en el ensayo del profesor Hart pueden ser establecidas en términos de la distinción entre orden y buen orden. Puede decirse que el derecho representa el orden *simpliciter*.³⁸ El buen orden es el derecho que concuerda con las exigencias de la justicia o de la moral, o con las nociones de los hombres sobre lo que debe ser».³⁹ En su libro *The morality of law*⁴⁰ argumenta que además de las exigencias de respeto y obediencia que genera la moralidad *externa* del derecho, existen algunos otros criterios (como los de cognoscibilidad y no retroactividad) que constituyen la moralidad *interna* del derecho.⁴¹ Critica la deficiencia de un punto de vista estrictamente positivista sobre el derecho diciendo: «Hay un doble sentido en que es verdad que el derecho no puede ser edificado a partir del derecho. Ante todo, la autoridad que hace el derecho debe estar sostenida por actitudes morales que le otorguen la competencia que reclama. Se trata aquí de una moralidad exterior al derecho que le hace posible.⁴² Pero esto sólo no es suficiente. Podemos acordar que en nuestra monarquía⁴³ la "norma básica" aceptada designe al propio monarca como la única fuente posible de derecho. Pero no podemos tener derecho hasta que nuestro monarca esté dispuesto a aceptar la moralidad interna del derecho mismo».⁴⁴ Fuller añade que esas moralidades interna y externa del derecho se influyen recíprocamente; un

³⁷ *Op. cit.*, p. 619. Nótese que tanto Radbruch como Fuller habrían preferido la legislación retroactiva. Para anotaciones ulteriores sobre legislación retroactiva, ver más adelante en este mismo capítulo.

³⁸ Una notable confesión.

³⁹ (1958) 71 Harv. L.R. en p. 644. Fue un paisano del profesor Fuller el que dijo que no se puede contentar a toda la gente siempre.

⁴⁰ Yale U.P., 1969, edición revisada.

⁴¹ Se ha sugerido que no es un término retórico, sino un término de referencia para el concepto del derecho propio de Fuller. El uso de Hart de «interno» y «externo» en relación con la naturaleza de las normas tiene connotaciones diferentes. Ver cap. 5, *infra*.

⁴² Este último aspecto está condicionado por un concepto previo del derecho que es el objeto del análisis de Fuller. Parece implicar que la obediencia al derecho es sinónimo de su existencia.

⁴³ Fuller usa, para argumentar, el ejemplo simple de un único monarca.

⁴⁴ *Op. cit.*, p. 645.

deterioro de una producirá casi inevitablemente el deterioro de la otra.

El profesor Hart, dice, olvida casi completamente lo que Fuller llama la «moralidad interna del derecho». «En esto —dice Fuller— creo que está profundamente confundido. Es su omisión de analizar las exigencias de una moralidad del orden lo que le lleva a... tratar el derecho como un dato que se proyecta por sí en la experiencia humana y no como un resultado del esfuerzo humano. Cuando caemos en la cuenta de que el orden mismo es algo por lo que debemos trabajar, resulta claro que la existencia de un sistema jurídico, incluso de un sistema jurídico malo o perverso, es siempre un problema cualitativo;⁴⁵ cuando reconocemos este simple hecho de la experiencia jurídica cotidiana resulta imposible discutir los problemas planteados por el régimen nazi con una simple aserción: "Bajo los nazis había derecho aunque fuera derecho malo". En lugar de ello debemos preguntar qué fue lo que de sistema jurídico sobrevivió a la devastación y perversión generalizadas de todas las formas de orden social que se llevaron a cabo bajo el imperio nazi, y qué implicaciones morales tenía ese sistema jurídico mutilado para el ciudadano consciente forzado a vivir bajo él».⁴⁶

Hart es muy crítico respecto al cambio de punto de vista de Radbruch y dice que de su enfoque sólo puede derivarse la confusión. «Pues si adoptamos la visión de Radbruch y con él, y con los tribunales alemanes,⁴⁷ protestamos contra el derecho perverso en la forma de una aserción sobre que ciertas reglas no pueden ser jurídicas por su iniquidad moral, enturbiamos una de las más poderosas, porque es la más sencilla, formas de crítica moral. Si, como los utilitaristas, hablamos claramente, diremos que el derecho puede ser derecho pero derecho demasiado perverso para ser obedecido. Esto es una condena moral que todo el mundo puede comprender y hace una obvia e inmediata llamada a la atención moral. Si, por el contrario, formulamos nuestra objeción como afir-

⁴⁵ Es difícil ver por qué este punto de vista comporta cualquier inadecuación en el análisis de Hart. La visión de Hart, y de los utilitaristas en general, puede abarcar fácilmente la noción de un derecho aceptado que es no obstante indeseable debido a su contenido o al método de su promulgación o su aplicación real.

⁴⁶ *Op. cit.*, p. 646.

⁴⁷ No de todos ellos ni en todos los casos, como hemos visto antes.

mación de que esas maldades no son derecho, tenemos una afirmación en la que mucha gente no cree, y en el caso de que se hallen dispuestos a someterla a consideración sería necesario aportar un ejército completo de teorías filosóficas antes de que pueda ser aceptada».⁴⁸

Sin embargo, la réplica de Fuller es, paradójicamente, que es el planteamiento de Hart el que abre la puerta a la confusión. «En lo que a los tribunales respecta, no habría sido ciertamente de mucha ayuda para los problemas el que, en lugar de decir: “Esto no es derecho” hubieran dicho: “Esto es derecho pero es tan malo que rehusamos aplicarlo”. Seguramente la confusión moral llega a su punto máximo cuando un tribunal rehúsa aplicar algo que admite como derecho...». ⁴⁹ El profesor Hart, señala, no abogaría de hecho por tal enfoque de la situación del denunciante de mala fe y sus problemas conexos. Bastante extrañamente la preferencia de Hart por la norma retroactiva es algo que comparte con Radbruch, sin embargo Fuller añade: «El problema del denunciante era perentorio y si había que rehabilitar las instituciones jurídicas en Alemania no se habría conseguido permitiendo que el pueblo se tomara la justicia por su mano, como podía haber sucedido mientras los tribunales estaban esperando una norma.»⁵⁰ La conclusión de Fuller suena algo a compromiso, aunque es todavía de inclinación antipositivista. «Mientras que yo no suscribiría del todo los puntos de vista de Radbruch, especialmente aquellos relativos a un “derecho superior”, pienso que vio mucho más claramente que el profesor Hart la verdadera naturaleza del dilema que enfrentó Alemania al procurar reconstruir sus quebradas instituciones jurídicas. Alemania tuvo que restaurar tanto el respeto al derecho como a la justicia. Aunque ninguno de ellos podía ser restaurado sin el otro, se encontraron penosas antinomias al tratar de restaurar ambos al mismo tiempo, como Radbruch vio muy claramente. Radbruch vio esencialmente que el dilema consistía en unir las exigencias del orden por un lado y las del buen orden por el otro. Por supuesto que no se puede derivar ninguna fórmula apta de esta enun-

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 620.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 655.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 655, la retroactividad en las leyes se discute más adelante, pp. 92-94.

ciación del problema, pero a diferencia del positivismo, no nos enfrenta con exigencias opuestas que no tienen entre sí ningún contacto vivo, que tienden sus contradicciones a través de un vacío. Cuando buscamos el orden, podemos recordarnos a nosotros mismos con todo sentido que el orden no nos hará ningún bien a menos de que sea bueno para algo. Si buscamos hacer bueno nuestro orden, podemos recordarnos a nosotros mismos que la misma justicia es imposible sin el orden y que no debemos perder el orden mismo en el intento de hacerlo bueno».⁵¹

POSITIVISMO Y JUSTICIA

En *The Concept of Law* Hart encabeza su discusión de la justicia y la moralidad con el problema retórico de san Agustín: «¿Qué son los Estados sino bandas de ladrones en grande?».⁵² La cita es particularmente oportuna para describir algunos de los casos mencionados en la anterior discusión. Si los Estados, empero, son algo más que bandas de ladrones en grande,⁵³ y si el derecho tiene que ser analizado de otro modo que en términos de validez *formal* tan sólo ¿qué otros rasgos son necesarios y cómo han de ser descritos y evaluados? Hart señala la relatividad del concepto de justicia y la consiguiente dificultad de aislar los factores materiales de la validez jurídica cuando dice: «Un niño alto puede ser de la misma altura que un hombre bajo, un invierno templado de la misma temperatura que un verano frío, un diamante falso puede ser una genuina antigüedad. Pero la justicia es mucho más complicada que esas nociones, porque el criterio cambiante respecto a las analogías relevantes entre diferentes casos incorporados a ella, varía no sólo con el tipo de materia a que se aplica, sino que con frecuencia puede estar abierto a disputas incluso en relación con un único tipo de materia».⁵⁴

⁵¹ *Op. cit.*, p. 657.

⁵² *Confesiones*, IV, citado en *The Concept of Law*, cap. 8, p. 152.

⁵³ Cfr. la descripción de Hart del análisis de Austin como la «situación del orden del pistolero»: *The Concept of Law*, cap. 2, pp. 19 y ss.

⁵⁴ *The Concept of Law*, cap. 8, p. 156.

Hans Kelsen que, como se verá en un capítulo posterior,⁵⁵ aboga por un positivismo más estricto y más formal que el de Hart, va aún más lejos al subrayar la relatividad de los juicios de valor: «Si la historia del pensamiento humano prueba algo, es la futilidad del intento de establecer, por la vía de consideraciones racionales, un criterio absolutamente correcto de conducta humana, es decir, un criterio de conducta humana como el único justo, excluyendo la posibilidad de considerar a su opuesto como justo también. Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado es el hecho de que sólo valores relativos son accesibles a la razón humana; y eso significa que el juicio sobre que algo es justo no puede ser hecho con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio de valor contrario. La justicia absoluta es un ideal irracional o, lo que supone lo mismo, una ilusión —una de las eternas ilusiones de la humanidad».⁵⁶

A los tribunales internos de la Alemania de posguerra no les competía ciertamente formular ningún concepto absoluto de justicia; se enfrentaron con una gama de casos problemáticos todos los cuales demandaban una solución al mismo tiempo rápida, razonable y práctica. Sin embargo aunque un positivista negaría que la búsqueda de la justicia en esos difíciles casos estuviese basada en algún fundamento de derecho natural, hasta un positivista tan estricto como Kelsen no negaría que la ponderación de factores fuera un ejercicio *moral* valioso. «El punto de vista de que los principios morales constituyen sólo valores relativos no significa que no constituyan valores en absoluto; significa que no hay un solo sistema moral, sino que hay varios diferentes y que, en consecuencia, debe optarse entre ellos. Así, el relativismo impone al individuo las difíciles tareas de decidir por sí mismo lo que es justo y lo que es injusto. Desde luego esto implica una responsabilidad muy seria, la más seria responsabilidad moral que un hombre pueda asumir. Si los hombres son demasiado débiles para soportar esta responsabilidad la trasladan a una autoridad por encima de ellos y, en último término, a Dios».⁵⁷

⁵⁵ *Infra*, cap. 6, sobre la teoría pura del derecho.

⁵⁶ KELSEN, *What is Justice?*, Univ. of California Press, 1971, cap. 1, p. 21.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 22.

ACTITUDES ALEMANAS

Los puntos de vista de Radbruch han sido ya brevemente considerados. El profesor Wieacker escribió en 1952⁵⁸ que las perversiones de un «ilegítimo» positivismo que sancionó las crueldades y atrocidades más espantosas cometidas por los legisladores en tanto en cuanto se hallaban revestidos del ropaje externo del derecho, condujo a un fuerte rechazo y constituyó una de las causas principales de la resurrección de una teoría de la justicia valorativamente orientada.⁵⁹ «Los defectos de un positivismo inflexible permanecerán ocultos solamente en esos períodos pacíficos y plenos de la historia del derecho en los que las disfunciones entre el derecho positivo y las ideas prevalecientes sobre la justicia son raras y poco corrientes. En tiempos de crisis, tensión social o gobierno tiránico, cualquier creencia complacida en el neutralismo ético del derecho será inevitablemente destruida».

Aunque muchas de las decisiones de los tribunales alemanes de posguerra son más que suficientes para disipar tal creencia complacida, incluso los relativamente pocos casos que han sido considerados aquí son suficientes para mostrar que el «positivismo inflexible» no es en absoluto tan poco capaz de bregar con problemas agudos de derecho y de moral como pudiera haberse imaginado. Incluso entre los escritores alemanes mismos ha habido algunas reacciones contra puntos de vista como el de Radbruch. Engisch, por ejemplo, pretende navegar por un camino intermedio entre lo que llama falsificaciones «normativista» y «naturalista» del derecho. En su opinión la esfera natural de las cosas y la esfera normativa se hallan entrecruzadas y no pueden ser independizadas en una teoría científica del derecho. En consecuencia Engisch rechaza los planteamientos tanto de Radbruch como de Kelsen.

El profesor Schmidt también rechaza una resurrección del derecho natural cuando dice que no existen principios

⁵⁸ *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, pp. 327-328, 348 y ss.; 356-357, recopiladas en Bodenheimer, *op. cit.*

⁵⁹ Tal orientación valorativa hace referencia, por supuesto, no al concepto de justicia, sino al concepto mismo de derecho.

autoevidentes⁶⁰ de carácter «supremo», y que todos los intentos de obtener un sistema ético de validez universal deben considerarse fracasados. Sigue diciendo, sin embargo, que no tenemos que abrazar un positivismo resignado. Una injusticia monstruosa prescrita a través de fuentes formalmente válidas no puede mantenerse que vincule al juez, pero ello no se sigue de ningún concepto de «derecho natural» o de «ley moral universal», sino que es consecuencia de lo que él denomina nuestra «moralidad viva».⁶¹ Se ha señalado que tales vías medias y tal y como han sido sugeridas por estos y otros positivistas alemanes, pueden ser igualmente versiones duplicadas de un enfoque utilitarista como el adoptado por Hart.

POSTSCRIPTUM: LEGISLACION RETROACTIVA

En sentido estricto toda ley es retroactiva en la medida en que es aplicada después, y como resultado, de un hecho o conjunto de hechos. Sin embargo, la norma o regla general, aunque no siempre la manifestación de esa norma o regla en el caso particular, es usualmente de naturaleza proyectiva. Es decir, emite una regla como guía y suministra un criterio respecto al cual la conducta futura puede ser contrastada claramente en relación con su legalidad.

Una ley retroactiva, particularmente una norma que reclama aplicación retroactiva, es una anomalía desde el momento en que sólo de manera muy artificiosa puede decirse que orienta la conducta. Los que actúan en la creencia de que su conducta no es ilegal, o por lo menos sin haber sido advertidos nunca de su legalidad o ilegalidad, puedan ser llevados ante un tribunal y desde allí a la cárcel, pero ésta será la única orientación que reciben. Fuller ha descrito la injusticia de una norma penal retroactiva calificándola como «el brutal absurdo de mandar hoy a un hombre que haga algo ayer».⁶² Sería ir demasiado lejos decir que *toda* norma

⁶⁰ Adviértase, por tanto, la refutación implícita del preámbulo de la Constitución de los Estados Unidos.

⁶¹ SCHMIDT, *Gesetz und Richter: Von Wert und Unwert des Positivismus*, citado por Bodenheimer, *op. cit.*

⁶² *The Morality of Law*, Yale U.P., 1969, p. 59.

o ley con efecto retroactivo es, *eo ipso*, indeseable. Las leyes de la mayoría si no de todos los sistemas de cierta complejidad necesitan del recurso rectificador de la retroactividad en muchas áreas del derecho no penal. «Como cualquier otra empresa humana, el esfuerzo para armonizar las exigencias a menudo complejas de la moralidad interna del derecho puede sufrir varias clases de naufragios. Es cuando las cosas van mal cuando la norma retroactiva se hace con frecuencia indispensable como medida terapéutica; aunque el movimiento propio del derecho es hacia adelante, a veces tenemos que detenernos y regresar a recoger los pedazos». ⁶³ Como señala Fuller ⁶⁴ la literatura jurídica pone sorprendentemente poca atención en las leyes retroactivas. Austin es uno de los pocos juristas que han considerado el problema con algún detalle desde el punto de vista de la teoría del derecho: «El daño o el delito suponen la *intención* ilícita, o uno de esos modos de *descuido* ilícito que se han denominado negligencia, imprudencia, temeridad. Pues a menos que las partes sepan que están violando su deber, o a menos que *hayan podido* saber que estaban violando su deber, la sanción no puede operar, en el momento de violación con el fin de impelerles» a obedecer el mandato. ⁶⁵

Fuller somete a consideración las leyes retroactivas en el contexto de un sistema completo cuando plantea su problema práctico en su forma más fuerte: «Tomada en sí misma, y abstracción hecha de su posible función en un sistema jurídico en su mayor parte proyectivo, una ley retroactiva es realmente una monstruosidad. El derecho tiene que ver con el gobierno de la conducta humana por normas. Hablar de gobernar o dirigir la conducta humana de hoy mediante reglas que serán promulgadas mañana es hablar en el vacío. Preguntar cómo valoraríamos un sistema jurídico imaginario que consistiese exclusivamente en leyes retroactivas y solamente en leyes retroactivas, es como pre-

⁶³ *Ibid.*, p. 53.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 52-53.

⁶⁵ JOHN AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, 4.^a ed. (1879), p. 485. Adviértase la atención de Austin hacia el hecho de la obediencia a las leyes, o al menos hacia los aspectos behavioristas de las actitudes hacia el mandato jurídico y la sanción. Ver más adelante, cap. 4.

guntar cuánta presión tiene el aire que hay en el vacío perfecto».⁶⁶

El artificio de una norma retroactiva para resolver las dificultades de los casos del denunciante de mala fe y sus problemas conexos ha sido criticado en base a la cantidad de estudio y tiempo que se necesitaría para dictar una norma comprensiva.⁶⁷ Este ulterior componente de injusticia que se señala en la naturaleza de la disposición retroactiva sirve sólo para subrayar una vez más lo variados e incluso conflictivos que pueden ser los intereses y valoraciones en estudio.

El planteamiento utilitarista, sopesando lo bueno y lo malo, la justicia y la injusticia, en una balanza cuantitativa es solamente uno de los posibles enfoques de la solución.

NOTA

Los ejemplos prácticos e hipotéticos que hemos considerado en este capítulo nos recuerdan que la ciencia del derecho y la teoría del derecho no pueden ser capaces de proporcionar respuestas definitivas y excluyentes, pero que tienen la virtud de descubrir muchos o la mayoría de los problemas que deben ser planteados antes de intentar dar una solución. Con el máximo respeto para las soluciones iusnaturalistas al tipo de problema descrito en este capítulo, el insistir en dar tales respuestas como lo hacen claramente ciertas versiones del derecho natural es prejuzgar toda discusión posterior. Tal discusión posterior y sus implicaciones tanto para la teoría como para la práctica, están bien ilustradas por los puntos de partida del positivista y el utilitarista. En un problema práctico tan urgente debe conseguirse en todo caso cierto tipo de resultado satisfactorio. Es posible que incluso un estricto positivista pueda en último término llegar a una conclusión coincidente en la forma, si no en la substancia, con aquella a la que ha llegado su antagonista iusnaturalista. Sin embargo, se acepta que una u otra versión del en-

⁶⁶ *The Morality of Law*, Yale U.P., 1969, p. 53.

⁶⁷ *Supra*, p. 72.

foque positivista del caso del denunciante de mala fe puede ser con frecuencia ventajosa aunque sólo sea porque puede facilitar mejor la discusión de una gran variedad de cuestiones diferentes, abandonadas por la preconcepción de una solución ideal.

Capítulo 4

Bentham y Austin

Jeremías Bentham tenía una opinión tan pesimista de la teoría del derecho natural que la condenó como esa formidable no entidad llamada ley natural. A la temprana edad de 15 años Bentham asistió a un curso de sir William Blackstone en el invierno de 1763-64, y ya entonces mostró un profundo desacuerdo con mucho de lo que allí oyó. La transición desde el talante peralilar de la teoría del derecho natural en la obra de Blackstone al positivismo riguroso de Bentham representa uno de los desenvolvimientos más importantes de la historia de la teoría jurídica moderna.

BENTHAM, EL POSITIVISTA JURÍDICO

Ya ha sido ofrecido un boceto de algunas de las posiciones enunciadas del iusnaturalismo y del positivismo. Un enfoque positivista del análisis del derecho, lejos de rechazar toda consideración del modo en que el contenido del derecho existente puede ser mejorado y lejos de rehusarse a considerar los problemas morales relacionados con el derecho, puede ser de mayor utilidad para el mejoramiento del derecho vigente que muchas teorías del derecho natural. La ventaja particular que el positivismo puede aportar aquí es que, en el planteamiento mismo de los problemas relativos a la reforma jurídica y a la valoración



lo que se puede decir con frecuencia es que la distinción de la justicia de la equidad no es una distinción de fondo, sino una distinción de forma. La distinción de la justicia de la equidad no es una distinción de fondo, sino una distinción de forma. La distinción de la justicia de la equidad no es una distinción de fondo, sino una distinción de forma.

El planteamiento utilitarista, sopesando lo bueno y lo malo, la justicia y la injusticia, en una balanza cuantitativa es solamente uno de los posibles enfoques de la solución.

NOTA

Los ejemplos prácticos e hipotéticos que hemos considerado en este capítulo nos recuerdan que la ciencia del derecho y la teoría del derecho no pueden ser capaces de proporcionar respuestas definitivas y excluyentes, pero que tienen la virtud de descubrir muchos o la mayoría de los problemas que deben ser planteados antes de intentar dar una solución. Con el máximo respeto para las soluciones humanitarias al tipo de problema descrito en este capítulo, el insistir en dar tales respuestas como lo hacen claramente estas versiones del derecho natural es prejuzgar toda discusión posterior. Tal discusión posterior y sus implicaciones tanto para la teoría como para la práctica, están bien ilustradas por los puntos de partida del positivista y el naturalista. En un problema práctico tan urgente debe conseguirse en todo caso cierto tipo de resultado satisfactorio. Es posible que incluso un estricto positivista pueda en último momento llegar a una conclusión coincidente en la forma, si no en la sustancia, con aquella a la que ha llegado su antepasado humanitarista. Sin embargo, se acepta que una u otra versión del en-



CAPÍTULO 4

Bentham y Austin

I

Jeremías Bentham tenía una opinión tan pésima de la teoría del derecho natural que la condenó como «esa formidable no entidad llamada ley natural». A la temprana edad de 15 años Bentham asistió a un curso de sir William Blackstone en el invierno de 1763-64, y ya entonces mostró un profundo desacuerdo con mucho de lo que allí oyó. La transición desde el talante peculiar de la teoría del derecho natural en la obra de Blackstone al positivismo riguroso de Bentham representa uno de los desenvolvimientos más importantes de la historia de la teoría jurídica moderna.

BENTHAM, EL POSITIVISTA JURIDICO

Ya ha sido ofrecido un boceto de algunas de las posiciones encontradas del iusnaturalismo y del positivismo. Un enfoque positivista del análisis del derecho, lejos de rechazar toda consideración del modo en que el contenido del derecho existente puede ser mejorado y lejos de rehusarse a considerar los problemas morales relacionados con el derecho, puede ser de mayor utilidad para el mejoramiento del derecho vigente que muchas teorías del derecho natural. La ventaja particular que el positivismo puede aportar aquí es que, en el planteamiento mismo de los problemas relativos a la reforma jurídica y a la valoración, el alcance y

el objeto de tales cuestiones puede ser claramente delimitado. Un primer ejemplo de tal aportación se encuentra en los escritos jurídicos de Bentham.¹ Bentham insistió en la separación de los problemas de análisis y los problemas de valoración —en la distinción entre «exposición» y «censura» en la ciencia del derecho. Simultáneamente fue responsable directa o indirectamente de una de las mayores contribuciones a la reforma del derecho de su país surgida nunca de la mente de un hombre. «La obra de Bentham muestra claramente que una definición positivista del derecho va unida a la más enfática atención respecto a la diferencia entre lo bueno y lo malo y a una poderosa filosofía del derecho».² En efecto, las implicaciones reaccionarias del tipo de teoría del derecho natural de Blackstone, y el emborronamiento de distinciones fundamentales para un enfoque positivista del análisis del derecho, son blancos fundamentales de la crítica de Bentham.³

LA CONTRIBUCION CONJUNTA

Bentham y Austin son tratados juntos en este capítulo porque pueden ser considerados conjuntamente responsables de la formulación de un análisis del derecho conocido ahora comúnmente como la teoría imperativa. El análisis se ha atraído tal nombre en razón del papel que juegan en él los «mandatos» (o imperativos) emitidos por un «soberano» o cuerpo soberano. Los enunciados característicos de esta teoría del derecho⁴ han suscitado muchas críticas, y entre los

¹ La producción escrita total de Bentham fue enorme. Se ha dicho en relación con la teoría del derecho, que Austin tomó de Bentham y puso en la base de su propia teoría lo que Bentham había expresado casi como *obiter dictum* en el curso de su examen de temas mucho más amplios.

² FRIEDMAN (1948) L.Q.R. 341, en la p. 343.

³ La concentración de la atención por parte de Bentham sobre la naturaleza y el ámbito del derecho positivo, aislado de las afirmaciones hipotéticas sobre criterios metafísicos no jurídico-positivos, y la eliminación de Kelsen de consideraciones no jurídicas, incluidas justicia y moralidad, del análisis del derecho, son comparables con respecto al avance que la obra de cada uno representa sobre el tipo de obras que las precedieron; Ver, más adelante, cap. 6.

⁴ Existen notables diferencias entre la explicación de Bentham y la de Austin. Debe advertirse además que la crítica de Hart a la teoría imperativa se basa en un «modelo típico» que no tiene en cuenta los detalles periféricos. Ver HART, *The Concept of Law*, cap. 2.

que han señalado las deficiencias de este enfoque del derecho se hallan juristas que difieren fundamentalmente entre sí respecto al análisis más adecuado de la naturaleza del derecho.⁵ A pesar de ello estos mismos juristas subrayan la importancia de cierto tipo de elemento imperativo en el derecho. Los varios modos de formular tal elemento imperativo pueden obscurecer su naturaleza más que aclararla. A este respecto la formulación de Austin ha suscitado críticas más agudas que la de Bentham. No debe olvidarse, sin embargo, que estos dos juristas han jugado un importante papel suministrando una introducción a muchas de las obras jurídicas que han venido después. En comparación con algunos de los productos más recientes del enfoque positivista del estudio del derecho, las exposiciones hechas por Bentham y Austin contienen muchas deficiencias —algunas importantes— en relación tanto con la teoría como con la aplicación práctica del derecho, pero el paso que representan sus escritos, desde el pensamiento iusnaturalista precedente a las primeras formas de positivismo jurídico, sigue siendo a pesar de todo de la mayor importancia.

Una gran parte de la contribución de Austin al estudio del derecho se encuentra en *The Province of Jurisprudence Determined*, publicada en 1832, el año que murió Bentham. Al tiempo de su publicación atrajo muy poco la atención. No fue sino hasta 1945 cuando la influencia de las ideas de Bentham sobre el planteamiento del derecho de Austin en términos de «mandatos del soberano» fue apreciada plenamente. La deuda de Austin con Bentham se reveló con el descubrimiento, en los archivos del University College de Londres, de una obra inédita de Bentham, acabada en 1782 que fue planeada originariamente para formar parte de *The Principles of Morals and Legislation*, publicada en 1790.⁶

⁵ Tanto Kelsen como Olivecrona, por ejemplo, cuyas explicaciones de la naturaleza del derecho son diferentes, coinciden sin embargo en la crítica al planteamiento de Austin. Ver *infra*, p. 151 y cap. 6.

⁶ Bentham y Austin estuvieron en contacto durante algún tiempo en Londres.

MERITOS Y DEMERITOS

La afirmación general del positivismo es que la naturaleza del derecho debe estudiarse en relación con lo que se encuentra que existe como producto de la acción del hombre. Se pone el acento en la creación más bien que en la emulación de un derecho superior o más alto. La teoría imperativa, como una de las más tempranas formas de positivismo, da particular importancia al elemento creador humano en el derecho. Tal importancia refleja al mismo tiempo los méritos y deméritos de las más tempranas expresiones del positivismo. El acto creador de derecho es una característica sobresaliente de casi todas las explicaciones de la naturaleza del derecho en general. Pero si el significado jurídico o prescriptivo de los actos y acontecimientos que se dan en la creación y mantenimiento de un sistema jurídico se describe en términos de identidad con los actos físicos mismos, el carácter esencialmente prescriptivo del derecho está expuesto a obscurecerse.⁷ Tanto Austin como Bentham prestaron particular atención a la creación o promulgación de las normas jurídicas. El mismo nombre de positivismo hace referencia al «derecho en tanto que promulgado» o puesto. Concentrarse en las circunstancias que rodean a la promulgación de tales normas es fácilmente comprensible, pero que este proceso se realice en forma de acontecimientos físicos y observables es, como veremos, sólo una parte de toda la verdad.

II

DERECHO Y SOBERANIA

La base del planteamiento de Bentham consiste en la afirmación de que el derecho nace de las órdenes emitidas por un poder soberano. La relación entre soberano y súb-

⁷ La relación entre derecho y hecho, entre la validez y la eficacia del derecho, será uno de los temas principales del cap. 6. Se sugiere allí que, al trasladar la atención desde la conjetura a lo específicamente positivo, los primeros positivistas exageraron su atención a los hechos del derecho humano.

dito es una relación entre superior e inferior, una relación de poder y sujeción. La noción de gobierno de Bentham se expresa en el siguiente párrafo de su tratado político *Fragment on Government*: «Cuando cierto número de personas (a los que podemos denominar *súbditos*) se supone que tienen el hábito de prestar obediencia a una persona, o a una asamblea de personas, de unas características ciertas y conocidas (a los que podemos llamar *gobernante* o *gobernantes*), todas esas personas unidas (*súbditos* y *gobernantes*) se dice que están en estado de sociedad política».⁸

En el primer capítulo de su recién descubierta obra, publicada ahora con el título *Of Laws in General*, Bentham escribe: «Una ley puede ser definida como un ensamblaje de signos declarativos de una volición concebida o adoptada por el soberano de un Estado, relativa a la conducta que ha de observarse en cierto caso, por cierta persona o clase de personas, que en el caso en cuestión están o se suponen que están sujetos a su poder; confiando tal acto de voluntad, para imponerse, en la expectativa de ciertos acontecimientos para producir los cuales se pretende que tal declaración sea, en la ocasión, un medio, y la búsqueda de los cuales se pretende que actúe como motivación sobre aquellos cuya conducta está en cuestión».⁹ En el capítulo segundo arroja más luz sobre su noción de soberanía cuando dice: «Entiendo ahora por soberano toda persona o conjunto de personas a cuya voluntad se supone, no importa por qué, que toda una comunidad política está en disposición de prestar obediencia; y ello con preferencia a la voluntad de cualquier otra persona».¹⁰

Los elementos de certeza en la descripción del cuerpo soberano y de la posición superior del soberano son subrayados aún más por Austin. Un rasgo que recuerda a las definiciones iniciales de derecho y soberanía de Bentham se encuentra en la doble definición de Austin de la noción de soberanía y de lo que él llama una «sociedad política independiente». «Si un determinado ser humano superior, no habituado a la obediencia a un superior semejante, recibe

⁸ Cap. 1, párrafo 10. El subrayado es de Bentham.

⁹ BENTHAM, *Of Laws in General*, ed. Hart; Athlone Press, cap. 1, p. 1.

¹⁰ *Ibid.*, cap. 2, p. 18.

obediencia habitual de la masa de una sociedad dada, ese determinado ser humano superior es soberano en esa sociedad y la sociedad (incluido ese ser humano superior) es una sociedad política independiente». ¹¹ Tal relación se describe posteriormente como una relación de soberanía y sujeción.

Austin insistía en que un verdadero soberano debía suscitar la obediencia de los inferiores políticos y no debía rendir obediencia a ningún superior. Ponía el acento en el requisito de que el soberano o cuerpo soberano en un Estado debía estar *determinado*, y esta característica, unida a la necesaria ausencia de límites del poder soberano, muestra la esencia de la noción central de autoridad jurídica de Austin, y muestra también su principal debilidad como explicación general del poder jurídico. Su restrictiva definición (puesto que una definición pretende ser) requiere que la obediencia habitual sea prestada a una y la misma persona o cuerpo de personas determinada. Una razón fundamental de su insistencia en una forma tan monolítica de superioridad jurídica puede encontrarse en la quinta conferencia de Austin, en la cual dice que «ningún grupo indeterminado puede emitir mandatos expresa o tácitamente o pueden recibir obediencia o sumisión». La noción personal y directa del mandato, central en la exposición de Austin, parece haber influido así sobre una de las características mismas de la autoridad jurídica de la que emana.

Austin insiste en que tanto la indivisibilidad como la ilimitabilidad son características necesarias del poder soberano. Bentham en cambio no insistió en ello nunca. «Puede suceder —dice Bentham— que una persona o conjunto de personas sean soberanos en ciertos casos, mientras otra lo es tan plenamente como aquélla en otros». Al admitir este simple hecho vital en relación con la autoridad jurídica, Bentham demuestra su preocupación por la necesidad de adoptar los conceptos jurídicos a los fines teóricos y prácticos para los que se proyecta que sirvan. En cambio es de una naturaleza tan inflexible la definición de soberanía de Austin, resultante de su explicación circular de nociones que depen-

¹¹ AUSTIN, *Province of Jurisprudence Determined*, ed. Hart (Weidenfeld and Nicolson), sección VI, p. 194.

den tanto de consideraciones jurídicas y políticas, como también sociológicas, que nos plantea un falso dilema. Tal dilema toma la forma de una opción excluyente entre una determinada persona o conjunto de ellas y su fraccionamiento en múltiples «sociedades políticas independientes». La terminología que Austin usa y las ideas que expresa hacen difícil, si no imposible, para nosotros, encontrar una explicación satisfactoria de, por ejemplo, el sistema federal de autoridad jurídica que funciona en los Estados Unidos de América.

Por ello Raz¹² al mismo tiempo que critica el inflexible concepto de soberanía de Austin, insiste en que debemos sin embargo tener el cuidado de no atribuir a Bentham más de lo que realmente escribió. Raz escribe en relación con el concepto originario de soberanía de Bentham: «No dio ninguna explicación de la soberanía dividida. No sugirió ninguna manera de decidir cuándo cierto poder jurídico es parte de un poder soberano, y si lo es, de cuál. Ni explicó cuáles son las relaciones, si hay algunas, entre los varios poderes que constituyen un poder soberano. Igualmente tampoco explicó satisfactoriamente cómo puede ser limitada jurídicamente la soberanía. Puso atención en ciertos fenómenos jurídicos que no pudo conciliar con la teoría de que en todo sistema jurídico hay un soberano individual e ilimitado, y en consecuencia se rehusó a subscribir tal teoría».

Los defectos repetidamente mencionados de la teoría de Austin parecen nacer de una confusión entre superioridad jurídica y superioridad política. Esta confusión se hace patente en otro tema en el que la amplitud de la noción de Austin es tan notable como estrecha es la consecuencia de la indivisibilidad y la ilimitabilidad. En su conferencia final de *The Province of Jurisprudence Determined* Austin afirma que en una democracia el electorado constituye una parte del cuerpo soberano. Esta inclinación a emitir proposiciones sobre el derecho y sobre la política en la misma frase pudiera ser interpretada como un signo de realismo en su planteamiento, pero tal virtud puede llegar a ser un vicio en el análisis del derecho especialmente cuando su estructura característica y su función sociológica son consideradas simultá-

¹² JOSEPH RAZ, *Concept of a Legal System*, O.U.P. 1970, p. 10.

neamente. Además de ser más bien difícil concebir este aspecto particular de la noción de soberanía de Austin a causa de algunas de las características restrictivas antes mencionadas, está muy claro, incluso en este momento del curso de teoría del derecho, que habrán de hacerse investigaciones de un tipo bastante diferente a las aquí encontradas si se ha de dar una explicación satisfactoria de la noción de autoridad jurídica. También está claro que será necesario algo más que la mera enumeración de las características exteriormente observables de un sistema jurídico. Sobre esta base tendremos que inclinarnos después a describir la naturaleza del enfoque de Austin como una observación, y no como una explicación. Prestaremos particular atención en el siguiente capítulo a la actitud hacia las normas de la autoridad por parte de aquellos sujetos a ellas. Tal consideración es notable por su ausencia en la obra de Austin.

DERECHO Y SANCIONES

Ya se ha dado la definición de «ley» de Bentham. La noción de una sanción unida a la conducta contraria a la ley no es aparentemente sino un añadido a la definición básica. Para Austin la sanción es una parte vital de la idea del derecho. Pone gran énfasis en la estrecha interrelación de tres elementos en el derecho, a saber: «mandato», «deber» y «sanción»: «... mandato, deber y sanción son términos inseparablemente conectados: cada uno implica la misma idea que los otros,¹³ aunque cada uno denota esas ideas en un orden o sucesión peculiar. Con cada una de estas expresiones se da a entender directa o indirectamente un deseo concebido por alguien al que se une un daño que será infligido o aplicado en el caso de que el deseo no sea cumplido. Cada una es un nombre para la misma noción compleja».¹⁴ Austin

¹³ A pesar de esta afirmación uno de los defectos principales de la teoría del derecho de Austin deriva de su examen de la sanción jurídica en relación con la violación o negación del derecho, y no en relación con el derecho mismo. Su explicación suscita por ello fuertes críticas del tipo de las hechas por Kelsen. Ver *infra*, cap. 6. Ver también, sin embargo, RAZ, *op. cit.*, caps. 1 y 2.

¹⁴ *Province of Jurisprudence Determined*, pp. 17-18.

afirma que toda ley o norma es un mandato, o que las leyes y normas jurídicas son «una especie de los mandatos». El derecho como un todo es, por consiguiente, el agregado de esas leyes individuales o mandatos. «Una ley» debe ser considerada como un modelo típico del derecho en general. El elemento de sanción contenido en ese modelo es descrito posteriormente por Austin en estos términos: «El daño que será probablemente aplicado en caso de que un mandato sea desobedecido o (para usar una expresión equivalente) en caso de que un deber sea incumplido, se llama usualmente sanción, o compulsión a obedecer (“enforcement of obedience”). O (invirtiendo la frase) se dice que el mandato o el deber es sancionado o aplicado por la fuerza (“enforced”) por la posibilidad de sufrir el daño».¹⁵

Es claro que sólo un pequeño número de leyes de un sistema jurídico tienen relación directa con la aplicación de sanciones, especialmente si la noción de sanción se define, como Austin lo hace, como la posibilidad o amenaza de cierto daño o perjuicio. El tipo de norma jurídica que se aproxima más al modelo de Austin es la norma de derecho penal que exige que cierta sanción material o física sea ligada a cierta conducta. Pero incluso aquí los otros elementos básicos de la noción de ley de Austin hacen que su enfoque sea inadecuado como explicación correcta de la teoría y la práctica simultáneamente. Hay grandes e importantes campos del derecho en que la definición en términos de mandatos sancionados quiebra completamente¹⁶ desde el punto y hora en que muchas normas jurídicas se proyectan para realizar una función social totalmente diferente. Las normas que dan facilidades para actuar de ciertas maneras a fin de que cierta acción pueda producir consecuencias jurídicas no pueden encontrar su lugar correcto en la teoría de Austin.

El nombre dado por Hart a tales normas es el de normas que «confieren poderes». Pueden conferir poderes públicos o privados —por ejemplo, el poder o autoridad para

¹⁵ *Ibid.*, p. 15.

¹⁶ La idea austiniana del derecho como agregado de mandatos sancionados no excluía, según Hart, la noción de «órdenes respaldados por amenazas». Es sobre esta base que Hart critica la explicación de Austin; Ver *The Concept of Law*, capítulo 3, pp. 27-33.

legislar, el poder para hacer un testamento, si se sigue en cada caso un procedimiento determinado o se adopta cierta formalidad especial. Para poner de manifiesto la inadecuación de la teoría de las sanciones jurídicas de Austin, Hart discute el ejemplo de una ilegalidad en relación con las precisiones de la sección 9 de la ley testamentaria de 1837 que exige cierto número de testigos para la formación de un testamento válido. Es muy forzado pensar que tal ilegalidad sea un «incumplimiento del deber» y mucho menos un «delito».¹⁷ Pudiera objetarse que no importa realmente el que la palabra sanción se extienda o no se extienda hasta alcanzar la invalidez jurídica, la nulidad o la anulidad. La respuesta a ello es subrayar que lo importante es examinar lo que Austin dijo, y no discutir como pueden ser amoldados sus puntos de vista.¹⁸

El artificio de forzar la masa de leyes no penales dentro del esquema de los mandatos y las sanciones de Austin extendiendo la idea de sanción hasta incluir la nulidad de un acto inválido civil es rechazado por Hart: «En el caso de una norma del derecho penal podemos identificar y distinguir dos cosas: cierto tipo de conducta que prohíbe la norma, y una sanción que pretende disuadir de esa conducta. Pero, ¿cómo podríamos considerar bajo esta luz actividades socialmente deseables, tales como la que realizan los hombres cuando se intercambian promesas, que no satisfacen las exigencias legales en cuanto a la forma? Esto no es como la conducta de que el derecho penal disuade, algo que las normas jurídicas que establecen formalidades para los contratos están dirigidas a suprimir. Las normas se limitan a negar el reconocimiento jurídico a esos hechos. Todavía más absurdo es considerar como sanción el hecho de que una medida legislativa, si no obtiene la mayoría requerida, no alcance el rango de ley. Asimilar tal hecho a las sanciones del derecho penal sería como pensar que las reglas de tanteo de un juego se dirigen a eliminar todas las jugadas

¹⁷ Para la crítica de Hart a Austin en este punto, ver *The Concept of Law*, capítulo 3.

¹⁸ *The Concept of Law*, cap. 3, pp. 33-35. También se discute allí un método diferente de integrar las sanciones, que consiste en estrechar el término «derecho». Este método, que es el adoptado por Kelsen, es materia del cap. 6, *infra*.

salvo la consecución de los goles. Si esto tuviera éxito sería el fin de todos los juegos; solamente si concebimos las normas que confieren potestades como dirigidas a hacer que la gente se comporte de cierta manera, y como normas que incorporen la "nulidad" como motivación para la obediencia, podemos asimilar tales normas a órdenes respaldadas por amenazas».¹⁹

El punto de vista de Bentham admite tanto los castigos como los premios, a los que llama respectivamente «motivaciones coercitivas» y «motivaciones seductoras». Austin, sin embargo, se rehúsa a admitir que el término «sanción» sea extendido hasta incluir los premios: «Pienso que tal extensión del término está preñada de confusiones y perplejidades».²⁰ La diferencia de opinión entre ambos juristas pueden atribuirse, no a una diferencia de interpretación del término «sanción» mismo, sino más bien a la relativa falta de atención mostrada por Bentham respecto al elemento sanción en su concepto del derecho. Bentham presta mayor atención a las sanciones, por el contrario, cuando discute los métodos de compulsión de las leyes en un pasaje posterior de su obra. Austin intentó abarcar más con sus definiciones iniciales, pero sus proyectos se orientaron hacia vías impracticables.

Las cuestiones acerca de la frontera identificatoria del derecho y las cuestiones acerca de las motivaciones por las que la gente obedece al derecho, son diferenciables y deben mantenerse separadas en el estudio del derecho. Tanto Bentham como Austin se refieren a la primera cuestión más bien que a la segunda. Sin embargo, Austin habla de la «posibilidad» o «probabilidad» de la aplicación de una sanción, y también a veces del «temor» a las sanciones. También Bentham usa expresiones que implican una relación fáctica de causa-efecto entre la emisión de una ley y la garantía de su obediencia, a pesar de que sus definiciones introductorias se construyen en términos de «expectativa» por parte de los sujetos a las leyes y de propósito o «intención» tras de la estipulación imperativa. En un capítulo titulado «La fuerza

¹⁹ HART, *The Concept of Law*, cap. 3, p. 34.

²⁰ *Province of Jurisprudence Determined*, sección I, p. 16.

de una ley» hay una breve discusión de las motivaciones sobre las que se basa la confianza en que el derecho produzca los efectos que persigue: «Debe haber evidentemente motivaciones de una u otra clase para acatar el derecho pues sin una causa no hay un efecto, sin un motivo no hay una acción».²¹ En el momento en que motivaciones y relaciones causales se introducen en el análisis del derecho surge el peligro de obscurecer su carácter esencialmente prescriptivo.²² Tanto Bentham como Austin inducen a esa confusión, pero, a pesar de todo, sus méritos relativos tienen que ser determinados a la luz de la relación descrita por cada uno entre derecho y sanciones. En tal comparación Bentham suscita menos críticas que Austin.

LA SOBERANIA EN ACCION

Ya conocemos las definiciones iniciales de Bentham y Austin de sus nociones de soberanía. Este epígrafe examina esa noción en acción tomando en consideración el uso para el que se plantea la idea. La crítica a las características básicas de esa idea se dejan para la sección III de este capítulo. También aquí el objetivo de la explicación de Bentham de ofrecer un análisis satisfactorio del derecho parece más sólido que el de la teoría de Austin. Por tanto se prestará atención a la elaboración de la noción de soberanía de Bentham de modo que se pongan sobre el tapete al menos algunas de las críticas que las distintas versiones de la teoría imperativa han suscitado.

En el comienzo mismo del primer capítulo de su obra *Of Laws in General* da Bentham su definición de ley.²³ Y continúa así: «Tomando esta definición como modelo no importa cuál sea la expresión de voluntad en cuestión, sino solamente que tenga la autoridad del soberano para respaldarla, ya sea por definición o solamente por adopción». Y a esto añade: «Una volición o mandato puede decirse que per-

²¹ *Of Laws in General*, ed. Hart, 1970, cap. IX, p. 133. Adviértase que este capítulo está situado claramente aparte de los que contienen las definiciones introductorias.

²² Ver *supra*, cap. 2, en general.

²³ Ver pp. 100-101.

tenece a un soberano por definición cuando fue él mismo quien la emitió y quien la emitió primero, con las palabras u otros signos en que está expresada: puede decirse que le pertenece por adopción cuando la persona de la que emana inmediatamente no es el mismo soberano (es decir, el soberano en ese momento), sino cualquier otra persona: de modo que toda la relación que el soberano, al que pertenece por adopción, tiene con ella es la de que se conozca que mantiene en vigor una volición; que en el caso de que esa otra persona haya expresado o resulte que expresa una volición relativa al acto o clase de actos en cuestión, tal volición debe ser observada y contemplada como suya... El mandato que se *supone*²⁴ que adopta el soberano en cuestión puede haber sido emitido ya o no haberlo sido; en el primer caso puede decirse que es suyo por subrogación; en el segundo por preadopción».²⁵

Bentham era consciente de los resultados artificiales e irreales que se producirían si se dijese que el soberano o cuerpo soberano producen y promulgan específicamente todos los «mandatos» u «órdenes» de que se compone el contenido del derecho positivo de un Estado. Por ello incluye en su exposición la idea de que el soberano, aunque es directamente responsable de la creación de algo del derecho positivo, también asume o adopta órdenes emitidas por otros. En particular la noción de «preadopción» es quizás un método poco refinado de expresar el aspecto anticipatorio o proyectivo de la autoridad jurídica.

La noción de adopción por parte del soberano de órdenes emitidas por sus subordinados políticos lleva a algunos resultados notables. Recordemos que la definición de Bentham se refiere específicamente a «una ley» y en consecuencia al derecho en general a través de la definición de cada parte individual dentro de todo el conjunto. Por eso ha de considerarse su explicación como una explicación de naturaleza «atomista».²⁶ La definición básica se elabora más tarde

²⁴ El subrayado es nuestro. Para un uso similar de «supuesto», ver p. 73.

²⁵ *Of Laws in General*, cap. II, p. 21.

²⁶ Tal concepto del derecho debe compararse con el tipo de concepto de derecho que tiene su punto de partida en la noción general de autoridad jurídica, en contraposición con la manifestación particular de una norma jurídica positiva. De los enfoques más generales el análisis de Kelsen es un buen ejemplo.

así: «En el término “derecho”... debemos incluir una orden judicial, una orden militar u otro tipo cualquiera de orden ejecutiva, o incluso la más trivial y fugaz orden de tipo doméstico, si no es ilegal».²⁷ La noción de adopción de las órdenes ajenas no es ni más ni menos realista que las de subrogación y preadopción. Todas representan un intento de dar cuenta del modo como los actos jurídicos válidos adquieren su carácter. Como el soberano se describe como situado en el lugar más alto de la jerarquía del sistema jurídico, se usa la idea del «respaldo de la autoridad» del soberano.

Bentham continúa: «Los mandatos del maestro, del padre, del marido, del guardián, son todos ellos mandatos del soberano: si no tampoco lo serían ni los del general ni los del juez. No hay cocinero al que se mande preparar una cena, ni nodriza que alimente a un niño, ni ujier que azote a un escolar, ni verdugo que ahorque a un ladrón, ni militar que arroje al enemigo de una posición, si no es a través de sus órdenes. Si alguien encontrara difícil concebir esto, suponga solamente que los varios mandatos en cuestión encuentran resistencia: tanto en unos casos como en otros la empresa de hacerlos cumplir por la fuerza es privativa en último término del soberano».²⁸

La notable variedad de órdenes a que se refiere el concepto de «una ley» de Bentham requieren todavía una explicación. Tal explicación es difícil de dar sin conocer el propósito que el autor tiene en cuenta —si, en concreto, el amplio ámbito del término «ley» no es sino un resultado necesario de los planteamientos iniciales de Bentham.²⁹

Puede parecer que Bentham no acierta a distinguir entre una orden dada sobre la base o con la forma de norma específica de derecho, y una orden que, en términos genera-

²⁷ *Of Laws in General*, cap. I, p. 3.

²⁸ *Of Laws in General*, cap. II, pp. 22-23.

²⁹ Friedmann ve en el concepto del derecho de Bentham una anticipación de la teoría de la «concretización» de Kelsen desde la proposición general de derecho hasta el caso particular. Para esta teoría, ver cap. 6, *infra*. Para la visión de Friedmann ver *Jeremy Bentham and the Law*, 1948. A pesar de algunas diferencias básicas entre sus planteamientos respectivos, sus teorías pueden ser comparadas en lo relativo a la previsión en lo que respecta a «colmar» las lagunas para que todos los supuestos sean abarcados por los mandatos o imperativos generales. Los muy diferentes caminos por los que Bentham y Kelsen llegan a este resultado deben, sin embargo, tenerse en cuenta. Para el concepto de «norma básica», ver *infra*, páginas 158-162.

les, está dentro de la ley, es decir, que no es ilegal. Cualquier cosa que tenga la forma de una orden susceptible de ser «adoptada» por el soberano y que no sea contraria a la ley resulta ser, según el punto de vista de Bentham, derecho. Pudiera ser que ello implicara la omisión de una importante hipótesis alternativa, a saber, que una orden tal puede constituir derecho (o ser una ley) pero no tenga necesariamente que serlo. Sin embargo es preciso hacer notar que para Bentham las leyes y los mandatos incluyen los permisos además de los mandatos u órdenes. Un acto susceptible de crear derecho a través de la relación descrita por Bentham entre súbdito y gobernante, puede así ser encajado en el concepto benthamiano de «ley» dada su construcción considerablemente amplia del imperativo o mandato. Vista así, la teoría de Bentham puede ser considerada como mucho más flexible que la rígida fórmula de Austin con sus definiciones restrictivas y a veces incluso apriorísticas.

También la teoría de Austin prevé la noción de adopción de órdenes emitidas por otros, o «mandatos tácitos».³⁰ Por ejemplo, cuando la costumbre se eleva al rango de norma jurídica por las decisiones de los tribunales, las normas jurídicas resultantes son clasificadas por Austin como mandatos tácitos del legislador soberano. «El Estado, que puede abolirlas, permite a sus ministros aplicarlas por la fuerza: y ello significa por tanto su deseo, con ello se muestra su aceptación voluntaria, “de que funcionen como derecho para los gobernantes”». A pesar de lo ingenioso³¹ del artificio, la noción de «mandato tácito» expresa en su construcción una contradicción en los términos. Un «mandato» es apropiado para representar la emisión expresa de un imperativo, y el término se emplea usualmente para describir la acción de una persona que lo emite. El añadido de la expresión «tácito» priva de su significado ordinario a la misma palabra a la que se refiere.

³⁰ Ver *Province of Jurisprudence Determined*, sección 1, pp. 30-33.

³¹ Alguien diría ingenuo.

III

Esta sección está dedicada a algunas de las principales críticas que han suscitado las distintas versiones de la teoría imperativa. Recordemos que pueden encontrarse cuatro elementos esenciales en la tesis de Austin: la soberanía, definida en términos de «hábito de obediencia» por parte de los inferiores políticos; los mandatos; la obligación que se crea por los mandatos soberanos, y la sanción jurídica consistente en una pena por la no sumisión a la obligación jurídica. Con la discutible excepción de las sanciones, estos elementos son también esenciales, en una u otra forma, en la teoría de Bentham. Ahora serán consideradas las objeciones a esas ideas y a su utilización particular.

LA SOBERANÍA Y EL «HÁBITO DE OBEDIENCIA»

Tanto Bentham como Austin usan la expresión «hábito de obediencia» para caracterizar la soberanía. La autoridad de la soberanía es inferida de la observación de la obediencia habitual prestada por la mayoría de una sociedad dada. La expresión de Bentham «disposición a prestar obediencia» parece en este contexto significar lo mismo que «hábito». Ambas nociones se caracterizan en sí mismas por el modo en que son usadas para describir los resultados de observaciones prácticas.

La idea de «hábito de obediencia» ha sido duramente criticada por su incapacidad para suministrar una explicación adecuada de la autoridad jurídica y de las relaciones basadas en la autoridad de que un sistema jurídico se compone.³² En particular, «hábito» es una palabra apropiada para la expresión de conclusiones fácticas basadas en la ob-

³² Ver especialmente *The Concept of Law*, cap. 4, pp. 50 a 60, en el que Hart señala la diferencia fundamental entre hábitos y normas. Debe advertirse que tales críticas a las teorías de Bentham y Austin suponen mucho más que una mera opción entre palabras. La expresión «hábito de obediencia» describe una idea, y es esta idea la que se ha dicho que es inútil para dar cuenta de las nociones conexas de obligación, autoridad y «fuerza vinculante» del derecho tal y como son usadas para describir las características de un sistema jurídico.

servación de hechos físicos. Sin embargo, no es satisfactoria en absoluto cuando lo que se pretende es explicar la razón por la cual puede decirse que se producen las regularidades que se observan en el ámbito que se están examinando, y no meramente describir lo que son tales regularidades. Un examen que no lo explique sólo es capaz de ofrecer observaciones, pero no explicaciones.³³ El derecho implica mucho más que puras coincidencias fácticas, y la autoridad jurídica no se describe correctamente en términos simples de conjunto de regularidades observables.

La crítica de Hart a la teoría imperativa debe ser considerada en el fondo a la luz de su propio concepto de normas jurídicas y del sistema formado por dichas normas.³⁴ Baste decir aquí que Hart da una explicación —que Austin en particular no da— no sólo de lo que de hecho acaece, sino de la razón por la que acaece. La idea de «hábito de obediencia» supone una debilidad en los planteamientos tanto de Bentham como de Austin. Su referencia a un soberano particular en un momento histórico concreto desemboca en su falta de adecuación como explicación de la naturaleza continuada de la autoridad jurídica durante la pacífica estabilidad interna de un orden social representada por una sucesión de regímenes gobernantes consecutivos.

Las facultades o poderes, y las incapacidades de un cuerpo soberano tal y como se dan durante el mandato de ese cuerpo han de ser consideradas necesariamente en un análisis del significado de soberanía en cualquier tiempo y circunstancias. Lo mismo puede decirse de las normas sucesorias que han dotado originariamente al soberano o cuerpo soberano de autoridad jurídica. Austin no acierta a dar una explicación adecuada de ninguna de esas características básicas; en su quinta lección habla simplemente de una persona o cuerpo de personas a las que se obedece habitualmente y de un «título genérico» a la sucesión. Tal abstracción está

³³ Es decir, explicaciones que hagan referencia a la naturaleza y estructura del derecho, a diferencia de explicaciones de por qué la gente obedece al derecho, que ninguna teoría del derecho puede aspirar a contestar.

³⁴ Las insuficiencias de la teoría imperativa que pone de relieve el concepto de derecho como sistema de norma son discutidas por HART en *The Concept of Law*, capítulo 4; Ver también la introducción de HART a *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. XI-XII.

muy alejada de los planteamientos acerca de la autoridad jurídica más recientes. ¿Sucedo algo mejor con la teoría de Betham?

Puede decirse desde el principio que los aspectos funcionales del «soberano» de Bentham protegen un poco más su explicación de las críticas típicas a la teoría de Austin. En particular las nociones de adopción, preadopción y subrogación de las órdenes emitidas por otros parecen más aptas para dar cuenta de la naturaleza continuada de un sistema jurídico en la medida en que el superior político hereda los mandatos u órdenes de sus predecesores y proyecta los suyos hacia sus sucesores. El momento en el que esta fórmula resulta inadecuada es cuando es necesario explicar no sólo lo que puede constatarse que sucede en un sistema jurídico sino también las razones por las que eso sucede de esa manera.

En relación con la continuidad de la autoridad jurídica y del poder creador de derecho en el futuro, dice Hart que «es característico de un sistema jurídico, incluso en una monarquía absoluta, asegurar la continuidad ininterrumpida del poder legislativo mediante normas que tienden un puente de transición entre un legislador y otro; esas normas regulan la sucesión de antemano, enunciando o especificando en términos generales las características y el modelo que definen al legislador... Al explicar la continuidad del poder normador a través de una sucesión variable de legisladores individuales es corriente usar las expresiones "norma sucesoria", "título", "derecho a la sucesión" y "derecho a emitir leyes". Es obvio, sin embargo, que con tales expresiones introducimos un nuevo conjunto de elementos de los que no se puede dar cuenta en términos de hábito de obediencia a las órdenes en general».³⁵ Aunque las nociones de adopción, preadopción y subrogación de órdenes emitidas por otros son en medida muy limitada descriptivas de ciertos aspectos de los acontecimientos fácticos y las circunstancias que rodean el proceso legislativo, no son en todos los casos necesarios ni en absoluto suficientes para dar cuenta de la naturaleza de la autoridad jurídica.

³⁵ *The Concept of Law*, cap. 4, p. 53.

DEFINICION DE LA SOBERANIA

La idea misma de soberanía puede ser definida de forma tal que resulte una fórmula vacía. La manera más fácil de conseguirlo es la de formular una definición *a priori* de la soberanía y excluir después del ámbito del término todo lo que no caiga dentro de los límites prescritos. Las dificultades para llegar a una definición del derecho fueron indicadas antes. Las mismas dificultades se encuentran a la hora de analizar conceptos particulares dentro del mismo concepto de derecho. La soberanía es uno de esos conceptos. Para Dicey, la «soberanía del Parlamento» significaba una ausencia de trabas al poder legislativo. La proposición contraria de que si el Parlamento estaba sujeto a cualquier límite legal no sería «soberano» se deducía naturalmente de la premisa anterior. La principal equivocación de tal noción estriba en la presunción de que el «Parlamento» es descrito suficientemente por llamarlo con ese nombre. El término puede ser usado, y desde luego normalmente es usado, para hacer referencia a las manifestaciones y trabajos visibles de una institución referidos a reuniones y procedimientos y a su composición personal en un momento determinado. Sin embargo, en un sentido más estricto y depurado «Parlamento» expresa un concepto jurídico complejo que connota *inter alia* una masa total de poderes, obligaciones, libertades, facultades, incapacidades y así sucesivamente. Aún más, la pureza absoluta del concepto requiere la descripción de tales características en un momento determinado, pues ellas mismas están sujetas a enmienda y reorganización. La etiqueta «Parlamento» es asociada en último término a una descripción de ese tipo: Desde este punto de vista la idea misma de «Parlamento» debe ser descrita de modo tal que se integre cualquier incapacidad o limitación intrínseca que posea para cualquier fin o materia particular.

Todavía pudiera argüirse que las descripciones, o mejor, definiciones, de la soberanía dadas por Bentham y Austin reflejan al menos uno de los aspectos de la situación constitucional positiva de Inglaterra en el momento en que fueron escritos. Pero a pesar de lo atractivo que pueda a primera vista parecer impregnar una teoría acerca de la natu-

raleza del derecho con un componente «realista» centrando la atención sobre los rasgos observables del proceder jurídico de un sistema concreto, tal planteamiento está condenado a fracasar como análisis general de la naturaleza del derecho positivo. La noción de soberano o de cuerpo soberano, en particular, es insuficiente en ciertos aspectos fundamentales como base de una explicación de la autoridad jurídica. A los efectos del estudio del derecho la existencia específica de una institución no debe ser identificada con su propia significación jurídica funcional. Y debe tenerse más cuidado aún en evitar tal identificación en el caso de instituciones jurídicas que poseen limitaciones funcionales y geográficas como es el caso, por ejemplo, del relativamente jerarquizado sistema de autoridad jurídica que prevalece en Inglaterra.

SOBERANIA, MANDATO Y SANCION

La estrecha interrelación de estas tres nociones resulta clara de las definiciones básicas de Austin. Cada una resulta poder definirse en términos de las otras. El ámbito potencial de cada una se determina por la presunción de que las otras pueden ser descritas con fórmulas precisas. Ya se ha visto³⁶ que la idea de «mandato» influye en los rasgos característicos del cuerpo soberano del que se supone que emana. La relación entre soberanía y sujeción se extiende hasta definir al mandato del soberano en términos de sanción coercitiva. Las limitaciones que tal planteamiento produce son mayores que la aparente claridad o dilucidación que pueda ofrecer. Un intento tal de clarificar en la definición puede resultar de hecho obscurecedor.³⁷

A pesar de la afirmación de Austin en relación con las ideas de mandato, deber y sanción de que «cada una de ellas es un nombre para la misma noción compleja»,³⁸ su doctrina, como señala Raz, excluye la posibilidad de toda relación in-

³⁶ Ver, pp. 101-102.

³⁷ Ya se han dado algunas de las críticas al uso por Austin de la noción de sanción. Ver p. 104. Ulteriores críticas se encontrarán en la introducción al punto de vista de Kelsen sobre la naturaleza del derecho, Ver cap. 6, pp. 151-154.

³⁸ Ver, p. 104.

terna entre leyes, lo cual constituye un elemento necesario de un sistema jurídico. Con «relación interna entre leyes» Raz se refiere a «la relación entre leyes una o más de las cuales está referida o presupone la existencia de las otras». «La teoría del sistema jurídico de Austin es virtualmente un derivado de su definición de "ley". Tanto la teoría como la definición giran en torno y presuponen la aplicabilidad de un concepto —el concepto de soberanía».³⁹

MANDATO, IMPERATIVO Y OBLIGACION

Austin describe lo que quiere decir con «mandato» de esta forma: «Si tú expresas o formulas un deseo de que yo haga u omita algún acto, y vas a infligirme un daño en caso de que no cumpla tu deseo, la expresión o formulación de tu deseo es un mandato. Un mandato se distingue de otras manifestaciones de deseo no por el estilo en que el deseo se manifiesta sino por el poder y el propósito por parte del que lo emite de infligir un daño o castigo en caso de que el deseo no sea atendido».⁴⁰ Así, para Austin una «expresión de deseo» o una manifestación de voluntad se caracteriza por llevar aparejado un «daño» en el supuesto de que no se cumpla. Si el daño no se anuncia ni se desea para el caso de desobediencia, tal expresión de voluntad no constituye un mandato, aunque haya sido formulada en términos imperativos. Austin hace notar que el derecho (o la ley) tiene algo que ver con lo que se prescribe que pase, con lo que tiene que pasar, siendo tal prescripción la manifestación de la expresión o acto de voluntad en cuestión. Pero para hacer de él un acto jurídico es preciso añadirle algo. Por esta razón la persona o cuerpo de personas de las que se supone que emana el mandato es llamada soberano, e investida con las

³⁹ RAZ, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁰ *Province of Jurisprudence Determined*, pp. 13-14. La formulación puede compararse y ser contrastada con el enfoque de Olivecrona, que al mismo tiempo critica la noción de mandato como generadora del derecho y subraya las formas particulares que pueden observarse durante la creación y promulgación del derecho, a fin de que pueda tener las consecuencias psicológicas requeridas. Ver *Law as Fact* (1.^a ed., 1939), La fuerza vinculante del derecho. (Hay trad. Española, *El Derecho como Hecho*, Ed. Depalma, Buenos Aires.)

características descritas en este capítulo. Para dar cuenta del elemento de coerción en el derecho la sanción es conectada de forma muy simple con el incumplimiento del mandato. Cuando vayamos a considerar la explicación del derecho dada por Kelsen, se verá que los mismos elementos básicos —acto de voluntad y sanción— pueden ser tratados de modo muy diferente de forma que puedan ser evitadas las insuficiencias de la teoría de Austin. Es interesante hacer notar que dos de los primeros críticos de la teoría del «mandato» de Austin sustentan posiciones distintas. Kelsen y Olivecrona basan sus teorías sobre la naturaleza del derecho en cierto tipo de elemento imperativo, pero difieren mucho en sus concepciones básicas del derecho y en relación con la manera en que los elementos básicos del derecho han de ser dispuestos y explicados a fin de dar adecuada cuenta de su naturaleza.

La insuficiencia que lleva consigo la naturaleza superpersonalizada e inflexible del soberano de Austin es similar en sus implicaciones al papel también insatisfactorio que se hace jugar a la noción de mandato en la teoría imperativa del derecho. La noción de soberanía determinada y la emisión de mandatos desde tal fuente son ambos aspectos de la misma búsqueda vana: el deseo de encontrar la fuente del derecho en términos de descripción fáctica, de explicar los elementos de un sistema jurídico en términos de causa-efecto referidos a instituciones específicas del derecho positivo.

El producto del mandato del soberano o superior político es el deber jurídico. Pero para Austin este deber no es de una clase realmente estipulativa, intencional o prescriptiva. La fuerza vinculante de su noción de deber consiste en que se va a producir (o hay probabilidad fáctica de que se produzca) una violencia real; no consiste en una obligación jurídica. Para Austin el sujeto de un sistema jurídico es «obligado» por el mandato del soberano.⁴¹ Tal explicación no es en esencia diferente de aquella en que un asaltante de bancos amenaza a un cajero con un arma, diciéndole o sugiriéndole que el arma será usada si el cajero no da cumplimiento a su petición. Las órdenes coercitivas de este tipo, multipli-

⁴¹ Para una explicación lúcida de la distinción entre «ser obligado» y «tener una obligación», ver HART, *The Concept of Law*, pp. 80-88; Ver también, *infra*, capítulo 5, p. 129.

cadadas y ampliadas hasta una masa enorme de órdenes respaldadas por amenazas se supone que representan todo el derecho de un Estado. Es cierto que una orden coercitiva connota un elemento imperativo en el derecho junto a una apreciación de la naturaleza coercitiva de las normas jurídicas a diferencia de otros tipos de normas. Es preciso reconocer a Austin el haberlo subrayado. Sin embargo, aquí puede verse un claro ejemplo de exageración en el paso desde las especulaciones metafísicas y apriorísticas del derecho natural al planteamiento a ras de tierra del positivismo basado estrictamente en afirmaciones y observaciones fácticas. La condición de «ser obligado» consiste en el hecho de cierta violencia que consigue el efecto deseado. Puede ser expresado como hecho observable el que A ha sido forzado o compelido por B a hacer u omitir algo; podemos emitir el enunciado del resultado fáctico, de causa-efecto, de que A ha sido *obligado* por B a seguir tal conducta. Por el contrario, el enunciado de que A tiene una obligación jurídica respecto de B no se presta en sí mismo a este tipo de descripción fáctica. Un enunciado de obligación jurídica se hace sobre la base de una propuesta aceptada relativa a lo que *debe* ser hecho en ese caso, lo que *debe* suceder. Es un enunciado basado en la naturaleza prescriptiva del derecho. Una persona puede ser obligada a hacer algo sin estar obligado a hacerlo; desde luego estas dos situaciones coincidirán solamente en la aplicación específica de una sanción jurídica, e incluso en tal caso la noción de «ser obligado» para dar cuenta de la obligación jurídica misma resulta forzada, y a veces incluso totalmente disparatada. La aplicación de una sanción jurídica está condicionada en sí misma por la norma jurídica que la prevé. Y al contrario, una persona puede estar obligada a hacer algo sin ser nunca de hecho obligada a hacerlo. Por lo tanto se necesita algo más sutil para dar cuenta de la obligación jurídica —algo distinto de la consideración causal de la violación del deber jurídico y la aplicación probable de la sanción jurídica.

Olivecrona⁴² toma como blanco de su crítica una teoría

⁴² *Law as Fact*, op. cit., cap. 1, pp. 30 a 49. Ver también HART, *The Concept of Law*, cap. 2, «Leyes, mandatos y órdenes».

que mantiene que el derecho consiste en mandatos del Estado, y que representa al derecho como la voluntad del Estado. Subraya que un «mandato» es algo más que una mera declaración de voluntad. «Un mandato es un acto a través del cual una persona busca influir la voluntad de otra». De la teoría imperativa del derecho dice que es «defendible como explicación del derecho si puede demostrar que las normas jurídicas son los mandatos de cierta persona o personas pertenecientes a la organización estatal... El Estado es una organización. Pero de una organización no puede decirse que como tal emita mandatos».

UNA VISION ATOMISTA DEL DERECHO

Una observación final que debe ser hecha en relación con toda forma de teoría imperativa del derecho se refiere a su naturaleza atomista. Tanto Bentham como Austin se ocupan de «la ley» y de la definición y características de las leyes particulares. Como tal, sus puntos de vista exigen explicar el derecho en términos de agregado de un montón de casos particulares cada uno de los cuales se supone que posee los rasgos que ellos definen. Este aspecto de sus teorías debe ser tenido en cuenta cuando se confronten con análisis que conciben el «derecho» inicialmente en términos generales y que proceden a explicar los casos particulares sólo tras haber examinado completamente el concepto general.⁴³

Es de algún modo paradójico que estos primeros intentos de llegar a una explicación satisfactoria del derecho a través de un enfoque positivista hayan acabado por considerarse inadecuados como teorías generales y universales de los derechos positivos sobre los que se han concentrado.

⁴³ Ver más en RAZ, *op. cit.*, cap. 2. También cap. 3.

CAPÍTULO 5

El derecho como sistema de normas

I

INTRODUCCION

Las opiniones emitidas por sir William Blackstone sobre el problema del derecho natural pueden ser criticadas desde dos puntos de vista: uno se refiere al modo en que desarrolló sus ideas, y el otro a su naturaleza esencial. Un planteamiento parecido puede adoptarse para evaluar los escritos jurídicos de Bentham y Austin, cuyas ideas muestran deficiencias tanto en relación con su desarrollo particularizado como en relación con su concepto inicial. Debe reconocérseles, sin embargo, a estos dos tempranos positivistas el avance substancial que su obra representó y la atención que prestaron a ciertas ideas que, aunque desarrolladas más recientemente y por vías diferentes, han tenido indudable influencia en la teoría del derecho.

Sería lamentable, sin embargo, menoscabar la originalidad de algunas teorías importantes y modernas del derecho por leer en las anteriores a ellas más de lo que en ellas hay. Aunque la interpretación de los puntos de vista de un escritor es útil, y en algunos casos necesaria, la actitud de leer entre líneas puede llevarse demasiado lejos.¹

¹ Para una notable defensa del uso de la noción de «hábito de obediencia» por Austin, ver MANNING, en un artículo en *Modern Theories of Law*, que expresa el punto de vista de que Austin había dicho ya lo que Kelsen ha expuesto más recientemente, aunque en términos diferentes. Adviértase también en conexión con ello la matización de HART, *The Concept of Law*, cap. 4, p. 65. Ver, sin embargo, RAZ, *The Concept of a Legal System*, O.U.P. 1970, Introducción, p. 4.

La característica que podemos, justificadamente, encontrar defectuosa en la obra de estos dos escritores, especialmente en la de Austin, es la manera cómo el desarrollo particularizado de su análisis del derecho lleva sus ideas a un punto más allá del cual no pueden ir, y a una situación en la que sus teorías no pueden explicar satisfactoriamente algunos elementos de importancia fundamental en la teoría del derecho. El defecto básico —defecto en la misma concepción del estudio— es un defecto que condiciona inevitablemente su desarrollo particularizado. Pero ese desarrollo, como ha sido sugerido, llega todavía más allá en sus consecuencias hasta imponer limitaciones últimas e insalvables a un concepto original del derecho que, si hubiese sido analizado de un modo diferente y más adecuado, podía posiblemente haber sido expresado de un modo susceptible de evitar algunas de las muchas críticas que le han sido dirigidas por los juristas actuales.

Ya hemos tomado en consideración algunos aspectos del detallado escudriñamiento hecho por Hart a un modelo típico de teoría imperativa. Una parte central de esta crítica se basa en su concepto de las normas jurídicas, que, según él, está ausente del análisis del derecho que critica. Los defectos a que puede conducir el vicio en el concepto básico han sido ya descritos en varios momentos de nuestra discusión de los escritos de Bentham y Austin. Tales defectos son, entre otros, la imposibilidad de caracterizar la naturaleza de los actos e instituciones jurídicas de modo que se distinga este aspecto del de su existencia física y su funcionamiento real; la gran simplificación inherente a la explicación jerárquica del poder jurídico y la sujeción; y la imposibilidad de explicar la continuidad de la autoridad jurídica y de sus productos.

Antes de embarcarnos en un resumen de las discutidas ideas de Hart, debe subrayarse un extremo. Resultará claro desde el principio que su análisis del sistema jurídico, y especialmente del elemento inherente a la autoridad jurídica, es notablemente diferente de otras explicaciones del derecho que hemos visto y de otras que nos quedan todavía por ver. Las explicaciones de Bentham y Austin están basadas en la descripción —incluso en la definición— de un soberano o

superior político. A ese superior le es dada la función de emitir mandatos que de algún modo vinculen a los inferiores políticos, los súbditos del sistema. Planteado así, todo el tema de la fuerza vinculante o cualidad de obligar de la autoridad jurídica ha de ser considerado como si descendiera del soberano hacia aquellos sujetos al derecho de él emanado. Incluso cuando las actitudes de los súbditos mismos son mencionadas es sólo para poner el acento en el poder que fluye de la posición del soberano y permea toda la jerarquía. También Bentham, en una discusión sobre las motivaciones para cumplir con la voluntad del soberano, suministra un esbozo de las maneras particulares en que es previsible que las órdenes del soberano o cuerpo soberano resulten proposiciones eficaces.

La esencia de una parte fundamental del planteamiento de Hart es enormemente distinta. Esto nace del predominio que da a la actitud respecto a las normas del sistema jurídico por parte de aquellos sujetos a él, especialmente sus funcionarios, y cuyos actos y comportamientos están condicionados por las normas y regulaciones de que está compuesto el sistema. Hay que añadir que ello no aboca a una investigación o valoración de las motivaciones de la obediencia en términos causales como los empleados por Bentham. Incluso es criticada expresamente por Hart la explicación del derecho en términos de motivaciones de obediencia; pues si consiste meramente en una enumeración de los factores que estarán presentes o estarán presentes *probablemente*² en el cumplimiento de las estipulaciones del derecho por parte del súbdito, no puede hacerse una adecuada diferenciación entre la eficacia práctica del derecho y su validez propia inherente.

El problema de la necesidad de hacer una diferenciación entre el elemento precriptivo o estipulativo del derecho positivo, y la consideración descriptiva de la mecánica de la aplicación práctica de un sistema jurídico en términos de causas y efectos físicos es un problema que ya ha sido presentado en esbozo en el capítulo 2. Cuando el planteamiento de Kelsen sobre el análisis del derecho venga a nuestra consideración se verá que se ha creído necesario profundizar para

² Ver AUSTIN, *Province of Jurisprudence Determined*, sección 2, p. 16, criticado por Kelsen; Ver *infra*, cap. 6, pp. 152-154. Ver también HART, *The Concept of Law*, cap. 5, p. 81.

llegar a cierto tipo de fórmula mediante la cual relacionar y diferenciar al mismo tiempo las manifestaciones fácticas o circunstancias físicas del contexto de un orden jurídico, y la significación jurídica que les es atribuible. Nada podría ser más obvio o claro que la proposición de que el derecho está conectado con los hechos. Desde muchos puntos de vista está igualmente claro que una situación jurídica —una situación en la que el derecho o ciertos conceptos jurídicos se ven en acción— no puede ser adecuadamente definida en términos de su identidad con acontecimientos fácticos. En el fútbol, por ejemplo, un gol tiene un significado claro que se conecta, y está basado, en el hecho observable de un pedazo de cuero inflado, de cierto tamaño y forma, dirigido por un jugador a una red. Pero el gol tiene ciertas consecuencias que tienen especial significado cuando, y sólo cuando, es descrito en el contexto de un sistema de reglas que rodean al juego. Los hechos circundantes, tales como la fuerza del viento o las reacciones de los espectadores, ni añaden ni quitan nada de la cualidad de gol a tal hecho. E incluso en este sencillo ejemplo de no identidad de los hechos con su significado inspirado en normas (*rule-orientated*), tendríamos que ir más allá y considerar las normas que atañen y regulan cosas como el tamaño y el material del balón, el tamaño de la red, las reglas de fuera de juego y las circunstancias en las que el juego se considera parado.

Es patente, por algunas de las analogías que se hallan en *The Concept of Law*, que Hart gusta de comparar las normas del derecho con las reglas de ciertos juegos. Tales analogías pueden ser de una utilidad considerable para ilustrar, y su libro muestra que lo son.³ Debe recordarse siempre, desde luego, que hay límites en el uso en que la analogía puede ser planteada. Las analogías tienen muchas limitaciones y su uso puede terminar en abuso. El papel que juegan en el análisis del derecho de Hart está en línea con las características de mucho de su planteamiento restante de las cuestiones de la ciencia del derecho. Sus analogías son usadas en orden a ilustrar y ejemplificar, para suministrar

³ Aunque todas las analogías poseen sus limitaciones inherentes, ello no quiere decir que la elección de una analogía no pueda llevar consigo la clarificación de la discusión consiguiente. Ver *supra*, cap. 1, p. 24.

un acercamiento interrogador e ilustrativo al análisis del derecho. Para ser concreto respecto a sus analogías entre derecho y juegos, Hart no pretende decir que desde el punto y hora en que pueden ser vistos como semejantes *por lo tanto* deben ser considerados como de la misma naturaleza. Su objetivo es más bien suministrar un punto de partida a partir de la apreciación de problemas cotidianos más o menos familiares que pueden entonces ser útiles como base para entender elementos diferentes pero relacionados y fácilmente comparables de la naturaleza del derecho. El propósito de tal ejercicio es ilustrar parecidos y no buscar identificación alguna entre el fenómeno examinado y partes del objeto de comparación, y todavía menos todo él. Y sobre todo, el propósito de este ejercicio no es ciertamente suministrar una definición del uno en términos del otro.

La naturaleza interrogante y abierta del enfoque de Hart del análisis del derecho resulta patente en muchos momentos de su libro, y un punto de vista similar puede ser expresado respecto a su método de examen y análisis de los conceptos jurídicos. En su artículo «Definición y Teoría en la Ciencia del Derecho»⁴ se hace la recomendación de que conceptos jurídicos como derecho subjetivo, deber y corporación sean examinados en contextos típicos. El ámbito de investigación del significado y funciones de un concepto jurídico particular se halla limitado solamente por su número de usos en todos los contextos posibles en los que puede ser situado el término de referencia que denota el concepto jurídico. El mero hecho de que pueda decirse con toda justificación que un «derecho» existe en tales y tales circunstancias, no significa que dondequiera que el término «derecho» se use signifique siempre la misma cosa. De hecho, idéntico término puede ser empleado para hacer referencia a situaciones fácticas y acontecimientos físicos que tengan muy poco en común entre sí. Apreciar este carácter ilustrativo y distintivo del método de análisis de Hart puede ser de una considerable ayuda para comprender la manera en que su enfoque puede ser defendido de ciertas críticas que le han sido dirigidas.

⁴ (1954) L.Q.R. 37 (Hay trad. castellana en HART, *Derecho y Moral. Contribución a su análisis*, Ed. Depalma, Buenos Aires.)

NORMAS, HABITOS Y OBLIGACIONES

La proposición de *The Concept of Law* es que el derecho es un sistema de normas, y que tal sistema como mejor puede considerarse es como una unión de lo que Hart llama normas *primarias* y *secundarias*. Consideraremos en primer lugar lo que está implicado en su noción de norma, distinguiéndola especialmente de la idea de hábito, y después pasaremos a examinar la naturaleza de la unión de los dos tipos de normas que Hart diferencia de acuerdo con sus características, unión que produce la calificación de las normas como jurídicas dentro de un todo sistemático y coherente.

Hart comienza recordando que los juristas que han favorecido un análisis del derecho en término de la idea de «órdenes respaldadas por amenazas» y también los que lo han estudiado en relación con la moral o la justicia hablan ambos del derecho como algo integrado por, incluso en gran medida consistente en, normas. En un capítulo posterior se verá que aun aquellos escritores que llegan hasta a negar que la expresión «fuerza vinculante del derecho» tenga algún significado real, coinciden en la noción de norma en sus análisis del sistema jurídico.⁵ Por ello parece perfectamente justificado comenzar a examinar esas teorías con una investigación sobre la naturaleza de las normas, especialmente si tal noción, correctamente caracterizada, puede proporcionar el eslabón perdido entre las teorías hasta aquí consideradas.

Se recordará que en las explicaciones dadas por Bentham y Austin, la noción central de autoridad, o al menos superioridad jurídica, se expresaba en términos de «hábito de obediencia». Tal hábito podía al parecer ser observado generalmente como cuestión de hecho. Un punto de similitud entre las normas sociales y los hábitos es puesto de manifiesto por Hart. En ambos casos la conducta en cuestión debe ser generalizada, aunque no necesariamente invariable. El propone el ejemplo del quitarse el sombrero al entrar en la

⁵ Ver, esp. OLIVECRONA, *Law as Fact*, cap. 4, p. 134, en donde dice que «el derecho consiste básicamente en reglas acerca de la fuerza»: Ver también, cap. 7, p. 181.

iglesia, práctica que es algo que, de acuerdo con el lenguaje usual, se produce «como una norma». El uso de tal expresión podría sin embargo ocultar tres notables diferencias entre un hábito y una norma en el ámbito de la regulación de la conducta humana.

En primer lugar, para decir que un grupo social tiene un hábito, será suficiente que la conducta coincida de hecho. Pero aunque la conducta del grupo coincidente, aunque el comportamiento de sus miembros sea de hecho idéntico, ello no es suficiente para establecer la existencia de una norma que estipule tal comportamiento. En segundo lugar, allí donde existen normas sociales que exigen cierto comportamiento, toda desviación del tipo de comportamiento establecido en ellas suministrará una razón para la crítica. El lector pudiera aquí preguntar cuántos miembros del grupo deben aceptar la norma como modelo de conducta y de crítica de la conducta contraria. Hart afirma que tal cuestión no nos debe preocupar más que la cuestión del número de cabellos que un hombre puede tener para ser considerado calvo. El problema podría ser expresado en términos de mayoría, aunque sea de una mayoría con amplias variaciones.⁶

El tercer rasgo diferenciador es el más importante desde el punto de vista del concepto de derecho de Hart. Es el elemento del aspecto interno de las normas. Un hábito puede ser atribuido a un grupo social sobre la base de la conducta observable de la mayoría del grupo. Ningún miembro de él necesita pensar la conducta habitual; desde luego existe probablemente menos conciencia de un hábito social generalizado que de una norma social. Y todavía menos, dice Hart, necesitan los miembros del grupo esforzarse en implantarlo o pretender mantenerlo. «Es suficiente que *cada uno por su lado* se comporte como lo hacen de hecho los otros. En contraste, para que una norma social exista por lo menos algunos tienen que ver la conducta en cuestión como un modelo general a ser seguido por el grupo como un todo. Además del aspecto externo que comparte con el hábito social y que consiste en la conducta regular uniforme que el observador

⁶ Un problema similar puede encontrarse en el establecimiento de las condiciones físicas que son necesarias para el uso del concepto de «norma básica» de Kelsen en relación con ellas. Ver cap. 6. pp. 158-159.

puede constatar, una norma social tiene un aspecto interno».⁷

Hart hace notar que el aspecto interno de las normas se confunde con frecuencia con un problema de sentimientos en contraste con las características observables externamente del comportamiento físico.⁸ El dice que tales sentimientos no son ni necesarios ni suficientes para la existencia de «normas vinculantes». Desde su punto de vista no hay contradicción en decir que la gente acepta ciertas normas pero no experimenta sentimientos de compulsión. «Lo que se necesita es que exista una actitud crítica reflexiva hacia ciertos modelos de comportamiento considerados como criterios comunes, y que esa misma actitud se traduzca en un sentido crítico (incluso autocrítico), en exigencias de conformidad con los modelos, y en el reconocimiento de que ese sentido crítico y esas exigencias se hallan justificadas, todo lo cual encuentra su expresión característica en la terminología normativa de “debo” “deber”, “tener que”, “correcto” o “incorrecto”.⁹ Mientras que sería, por ejemplo, comprensible hacer referencia a la conducta contraria a cualquier norma jurídica con el término «incorrecto» (*wrong*), incluso usado en un sentido perfectamente no moral, sería inapropiado condenar como «incorrecto» el comportamiento que difiniese de lo que resulta ser un hábito social.

Puede verse, por ello, que un planteamiento puramente externo o superficialmente descriptivo es inadecuado para dar cuenta de la naturaleza de una norma social, y que únicamente un examen del aspecto interno de tales normas puede proporcionarnos una explicación de la razón de su aceptación. Antes de entrar a considerar la manera cómo, de acuerdo con Hart, un sistema de normas puede llegar a ser un sistema jurídico, debemos echar una ojeada a su importante explicación de la idea de obligación y del modo en que debe ser distinguida de la situación de ser obligado.

Una persona puede tener la obligación de hacer algo sin ser necesariamente compelida, forzada u obligada a hacer nada. Y a la inversa un empleado de banco que es obligado

⁷ *The Concept of Law*, cap. 4, p. 55, subrayados del autor.

⁸ Ver cap. 8, p. 207, *infra*, para el análisis de la obligación jurídica en término de sentimientos planteado por Ross.

⁹ HART, *op.cit.*, cap. 4, p. 56.

o forzado a entregar dinero a un pistolero no tiene en absoluto la obligación de llevar a cabo esa acción. Uno de los defectos de la explicación de Austin es su definición de obligación en términos de riesgo o probabilidad de que una persona sujeta a ella sufra un castigo o se exponga a una sanción en el supuesto de que desobedezca la norma que prescribe la obligación.¹⁰ Hart señala que «es crucial para comprender la idea de obligación ver que en ciertos casos el enunciado de que una persona tiene una obligación derivada de alguna norma y la predicción de que es probable que sea castigado por su desobediencia pueden no coincidir».¹¹ Resultará claro del ejemplo de la situación del pistolero que las nociones de ser obligado y de tener obligación hacen referencia a situaciones físicas muy distintas. Cada una de ellas suministra la clave para comprender un hecho muy diferente. Para aquellos que se hallan sujetos a la influencia de control de un sistema de normas, o que al menos se hallan bajo ese sistema, aunque no siempre lo obedezcan realmente, la violación de una norma no es sólo una base para predecir una reacción hostil sino también la *razón* de tal reacción. De esta manera Hart distingue entre la terminología normativa y la terminología causal. El enunciado de que una norma o una obligación existe alude a algo más que a la mera relación de causa-efecto entre un acontecimiento y otro.

EL SISTEMA JURIDICO

Queda ahora por considerar cómo las normas asumen su cualificación jurídica y llegan a ser parte de un sistema jurídico. Hasta aquí hemos considerado un punto de vista sobre las normas sociales, como distintas de los meros hábitos sociales, que puede en potencia actuar como punto de partida de una explicación del elemento normativo del derecho. Disponemos de la distinción entre aspecto interno y externo del derecho, y entre *ser obligado* fácticamente y *tener una obligación*, situación ésta que implica en la mayoría de los

¹⁰ Ver, cap. 6, p. 152.

¹¹ *The Concept of Law*, cap. 5, p. 82.

casos un enunciado sobre lo que tiene que o debe pasar sobre la base de una norma o criterio generalmente aceptado. Queda ahora considerar la manera a través de la cual ese potencial se hace realidad y examinar el modo en que Hart describe el tránsito del mundo «prejurídico» al mundo «jurídico». El método de Hart consiste en distinguir desde el principio entre dos tipos de normas: «Conforme a las normas del primer tipo, que pueden muy bien ser consideradas del tipo básico o primario, se exige de los seres humanos que hagan o se abstengan de hacer ciertas acciones, lo quieran o no. Las normas del otro tipo son en cierto sentido derivadas o secundarias respecto a las primeras, pues prevén que los seres humanos, haciendo o diciendo ciertas cosas, pueden introducir nuevas normas del primer tipo, derogar o modificar las antiguas, o, por otros medios determinar su incidencia o controlar su funcionamiento. Las normas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren poderes, públicos o privados. Las del primer tipo se refieren a acciones que implican cambios o movimientos físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no meramente a movimientos o cambios físicos, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones».¹²

Es muy importante advertir que Hart niega expresamente toda pretensión de que tal combinación de normas primarias y secundarias se encuentre dondequiera que la palabra derecho es usada correctamente.¹³ Su proposición dice que «la mayoría de las características del derecho que han demostrado ser más complicadas y que han provocado y eludido simultáneamente la búsqueda de una definición pueden aclararse mejor si esos dos tipos de normas y la interrelación entre ellas son entendidas».

¹² *The Concept of Law*, cap. 5, pp. 78-79. Adviértase que no se pretende especificar cronológicamente ningún cambio real del estado «prejurídico» al estado «jurídico» de una comunidad. Adviértase también que la división entre normas que imponen obligaciones y normas que confieren poderes no es *coincidente* con la división entre normas primarias y secundarias. Por ejemplo, las últimas pueden, incidentalmente, imponer obligaciones. Ver Raz, «On the Functions of Law», ensayo en *Oxford Essays in Jurisprudence* (2.^a serie), ed. Simpson: O.U.P. 1973, páginas 278 y ss.

¹³ Adviértase y compárese el modo en que Ross evita el problema de la definición del término derecho limitando su atención a las características de un «sistema jurídico nacional».

Hart comienza con el cuadro de una comunidad en la que sólo existen normas primarias, una sociedad sin legislatura, tribunales o funcionarios de clase alguna. Tal grupo vive en lo que él llama un estado prejurídico. Algunos importantes sociólogos han sostenido que incluso las sociedades más primitivas, si merecen en absoluto el nombre de «sociedad», han tenido algún tipo de autoridad reconocida y centralizada. Sin embargo es posible hacer uso de la idea de un estado «prejurídico» en el contexto de una explicación analítica de la formación de un sistema jurídico, distinguiéndola de la idea del desarrollo específicamente cronológico de un grupo o comunidad social. Incluso en la más simple de las comunidades una forma de control social basada en normas no oficiales sería insuficiente, y de acuerdo con Hart requeriría tres principales modificaciones.

En primer lugar, en el grupo surgirá finalmente de seguro la duda y la incertidumbre sobre cuáles eran las normas o sobre el alcance de las normas admitidas y aceptadas. En segundo lugar las normas tendrían un carácter estático; no habría formas de procedimiento reconocidas mediante las cuales las normas viejas pudieran ser reemplazadas por nuevas normas o adaptadas a las nuevas circunstancias. Para hacer esto se necesitarían normas de un tipo distinto del de las primarias que se trata de crear, modificar o extinguir. Entre otras cosas se requerirían normas que pudieran regular la cesión o transmisión de obligaciones. El tercer defecto de un régimen basado en normas no oficiales o primarias solamente, sería, en palabras de Hart, «la ineficacia de la presión social difusa con la que las normas son mantenidas». Habría una ausencia de medios definitivos y autorizados para determinar las disputas sobre las normas, su incidencia y sus violaciones. Además el régimen carecería de la muy importante herramienta social de un sistema de penas o sanciones regular y estandarizado. Una forma no regulada e ineficaz de retribución personal tendría que hacer este papel.

«El remedio para cada uno de los tres defectos principales de esta forma simple de estructura social consiste en complementar las normas *primarias* obligatorias con normas *secundarias* de un tipo diferente. La introducción del remedio para cada defecto puede ser considerada en sí misma como

un paso del mundo prejurídico al mundo jurídico, ya que cada remedio aporta consigo muchos elementos que penetran el derecho: ciertamente los tres remedios juntos son suficientes para convertir al régimen de normas primarias en un indiscutible sistema jurídico». ¹⁴ Hay diferencias entre las mismas normas secundarias, pero comparten la característica de estar en un nivel o plano diferente de las normas primarias en la medida en que son normas sobre esas normas primarias o parasitarias de ellas.

El remedio para el primer defecto mencionado del régimen de normas primarias es la introducción de lo que Hart denomina *normas de reconocimiento* («rules of recognition»). Mediante la aceptación y empleo de tales normas los miembros de la comunidad de referencia serán capaces de decir si una norma dada es de hecho una norma de esa comunidad susceptible de ser apoyada por la presión social que ésta ejerce. Suministrará el reconocimiento autorizado de que tales y cuales normas son normas jurídicas del grupo, que han de ser obedecidas y pueden ser aplicadas por la fuerza dentro del grupo. El remedio para el defecto de la cualidad estática de las normas primarias es la introducción de *normas de cambio*. Estas normas dan potestad para introducir nuevas normas relativas a la conducta de los miembros del grupo y para eliminar las viejas. La expresión «normas de cambio» abarca también la potestad que se confiere a los individuos particulares en determinadas circunstancias para llevar a cabo transacciones tales como la formalización de un contrato o el otorgar testamento. Para remediar la ineficacia del régimen de normas primarias y las consecuencias que se derivan de ella, se introducen *normas de adjudicación* secundarias, de acuerdo con las cuales se confiere poder a ciertos individuos para emitir pronunciamientos autorizados sobre la incidencia o infracción de las normas primarias. Tales reglas identificarán a los individuos que tienen autoridad para aplicarlas y especificarán el procedimiento a seguir en el curso de esa aplicación. Las normas secundarias prevén también las sanciones autorizadas y centralizadas del sistema.

¹⁴ *The Concept of Law*, cap. 5, p. 91.

ALGUNOS DEFECTOS PREVIOS RECTIFICADOS

Estamos ahora en una posición aún mejor para formar juicio sobre las teorías de Bentham y Austin. La teoría imperativa, aunque ha sido un buen punto de partida para el desarrollo del positivismo, como sabemos, adolece de una doble deficiencia. No contiene ni el concepto de norma, tal y como ha sido elucidado por Hart, ni, en consecuencia, la importante clasificación bimembre de esas normas. El resultado del primer defecto era la descripción de la actitud de la gente sometida al sistema jurídico como si consistiera meramente en un hábito de obediencia. La consecuencia del segundo era la caracterización simplificadora y ultrapersonalista de la autoridad jurídica con su aneja explicación rudimentaria de las consecuencias de la violación de un mandato del soberano.

Penetremos un poco más en el concepto de «normas de reconocimiento» de Hart tal y como es usada para caracterizar la autoridad jurídica en un orden jurídico, junto a la noción, de ella dependiente, de validez jurídica.

Cuando una norma de reconocimiento de las autoridades jurídicas existe en una comunidad y contribuye a la formación de su sistema jurídico, tanto los individuos particulares como los funcionarios del sistema disponen de criterios autorizados para identificar las normas primarias obligatorias. Esos criterios pueden, por ejemplo, determinar los requisitos de las normas legislativas, costumbres o decisiones judiciales. Donde existe una pluralidad de fuentes autorizadas, como en el tipo moderno de sistema jurídico con el que estamos familiarizados, se evita cualquier posible conflicto mediante «la jerarquización de esos criterios en un orden de relativa subordinación y primacía».¹⁵ La jerarquización no atañe a las normas de adjudicación sino a las de cambio; es decir, iguales reglas de reconocimiento pueden crear reglas de cambio superiores y subordinadas.

Nos viene de nuevo aquí a la mente el énfasis puesto por Hart en la aceptación de las normas por los sometidos a ellas. Tal enfoque debe ser distinguido del que se basa en

¹⁵ Esta proposición ha sido criticada por Ross; Ver *infra*, p. 142.

la noción de imposición o aplicación por la fuerza de la autoridad jurídica desde el vértice más alto del sistema. Con el primer enfoque la posición de la costumbre en el complejo entramado de las fuentes autorizadas del derecho puede ser descrito más adecuada y realistamente que considerándola el producto de cierto tipo de aquiescencia tácita legislativa. Concentrarse en la definitividad o predominio de cualquiera de las muchas fuentes posibles de derecho es, probablemente, mostrar un panorama desequilibrado de lo que sucede realmente en un sistema jurídico. Este defecto es común a la teoría imperativa del derecho, en la que se representa a éste como mandatos del soberano individual o cuerpo soberano (entre nosotros, el cuerpo legislador), y a un planteamiento americano del derecho, personalizado por Gray,¹⁶ en el que se da predominio en el análisis del derecho al carácter constitutivo o creador de la decisión judicial, en detrimento de otros elementos igualmente importantes del mismo.

LA ACEPTACION DE LAS NORMAS

Hay semejanzas entre las normas primarias y las secundarias. Constituyen ambas criterios desde los cuales las acciones pueden ser valoradas críticamente, y ambas connotan la aceptación de los criterios que constituyen la base de normas específicas. Pero en esto se basa una posible diferencia entre ambas. Hart nos dice que la existencia de una unión de tales normas no es todo lo que se necesita para describir las relaciones que se contienen en un sistema jurídico. «Debe complementarse con una descripción de la importante relación entre los funcionarios del sistema y las normas secundarias que les atañen en cuanto funcionarios. Lo que aquí es indispensable es que ha de existir una aceptación oficial unificada y común de la norma de reconocimiento que contiene los criterios de validez del sistema».¹⁷ Así como una obediencia generalizada a las normas de comportamiento válidas, de acuerdo con los últimos criterios de validez del

¹⁶ Ver *infra*, cap. 8, pp. 217 y ss.

¹⁷ *The Concept of Law*, cap. 6, p. 111.

sistema jurídico, es la única condición que debe satisfacer la masa de individuos particulares para que podamos hablar de la existencia de un sistema jurídico, del mismo modo, las normas de reconocimiento, de cambio y de adjudicación deben ser aceptadas como *criterios públicos comunes de comportamiento oficial* por los funcionarios del sistema. Mientras que los particulares pueden, tal y como Hart lo plantea, obedecer «cada uno por su lado» y por cualquier tipo de motivación, los funcionarios del sistema deben considerar las normas de reconocimiento, cambio y adjudicación como «criterios comunes de comportamiento oficial y juzgar críticamente las desviaciones propias y las de cualquier otro como faltas».¹⁸ El término obediencia es suficiente para describir la actitud o la relación respecto al derecho de los particulares en lo que a las normas primarias se refiere, pero es inadecuado y desorientador cuando se aplica a la actitud de los funcionarios del sistema respecto a las normas secundarias que emplean. Es esta consideración lo que lleva a Hart a decir: «La afirmación de que un sistema jurídico existe es por ello un enunciado bifronte (*Janus-faced*) que mira simultáneamente hacia la obediencia por parte de los ciudadanos comunes y hacia la aceptación por los funcionarios de las normas secundarias como criterios comunes de crítica del comportamiento oficial».¹⁹ Una consecuencia notable de esta diferencia potencial entre las actitudes dentro de un sistema jurídico es la posibilidad de concebir una comunidad en la que sólo los funcionarios acaten y actúen de acuerdo con los criterios de validez jurídica del sistema, y en el que la mayoría de la población les siga simplemente como borregos. No hay razón, dice Hart, para pensar que una sociedad que viva de acuerdo con tal sistema no pueda existir, o para negarle el título de sistema jurídico. Es decir, la actitud compartida por los funcionarios, críticamente adoptada, es una característica necesaria del sistema jurídico, mientras que es sólo suficiente que los particulares obedezcan o acaten las normas jurídicas.

Sin embargo la aceptación, de cualquier tipo que sea, es

¹⁸ *Ibid.*, cap. 6, p. 113.

¹⁹ *Ibid.*, p. 113.

la base del criterio supremo de validez jurídica en un sistema —la norma de reconocimiento. Aunque será necesario prestar particular atención a la actitud de funcionarios tales como los jueces y policías, y de instituciones, como el legislativo y los tribunales, la conducta generalizada de la comunidad deberá ser considerada con vistas a formar el fundamento de una afirmación definitiva sobre (o de una descripción de) la norma de reconocimiento o de las varias normas que la definen. Sobre la base de lo que puede ser deducido de la observación del sistema jurídico pueden emitirse enunciados de un tipo diferente de las meras afirmaciones de hecho. Son enunciados sobre la validez jurídica, enunciados de lo que Hart denomina naturaleza *interna*, habida cuenta de su significado para la gente que los emplea en relación con los fenómenos jurídicos examinados, y de que los usa y acepta como criterios de guía para su conducta. En relación con el derecho y las obligaciones jurídicas hacemos uso de lo que se ha llamado terminología normativa, que abarca términos como «deber», «tener que» y «obligación». Esta terminología es de diferente tipo que la del lenguaje causal que atañe directamente a la relación entre un hecho o acontecimiento físico y otro. Para Hart, el aspecto interno de la validez del derecho puede entenderse mejor si el uso de una norma de reconocimiento que se acepta al hacer enunciados internos es apreciado correctamente y distinguido del enunciado externo de que la norma es aceptada. Dice que «la palabra "válida" es usada frecuentemente, aunque no siempre, precisamente en tales enunciados internos, en relación con una norma particular de un sistema jurídico, una norma de reconocimiento implícita pero aceptada. Decir que una norma dada es válida es reconocer que ha cumplido todos los requisitos previstos por la norma de reconocimiento y por ello reconocerla como norma del sistema».²⁰

²⁰ *The Concept of Law*, cap. 6, p. 101.

III

CRITICAS AL ANALISIS DE HART

Algunas de las críticas más importantes al enfoque de Hart del estudio del derecho son más que meras críticas a su particular teoría de la unión de normas primarias y secundarias. Van más allá y expresan sus dudas sobre la naturaleza misma del positivismo jurídico. Dos de estas críticas serán consideradas en esta sección.²¹ La tercera que será examinada es de carácter más restringido y procede del jurista escandinavo Ross, cuyas aportaciones positivas²² serán consideradas en el capítulo 8.

EL PUNTO DE VISTA DE FULLER

Fuller considera el derecho como un sistema que pretende algo, y lo que pretende es someter la conducta del hombre a la guía y el control de normas jurídicas generales. El punto de vista que él critica ve la realidad del derecho en el hecho de que haya una autoridad legisladora establecida; y lo que esa autoridad establece como derecho es el derecho. «No hay en este establecimiento cuestión de grado; no se le pueden aplicar los adjetivos de "acertado" o "erróneo"». ²³ Fuller critica el concepto hartiano de norma de reconocimiento tal y como es usada para dar cuenta de la continuidad del derecho, y también de su incidencia durante la existencia de un régimen jurídico particular. Sobre esto último, hace objeciones acerca del modo en que Hart parece deducir de su caracterización de la norma de reconocimiento la nota de que no puede contener ninguna disposición expresa o tácita de que la autoridad que confiere pueda ser removida por abusar de ella. Fuller expresa su rechazo de lo que él considera ausencia de todo elemento de «tácita reciprocidad» en la norma

²¹ Ambas provienen, significativamente, de escritores norteamericanos que han hecho una contribución substancial a la ciencia del derecho angloamericana (especialmente a la norteamericana).

²² No en sentido técnico, por supuesto.

²³ FULLER, *The Morality of Law*, 2.ª ed., Yale University Press, 1969, cap. 3.



de reconocimiento. «Cada paso del análisis parece casi haber sido delineado para excluir la noción de que pueda haber algunas expectativas justas por parte del ciudadano que puedan ser violadas por el legislador».²⁴

Las respuestas posibles a la objeción de Fuller varían según la consideremos subjetiva u objetiva. Si es subjetiva, las diferencias de actitud pudieran ser reducidas a una diferencia básica entre las concepciones desde las cuales ambos juristas proceden desde el comienzo mismo de su análisis del derecho. Si es objetiva puede sugerirse como réplica que un importante componente de reciprocidad social es inherente a la idea misma de aceptación de la norma, y todavía más a la de sistema de normas; y es de la aceptación general y oficial de tales normas de lo que en último término depende la norma de reconocimiento. Puede admitirse que el uso de la palabra «aceptación» en relación con una dictadura malvada sería forzado si la gente que se hallase dentro del sistema estuviese en un estado de sometimiento rayano en la represión. Pero a pesar de todo podría parecer que las predilecciones personales de Fuller se basan más en sus propias opciones valorativas y en su análisis de las autoridades jurídicas a la luz de su «grado de acierto», que en un acercamiento analítico a tales problemas.

De acuerdo con esta crítica, el error básico que penetra el tratamiento hartiano de la norma de reconocimiento es que pretende dar «respuestas puramente jurídicas a problemas que son esencialmente cuestiones de hecho sociológicas». Sin embargo, ¿no es igualmente argüible que el análisis de Hart, aunque basado por supuesto en el hecho sociológico de la existencia misma de una sociedad con un sistema jurídico, está más dedicado, y por ello se justifica, a las implicaciones jurídicas o legales que surgen de las observaciones sociológicas? Esta respuesta gana fuerza con la atención de Hart a la separación entre la terminología de los hechos y la terminología normativa que se halla necesariamente implicada en las descripciones de situaciones y relaciones jurídicas. La crítica de Fuller podría parecer que deriva de su renuncia a aceptar que el derecho puede ser descrito en tér-

²⁴ *Ibid.*, p. 140.

minos de «deber» no moral, lo cual es un paso necesario para dar cuenta de los factores que existen tras los hechos sociales.

Fuller es de la opinión de que este error básico es más patente en el tratamiento hartiano del problema de la continuidad del derecho. El ejemplo que da es el de un *coup d'état* no ideológico, que es un modelo claro de cambio en la norma de reconocimiento y sin embargo constituye probablemente una ínfima amenaza para la continuidad del derecho que regula áreas como la propiedad, el contrato y el matrimonio. Alega que la conclusión forzosa del análisis de Hart es que tales normas pierden su fuerza, y dice que tal conclusión «viola la experiencia de la historia». Sin embargo, ¿no puede decirse también que, a pesar de la violación de las normas de sucesión aceptadas, las numerosas normas que no atañen a este sector de la regulación jurídica continuarán siendo aceptadas y aplicadas al menos en consideración a su conveniencia? ²⁵ Si una nueva norma de reconocimiento, basada en las intenciones del usurpador, no llega a imponerse debido a una falta generalizada de aceptación, entonces es improbable que llegue a producirse un estado de cosas al cual pueda en ningún grado serle aplicada útilmente la expresión «sistema jurídico». Cuando los problemas de los hechos sociológicos están suficientemente desarrollados puede entonces emitirse un enunciado jurídico sobre ellos. Pedir más de un método de análisis jurídico es hacer un intento vano de forzarle a cumplir una tarea para la que nunca fue proyectado.

EL PUNTO DE VISTA DE DWORKIN

Un descontento parecido respecto a las limitaciones del positivismo jurídico parece darse tras la crítica de Dworkin.²⁶ ¿Es el derecho, pregunta, un sistema de normas? Hart, con su descripción de las normas como poseedoras de una «textura abierta», reconoce que tienen límites imprecisos; explica los casos judiciales problemáticos diciendo que los jueces tie-

²⁵ Ver Kelsen, *Pure Theory of Law*, pp. 208-211.

²⁶ Ver Summers, *Essays in Legal Philosophy*, Basil Blackwell, 1968, pp. 25 y ss.

nen y ejercen un poder discrecional para decidir casos mediante una especie de legislación judicial. La diferencia entre este punto de vista y el de Dworkin es que éste considera que debe prestarse mucha más atención a los elementos del sistema jurídico que no funcionan realmente como normas. Dworkin dice que «cuando los abogados razonan o disputan sobre derechos y obligaciones, particularmente en esos casos difíciles en los que nuestros problemas respecto a aquellos conceptos parecen más agudos, hacen uso de criterios que no funcionan como normas, sino que operan al contrario como principios, directrices políticas (*policies*) y otros tipos de criterios».²⁷ Desde luego, su crítica es muy amplia, pues dice «El positivismo... es un modelo de y para un sistema de normas, y su noción central de un test simple fundamental para identificar el derecho nos fuerza a desatender la importante misión de esos criterios que no son normas». La distinción entre normas y esos otros criterios es, dice Dworkin, lógica. Las normas son aplicables a la manera «todo o nada» y son o válidas o no válidas. Este no es, sin embargo, el modo en que operan los principios, directrices políticas (*policies*) y otra clase de criterios. Estos tienen una dimensión de peso o importancia, una cualidad, que las reglas no tienen. Es característico de los principios en conflicto el que su grado relativo de importancia tenga que determinarse antes de llegar a una conclusión práctica basada en ellos. Sin embargo, si dos normas entran en conflicto una de ellas no será válida. Algunas veces, dice Dworkin, una disposición legal puede funcionar lógicamente como norma y materialmente como principio, como, por ejemplo, en el caso de una discusión respecto a una irrazonable limitación a la libertad de comercio. La alegación general viene de la crítica, que se proyecta para señalar las limitaciones de un enfoque positivista, de que el positivismo «se detiene justo ante estos complicados y difíciles casos que nos impelen a buscar teorías del derecho. Cuando se nos presentan esos casos el positivista nos remite a una teoría de la discrecionalidad que no lleva a ninguna parte ni dice nada».²⁸

²⁷ *Op. cit.*, p. 39.

²⁸ *Op. cit.*, p. 60.

El mismo Hart no pretende abarcar todos los aspectos de un sistema jurídico con su teoría. Lo que hace, y es una tarea considerable, es señalar un camino a lo largo del cual algunas de las más grandes perplejidades del análisis jurídico pueden entenderse mejor. No pretende dar una explicación de cada elemento de la aplicación práctica de un sistema de normas jurídicas. La descripción del sistema jurídico como unión de dos tipos diferentes de normas se apunta como una explicación realmente satisfactoria de la esencia de tal sistema. Sobre la base de la norma de reconocimiento —producto ella misma de la observación sociológica— puede hacerse un análisis del sistema jurídico como un todo coherente y sistemático. Dada esta base, los aspectos derivados del derecho pueden ser mejor explicados con referencia a ella, y a su luz puede entenderse el funcionamiento de los principios y directrices políticas (*policies*), en la medida en que reflejan cambios y conflictos internos y ante varios intereses sociales. Hart usa la expresión «operación gobernada por normas» (*rule-governed operation*)²⁹ con referencia a las tareas de los tribunales. Esta expresión puede ser usada en el más amplio sentido para representar el funcionamiento del derecho en la sociedad. Si una comunidad tiene un sistema jurídico es útil preguntarse por la naturaleza de ese sistema. La coherencia y unidad que posee debe ser descrita en términos de los elementos más básicos de que dependa. Una vez que se haya dado cuenta de esta base, los problemas, no menos importantes pero característicamente diferentes, que surjan en relación con las operaciones gobernadas por normas, pueden ser descritos. La palabra discrecionalidad puede, desde luego, no ser una descripción absolutamente satisfactoria de todas las situaciones que abarca la aplicación de principios y directrices políticas (*policies*), pero es una palabra que se sitúa, comprensiblemente, en el punto de convergencia de dos tipos de investigación: el análisis del carácter de un sistema de normas jurídicas y la investigación sobre la aplicación del contenido, de las estipulaciones reales que integran esas normas.

La discrecionalidad es indicativa de la relativa libertad

²⁹ *The Concept of Law*, cap. 7, p. 150.

de movimientos que se les permite a los tribunales, dentro de las normas que los regulan, para llevar a cabo sus «operaciones gobernadas por normas». Designa un acercamiento analítico objetivo a nociones subjetivas. La descripción del funcionamiento de «principios y directrices políticas» (*politics*) y de su «peso» se refiere, como ha sido sugerido, más bien a una explicación de los modos en que es tratado el contenido particular de las normas jurídicas por los órganos oficiales del sistema jurídico.

EL PLANTEAMIENTO DE ROSS

La visión de Hart de los componentes de la norma de reconocimiento supone que cuando se reconoce una pluralidad de fuentes éstas se jerarquizarán en un orden de primacía y subordinación relativa. De acuerdo con Ross³⁰ es a causa de esta estructura jerárquica por lo que resulta posible considerar las varias normas de reconocimiento como integradas lógicamente en una sola. «De este modo —dice Ross —la unidad lógica del sistema queda garantizada». Pero esta unidad tan deseada participa más, dice, de la naturaleza de una ficción o de un postulado que de la de una realidad. Ross prefiere considerar las varias fuentes del derecho no como una jerarquía lógica sino como un conjunto de factores en cooperación.

La otra crítica fundamental es de tipo más subjetivo. La visión que Ross tiene de la distinción entre los aspectos interno y externo de las normas legales es reducible más o menos a la distinción entre hechos y sentimientos.³¹ En consecuencia opina que el uso por parte de Hart de la palabra aceptación para representar la «internalización» de la norma es desorientador puesto que parece inclinarse demasiado en dirección a una decisión deliberada. Puede suceder, dice Ross, que en situaciones extraordinarias, como las revoluciones, una actitud de lealtad hacia las autoridades sea la base de una decisión deliberada. Sin embargo la mayoría de la

³⁰ Ver 71 (2) *Yale Law Journal*, 1185 y ss.

³¹ Ver *infra*, cap. 8, sección II.

gente se siente en sí misma vinculada por las normas sociales de su grupo sin ser nunca consciente de ninguna opción o decisión. Para Ross una norma social presupone una regularidad observable y también el hecho de que la norma sea sentida como socialmente vinculante por la gente que cumple lo estipulado en ella. El punto que Ross evita con ello aceptar es que una descripción de la naturaleza de una norma, de una norma jurídica en particular, en términos de su aspecto interno es algo diferente de una descripción unidimensional de la existencia de una actitud, cualquiera que sea el nombre que le demos; es algo más que eso. Para Hart la distinción entre lo interno y lo externo no es una distinción que diferencia la conducta física de los sentimientos —aunque tal distinción ciertamente puede ser trazada. Es más bien una distinción que diferencia «los tipos radicalmente distintos de enunciados que son posibles siempre que un grupo social regule sus asuntos mediante normas».³² Así la crítica dirigida por Ross a la discusión hartiana de una «actitud crítica reflexiva» parece basarse primariamente en el propio deseo de Ross de describir el derecho en términos de la distinción entre hecho y sentimiento, sin aceptar el uso específico en el que Hart plantea su versión de la distinción entre los aspectos internos y externos de una norma jurídica.

IV

DERECHO Y CONCEPTOS JURIDICOS

La naturaleza del enfoque de Hart del análisis del derecho en general se refleja también en su tratamiento del análisis de los conceptos jurídicos particulares que juegan un papel dentro del sistema jurídico como un todo.³³

Una de sus proposiciones más importantes es que «aunque la teoría ha de ser siempre bien recibida, el crecimiento de la teoría sobre la espalda de la definición no lo ha de ser».

³² Ver la recensión de Hart al libro de Ross, «On Law and Justice», en (1959) 17 C.L.J. 233.

³³ Ver especialmente «Definición y teoría en la ciencia del derecho» (1954) 70 L.Q.R. 37.

Las teorías que se fundan en una definición presupuesta de los términos que las identifican no pueden esperar llegar a una descripción útil; están presas en sus limitaciones desde el mismo principio. Una de esas limitaciones es probablemente no poder dar cuenta suficiente del modo especializado en que se usa el lenguaje jurídico. Hart sugiere por ello que debemos tomar términos como derecho, obligación y corporación, no aisladamente sino en los contextos típicos en que esos términos se utilizan para cumplir un tipo específico de tarea. El empleo de un concepto jurídico implicará un enunciado de naturaleza jurídica concerniente a su contexto fáctico. Su aplicación a un conjunto de hechos implica algo esencialmente diferente de una mera descripción de la relación entre un hecho físico y otro. El enunciado, por ejemplo, de que alguien tiene un derecho o una obligación, hace referencia a una idea distinguible por naturaleza de una idea expresable en términos de causalidad y tampoco designa realmente tal enunciado la norma de derecho de la que se deduce esa conclusión; es la conclusión que se obtiene de la tácita interrelación entre los hechos a los que la norma es aplicable y la norma misma. Para utilizar la analogía con un juego, como lo hace Hart tan frecuentemente, la diferencia entre el enunciado «Ha salido fuera» y el enunciado «El balón ha pasado por encima de la portería», es manifiesta aunque el resultado puramente fáctico sea común a ambos.

Simpson³⁴ ha criticado el uso de esta última analogía en base a que, igual que la afirmación de «estar fuera» es definida por una norma, lo mismo sucede con «balón» y «portería» desde el punto y hora en que están reguladas por las leyes del juego. Sin embargo se sugiere que el primer enunciado es diferente del segundo, puesto que no es fácilmente inteligible sino en forma de conclusión a partir de una norma existente aunque no mencionada. La existencia física de un grupo de trozos de madera pudiera por el contrario ser señalada a un observador externo que no posea conocimiento alguno de las normas del juego, sea cual fuere el nombre que se le hubiera dicho que diera a aquellas cosas.

³⁴ 80 L.Q.R. 535, «The Analysis of Legal Concepts».

La crítica parece referirse a la analogía más bien que a la teoría que hay tras ella.

La misma crítica afirma también que es fútil intentar «apartar» el uso lingüístico jurídico del no jurídico; ambos usos se relacionan de modos tan complejos que separarlos deliberadamente forzaría ambos. Sin embargo es patente que Hart no se ocupa de separar forzosamente tales usos, sino más bien de subrayar que los enunciados relativos a conceptos jurídicos designan algo más que la mera relación entre un hecho («no jurídico») y otro. Podemos estar de acuerdo en que los usos jurídicos y extrajurídicos del lenguaje no deben ser separados forzosamente y admitir al mismo tiempo que el uso que implica la descripción del funcionamiento de un concepto jurídico tiene un trasfondo especial y muy importante que no se halla presente en el otro caso. Un elemento básico de ese trasfondo es, desde luego, la existencia misma de un sistema jurídico.

El significado jurídico de los enunciados que emplean conceptos jurídicos ha de entenderse a partir de dos elementos esenciales del tratamiento de Hart, y esos dos elementos están estrechamente relacionados con su enfoque del mismo análisis del concepto de derecho.

Primero, el significado de tales conceptos ha de ser examinado en los contextos típicos en que son usados con el fin de dar cuenta del resultado de aplicar normas implícitas a situaciones de hecho. Cuando este proceso se profundiza un poco se pueden obtener conclusiones sobre ese significado en términos del modo en que el concepto funciona para aquellos que lo usan. La conclusión resultante sobre el «significado contextual» muestra el resultado del enfoque claramente ilustrativo de Hart y da testimonio de su aversión hacia los análisis restrictivos y definitivos. También recuerda el aspecto interno de las normas, pues sirve para dar cuenta de la significación específicamente jurídica de ciertos acontecimientos y situaciones para la gente que se halla implicada en ellos.

Además, la manera en que la gente suele emplear un concepto específico con el fin de realizar una tarea particular a través de enunciados sobre sus relaciones jurídicas lleva consigo, como uno de sus principales elementos, la presuposición

de la existencia de un sistema jurídico. Este tratamiento de los conceptos jurídicos puede así ser considerado como un paso más, y más detallado, del análisis del derecho. Tanto en las sugerencias positivas que hace Hart como en las características de su enfoque del análisis podemos detectar conexiones con su tratamiento del problema más amplio de la naturaleza del derecho.

CAPÍTULO 6

Kelsen y el gran misterio

I

INTRODUCCION

Es necesario distinguir entre derecho o leyes en sentido descriptivo y derecho o leyes en sentido prescriptivo. Si no se hace esa distinción, la naturaleza imperativa o prescriptiva del derecho humano positivo, probablemente se expresará mal e incluso será ignorada. Otra distinción, algo diferente, necesaria en un panorama comparativo de teorías jurídicas, es la distinción entre proposiciones sobre el derecho construidas en términos descriptivos y proposiciones construidas en términos prescriptivos. Aunque se perciba la diferencia esencial entre, por ejemplo, leyes de la naturaleza y leyes humanas o derecho positivo, todavía es posible hacer un análisis de este último con una mezcla de términos, algunos de los cuales traten de lo que «debe suceder» y otros de lo que «sucede» o «sucederá» en la práctica. Una mezcla tal de enunciados puede encontrarse en el análisis jurídico de Austin. En el curso del presente capítulo se hace todavía una tercera distinción, también de un tipo parecido aunque más diferente en su concepción; es la consistente en la separación, en la que insistió Kelsen, entre reglas jurídicas o normas en sentido prescriptivo y los mismos términos usados en enunciados descriptivos sobre el derecho.

Un supuesto del funcionamiento de la ley de la gravedad es que una piedra caerá al suelo si la tiramos, pero esto es

no decir nada sobre lo que «ha de ser» o sobre lo que «ha de suceder». El enunciado significa solamente que podemos, sobre la base de lo que sucede en ciertas condiciones en el mundo de la causalidad, hacer una predicción informada de lo que seguirá sucediendo. Aunque las leyes o normas en este sentido descriptivo pueden formar la base de tales predicciones sobre lo que sucederá en el futuro en circunstancias parecidas, y en consecuencia pueden ser anticipatorias en cierto grado, la naturaleza predictiva de las normas prescriptivas del derecho positivo estriba en que son usadas como guías o como estipulaciones relativas a los actos y acontecimientos físicos con los que se hallan conectadas. Una ley o norma en sentido jurídico se halla ligada sólo indirectamente con lo que ha sucedido en circunstancias pasadas. Con importantes matizaciones,¹ puede decirse que aunque una norma jurídica está sin duda conectada a un trasfondo de circunstancias fácticas, la razón por la que es llamada derecho o norma jurídica descansa en que tiene un lugar propio dentro de un sistema jurídico.² La razón de ello no se encuentra en su posibilidad de servir como una explicación comprensiva de lo que se ha observado que sucede en la práctica. Si se diera una contradicción fáctica o práctica en relación con lo que se predice como ley en sentido descriptivo, entonces la conclusión simple e inevitable sería que esa supuesta ley ha sido formulada incorrectamente. Por el contrario, si una ley o norma jurídica en sentido prescriptivo es desobedecida ocasionalmente en la práctica, ello no indicará la existencia de ningún defecto en la formulación de esa particular norma jurídica.³ En otras palabras la eficacia o efectividad práctica de una norma jurídica debe ser distinguida de su validez propia inherente.

Esta distinción entre validez y eficacia es aplicable a una multiplicidad de problemas relativos a la estructura y funcionamiento de un sistema jurídico y puede adoptarse más de un punto de vista acerca de la relación entre ambos. Puede

¹ Ver *infra*, pp. 168-169, también p. 161.

² Incluso el análisis «puro» del derecho proyectado por Kelsen tiene sus raíces en consideraciones de hecho. Tal punto de conexión se da en todo examen del derecho positivo.

³ La ineficacia generalizada de la norma o del orden jurídico en general requiere unas consideraciones diferentes. Ver *infra*, p. 166.

darse una explicación que defina la una en términos de la otra.⁴ Sin embargo, aceptando por ahora que se pueden sostener argumentos en contra, es útil ser consciente de los varios problemas a los que puede hacer referencia la distinción entre validez y eficacia. Primero, hay, naturalmente, grados de eficacia de una disposición jurídica en lo que a garantizar sus objetivos respecta; si una ley tuviera que ser eficaz en este sentido para ser válida, una de las metas primarias de tener leyes se esfumaría, pues las únicas leyes válidas serían aquellas que la mayoría de la gente optara por obedecer. En segundo lugar está la cuestión de la efectividad de una ley considerada a la luz de su aplicación por los funcionarios legales, especialmente por los tribunales. Esta cuestión ha suscitado notables diferencias de opinión. En un análisis del derecho que tenga en cuenta su carácter prescriptivo y resalte la significación normativa de una disposición jurídica de modo tal que señale, sin describirlo necesariamente, el elemento intencional tras la creación del derecho positivo, pueden emitirse enunciados sobre la validez de una ley antes incluso de que se suscite la cuestión de su eficacia operativa.

Hasta mediados del siglo XVIII la confusión del primer tipo de los antes descritos entre esos dos sentidos diferentes de derecho podía advertirse todavía en el pensamiento jurídico inglés. Cuando aparecieron las primeras manifestaciones del positivismo analítico en la forma de las teorías de Bentham y Austin, se advirtió este defecto y se corrigió en una medida considerable. La atención de los juristas se trasladó al examen del carácter de las normas hechas por el hombre o derecho positivo. Pero este proceso correctivo no fue desarrollado del modo más satisfactorio. En particular, las explicaciones dadas por Bentham y Austin de la noción de soberanía y la importancia central de la posición del soberano en el sistema jurídico se basaron todavía demasiado en proposiciones limitadas en su alcance, y particularmente inadecuadas como explicaciones de la naturaleza de las normas y de la continuidad y ámbito de aplicación de la autoridad jurídica. Puede parecer quizá notable que tales ex-

⁴ Ver *infra*, cap. 8, sección II.

plicaciones, construidas como estaban de acuerdo con circunstancias fácticas perfectamente observables, resultarían las menos adecuadas para dar cuenta de la naturaleza del fenómeno jurídico. En un sentido muy realista, cuanto más cerca se movían de consideraciones prácticas del tipo de las usadas por los exponentes de la teoría imperativa más se alejaban de un análisis del derecho que pudiera servir como explicación general y comprensiva de su naturaleza.

La insuficiencia estribaba en la transición del pensamiento jurídico desde la hipótesis y la presunción —incluso podía llamarse conjetura en mucho pensamiento iusnaturalista— a la descripción en términos aparentemente de hecho de un concepto que no se presta al tipo de delimitación positiva intentada por Austin y Bentham. El rechazo de la doctrina frecuentemente metafísica de mucha teoría iusnaturalista implicaba, para estos positivistas tempranos, un análisis montado en términos de hechos observables, de observaciones sobre lo que pasa en la práctica de un sistema jurídico positivo. Pero en esta misma actitud estaba la base de la insuficiencia del movimiento. Uno de los principales defectos de la teoría imperativa del derecho era su incapacidad para dar cuenta satisfactoriamente de la naturaleza de la norma jurídica. Bentham y Austin usaron los dos la expresión «hábito de obediencia» en su discusión de las posiciones respectivas del soberano y del súbdito. Aunque una noción como la de hábito puede ser empleada satisfactoriamente para describir la actitud de un observador externo que está dando una descripción objetiva de lo que puede inferirse que está sucediendo (o mejor que ha *sucedido*) en el sistema que ha observado, es insuficiente para explicar la significación de una norma jurídica o la naturaleza y significado de la autoridad jurídica desde el punto de vista de una persona que es súbdito del sistema jurídico del que esos elementos forman parte.

A pesar de las deficiencias de las explicaciones dadas por Bentham y Austin, sus teorías resaltaron cierta especie de elemento imperativo o directivo en el derecho. La preferencia de Hart por la descripción de la naturaleza de la obligación jurídica y de la coherencia de un sistema jurídico en términos de una actitud «interna» hacia la aceptación de

las normas ya ha sido descrita. Podemos examinar ahora las teorías jurídicas de Kelsen y Olivecrona, dando cuenta en particular del modo en que es descrito por ellos ese elemento imperativo en el concepto del derecho.

Las teorías del derecho de estos dos juristas son consideradas aquí porque aunque parecen en muchos extremos tan diametralmente opuestas entre sí en el enfoque y en su concepción originaria, muestran sin embargo ciertos parecidos notables de expresión. Cuando sus tratamientos divergentes de las nociones de autoridad jurídica, ley y fuerza física — todos los cuales se encuentran en una u otra forma en la teoría imperativa— sean comparados, incluso con el trasfondo común de un planteamiento positivista del derecho, la diferencia en la explicación se verá que es tan grande que Olivecrona se sintió impelido a referirse a la tesis central de Kelsen como «el gran misterio».⁵

II

DERECHO Y SANCIONES

Una de las principales deficiencias de una teoría del derecho fundadas en las órdenes o mandatos del soberano apoyados, para ser eficaces, por la amenaza de la aplicación de una sanción, es su imposibilidad de dar cuenta de la situación en que un órgano o funcionario del sistema jurídico olvida o rehúsa ejecutar la sanción que acompaña a la violación del deber jurídico impuesto por el mandato del soberano. ¿Quién provee de una sanción para dirigirla sobre ese funcionario? Tendrá que ser hecho seguramente por otro funcionario. Pero si se repite ahora la misma cuestión, tal explicación desemboca en un regreso al infinito. La inclusión del componente de coerción física en forma de sanción unida a la violación del deber jurídico es a primera vista realista. Sin embargo, el modo cómo esa inclusión se hace implica la descripción de algo unido a la violación del derecho y, por

⁵ OLIVECRONA, *Law as Fact*, 1.ª ed. 1939, Einar Munksgaard, Introducción, página 21.



tanto, de algo separado de la norma o del deber jurídico creado por el mandato del soberano.

El método kelseniano de evitar esta regresión está ligado a su explicación del modo en que la validez y la eficacia del derecho se relacionan. Para él, también, la noción de sanción connota cierto elemento de coerción, pero en la teoría de Kelsen la sanción forma parte del concepto mismo de derecho. Dice: «Derecho es la norma primaria, que estipula la sanción».⁶

Antes de proceder a la explicación de la teoría del derecho propia de Kelsen, nótese lo primero de todo que la inclusión del elemento sanción en la formulación de su concepto del derecho, en oposición a su separación de ese concepto y su inclusión en la descripción de las consecuencias de la violación del deber jurídico, le posibilita para evitar el defecto lógico en cuestión. Desde el punto y hora en que la sanción es algo estipulado por el mismo derecho, la teoría es capaz de dar cuenta de la posibilidad de desobediencia por parte de aquellos sujetos a deberes jurídicos sin entrar en las consecuencias prácticas de una supuesta «negación» del derecho que encontramos en la teoría imperativa. Esa inadecuación de la teoría en este punto descansa en una de las mismas confusiones que sus proponentes pudieran haber pretendido evitar, concretamente la confusión de elementos prescriptivos y descriptivos en el término común «derecho». En el curso de su discusión del significado de sanción, Austin decía: «El daño que *será probablemente* infligido en caso de que un mandato sea desobedecido... es llamado frecuentemente una sanción, o una compulsión a la obediencia. O... se dice que el mandato o el deber está sancionado o apoyado en la fuerza por la probabilidad de que un daño sea infligido».⁷ Es en el obscurecimiento de la distinción entre lo que *sucedirá* y lo que *tiene que o debe suceder*, en lo que la teoría imperativa contiene uno de sus principales defectos. Es en su pureza e independencia respecto al carácter relativo de las consideraciones sobre la eficacia social de las normas

⁶ KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard Univ. Press, 1945, p. 61. (Hay trad. española, *Teoría general del Derecho y del Estado*, Universidad Autónoma de México.)

⁷ *The Province of Jurisprudence Determined*, sección I, p. 15, subrayados míos.

jurídicas particulares en lo que estriba el mérito de la teoría del derecho de Kelsen como explicación comprensiva y universalmente válida del concepto del derecho. El modo en que Kelsen describe el defecto en cuestión es el siguiente: si fuera necesario garantizar la eficacia de una norma que prescribe cierto comportamiento mediante el uso de otra norma que establece la sanción en el caso de que la primera norma no fuera obedecida, una serie sin fin de sanciones sería inevitable. Esa necesidad produciría lo que Kelsen llama un *regressus ad infinitum*.⁸ Kelsen mantiene que la característica distintiva de una norma jurídica no es que sea una norma cuya eficacia es conseguida por una norma ulterior que estipula una sanción; es, más bien, el hecho de que la norma jurídica prevé la sanción; estipula que la sanción será aplicada. Planteada así, la cuestión de la coerción o constreñimiento deja de ser una cuestión atinente a la manera en que las normas jurídicas pueden hacerse eficaces y resulta una cuestión que se refiere al contenido de las normas mismas.⁹ El planteamiento kelseniano de la naturaleza del derecho considera así la norma jurídica y la sanción como parte y parcela de la misma cosa en lugar de separarlas y considerar primero una y después la otra. El hecho de que no pueda darse ninguna garantía de que todas las normas jurídicas sean eficaces en la práctica no supone decir que una teoría del derecho no pueda describir su naturaleza por referencia a sanciones. Significa simplemente que será necesario encontrar un método mejor que el de examinar la norma y la sanción como elementos separados del derecho. Kelsen resume: «Todas las normas¹⁰ de un orden jurídico son normas coactivas, es decir, normas que estipulan sanciones; pero entre ellas hay normas cuya eficacia no está asegurada por otras normas coactivas. La norma *n*, por ejemplo, funciona así: si un individuo roba, otro individuo, un órgano de la comu-

⁸ *General Theory of Law and State*, p. 28.

⁹ *Ibid.*, p. 29. *Contenido* debe tomarse en este contexto como *naturaleza*, distinto a contenido fáctico específico, es decir, a lo que una norma dice virtualmente.

¹⁰ Veremos más tarde lo que Kelsen expresa con su noción de «norma» y el significado de su afirmación de que el derecho es una «ciencia normativa». En algunas circunstancias el significado de «norma» se aproxima al de «regla de derecho», pero puesto que el carácter y el contenido de esta noción última puede ser fácticamente confundido, debemos tener cuidado de extender el término «norma» al análisis del carácter prescriptivo de la regla de derecho.

nidad, le castigará. La eficacia de esta norma está asegurada por la norma $n + 1$: si el órgano no castiga al ladrón, otro castigará al órgano que viola su deber de castigar al ladrón. No hay norma $n + 2$ asegurando la eficacia de la norma $n + 1$. La norma coactiva $n + 1$: *si el órgano no castigase al órgano que ha violado el derecho*, no está garantizada por una norma de grado $n + 2$ ». ¹¹

LA NATURALEZA DE LA EXPLICACION KELSENIANA

Kelsen da a su teoría el título de *Teoría pura del derecho*, nombre que sirve para describir algunas de las características esenciales de su explicación del derecho. Su objetivo al pretender la «pureza» en su análisis jurídico es eliminar elementos ajenos que no son materia propia de una teoría que se confina a sí misma estrictamente a los fenómenos jurídicos específicos en la estructura de un sistema de derecho. El critica la manera en que las contribuciones a este campo del conocimiento han incluido, durante los siglos XIX y XX, afirmaciones aventuradas de los campos conexos pero diferentes de la psicología, la sociología, la ética y la teoría política. «Esta adulteración —dice— es comprensible, porque estas disciplinas tienen que ver con temas que se hallan íntimamente conectados con el derecho». ¹²

Describir el derecho en términos de lo que probablemente sucederá, como Austin lo hace al discutir el papel jugado por las sanciones en un sistema jurídico, es hablar en términos de causa-efecto y de lo que pasa en la práctica de la compulsión real del derecho. Ello implica necesariamente consideraciones de sociología, psicología y criterios morales: los elementos que Kelsen lucha por mantener separados de su análisis de la naturaleza del derecho. En su tesis funda-

¹¹ *Ibid.*, p. 29. Para la explicación kelseniana de la relación entre validez y eficacia, ver *post.* El subrayado es para facilitar la comprensión de la difícil frase final.

¹² *Pure Theory of Law*, University of California Press, 1967, cap. 1, p. 1. Para un enfoque diferente pero no menos agudo de la discusión sobre la naturaleza del derecho ver los ejemplos de Jørgensen extraídos de la historia y la sociología en *Law and Society*, Akademisk Boghandel, Aarhus, Dinamarca, 1973.

mental de que *el derecho es la norma primaria que estipula la sanción* Kelsen aspira a autoconfinarse exclusivamente en un análisis de los elementos prescriptivos del derecho y del sistema jurídico. Austin por el contrario confunde el carácter prescriptivo del deber jurídico derivado del mandato del soberano y la consideración descriptiva de lo que sucederá como cuestión de consecuencia práctica. Desde el punto y hora en que tal impureza existe en su teoría, su concepto del derecho está abocado a ese problema de la regresión al infinito con el que no puede vérselos adecuadamente.

¿Qué entiende Kelsen con su noción de «norma»? ¿Cómo la usa en su teoría de la naturaleza prescriptiva del derecho? «Por “norma” designamos que algo debe ser o debe suceder, especialmente que un ser humano debe comportarse de una manera específica. Este es el significado de ciertos actos humanos que se dirigen hacia el comportamiento de otros».¹³ «“Norma” es el significado de un acto mediante el cual cierto comportamiento es mandado, permitido o autorizado. La norma, como el significado específico de un acto dirigido hacia el comportamiento de algún otro, debe ser cuidadosamente diferenciada del acto de voluntad cuyo significado es la norma: la norma es un *debe*, pero el acto de voluntad es un *es*».¹⁴ Una cuidadosa consideración de este último enunciado se volverá a hacer cuando tengamos una comprensión más completa del significado de la teoría kelseniana del derecho. Es central en su análisis que ha de hacerse una distinción entre lo que puede llamarse el producirse físico de una orden o mandato, y su capacidad para crear efectos jurídicos. Las consecuencias físicas de lo que Kelsen opta por describir como un «acto de voluntad» deben considerarse como algo distinto de sus consecuencias jurídicas.

DERECHO Y HECHO

La teoría pura del derecho mantiene que la naturaleza del derecho se explica mejor en términos de una estipulación de que, dadas ciertas condiciones, una sanción *tiene que* o

¹³ KELSEN, *Pure Theory of Law*, cap. 1, p. 4.

¹⁴ *Ibid.*, p. 5.

debe ser aplicada. El derecho estipula que así han de ser las cosas. Las estipulaciones o directivas jurídicas representadas por los «mandatos» de la teoría imperativa resultan reducidas en la teoría pura a condiciones que son prerequisites para dar la orden de ejecutar la sanción. La teoría de Kelsen ha sido últimamente descrita como consistente en órdenes condicionales a funcionarios para que apliquen sanciones. En otras palabras, dado que existe cierta situación que resulta de una serie de actos jurídicos de varias clases, debe ser aplicada una sanción, al final de ese proceso de desarrollo; y la sanción tiene que ser aplicada por un funcionario u órgano del sistema jurídico, de acuerdo con el cual los actos que condicionan la estipulación de que una sanción será aplicada están reconocidos como actos jurídicos válidos.

El proceso de rastreo de la conexión jurídica válida entre el último paso de la estipulación actual de que un funcionario del sistema aplicará una sanción y la base inicial de creación de tal estipulación, es llamado por Kelsen «teoría de la concreción». Es un método de describir el progreso desde el principio general al caso particular. Puede darse una explicación paso a paso de la validez de la orden final al funcionario para que aplique una sanción, a la luz de la validez jurídica de todos los factores condicionantes que preceden a esa orden. El desenvolvimiento desde lo general a lo particular —por ejemplo, desde una norma general que prohíbe el robo hasta un caso particular en el que la norma se pone en funcionamiento mediante la orden de aplicar una sanción al ladrón— no es explicable meramente en términos de hechos y acontecimientos físicos que puedan observarse en la práctica. Es aquí donde la teoría de Kelsen difiere de la mayoría de las teorías del derecho natural. Esos actos, insiste, deben ser considerados a la luz de la relación normativa que existe entre ellos. Los hechos observables a los que aplicamos los términos acto legal o ilegal son fenómenos naturales pero no son como tales «objetos de conocimiento jurídico».¹⁵ Con esta expresión Kelsen quiere decir

¹⁵ El término «conocimiento jurídico» lo volveremos a encontrar en el cap. 8 a propósito de la opinión de Ross de que una explicación satisfactoria del derecho no necesita incorporar ningún componente de conocimiento específicamente jurídico. El significado del término es, simplemente, el tipo de percepción o comprensión sobre el que basamos nuestro análisis. El «conocimiento jurídico» debe por

que la atribución de la cualidad de jurisdicción o de no jurisdicción a la conducta física no está determinada por causas y efectos, por las leyes que gobiernan los hechos naturales. La significación específicamente jurídica de un acto está representada en la norma que lo incorpora. La relación entre cada norma en el proceso de creación del derecho, entre cada estadio sucesivo en él, es una relación de imputación y no de causalidad. La naturaleza de las conexiones entre los varios estadios en ese proceso de «concreción» es descrita por Kelsen así: «La norma que confiere a un acto el significado de jurídico o no jurídico es ella misma creada por un acto que a su vez recibe su carácter jurídico de otra norma».¹⁶

Por ejemplo, la orden de un tribunal de justicia a un funcionario de que aplique una sanción en un caso particular será válida si el tribunal, en primer lugar, estuviese correctamente constituido y hubiese adoptado las normas sustantivas y de procedimiento apropiadas a la situación en torno a la cual el tribunal está actuando. A su vez la validez jurídica de las reglas o, como Kelsen las llama, normas que condicionan la constitución y procedimiento del tribunal, puede ser contrastada a través del procedimiento con el que fueron creadas. Si, por ejemplo, se hace referencia a un poder legislativo que tiene supremacía en la creación del derecho por encima de los tribunales —como el Parlamento inglés— podemos considerar la constitución y procedimiento de ese cuerpo como los factores que condicionan la validez jurídica de sus disposiciones. Aún más atrás en este proceso paso a paso condicionante de la validez jurídica podemos llegar a considerar la Constitución, escrita o no escrita, a la cual todo el resto de las normas o factores condicionantes del sistema están referidos y a la cual son en última instancia reconducibles. En la base del sistema jurídico positivo total se halla el elemento con el cual puede ser contrastada la validez jurídica de todos los demás actos del proceso prescriptivo condicionante que lleva hasta la última estipulación válida a un funcionario para que aplique una sanción. Este estadio

tanto distinguirse del «conocimiento fáctico», que describe un enfoque del análisis jurídico basado en la observación de actos o acontecimientos físicos, y de su interpretación como tales. Ver más precisiones en JØRGENSEN, *op. cit.*

¹⁶ *Pure Theory of Law*, p. 4.

final del proceso es llamado norma «primaria» o «básica» que estipula que, si todas las condiciones del tipo descrito se producen, debe aplicarse una sanción. La noción de la norma básica se halla así ligada directamente con la última estipulación, pues es la norma fundamental la que determina realmente tal estipulación, siendo los demás estadios del proceso de desenvolvimiento de estipulaciones jurídicas particulares simplemente condiciones de la prescripción básica que se manifiesta en la práctica a través de la emisión de la estipulación al funcionario legal. A lo largo de todo el camino lineal, la relación entre acto físico y significado jurídico puede expresarse en la forma del enunciado: «Si A es, entonces B debe ser».

III

LA NORMA BASICA

La explicación de la coherencia y naturaleza sistemática de un orden jurídico en términos de una «norma básica» connota los siguientes rasgos: significa, lo primero de todo, que se supone un orden social en el que las disposiciones que emanan del sistema particular de gobierno o autoridad que existe son eficaces en general como medios de control social. Sobre la base de esta observación puede formularse un análisis que explique el sistema jurídico como un fenómeno particular dentro del orden social general; y en este análisis la idea de una norma básica o fundamental es usada para explicar la significación específicamente jurídica de esa eficacia general.

Un ejemplo de la estipulación básica que puede considerarse que hace la norma fundamental de un orden jurídico sería que «los fundadores de la primera Constitución deben ser obedecidos».¹⁷ Aunque en forma diferente, la estipulación de una norma fundamental que se refiera a un orden jurídico como el inglés que no se halla fundado sobre una Constitución escrita no sería esencialmente diferente.

¹⁷ Kelsen, *General Theory of Law and State*, pp. 115-116.

La norma fundamental que suministra la base para construir cualquiera de los enunciados de «*debe*» que designan las consecuencias jurídicas o significado jurídico de ciertos actos físicos dentro del funcionamiento de un sistema jurídico, es aquella que da al sistema su coherencia y su forma sistemática, como particularización de un fenómeno prescriptivo. Todos los demás estadios del proceso pueden ser contrastados en lo relativo a su validez jurídica con esa norma básica. Sin embargo, como la norma básica constituye el criterio final de validez, su propia validez no puede ser objetivamente contrastada. Su validez, nos dice Kelsen, debe ser presupuesta o sobreentendida. Cuando expresiones como presuposición o hipótesis aparecen en los escritos de Kelsen es preciso recordar que muchos de sus principales y más citados pasajes han sido traducidos del original alemán. No hay nada de suposición o conjetura en su norma básica, que es *vorausgesetzt* o literalmente, presupuesta. La idea que hay tras la norma básica no podía ser más fáctica. Es que, dada una situación en la que en base a lo que pasa en el mundo de los acontecimientos jurídicos a nuestro alrededor, podemos hablar con sentido en términos de «sistema jurídico», entonces, como cuestión de deducción lógica a partir de nuestras observaciones, debe haber habido en algún tiempo un estado de cosas o combinación de diversas circunstancias sociales que llevan a la producción causal de la presente situación fáctica. Desde el punto y hora en que Kelsen emplea la descripción de un sistema jurídico que es «amplia y profundamente eficaz», estamos capacitados en nuestra comprensión y aplicación de su teoría a comenzar con una apreciación de los fenómenos sociales que dan todavía significado a nuestro uso de la descripción del sistema jurídico en el contexto de la situación de hecho que observamos. En otras palabras, los hechos y las condiciones sociales y físicas que han formado, de uno o de otro modo, el trasfondo del sistema jurídico, están conectados en relación de causa a efecto con los hechos y condiciones que forman ahora la situación presente que es el contexto del sistema jurídico continuado y persistente.

La naturaleza misma de la norma básica no es fácil de apreciar, y es posible que dificultades de traducción impidan una adecuada interpretación. Ha sido descrita como una

«construcción mental», una idea que produce la mente del investigador para dar una interpretación satisfactoria de los fenómenos observables que examina. Se ha sugerido que un fallo de comprensión de las consecuencias plenas de este tipo de enfoque ha sido la causa de ciertas críticas aparentemente sólidas a la teoría de Kelsen que empujan a la investigación ulterior al equívoco. En particular, los críticos han tendido a tratar la norma básica como si fuese algo que está en el sistema jurídico, cuando esto no es así. Representa, más bien, la significación específicamente jurídica de cierto estado de cosas, significación que le es atribuida por el investigador. Es en este sentido como debemos entender expresiones tales como «la norma básica *del* orden jurídico». En sus escritos recientes Kelsen ha hecho algunas ligeras modificaciones en la terminología que usa para describir la norma básica. La considera más bien como una «ficción» que como una hipótesis; la primera noción se distingue de la segunda porque la realidad no se corresponde con ella.¹⁸ Quizás el término «ficción» dice más sobre la función del método kelseniano de interpretación que «presunción» o «hipótesis».

Kelsen pone gran énfasis en la necesaria distinción entre la validez intrínseca del derecho y su eficacia práctica. El evitar una de las principales deficiencias de la teoría de Austin es consecuencia de esta distinción. En el caso de normas secundarias del sistema jurídico —que son todos los demás estadios del proceso de validación que conducen a la estipulación de la sanción, a excepción de la misma norma fundamental— la cuestión de la validez puede ser determinada a través de las estipulaciones de otras que estén más cerca de la norma básica. Cuando llegamos a ésta, sin embargo, el proceso de rastreo de la validez tiene que detenerse, puesto que no hay ninguna unidad prescriptiva en el sistema jurídico que analizamos con la que contrastar más allá la validez. Como no hay otro elemento en la naturaleza del derecho o en la estructura característica del sistema jurídico que pueda ser usado para demostrar la validez de la norma básica, es preciso mantener que afirmar la existencia de las condiciones sociales o físicas que forman el trasfondo de la

¹⁸ Ver FRIEDMANN, *Legal Theory*, p. 277.

norma básica, es necesariamente afirmar la validez, a efectos del derecho, de la norma fundamental incorporada a esa situación de hecho. Sin embargo, la norma básica es el mismo carácter que otras normas (de segundo orden), puesto que designa lo que puede decirse que es la significación jurídica, normativa o prescriptiva que se abstrae del contexto fáctico. Debe tomarse como válida si pretendemos hablar, en absoluto, de derecho. «La norma básica no es creada a través de un procedimiento jurídico por un órgano creador de derecho. No es válida —como lo es una norma jurídica positiva— porque es creada de cierta manera por un acto legal, sino que lo es porque se da por supuesta como válida; y se da por supuesta como válida porque sin tal suposición ningún acto humano podría ser interpretado como jurídico, especialmente como acto creador de normas».¹⁹

La noción de «norma básica» expresa así la significación jurídica del contexto fáctico de un orden social, significación que puede así explicar el sistema jurídico que se analiza. Es probablemente a causa de la terminología empleada por Kelsen por lo que algunos de sus críticos han llegado demasiado a la ligera conclusión de que su teoría pura del derecho, basada como está sobre esa «hipótesis» o «presunción», no conduce más que a una teoría del derecho natural disfrazada.

Esto, sencillamente, no es así, aunque para ser capaz de refutar tales alegaciones es necesaria una sólida comprensión de la naturaleza de la idea kelseniana de norma fundamental. La norma básica no expresa ni puros hechos ni puras conjeturas: es más bien un híbrido de hecho y presunción. La base de la noción se halla dentro de los límites del derecho humano, dentro del ámbito de un derecho positivo, y en esto difiere fundamentalmente de las bases de las teorías iusnaturalistas. En estas teorías el criterio de validez con el que contrastar el contenido y la forma del derecho positivo se halla, como hemos visto, fuera de ese ámbito. Kelsen admite que la proposición de que la norma básica es el último criterio de validez jurídica en el orden jurídico nacional no

¹⁹ *General Theory of Law and State*, p. 116: «La función específica de la norma básica».

descarta la posibilidad de hacer algunas afirmaciones sobre posibles justificaciones ulteriores del derecho de ese sistema. Se podría preguntar, por ejemplo, por qué la constitución primera o básica tiene que ser respetada y considerada como jurídicamente vinculante; y pudiera responderse que los fundadores de esa primera constitución estaban facultados por Dios. Sin embargo, una de las características esenciales del positivismo jurídico es que prescinde de cualquier justificación religiosa de ese tipo de un orden jurídico nacional. Las invocaciones a cualquier fundamentación metafísica del sistema jurídico representarían una «impureza» en el análisis estrictamente positivista de Kelsen, por muy apoyadas que pudieran estar en criterios extrínsecos no jurídicos. La norma básica es una ficción que es tanto necesaria como suficiente para la interpretación positivista del derecho. Es suficiente desde el punto y hora en que no requiere tal justificación externa. Es necesaria porque los actos de los seres humanos sólo pueden ser interpretados como jurídicos con la condición de que la norma básica se presuponga como norma válida.

Kelsen permanece así firmemente en el campo de los positivistas. Como recuerda Raz: «Kelsen permanece fiel al principio de origen: la identidad de un sistema jurídico, tanto como la pertenencia de una ley al sistema, es determinada únicamente por los hechos de su creación, por su origen. Pero la fuente de unidad no es ya un cuerpo legislador, es una norma conferidora de poder. La norma básica substituye al soberano, por lo demás nada ha cambiado».²⁰

NO UNA TEORIA DEL DERECHO NATURAL

Criticar a Kelsen, como algunos han hecho, en términos de una pretendida dependencia de un mundo metafísico de conjeturas, independiente y divorciado del nivel de los hechos, es mostrar un conocimiento fundamentalmente erróneo no sólo de la naturaleza de la teoría kelseniana sino también de una gran cantidad de razonamiento jurídico en ge-

²⁰ RAZ, *op. cit.*, p. 95.

neral. En todo este tema puede hacerse una analogía entre las reglas del derecho y las de un juego. Decir, por ejemplo, que la reina del enemigo en una partida de ajedrez está expuesta a ser comida, no es expresar algo sobre las posibilidades físicas de un pedazo de madera. La regla o conjunto de reglas que conduce a la posibilidad de hacer un enunciado jurídico no es una mera traducción de los elementos del contexto fáctico en que se hace el enunciado; ni se trata de aserciones metafísicas. Son conclusiones jurídicas que designan la significación estrictamente jurídica de ciertas combinaciones de circunstancias fácticas. Kelsen señala expresamente que su método de interpretar las condiciones fácticas que caracterizan un sistema jurídico a través de la noción de «norma básica» no implica realmente nada nuevo en la ciencia del derecho. Está simplemente haciendo explícito lo que se halla implícito en las afirmaciones de todos los juristas que consideran el derecho positivo como un sistema de normas válidas, y no solamente como un conjunto complejo de hechos. Esta anotación tiene también una plena aplicación a una explicación positivista del derecho que contenga un rechazo expreso de la conformidad con todo criterio metafísico de justicia o moralidad. Es en este sentido en el que la noción de norma básica es una construcción mental que «existe en la conciencia del jurista»²¹ para la interpretación jurídica de fenómenos físicos observables.

En *La teoría pura del Derecho* Kelsen contesta a las críticas a su obra que se basan en alegaciones de un derecho natural encubierto con una enfática negación de la presencia de nociones iusnaturalistas en su análisis, por las siguientes razones: *La teoría pura del Derecho* se reduce a sí misma al examen del derecho positivo, y lo considera como un «orden normativo objetivamente válido». Para hacer esto, debemos adoptar la presunción (o la ficción como prefiere llamarla luego) de la norma básica (*Grundnorm*) mediante la cual podemos interpretar el «significado subjetivo», o significación física de los actos creadores de derecho, con su «significado objetivo» —la significación específicamente jurídica de esos actos que describimos como resultado de la

²¹ Ver *General Theory of Law and State*, p. 116.

interpretación objetiva que Kelsen da de ellas. Tal interpretación de los hechos y acontecimientos físicos es perfectamente distinguible de una teoría del derecho natural, ya que ésta busca la razón de validez del derecho positivo en otro supuesto tipo, o fuente, de derecho allende la esfera del derecho positivo. Una teoría del derecho natural busca basar la validez del derecho positivo en un orden normativo (un sistema de deberes) con el cual el contenido de un sistema de derecho positivo puede o no puede coincidir.²² Sin embargo ninguna de las muchas teorías iusnaturalistas que tan lejos se han proyectado ha llevado a establecer ningún sistema claro de principios para servir de guía o censura del contenido del derecho positivo. Y todavía menos ha suministrado ninguna de esas teorías claridad sobre el problema de la estructura característica de un sistema de derecho positivo. Para Kelsen las teorías del derecho natural se reducen a teorías de la justicia, y cualquiera que sea la forma en que son descritas las considera como integradas en su mayor parte de fórmulas vacías. Con los métodos de la doctrina del derecho natural, dice Kelsen, se pueden mantener, e incluso aparentemente probar, postulados opuestos. Una teoría iusnaturalista puede ser tan conservadora o revolucionaria como el escritor de turno se cuide de hacerla; todas ellas consisten en aserciones que no están probadas. Tales teorías se refieren a objetivos políticos e ideológicos, no a objetivos científicos, y es de esos criterios externos, no jurídicos, de lo que Kelsen busca mantener limpio su propio análisis.²³

Kelsen explica la función específica de la norma básica en términos del papel que juega en un orden objetivamente válido. Se ha afirmado que esta noción fundamental debe ser entendida de esta manera: si observamos el funcionamiento y las manifestaciones exteriores de un agregado coherente de normas jurídicas que son en general eficaces prácticamente, entonces la norma básica debe ser entendida como el sentido jurídico inherente a, o destilado por, la situación de hecho histórica que ha conducido a lo que ahora vemos que está sucediendo. Esta descripción sirve como una ayuda ini-

²² *Pure Theory of Law*, pp. 217, 218. Ver *supra*, cap. 2.

²³ Ver *General Theory of Law and State*, pp. 9 a 11.

cial en la comprensión de la norma básica. También es necesario, sin embargo, ser capaz de distinguir los dos sentidos diferentes en que Kelsen usa el término «constitución» en su elucidación de la idea de norma básica.²⁴

LA NORMA BASICA Y EL SISTEMA JURIDICO

En la terminología de Kelsen, la palabra «constitución» puede ser usada en «sentido jurídico positivo», o en sentido «lógico-jurídico»; este último uso es descrito también a veces como sentido «lógico-transcendental», una expresión que resulta simplemente ser más indicativa del trasfondo filosófico neokantiano del método kelseniano de interpretación de los fenómenos jurídicos. En réplica a Stone,²⁵ que, según él, confunde los dos sentidos, Kelsen dice que siempre ha mantenido una clara distinción entre la constitución en sentido lógico-jurídico, que es la norma básica, y la constitución en sentido jurídico-positivo, mediante lo que da a entender el tipo de constitución de un sistema de derecho positivo al que normalmente aplicaríamos ese término. El uso difícil se da en el primero de esos dos sentidos; la idea puede empero ser parafraseada en una expresión como «la base o *fundamento* de validez jurídica en un sistema jurídico positivo», o el ancla que está al final de la cadena de la jurisdicción, como distinta de la base de los actos creadores de derecho y de las instituciones internas de un sistema jurídico-positivo—constitución en el sentido ordinario de la palabra. La constitución en sentido jurídico-positivo es parte del derecho o del proceso de creación de normas dentro del mismo sistema de derecho positivo, y Kelsen hace referencia a ella elípticamente como «una norma de derecho positivo». Por el contrario, la norma básica que se dice presupuesta en el pensamiento jurídico, o la «constitución en sentido lógico-jurídico» no es parte del mismo derecho positivo puesto que no está «puesta» o creada por el acto real de voluntad de un órgano jurídico.

²⁴ Para una de las explicaciones más claras y detalladas de esta distinción por Kelsen, ver (1965) 2 *Stanford Law Review*, 1128.

²⁵ Ver (1963) 26 *M.L.R.* 34, «Misterio y mística en la norma básica».

Estaría fuera de lugar aquí considerar en detalle los errores que se han dado en las críticas a la teoría de Kelsen. Sin embargo puede sugerirse que son atribuibles en gran medida a la confusión de los dos sentidos de la palabra constitución que han sido considerados ahora mismo. En particular, la constitución en sentido jurídico-positivo ha sido tomada por la norma básica, cosa que no es. Se han exigido incluso mayores hazañas de la norma fundamental cuando se encuentra una situación política que no presenta correctamente el aspecto de sistema jurídico unificado. Es cierto que Kelsen a veces hace referencia elípticamente a la norma básica *de* un orden jurídico nacional, pero esto no es algo que esté deducido de la observación. Tal expresión hace más bien referencia al modo en que la noción de la norma básica es aplicada en una interpretación jurídica objetiva de un conjunto complejo de condiciones físicas. Una quiebra en la confianza hacia el gobierno en un país no implica, por ejemplo, una quiebra en la norma básica,²⁶ y todavía menos que la inaplicabilidad de la norma básica a un sistema político desunido se nos presente como un caso de esquizofrenia jurídica.

El uso de esta importante distinción en la descripción de un sistema particular de derecho es éste: cuando la norma fundamental o básica es considerada como fundadora de una instancia de producción de derecho, la constitución en sentido lógico-jurídico está formada. Esta instancia u órganos, a la que se hace referencia a veces como el «primer legislador históricamente»,²⁷ puede ahora crear válidamente normas o reglas que regularán la misma autoridad de legislar o legislativa. El producto normativo de la primera instancia productora de normas que hace referencia al siguiente órgano creador en el «proceso de concreción» del derecho es la constitución en sentido jurídico-positivo.²⁸ Desde esta base, la validez objetiva del contenido del sistema de derecho positivo se deriva de la norma básica; pero salvo por esta depen-

²⁶ Para una alegación de este tipo, ver, por ejemplo (1967) 30 M.L.R. 156, «Quebrando la Grundnorm».

²⁷ Es decir, el legislador en el sentido más literal, o sea, el órgano que dicta o establece el derecho.

²⁸ Tomado de *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1929.

dencia en relación con el carácter validante o autorizante de la norma básica, el contenido del derecho positivo del sistema es completamente independiente de ella. Fuera de esta sencilla conexión necesaria, el contenido específico del orden jurídico puede tener leyes válidas que pueden ser juzgadas de acuerdo con criterios no jurídicos como buenas, malas o indiferentes. Es quizá por este rasgo de la teoría pura del derecho de Kelsen por el que ciertos críticos han tratado de demostrar su esterilidad, señalando que puede servir como análisis objetivo de la naturaleza característica de cualquier sistema jurídico, con todo lo inmorales o inicuas que sus leyes positivas particulares puedan ser. Tales críticas no sólo son subjetivas por naturaleza, sino que además dependen en sí mismas de interpretaciones subjetivas de la equidad y la justicia.²⁹ Tienen que ver con la política o la ideología moral, no con el derecho en sentido estricto.

LEYES Y JURISTAS

Podemos ahora hacer referencia brevemente a la tercera de las necesarias distinciones aludidas al comienzo de este capítulo. No es de gran importancia en sí misma, pero es una distinción útil y a veces esencial que hay que tener en mente cuando se consideran los enunciados hechos por los juristas sobre la naturaleza del derecho. Los objetos de la ciencia normativa del derecho son las normas, no los modelos reales de conducta física. Los enunciados con los cuales los juristas describen las normas y los modos como deben ser interpretadas en tanto que componentes del sistema jurídico, no son en sí mismos normas. Esos enunciados no prescriben nada acerca de lo que tiene que suceder. Son en sí mismos descriptivos y no prescriptivos, aunque hacen referencia a algo que sí prescribe. Reproduce descriptivamente el *debe* de las mismas normas. Para apreciar esta simple pero necesaria distinción hemos de notar el contraste entre el derecho tal y como sale de la mano del legislador —la misma

²⁹ Cfr. la actitud de Bentham (p. 59 *supra*) acerca de las leyes válidas pero injustas. Ver también, cap. 3, *supra*, pp. 83-89.

norma legal— y el enunciado que contiene la descripción de ella por parte del jurista. Las palabras del jurista o el abogado son descriptivas de normas y no expresivas de normas.

VALIDEZ Y EFICACIA

La norma básica se presupone que posee una validez objetiva en relación con el orden jurídico que está fundado sobre ella, y la consiguiente validez objetiva de todas las demás normas del orden jurídico —las normas de segundo orden— está fundada en la existencia de esta norma primaria o básica. La eficacia general del orden jurídico es un requisito previo a la atribución al mismo de una norma básica.

El elemento de coerción en el derecho, dice Kelsen, no consiste en ninguna forma de «compulsión física», sino en el hecho de que los actos de coerción, o sanciones, están estatuidos por el orden jurídico. La coerción física es relevante para la validez jurídica solamente en la medida en que forma parte del contenido de la norma jurídica. Las normas jurídicas son así normas que estatuyen sanciones. La cualidad de validez jurídica no se ve afectada por el estado mental de cualquier individuo que esté obligado a aplicar la norma. En este contexto hace referencia Kelsen, para hacer un contraste, a las dos cuestiones sobre la eficacia del derecho que fueron aludidas al principio de este capítulo. El que la gente se comporte o no realmente de cierto modo para evitar la aplicación de la sanción que está estipulada por la norma jurídica, es un problema relevante para la efectividad del derecho y la política jurídica en relación con el aseguramiento de sus objetivos. El que la sanción sea o no realmente aplicada por los funcionarios legales cuando las condiciones necesarias para su aplicación estén presentes, tiene relación con el funcionamiento práctico y la eficacia del derecho.

Una norma es considerada válida si, y sólo si, pertenece a un sistema de normas y a un sistema que además es generalmente eficaz. Estas pueden ser consideradas como las dos condiciones concurrentes que son necesarias para la validez de una norma individual del orden jurídico. A propósito de la última condición puede decirse que la eficacia es

una condición de la validez; el sistema de normas tiene que ser eficaz como un todo. Pero la eficacia es una condición de la validez, y no la razón de ella.³⁰ La eficacia del derecho es, de acuerdo con Kelsen, un problema que se determina por la causalidad, mientras que su validez es explicable, no en términos de causalidad, sino de imputación. Un orden jurídico no pierde su validez cuando una simple norma deja de ser eficaz, ni una simple norma jurídica pierde su validez si es solamente ineficaz de vez en cuando; sin embargo una norma no se ha de considerar válida cuando nunca es aplicada; una norma tal, habiendo sido inicialmente válida como consecuencia de su conexión con un sistema de normas generalmente eficaz, puede perder su validez por no haber sido nunca aplicada en la práctica. En su *Teoría pura del Derecho* Kelsen aplica el principio de la eficacia general tanto a las normas jurídicas individuales como a la norma básica, con la conclusión de que la ineficacia generalizada de una norma jurídica individual (una norma de segundo orden) puede, vía «desuso» producir el mismo efecto que la ineficacia total.³¹

Por otra parte, igual que una norma jurídica individual que figura en el esquema general de validez jurídica no debe ser una norma que nunca se obedece o aplica, tampoco puede ser de una naturaleza tal que en todos los casos tenga que ser obedecida o aplicada. Por el contrario esta supuesta norma cesaría completamente de ser una norma. Al formular una ley natural, por ejemplo, no se hace ninguna afirmación sobre lo que tiene que suceder y no hay ninguna estipulación o prescripción acerca de lo que ha de suceder. En palabras de Kelsen, una norma que prescribe que algo debe ser, y que sabemos que ese algo tiene que suceder de todas formas de acuerdo con una de las leyes de la naturaleza, carece de sentido.³² Esta distinción entre derecho positivo humano

³⁰ Ver, en general, *General Theory of Law and State*, pp. 29-42; *Pure Theory of Law*, cap. 5, pp. 211-214.

³¹ Esto tendría probablemente que resultar de acuerdo con una norma específica de «desuso» que integrara el orden jurídico. De otro modo sería difícil conciliar este problema del grado de eficacia de las normas particulares con la «pureza» del resto del método kelseniano de interpretación objetiva de la validez jurídica. Sin embargo, su lenguaje en *General Theory of Law and State*, en la p. 120, tiende a oscurecer esta interpretación. Ver RAZ, *Concept of a Legal System*, p. 60.

³² Ver *The Pure Theory of Law*, p. 213.

y leyes de la naturaleza debe ser recordada al considerar el rechazo de Ross ³³ de la característica de un «conocimiento jurídico» específico en un análisis como el de Kelsen junto al método de aquél de relacionar la validez jurídica y las predicciones fácticas.

Por último y muy brevemente, ¿cuál es la relación entre los hechos y lo que es estrictamente derecho? La efectividad es una condición fundamental para la validez jurídica —esto es bastante simple de entender— pero no es la validez en sí misma. Los juristas que llevan la relación original entre eficacia y validez hasta el extremo de identificar ambos elementos son, de acuerdo con Kelsen, culpables de distorsión en su vano intento de simplificar el problema del análisis del derecho. Además si el concepto de poder en forma de una fuerza física aplastante es utilizado en lugar de la idea de eficacia una conclusión similar a la anterior se deduce de la explicación de Kelsen: es decir, que el derecho no puede existir sin la fuerza pero que no es idéntico a la fuerza.

IV

KELSEN Y OLIVECRONA

El análisis de Kelsen de la naturaleza del derecho depende totalmente del concepto de una norma que se halla incorporada a las situaciones jurídicas y a los actos jurídicos. El sistema jurídico como un todo es el producto de ciertos actos que se hallan relacionados con un estado de cosas que el jurista considera que hacen surgir la noción de la norma fundamental o básica.

Para Olivecrona, «el derecho no es sino un conjunto de hechos sociales».³⁴ Olivecrona es uno de los más conocidos de un grupo de juristas escandinavos que niega la necesidad de adoptar el tipo de enfoque normativo del análisis jurídico que subyace a la totalidad del método jurídico kelseniano. Su desacuerdo con algunas de las conclusiones fun-

³³ Ver *infra*, cap. 8, p. 206.

³⁴ *Law as Fact*, Einar Munksgaard, Copenhagen, 1939, cap. IV, p. 127. La «segunda edición» de este libro (Stevens 1971) es una obra casi completamente nueva, aunque basada en la misma filosofía. Por conveniencias para el presente contexto se mantiene la discusión de las proposiciones de la primera edición de la obra de Olivecrona.

damentales del análisis jurídico de Kelsen puede parecer sorprendente cuando se le observa a la luz de uno de sus principales componentes. «El derecho —dice Olivecrona— consiste principalmente en reglas sobre la fuerza».³⁵ El elemento esencial de fuerza reglada está presente así en el análisis de ambos juristas. Sin embargo es en el método mediante el cual esta fuerza reglada es interpretada por Kelsen y Olivecrona respectivamente donde puede encontrarse una notable diferencia de opinión entre ellos.

Olivecrona mantiene que el carácter prescriptivo del derecho puede ser representado, exactamente igual que cualquier otro fenómeno social, en términos de hechos y por medio de una descripción de la relación causal entre un hecho o conjunto de hechos y otro.

Las cuestiones sobre la validez del derecho surgen del problema que ha sido llamado a menudo la «fuerza vinculante» del derecho. La relación entre derecho y hecho ha sido examinada en las dos secciones precedentes y se ha visto que, de acuerdo con ciertos puntos de vista sobre la naturaleza del derecho, hay que hacer una separación entre derecho y hecho y entre la validez del derecho y su eficacia práctica. El análisis del derecho de Kelsen mantiene una separación entre estos rasgos diferentes que se hallan relacionados entre sí de modo complejo pero que no deben ser identificados el uno con el otro.

Olivecrona expresa un punto de vista parecido al de Kelsen cuando dice que la fuerza vinculante del derecho debe ser algo diferente del hecho de que estemos expuestos al riesgo de sanciones cuando rebasamos ciertos límites marcados por la ley. Afirma también que «las normas del derecho hacen una presión firme sobre nosotros. Pero esto no es lo que se expresa con su fuerza vinculante. La fuerza vinculante no es en absoluto la misma cosa que el hecho de que incómodas consecuencias se producirán verosímelmente en el caso de comportamiento antijurídico. Si fuera esto lo que queremos decir con fuerza vinculante, podríamos decir también que hay una norma vinculante que prohíbe a la gente meter las manos en la lumbre».³⁶

³⁵ *Ibid.*, cap. IV, p. 134.

³⁶ *Law as Fact*, p. 12.

A la proposición de que la fuerza vinculante del derecho —una idea que está estrechamente unida a la noción de validez jurídica— no existe como hecho, le da Olivecrona un nuevo giro. Afirma que existe «solamente en la imaginación»³⁷ y a veces va incluso más allá hasta condenar la idea de la fuerza vinculante del derecho como un sinsentido. Insiste en la interpretación de los hechos como hechos y como nada más que hechos. Es a la luz de este rasgo de su planteamiento a la que su comentario sobre la teoría pura del derecho tiene que ser interpretado: «es imposible explicar racionalmente cómo los hechos del mundo real pueden producir efectos en el completamente diferente mundo del *debe*. En una ocasión Kelsen declaró abiertamente que esto era en efecto “el gran misterio”. A esto se le llama expresar el problema de plano. Es un misterio y permanecerá en misterio para siempre».³⁸

Para poder adjudicar algún significado a la explicación de Kelsen es esencial distinguir entre elementos prescriptivos y descriptivos en el derecho. La significación jurídica o prescriptiva de los acontecimientos y hechos físicos conectados a un sistema jurídico no es idéntica a esos acontecimientos y hechos; pero sería de algún modo forzado afirmar que todo lo que se dice sobre su significación jurídica es imaginario, o incluso sin sentido, simplemente porque esa significación no es o no sea idéntica o sinónimo de los mismos acontecimientos y hechos. Las palabras han de ser examinadas en el contexto en que son o han sido usadas si se quiere apreciar su significado. Esta consideración es aplicable al análisis del significado de los conceptos jurídicos; y puede ser aplicada con utilidad al significado que a Olivecrona pueda ocurrírsele ligar a su propia noción de hecho. Con relación a la teoría del derecho de Kelsen, el significado, en opinión de Olivecrona, pudiera ser extendido lo bastante para cubrir también la significación jurídica de un acto creador de derecho como algo distinguible de ese acto; o bien ese significado podría ser despreciado en razón de la falta de identificación con el hecho o acto físico en sí mismo. Oli-

³⁷ *Ibid.*, p. 15.

³⁸ *Ibid.*, p. 21.

vecrona opta claramente en favor de esta última alternativa.

Sin embargo esto implica excluir muchas cosas de la categoría de enunciados significativos. Se ha expresado el argumento de que Olivecrona, junto a otros «realistas» escandinavos que adoptan un planteamiento similar al de él, está ofreciendo una alternativa extraña e innecesaria al análisis de los conceptos jurídicos, incluyendo en primer lugar el concepto mismo de derecho.³⁹ ¿Es necesario, continúa el argumento, tratar a todos los enunciados que no son simplemente descriptivos de hechos como descriptivos de hechos imaginarios, o ficciones inferidas psicológicamente? El ejemplo que se toma es el de un gol en un partido de fútbol. Un trozo de cuero hinchado volando bajo o entre un conjunto de palos de madera no es un gol; ni la proposición inversa es verdadera. Un gol es un concepto significativo que se puede describir como la significación o el sentido basado en normas de tal acontecimiento físico o práctico. Un gol no es algo del mundo sobrenatural, no es metafísica, no es imaginación y no es un sinsentido.

Olivecrona continúa: «La única base para las palabras nebulosas acerca de la relación sobrenatural del *debe* es una expresión verbal unida a ciertas emociones. La palabra *debe* y sus semejantes son expresiones imperativas que usamos con el fin de suscitar cierto comportamiento en la gente. Es un completo sinsentido decir que significan algo real. Su única función es trabajar sobre las mentes de la gente dirigiéndola a hacer esto o aquello o a abstenerse de hacer otra cosa...».⁴⁰ Por medio de tales expresiones, se nos dice, los legisladores son capaces de influir en la conducta de los funcionarios estatales y del público en general. «Las leyes son por tanto eslabones en la cadena de causas y efectos».

EL IMPERATIVO JURIDICO

En este planteamiento del derecho que parece tan diferente del de Kelsen, se incluyen dos elementos que son simi-

³⁹ Ver p. ej., MARSHALL, «Law in a Cold Climate», 1956, *Juridical Review*.

⁴⁰ *Law as Fact*, Introducción, p. 21.



lares a unos usados en esta teoría. Son la idea del elemento imperativo en el derecho y la atención particular hacia los funcionarios estatales. En su descripción de la naturaleza de las normas jurídicas Kelsen usa la expresión «mandatos de psicologización». Olivecrona es uno de los mayores críticos de la teoría imperativa del derecho, y debe encontrar algunos medios de expresar sus propias ideas sin tener que recurrir a la directa y personalizada noción del soberano. Su método de explicar lo que él admite ser el elemento imperativo en el derecho es descrito en consecuencia con la noción de «imperativos independientes». Es el término que Olivecrona utiliza para describir el carácter de las normas jurídicas. Un mandato en el sentido verdadero implica una relación personal, pero las palabras características de los mandatos pueden también ser usadas en situaciones que no envuelvan tal relación, y pueden tener un efecto que es similar, si no idéntico, a su efecto en aquel tipo de relación. Tales imperativos dice Olivecrona que funcionan de una manera que es independiente de cualquier persona particular que emita los mandatos.

Pudiera parecer que los «imperativos independientes» de Olivecrona expresan solamente el mismo tipo de idea a la que Kelsen se refería con lo de «mandatos de psicologización», que designa el significado de actos físicos de cara al sistema jurídico. La explicación que se une por Olivecrona al uso de este término demuestra, sin embargo, que su noción se restringe a la descripción de estados de cosas físicos. En nuestras mentes, dice, la expresión imperativa está conectada con la idea de una acción, y es a causa de este efecto puramente psicológico de la forma imperativa del derecho por lo que sentimos que tenemos una obligación, por la que nos sentimos vinculados. Es esto simplemente lo que da lugar, para Olivecrona, a la fuerza vinculante del derecho.

Se ha afirmado que este planteamiento inicial de la naturaleza real de la razón por la que el derecho es considerado como vinculante contiene las semillas de una confusión entre dos cuestiones relacionadas entre sí pero esencialmente diferenciables. Una cuestión se refiere a la naturaleza misma del derecho y la otra a las razones por las cuales la gente obedece al derecho o se siente, de modo subjetivo, bajo una

obligación jurídica. Un efecto en la mente de la gente puede, de hecho, ser producido por toda clase de combinaciones de circunstancias físicas y procesos mentales. Con relación a las actitudes mentales respecto al derecho, tal planteamiento sólo puede conducir a la más amplia subjetividad. A la luz de un análisis del derecho como el proyectado por Kelsen, el modelo de Olivecrona, y especialmente su interpretación de los hechos, parece en cierta medida muy simplificadorio. Es susceptible de conducir a una confusión entre la validez y la eficacia del derecho, y también entre las razones para apreciar la obligación jurídica y las motivaciones para obedecer el derecho.

Al final del capítulo de *Law as Fact*, a través del cual Olivecrona dirige críticas explícitas o implícitas a la teoría jurídica de Kelsen, se encuentra este pasaje: «En realidad el derecho de un país consiste en una inmensa masa de ideas relativas al comportamiento humano, acumuladas durante siglos mediante la contribución de innumerables colaboradores. Esas ideas fueron expresadas en forma imperativa por los que las originaron, especialmente a través de la legislación formal, y han sido conservadas con la misma forma en los libros de derecho. Las ideas son revividas una y otra vez en las mentes de los hombres acompañadas de la expresión imperativa: "Esta línea de conducta ha de ser seguida", o cualquier otra con el mismo efecto».⁴¹ Para Olivecrona un hecho es algo que posee realidad objetiva —cualidad que él niega expresamente a la noción de «*debe*» de Kelsen. Por ello su explicación combina dos aspectos del mismo rasgo, a saber, la descripción fáctica de la evolución de las ideas jurídicas y la consideración descriptiva de los efectos que esas ideas tienen cuando son revividas una y otra vez en la mente de los hombres. Puede, sin embargo, sugerirse que tal consideración descriptiva no es ni necesaria ni suficiente para dar cuenta de las características esenciales y distintivas del concepto de derecho. Por el contrario, el efecto combinado de la separación e interrelación, en la teoría del derecho de Kelsen, de elementos descriptivos y prescriptivos en una explicación del derecho, de su carácter esencial y de su con-

⁴¹ *Law as Fact*, p. 48.

tenido real, y de su validez y eficacia, es el llegar a una interrelación de expresiones fácticas y conceptuales que es al mismo tiempo suficiente para suministrar una respuesta a la pregunta ¿qué es el derecho? —y necesaria, si se ha de descubrir el sentido y la significación de los aspectos físicos de las normas e instituciones jurídicas.

CAPÍTULO 7

Derecho, fuerza y autoridad

INTRODUCCION

Este capítulo trata de tres relaciones principales. La sección I discute las conexiones entre derecho y fuerza —es decir, fuerza física y poder físico. La sección II trata de la noción de poder vista desde un ángulo diferente, del elemento de autoridad en el derecho. La sección III contiene una breve revisión de algunas interpretaciones notables de la naturaleza del derecho internacional y, como en las dos primeras secciones, la exposición consiste solamente en un esbozo. Podría decirse mucho más de cada uno de estos temas pero la atención se centrará en algunos puntos principales de confrontación. La última sección de este capítulo da una ojeada a algunas opiniones sobre el modo en que el carácter del derecho ha de ser descrito en relación con situaciones fácticas y acontecimientos físicos. Al principio del capítulo 8 se verá como una visión de esta relación puede influir la manera de dar cuenta del lugar y la función de las instituciones jurídicas, especialmente de los tribunales, dentro de un sistema de derecho. Las relaciones tratadas en este capítulo pueden llevar los títulos: Derecho y fuerza, Derecho y autoridad y Derecho y realidad. Estos encabezamientos recuerdan tres diferentes enfoques del análisis jurídico que han sido ya largamente examinados, y ahora pondremos más atención en los puntos característicos de algunos importantes planteamientos del derecho.

DERECHO Y FUERZA

La expresión misma «fuerza vinculante del derecho» indica que el carácter obligatorio de las leyes válidas y del sistema jurídico en que están insertas puede muy bien tener algo que ver con la fuerza —con la fuerza física. También está suficientemente claro que el derecho no puede ser caracterizado solamente en términos de fuerza sin añadir algún elemento mediante el cual conferir juridicidad a su ejercicio. El significado de la noción tiene implicaciones de regularidad, juridicidad, autoridad y la consiguiente obligación jurídica, y un breve resumen de las condiciones que se ligaron a la fuerza física en las teorías hasta aquí estudiadas puede ser útil.

El carácter obligatorio o «vinculante» del derecho natural descansa esencialmente en el valor moral de tal fuente de regulación humana que ha de ser obedecida por el hombre.¹ En el desarrollo de la teoría del derecho natural es posible detectar un juego recíproco entre las fuerzas fatales de la naturaleza con diferentes apariencias y la superioridad moral de la ley más alta que contiene *ex hypothesi* los criterios últimos de lo recto. El poder y autoridad de los principios naturales está sin embargo dotado de una cualidad moral que es comprensiblemente atribuida al orden natural que gobierna todo. Una filosofía fatalista no necesita llegar a conclusiones fundadas en características éticas, pero si el hombre está en manos del destino y atado al grito y la llamada de la naturaleza es reconfortante presuponer una moralidad y una justicia detrás de todo lo natural.

La situación de las leyes positivas humanas es diferente en que los hombres tienen las facultades de libre voluntad y razón y tienen la posibilidad de decidir acerca de las leyes que harán para sí mismos y para sus semejantes. Todos ellos tienen la posibilidad de decidir si obedecen o no a esas leyes. El ejercicio de esta opción puede estar condicionado por numerosos factores. En primer lugar las leyes pueden fracasar

¹ A veces ha sido basado también en la necesidad científica de que esas «leyes» se obedezcan.

en la consecución de un grado substancial de eficacia si no se acomodan a ciertos criterios morales mínimos aceptados por aquellos a los que se busca regular. En segundo lugar el derecho como un todo puede sufrir de una incapacidad similar si no existe la fuerza física para aplicarlo. En relación con el primer punto se arguyó en el capítulo 2 que el carácter del derecho positivo se presta a un análisis satisfactorio sin la presuposición de que el es del derecho humano positivo abarca necesariamente un *debe* como criterio de moralidad. La segunda cuestión, como se observará, atañe al derecho como un todo más que a las leyes individuales. Considerar la fuerza como elemento necesario de la regulación humana es simplemente reproducir lo que pasa en el funcionamiento de un típico Estado moderno por democrático o de otro tipo que pueda ser. Las autoridades que aplican el derecho por la fuerza tienen a su disposición el mecanismo con el que poner en funcionamiento parte del poder físico del Estado; el ejercicio máximo de esta fuerza consiste en la muerte o en la privación personal de libertad aunque hay muchos otros grados de uso entre estos extremos. Desde un punto de vista que considere necesario el cumplimiento de ciertos criterios morales por las disposiciones para merecer el rango de validez jurídica, incluso una simple disposición podría ser condenada como inmoral y considerada por consiguiente como no jurídica, a pesar de la general actitud del sistema de ordenación. Si, sin embargo, las disposiciones del sistema se ven en general como apoyadas en la fuerza, la falta relativa de apoyo en la fuerza de una disposición jurídica particular, el hecho de que no fuera aplicada por la fuerza por los funcionarios con frecuencia, no generaría necesariamente las mismas razones de peso para ser excluida de la categoría de «derecho». Una ley puede ser considerada válida antes de que se haya puesto nunca en funcionamiento por la decisión o la acción de un funcionario jurídico. Sin embargo si la ley particular fuera ignorada deliberada y plenamente, incluso cuando surgieran las ocasiones en que pudiera ser aplicada correctamente, se requerirá una construcción diferente. El punto de vista de que ninguna disposición se transforma en derecho hasta que no es objeto de un pronunciamiento judicial no estará de acuerdo con esta cons-

trucción, aunque la justificación de este punto de vista estuviera limitada a la discusión de las leyes en forma de disposiciones jurídicas particulares, a diferencia de una explicación del carácter del derecho en la que la posición misma de los tribunales y las razones de la legitimidad de su actuación pueden ser también sometidas a consideración.²

Consideraciones similares se pueden aplicar en ciertos casos a la moral y a la fuerza en la medida en que ambas figuren en un análisis de la naturaleza del derecho. Un rasgo común entre ambas puede verse en la generalidad del valor moral y en la generalidad de la compulsión oficial, que requerirían análisis basados respectivamente en la moralidad y en la fuerza. Por el contrario, el lugar de la moralidad en una caracterización del derecho difiere del de la fuerza puesto que puede implicar la atribución de un criterio subjetivo de delimitación en todos los estadios del proceso legal. Los planteamientos de la naturaleza del derecho que están basados en juicios de valor sostienen que la moral condiciona y gobierna a la juridicidad. Por el contrario, puede encontrarse mediante la observación empírica de los sistemas jurídicos modernos que la juridicidad misma condiciona el ejercicio de la fuerza física. La regulación de la fuerza física es necesaria si se quiere distinguir el orden jurídico de la anarquía. Los elementos respectivos de la moralidad y de la fuerza tal y como figuran en una caracterización de la naturaleza del derecho ha de considerarse que cumplen el mismo tipo de contribución sólo si se supone que la injusticia puede considerarse sinónimo de la anarquía. Además la incidencia de la fuerza y la de la moralidad en un sistema jurídico difieren en función de que consideremos el concepto de derecho o una norma individual. Ambos elementos pueden ser referidos al carácter del derecho aunque por diferentes razones. Un juicio moral puede sin embargo ser emitido a título de juridicidad de una disposición particular, mientras que el ejercicio de la fuerza no puede ser considerado realista-mente en conexión directa con cada disposición positiva individual integrante de un sistema de normas generalmente respaldado por la fuerza, a menos que se vuelva a caer en uno de los excesos de la formulación de Austin.

² Ver cap. 8, pp. 221-223.

Una división entre derecho y moral fue hecha por Bentham, pero correspondió a su sucesor Austin, en su versión de la teoría imperativa del derecho, estudiar el lugar de la fuerza en el funcionamiento del derecho. Puede parecer sorprendente que la teoría que lleva tradicionalmente este nombre sea asociada generalmente a la obra de Austin, mientras que fue el planteamiento de Bentham el que realmente se detuvo o se fijó en la noción de orden o mandato del soberano, sin entrar en gran detalle sobre la fuerza que podía esperarse que produjera una violación del deber creado por esa orden. Al distinguir su propio planteamiento del de Bentham rechazando expresamente el considerar los premios como sanciones, Austin dio una forma nueva y bastante diferente a la teoría original de Bentham. Ya se ha dado cuenta del uso de Austin de la noción de fuerza, expresada en términos de sanciones resultantes de la violación de un deber jurídico; como Kelsen pudo señalar, una de las más importantes insuficiencias de la teoría. Para Kelsen, las leyes son leyes si son parte de un proceso que implica la estipulación de fuerza física bajo ciertas condiciones. El derecho es la norma primaria que estipula que el uso regular de la fuerza física será aplicado en último término sobre la base de ciertas condiciones que se pueden encontrar a lo largo de los estadios válidos de un sistema jurídico. Desde esta visión y dado que un sistema generalmente eficaz de compulsión regulada existe, el derecho es esencialmente estipulador de la sanción y no aplicador de la sanción. Si sea o no sea de hecho aplicador de la sanción no depende de su validez como derecho sino de su eficacia práctica como forma de regulación coactiva.

Para Olivecrona la fuerza vinculante del derecho es algo que existe sólo en la imaginación. Para él no es una «realidad». El derecho consiste en normas sobre la fuerza, y los fenómenos jurídicos deben ser examinados en términos de proposiciones empíricamente verificables que se refieren directamente a lo que de hecho pasa. En el fondo de la mente de toda la población hay una conciencia de la fuerza centralizada y organizada que es monopolio del Estado. Olivecrona ni siquiera admite que el derecho pueda ser auxiliado o garantizado por la fuerza. Tal formulación de la naturaleza del orden jurídico implicaría un dualismo que no está

dispuesto a aceptar. Desde su punto de vista es fuerza regulada; la fuerza vinculante del derecho es representada como consistente esencialmente en la misma fuerza física, con la atención a su cualidad específicamente vinculante limitada a la impresión creada por las ideas revividas una y otra vez en la mente de la gente en base al poder físico a disposición de los órganos estatales.

Olivecrona, como Kelsen, dirige claramente su análisis hacia el carácter del derecho como un fenómeno total, a diferencia de las explicaciones más atomistas de Bentham y Austin. La semejanza de las expresiones elegidas por cada uno de estos juristas para designar el carácter prescriptivo del derecho positivo de modo tal que se evite la noción demasiado directa y personalizada de «mandato» fue advertida en el capítulo 6. Otro rasgo común a sus planteamientos es el relativo a la monopolización de la fuerza por la maquinaria estatal.

Kelsen advierte la paradoja característica del derecho, consistente en que la fuerza es usada a fin de prevenir el empleo de la fuerza en la sociedad. Esta antinomia aparente nos lleva a la doctrina del anarquismo que mantiene que a la fuerza le debería ser impedido jugar un papel incluso en la estipulación de la sanción jurídica. Sin embargo la antinomia es sólo aparente puesto que el derecho que trabaja para la paz consiste en fuerza organizada.³ El derecho añade ciertas condiciones al empleo autoritario de la fuerza, y el uso autoritario de la fuerza se hace monopolio de los órganos oficiales del Estado. Hasta tal punto este planteamiento parece indistinguible del dado por Olivecrona.⁴ El jurista sueco subraya que la violencia real, en la práctica, se mantiene en el trasfondo del funcionamiento del sistema jurídico estatal. Este factor representa una ventaja real para el funcionamiento uniforme de la maquinaria jurídica estatal pero también ha servido, dice, para dar la impresión de que la fuerza física o la violencia es ajena al derecho o que es sólo de una importancia secundaria. Las condiciones básicas para la efectividad de la fuerza estatal en el cumplimiento

³ *General Theory of Law and State*, p. 21.

⁴ Ver *Law as Fact*, cap. IV, en general.

de su función necesaria de mantenimiento del orden son que ha de estar organizada y que puede, debido en amplia medida a su carácter organizado, ser de una fuerza aplastante en comparación con cualquier posible oposición. La fuerza debe ser monopolio de la organización estatal y el uso de la fuerza por esta organización debe ser articulado por medio de normas.⁵

De esta manera, en el tratamiento que ambos dan al lugar de la fuerza en una explicación de la naturaleza del derecho, Kelsen y Olivecrona emiten ciertas proposiciones semejantes. En sus respectivas actitudes respecto a la manera en que las conclusiones acerca del uso de la fuerza están mejor expresadas es donde surgen diferencias fundamentales de opinión. En particular, el papel de la fuerza en la teoría de Kelsen está íntegramente conectado con el postulado de una norma básica del sistema jurídico, con la cual puede ser contrastada la validez jurídica de todos los estadios intermedios o normas secundarias que desembocan en la estipulación de una sanción en un caso particular. La fuerza es central en el análisis de Kelsen pero es interpretada como parte del contenido de la norma estipuladora de sanción. La norma jurídica, sea la norma primaria o una de las normas secundarias, es un cambio caracterizado por Kelsen como algo necesariamente distinguible de los puros hechos, por ejemplo, del ejercicio real de la fuerza física. Aunque el derecho se refiere a la fuerza dentro de un sistema, derecho y fuerza no se prestan al mismo tipo de análisis. Kelsen insiste en la distinción entre eficacia o efectividad de las normas jurídicas, que variará de acuerdo con la medida en que, en último término, sean aplicadas por la fuerza, y la validez del derecho que está relacionada con la eficacia pero que no es idéntica a ella. La validez de una norma jurídica es todo lo que se necesita para su existencia como tal, bien entendido, desde luego, que las disposiciones del orden jurídico como un todo son generalmente aplicadas por la fuerza por los órganos sancionadores oficiales del estado. La validez y

⁵ *Law as Fact*, p. 172. Se puede argüir, sin embargo, que cuando Olivecrona examina la naturaleza del componente vital de esta explicación —la norma— da realmente cuenta, no de la naturaleza de las normas, sino de las razones o motivos por los que la gente las obedece.

la eficacia pueden coincidir en casos particulares de aplicación de reglas o normas válidas, pero al nivel de las normas secundarias, no necesitan forzosamente hacerlo.

II

DERECHO Y AUTORIDAD

La explicación dada por el eminente sociólogo Weber está construida naturalmente en términos sociológicos y considera al orden jurídico como una especie de fenómeno social. Trata de la manera en que la autoridad se establece en la sociedad. La dominación legítima, dice, comienza en una forma «carismática» allí donde una especie de ascendiente personal es atribuido a un individuo particular. Incluso al final de un régimen la persona que ostenta este aura carismática de autoridad puede todavía ser capaz de ejercer el poder personal hasta un límite inexplicable de otro modo.⁶ El siguiente estadio típico en el desarrollo de la autoridad consiste en el traspaso del poder personal que éstos poseen por el aura carismática a sus sucesores por título. En este estadio del desarrollo social puede detectarse un significativo paso del gobierno por hombres al gobierno por leyes. Se empieza a hablar ahora de reglas de sucesión y se introduce un elemento de continuidad. El tercer y último estadio que tipifica este desarrollo es aquel en que la ascendencia personal y también su forma atenuada de título sucesorio pueden pasar al trasfondo dejando sólo la creencia esencial en la legitimidad de la autoridad gubernamental. El nombre que Weber da a su desarrollo final de la autoridad es el de «dominación jurídica», pero es preciso recordar que las tres formas que esboza son formas de dominación legitimada. Donde la actitud de un analista del derecho como Hart difiere de la de Weber es en el tratamiento que se hace de los datos disponibles. Mientras Weber pregunta cómo puede ser descrito el surgir de la dominación legítima en un orden social,

⁶ Ver LLOYD, *The idea of Law*, Pelikan 1964, p. 30, en su comentario sobre los últimos días de Adolfo Hitler en un *bunker* de Berlín.

Hart se ocupa de lo que es la dominación legítima y del modo en que puede definirse mejor como elemento característico en la estructura del derecho. Debe advertirse que los llamados «tipos ideales» de autoridad de Weber están concebidos sólo como modelos para los estadios del desarrollo que puede esperarse que la autoridad recorra en la sociedad. Las tres representan una autoridad potencialmente jurídica aunque este término sea reservado por Weber para usarlo en un sentido más estricto para designar el estadio final de despersonalización de la autoridad gubernamental. Los tres estadios pueden ser analizados, con un método como el adoptado por Hart, en términos de actitud de la gente inserta en un sistema jurídico en el que una autoridad de este tipo prevalezca en relación con las normas y criterios de validez jurídica que deriven de esa autoridad. Desde este punto de vista cada estadio puede ser visto como una situación jurídica distinguible de lo que Hart llama un mundo «prejurídico». Si las manifestaciones particulares de la autoridad jurídica han de ser descritas como personales (carismáticas) o impersonales (jurídicas) es indiferente para un análisis positivista de la naturaleza del derecho. Sin embargo, con su explicación montada en términos de hechos sociológicos, Weber es capaz de evitar el intento demasiado ambicioso de un análisis como el de Austin de dar cuenta tanto de los signos físicos de la autoridad jurídica como de la significación jurídica que ha de inferirse a partir de esos actos y acontecimientos. Una delimitación de fronteras tal en la teoría del derecho está asistida de buenas razones pues puede ayudar a evitar la circularidad en la descripción y la confusión teórica. El deslinde de las cuestiones diferentes dentro del ámbito de los varios aspectos del derecho resulta de la mayor claridad en la teoría pura del derecho de Kelsen y su resultado será considerado ahora en relación con la explicación dada por Gray de la autoridad jurídica en la sociedad.

El escritor norteamericano Gray adoptó un punto de vista sobre la naturaleza del derecho que parece, a los ojos de un inglés, estar a mitad de camino entre el de Austin y los de escritores más modernos. Sin embargo en la visión que adopta está más cerca de la noción de derecho de Austin como el *fiat* del soberano; en cierto sentido Gray substituye

esto por un énfasis en el derecho como el *fiat* de los jueces. En ambos planteamientos las afirmaciones principales tienden a referirse a las leyes positivas individuales más bien que a las características generales del derecho como un todo. El siguiente capítulo está dedicado a la discusión de los enfoques al estudio del derecho que se han centrado en la posición y función de los tribunales en el sistema jurídico y este aspecto de la obra de Gray será incluido allí. El tema a discutir aquí es el del modo en que trata la noción de autoridad en el orden jurídico y para hacerlo dice que se debe realizar una búsqueda, por detrás de los tribunales y los jueces, de los elementos del sistema que en última instancia influyen los poderes creadores de derecho de los mismos. Gray llama a estas influencias los «verdaderos normadores de la sociedad» o los «espíritus normativos de la comunidad». Un defecto de la descripción de Austin de los poderes del soberano estriba en su fracaso para dar cuenta adecuada de las *razones* por las cuales las órdenes del soberano tienen que ser consideradas como autorizadas. En cierta manera estaba poniendo la carreta delante de los bueyes, ya que sin derecho no había soberano ni sucesión. Gray era perfectamente consciente de esta insuficiencia y la compensó con su descripción de las fuerzas o poderes que subyacen a los órganos, que en su explicación son paralelos a los órganos creadores de derecho de la teoría de Austin.

Una de las proposiciones centrales de su libro *The Nature and Sources of the Law* es ésta: «el punto de vista verdadero, tal y como yo lo propongo, es que el derecho es lo que los jueces declaran: que las normas, precedentes, las opiniones de los expertos, las costumbres y la moralidad son las fuentes del derecho; que tras todo ello subyacen las opiniones de los espíritus normativos de la comunidad que tienen el poder de cerrar cualquiera de esas fuentes; pero que, en la medida en que no interfieren, los jueces al establecer el derecho recurren a esas fuentes».⁷ Estos «espíritus norma-

⁷ *The Nature and Sources of the Law*, 2.^a ed., pp. 283-284. Bajo el término «moralidad» Gray incluye los principios de justicia y de equidad. Es notable que este pasaje fundamental se dé casi *en passant* en un capítulo sobre costumbre, y también que los «espíritus normativos de la comunidad», aunque son de importancia fundamental en la teoría de Gray, no figuren en el índice.

tivos» representan por tanto el ancla de la cadena de actos jurídicos, especialmente de los de los tribunales que de otro modo tendrían una completa libertad en la creación del derecho. Cualquier cosa que sean esas fuerzas normativas son ellas las que poseen el último poder para regular el orden jurídico particular al que atañen. En algunos puntos de la explicación de Gray están aparentemente muy personalizados pero en otros se evaporan como espíritus. El problema de su descripción es planteado por el mismo Gray. «Determinar quiénes son los reales normadores de una sociedad política es casi una tarea imposible; para la ciencia del derecho un problema casi insoluble»; y algo más tarde dice que «los reales normadores de una sociedad política son indiscubribles».⁸ Esta idea es central en la explicación de Gray de la naturaleza del derecho y sin embargo se ha descrito como notablemente ambigua. Para Kelsen, en todo caso, la idea no llega a constituir un problema jurídico. Pueden compararse las actitudes de Gray y Kelsen a fin de descubrir la razón de esta diferencia de opinión.

¿Quién o qué son esos «normadores reales»? ¿Cómo funcionan? Respecto a la primera cuestión, podría ser encontrada una posible solución al problema del poder que hay tras el derecho en la participación en el gobierno del cuerpo electoral general, que Austin en un momento incluyó en su noción de soberano. Sin embargo esto no es lo que Gray quiere decir. Para él la noción de soberano es superflua. Dividir a los miembros de un Estado en reguladores y regulados y llamar a los primeros soberanos y a los segundos súbditos no nos suministra ayuda alguna para la comprensión de la naturaleza del derecho. Tampoco, dice, son los normadores reales sinónimos del Estado mismo; de hecho crean y mantienen al Estado. Están dotados del poder de crear las mismas normas de sucesión. Todo lo que tenemos hasta ahora es una vaga impresión de lo que los «normadores reales» no son. Sin embargo Gray continúa refiriéndose a los «reguladores reales» de la sociedad como una «abstracción personificada» y es en esta descripción donde podemos encontrar una clave para la comprensión de la idea de Gray

⁸ *Op. cit.*, pp. 76-77.

que puede servir para indicar tanto el mérito de la idea como la debilidad que resulta del modo de expresarla.

Una abstracción es, a la luz del planteamiento dado del análisis del derecho de Kelsen, un término conveniente e indicado con el que descubrir la noción de la norma básica, la noción descrita por el mismo Kelsen como de cualidad ficticia o hipotética. Este rasgo constituye el mérito y el realismo de la noción de Gray, pero su personalización representa una debilidad. Gray estaba también, como Austin, intentando delinear un cuerpo o entidad específica de la que el poder jurídico y la autoridad se derivara. Es como si no pudiera divisar la existencia de tal autoridad sin pensar al mismo tiempo en términos de su ejercicio práctico en casos específicos. De acuerdo con Gray el derecho se deriva de fuentes. Cuando los tribunales hacen sus pronunciamientos en base a estas fuentes, entonces y sólo entonces se crea derecho real. Tras los tribunales está el poder de los espíritus normativos de la comunidad, que representa la postrera influencia sobre el carácter autorizado de las decisiones judiciales. Incluso aquí, sin embargo, Gray va a la búsqueda de una fuente de esa autoridad que esté en el mismo plano que el resto del orden jurídico. En su «abstracción personalizada» podremos ver un indicio de un nacimiento en dirección al tipo de análisis empleado por Kelsen y Hart, junto a una renuncia a hacer la ruptura final entre los hechos sociales y la interpretación jurídica que puede situarse sobre ellos.

La fuerza de los normadores reales crea y mantiene al Estado y ejerce así un efecto vinculante al mantener la coherencia de la sociedad y sus leyes. Desde el punto y hora en que se alega que los normadores reales determinan si una norma emitida por los tribunales puede constituir derecho válido dentro de los límites que ellos establecen a la elección de las fuentes del derecho por parte del tribunal, podría también pensarse que subyacen a la fuerza vinculante del derecho. Los normadores reales de la sociedad son la más alta influencia autorizada sobre la validez del cuerpo de leyes de esa sociedad. La validez jurídica, en algunas visiones que han sido consideradas en capítulos precedentes, no puede ser derivada inmediatamente de los hechos y por ello algo que subyace a las leyes o por lo menos cierta noción distinguible

de su identidad específica, parece ser necesario para dar cuenta satisfactoria de la naturaleza del derecho. Gray da ciertamente un paso en esta dirección, pero Kelsen rechaza el modo en que lo hace. Para Gray el problema de descubrir a los normadores reales de la comunidad, las influencias que en última instancia dictan los poderes creadores de derecho de los tribunales, es insoluble. Para Kelsen innecesario. En el análisis de Kelsen el Estado es la constitución válida. En el nivel fundamental en el que los elementos que dan coherencia al orden jurídico de una sociedad han de ser examinados se presupone la eficacia, por medio de la noción de «norma básica», para constituir la influencia validante dentro de ese orden. Los «normadores reales» han de considerarse por ello como los órganos a través de cuyos actos son creadas las normas que son generalmente eficaces en la forma de un orden general. A este nivel básico de hecho sociológico y político, la noción de «espíritus normativos de la comunidad» puede considerarse una de las características no mencionadas de la eficacia general que constituye sólo el trasfondo para la hipótesis inicial de validez de Kelsen.

III

DERECHO INTERNACIONAL

Mientras prevalecen las teorías del derecho natural el problema del carácter o fundamento del derecho internacional difícilmente se plantea. Las doctrinas de Grocio en el siglo xvii pudieran en definitiva ser reconducidas hasta la concepción de Aristóteles del modo en que están íntimamente conectados el derecho y la razón del hombre. La ley superior constitutiva de la autoridad de todas las formas de derecho, incluso del derecho que gobierna a la humanidad, era el derecho natural, y este derecho se aplicaba tanto dentro de los Estados como entre ellos. Era usual concebir al derecho interno y al internacional⁹ como de la misma naturaleza,

⁹ En este tiempo el derecho que gobernaba las relaciones entre Estados no era todavía conocido como «derecho internacional»: el término fue acuñado por primera vez por Bentham.

puesto que la teoría no exigía particularmente el considerarlos separados.

La ruptura con el plantamiento de Grocio fue hecha por Hobbes, el cual, aunque admitía ciertos principios como «naturales», indicaba que la instrumentalidad del derecho positivo tenía que ser considerada predominante fuente de legislación dentro del Estado. La verdadera separación de la tradición iusnaturalista vino, sin embargo, con Hume y Bentham, y el enfoque crítico de estos dos grandes filósofos constituyó la base de las teorías del derecho y la soberanía de Austin, y de su consiguiente actitud respecto a la naturaleza del derecho internacional. La combinación de indivisibilidad e ilimitabilidad como caracteres necesarios del soberano de Austin llevaba a la exclusión de lo que se conoce ahora como derecho internacional público del ámbito del término derecho cuando se usaba correctamente. Incluso en la forma moderna que adopta el derecho internacional —con la Organización de las Naciones Unidas, el Tribunal Internacional de Justicia y una gran masa de tratados y de organizaciones plurilaterales— parece que el uso de la coacción física y de las sanciones apoyadas en la fuerza no puede ser descrito como coincidente en el derecho interno o nacional y en el internacional. Las dos situaciones no poseen las mismas características al respecto. Esto no significa que el derecho internacional no pueda ser analizado en términos similares a los que los teóricos del derecho pueden aplicar a la esfera del derecho interno. Sin embargo, no ha de suponerse que estas dos esferas de reglamentación poseen las mismas características simplemente a causa de su común denominación de «derecho».

A lo largo de la relativamente corta historia del derecho internacional parece que se han hecho más suposiciones sobre el carácter del derecho internacional que en ningún otro sector de la teoría del derecho. Las suposiciones pueden acabar en un buen número de conclusiones diferentes. Insistir, por ejemplo, en la idea austiniana del derecho como un mandato del soberano respaldado por la amenaza de una sanción es excluir las relaciones internacionales del significado de derecho, pues esto es una conclusión necesaria de la definición inicial. Por el contrario, la suposición

de Kelsen de una norma básica del derecho internacional que está relacionada con la del orden jurídico nacional puede parecer no del todo justificada. En la visión de Kelsen, sin embargo, la suposición fundamental exigida para interpretar el orden social como orden jurídico es en sí misma de naturaleza ficticia, y el problema de distinguir el derecho internacional del interno o al menos de rehusar ver una relación necesaria entre la naturaleza de uno y la del otro resulta más difícil de resolver que en la versión del problema de la teoría de Austin.

Pudiera parecer al principio notable que Austin y Kelsen anticiparan visiones opuestas del carácter del derecho internacional, pues, aunque Kelsen apreció y evitó el error de Austin de identificar la violación de una norma jurídica con la probabilidad de que una sanción fuera aplicada, tanto Austin como él pusieron gran énfasis en el elemento de constreñimiento o coacción física en el derecho. Desde el punto y hora en que la característica de «sanciones organizadas» se encuentra en ambos planteamientos pudiera esperarse que ambos mantuvieran que el derecho internacional carece de una de las características esenciales del derecho. Sin embargo, la diferencia entre sus planteamientos no descansa en la presencia o ausencia del elemento de fuerza en la teoría del derecho, sino en la manera en que es tratada por el método particular de interpretación adoptado por cada uno de ellos.

Ya se ha dicho bastante para deshacer el error, manifestado por ciertos críticos de Kelsen, de que la norma básica de un orden jurídico nacional es ella misma parte de ese orden o la base de los actos físicos sobre los que el orden opera en la práctica. Es un método de interpretar hechos, y la expresión «norma básica de un orden jurídico nacional» puede ser entendida como la norma básica en *tanto que aplicada* a un orden jurídico nacional. Es una ficción, no en el sentido de una mera invención de hecho, sino en el sentido de una suposición mental necesariamente adoptada en la interpretación de los fenómenos jurídicos. La noción de norma designa la expresión de significado jurídico.

Los actos coactivos a los que la norma básica del derecho internacional se refiere son encontrados por Kelsen en las

represalias armadas y en la guerra, siendo la diferencia entre ambas únicamente de grado. El significado del derecho no tiene que ser encontrado en los puros hechos: debe hacerse una suposición, en la visión de Kelsen, en relación con esos hechos.

Es a causa de este método de interpretación de los hechos por lo que Kelsen es capaz de aplicar su análisis tanto al derecho interno o nacional como al derecho internacional. Sin embargo pudiera preguntarse hasta qué punto al hacer esto no hace Kelsen una suposición —esta vez de un tipo bastante más mundano— acerca de los hechos que suministran la base para los enunciados sobre derecho internacional. La teoría tradicional, dice,¹⁰ ve en el derecho internacional y en el nacional dos diferentes, mutuamente independientes, sistemas de normas. Esta teoría sobre el problema es denominada «dualista» o más exactamente, «pluralista», como indicativa de los varios sistemas de derecho diferentes. Tal visión de la situación jurídica del mundo es sin embargo insostenible si han de considerarse simultáneamente como normas jurídicas válidas tanto las normas del orden jurídico internacional como las del nacional. La unidad de los órdenes supuestamente separados —nacional e internacional— es afirmada por Kelsen sobre la base de una falta de contradicción entre ellos. Nadie puede servir a dos amos, y es imposible para una teoría del derecho consistente considerar simultáneamente como órdenes jurídicos válidos tanto al derecho internacional como al nacional. Lo que tradicionalmente es considerado como un conflicto de normas —la contradicción por ejemplo de un tratado internacional con una disposición específica del derecho interno— no es realmente un conflicto de normas en absoluto: es simplemente un conflicto fáctico y como tal análogo al conflicto de norma y delito dentro del derecho interno. El delito o «violación» (*Wrong*) no es una negación del derecho, sino más bien una condición de la estipulación legal. No hay «contradicción lógica» entre una norma del derecho internacional y una norma del derecho nacional, incluso si esta última es delictiva para los criterios del derecho internacional.

¹⁰ *Pure Theory of Law*, cap. VII, en general.

El derecho internacional surgió de la teoría del derecho natural tradicional y mucha de esta teoría se ocupaba de la relación del derecho con criterios morales y éticos. Algunas formulaciones recientes han buscado establecer las bases del derecho internacional como moralidad en sí mismo, pero las expresiones de este punto de vista pueden adoptar por lo menos dos formas diferentes: en primer lugar se ha afirmado a veces que el derecho internacional posee la característica de moralidad en su misma naturaleza; en segundo lugar puede adoptarse el punto de vista conexo pero diferente de que la obediencia al derecho internacional representa una obligación moral. Pudiera mantenerse que el derecho internacional está fundado en la obligación moral y que las normas de derecho internacional han de ser consideradas normas morales. Sin embargo deben trazarse una separación entre la naturaleza misma del derecho y las razones por las cuales las normas jurídicas deben ser obedecidas. Incluso el temprano planteamiento positivista de Bentham era fiel a la máxima central: obedece puntualmente, censura libremente. Aparte de aquellos que especifican un contenido moral mínimo para cualquiera de las normas particulares que están construidas sobre esta base, los puntos de vista que integran una obligación moral en el derecho internacional no contribuyen en nada a dar cuenta de su naturaleza. Tales puntos de vista abocan simplemente a exhortaciones de que algo sea aceptado como cuestión de obligación moral, sin decir antes que es ese algo. Tanto la censura como la aprobación requieren un objeto al que referirse.

Otras teorías se han contentado con describir la aceptación de las normas del derecho internacional por los Estados sin complacerse necesariamente en grandilocuencias de moralidad. La «recepción» voluntaria de las normas internacionales por el orden jurídico nacional presupone lo que se ha llamado generalmente una visión «dualística», que significa simplemente que las dos formas de regulación son pensadas como inicialmente separadas.¹¹ Con la noción de aceptación un planteamiento dualístico puede tratar la soberanía nacio-

¹¹ Es necesario señalar que las normas llamadas «Derecho internacional privado», al que se denomina también «Conflictos de leyes», están incluidas en las disposiciones particulares de un orden jurídico positivo.

nal como coherente con la existencia de normas supranacionales de derecho internacional, puesto que los dos órdenes no son pensados ni como coincidentes ni como incompatibles, sino como complementarios. Este planteamiento, sin embargo, no puede por sí mismo suministrar un análisis del carácter del derecho internacional, puesto que las normas particulares de tipo supranacional que son recibidas voluntariamente en el derecho interno variarán probablemente de un Estado a otro.

Los escritores que pretenden extender el uso de «derecho» en el sentido en que este término se usa para hacer referencia al derecho interno, a las normas y relaciones internacionales, ofrecen usualmente una de dos alternativas a la exclusión austiniana de tales normas de la categoría de «leyes en sentido estricto». Una de esas alternativas es extender la noción de sanciones hasta cubrir la guerra y las represalias internacionales, pero estas medidas han sido descritas como «los símbolos mismos de la anarquía internacional»,¹² y es difícil estar en desacuerdo con tal punto de vista cuando se recuerda que la guerra y las represalias son empleadas como defensa propia por los mismos Estados que son los sujetos del derecho internacional. La otra alternativa no es extender la noción de sanciones, sino extender el ámbito de referencia de la misma palabra «derecho». Dos cosas pueden decirse sobre esta actitud: primero, que un análisis que describa su objeto de forma tal que incluya algo que todavía no ha sido probado que pertenece a ese objeto puede parecer ingenuo; y segundo, que produce un efecto positivamente destructor respecto al análisis de la naturaleza del derecho interno, puesto que la descripción propuesta puede ser tan amplia que carezca de significado.

La conclusión de que hay obstáculos en el camino de todos estos planteamientos sobre la naturaleza del derecho internacional puede llevar a dos actitudes que pueden coincidir o ser contrarias entre sí. Un punto de vista es que la cuestión de si el derecho internacional es «realmente derecho», representa una mera disputa verbal y que ha sobrevivido solamente como problema vivo a causa de que una

¹² FRIEDMANN, *Legal Theory*, p. 577.

cuestión relativamente trivial acerca del significado de las palabras se ha confundido con una conclusión real del análisis substantivo.¹³ El otro punto de vista puede describirse como una especie de «apertura mental» hacia la cuestión. El primer punto de vista es adoptado por Williams¹⁴ y el segundo por Hart.¹⁵ En este caso las actitudes respectivas son contrarias entre sí, pues Hart no comulga con la visión de Williams de que la naturaleza del derecho internacional suponga una mera disputa verbal.¹⁶

El enfoque de Hart del análisis jurídico consiste en una elucidación del concepto de derecho como distinto de una «definición» del tipo de la que se encuentra en la explicación de Austin. Una vez que nos liberamos, dice Hart, de la suposición de que el derecho internacional debe contener una norma básica, la cuestión con la que nos enfrentamos es una cuestión de hecho. Kelsen interpreta los hechos como el fundamento de la norma básica del derecho internacional, pero la justificación de esta forma particular de «suposición» puede ser puesta en cuestión. Hart por el contrario opta por interpretar los hechos como constitutivos, no de un sistema, sino de *un conjunto* de normas. No existe todavía norma básica que nos provea de criterios generales de validez para las normas del derecho internacional. De esta manera puede adoptarse un punto de vista sobre el derecho internacional que no exija ni suponga ni más ni menos que lo que es ofrecido por los hechos y que demuestre la semejanza de las normas internacionales e internas y sin embargo se abstenga de tratar a todas ellas como partes y parcelas de la misma cosa.

IV

DERECHO Y REALIDAD

Ya se ha dicho bastante sobre los posibles usos de la palabra «derecho» para hacer posible una distinción entre los

¹³ Ver *supra*, cap. 1.

¹⁴ Ver (1945) 22 B.Y.B.I.L. 146.

¹⁵ Ver *The Concept of Law*, p. 4, y cap. 9, en general.

¹⁶ Ver cap. 1, *supra*.

elementos prescriptivos y los descriptivos en el análisis jurídico y para señalar la distinción de las relaciones normativas y causales con sus correspondientes métodos de interpretación.¹⁷ Algunas de las razones particulares para hacer estas distinciones han sido consideradas en capítulos anteriores. Es poco probable que todos estemos de acuerdo con las diversas justificaciones dadas respecto a algunos de los planteamientos que han sido examinados, pero la posibilidad de argumentación basada en conceptos normativos como distinta de las observaciones de hechos no puede ser negada sea lo que fuere que pueda pensarse de su aplicación a algún caso particular. Ross, cuyos puntos de vista, en lo que atañe a la presente discusión, son muy similares a los de Olivecrona, ha negado que el análisis jurídico requiera un «conocimiento normativo»¹⁸ para expresar el carácter esencial del derecho. Para Olivecrona el derecho no es sino un conjunto de hechos sociales. En su visión, el derecho consiste básicamente en normas sobre la fuerza, pero hasta la noción de norma es explicada en términos puramente causales, siendo descritos los «imperativos independientes» del derecho en términos del efecto de ciertos métodos de producción de derecho, unido al monopolio organizado del poder detentado por el Estado sobre las mentes de la gente sujeta al sistema. El método similar adoptado por Ross será discutido en el capítulo siguiente, pues los hechos sobre los que se concentra difieren algo de los que están en la base del planteamiento de Olivecrona.

El tema de la presente sección está relacionado de muchos modos tanto con la discusión sobre derecho y fuerza como con la sección sobre la autoridad jurídica. Se ocupa sin embargo de ciertos métodos de interpretación y análisis más que de un tema concreto de investigación. Por lo que respecta a la fuerza, Austin vio cómo la regulación de la coacción física era necesaria a fin de obtener jurisdicción. «Se ha afirmado con frecuencia —decía— que tener derecho es tener fuerza (*right is might*) o que “tener fuerza es tener derecho” (*might is right*). Pero esta proposición paradójica

¹⁷ Ver cap. 2, especialmente secciones I y IV, *supra*.

¹⁸ Ver p. 206.

(muy favorita de los bromistas triviales y de los bufones) o es una pura obviedad artificiosa y obscuramente expresada o es perfectamente falsa y absurda».¹⁹ El era plenamente consciente de que algo ha de condicionar la fuerza a fin de producir la jurisdicción de las acciones, pero en la explicación que da de los componentes de las leyes positivas todavía representa al derecho y a las sanciones en lenguaje de probabilidad. La consolidación kelseniana de la separación entre derecho y hecho representa a este respecto un punto de vista que además de afirmar el carácter normativo del derecho positivo humano continúa hasta inferir las consecuencias necesarias de esa proposición inicial. «Si la validez, es decir, la existencia específica del derecho, es considerada parte de la realidad natural, se es incapaz de comprender el sentido específico en que el derecho se endereza a la realidad y en consecuencia se yuxtapone a la realidad».²⁰ En otras palabras, aunque el derecho está obviamente relacionado con los hechos y condicionado por los hechos, no tiene que ser explicado en términos de puros hechos.

El título de una de las más conocidas obras de Olivecrona es *El Derecho como hecho*, y su tratamiento del derecho cumple con el título. Aunque Ross habla en términos de «normas jurídicas», pretende sin embargo que el método de interpretar ese objeto pueda ser no normativo; para él, estas dos proposiciones no son incoherentes y por ello adopta una metodología similar a la de Olivecrona. Sin embargo Ross no llega tan lejos como para condenar un enfoque normativo al objeto del análisis jurídico como un sinsentido. Pero aun cuando usa la palabra «norma», su visión de la naturaleza del derecho y, en consecuencia, de la interpretación que ha de adoptarse en su análisis, es empírica.

En contraste, otro jurista escandinavo, Castberg, insiste sobre el carácter normativo del derecho, y sus puntos de vista no deben confundirse con los de los otros juristas «realistas» de esos países. Para él una proposición normativa no expresa una completa conexión de hecho; una similitud notable con el análisis de Kelsen se advierte cuando Castberg

¹⁹ *Province of Jurisprudence Determined*, sección VI, p. 285.

²⁰ *Pure Theory of Law*, p. 213.

dice: «Un orden jurídico positivo constituye un sistema de normas. Su autoridad está basada sobre el postulado de la validez de ese sistema de normas. Pero el postulado de la validez se establece también a la vista del hecho social de que el sistema es, como un todo, aceptado por la opinión pública y mantenido por la fuerza organizada».²¹ Señala que las explicaciones «realistas» del derecho que descansan en los planteamientos no normativos o incluso antinormativos tienden a interpretar el derecho en parte como expresión de un complejo de probabilidades sociológicas y en parte como un hecho acerca de la condición psicológica de la gente sujeta a él. Pero con ello, dice Castberg, tales teorías tienden a olvidar precisamente lo que es característico del derecho positivo humano y a oscurecer el significado real de los enunciados acerca del «derecho válido» que descansan en una presuposición de la validez jurídica si se mantiene que un conjunto de hechos ha de crear el derecho. Un enunciado normativo no puede, a diferencia de un enunciado de hecho, ser verdadero o falso, pero puede ser correcto o incorrecto. Con esto, Castberg expresa un punto de vista que es igual al de Kelsen; pero, para él, el análisis de Kelsen resulta incompleto. La realidad jurídica, dice Castberg, es demasiado complicada para que la visión de Kelsen sea suficiente por sí misma para resolver el problema de la validez jurídica. Pregunta qué conclusión habría que sacar si los tribunales hacen caso omiso del derecho que ha sido creado de acuerdo con las normas constitucionales. ¿No son las decisiones de los tribunales, pregunta, tan realidad jurídica como los pronunciamientos del legislador? ²² Es cierto, desde luego, que podríamos igual de fácilmente tomar como punto de partida, como Castberg lo llama, las decisiones de los tribunales y después avanzar hasta formular la norma fundamental lógico-jurídica de acuerdo con ellas. Sin embargo es difícil ver que tal punto de vista demuestre que el análisis kelseniano es incompleto desde el punto de vista que se pretende. Las propias decisiones de los tribunales derivan su jurisdicción de una norma fundamental, y no parece que sea un pro-

²¹ *Problems of Legal Philosophy*, p. 27.

²² *Op. cit.*, p. 45.

blema el que tal jurisdicción en la acción sea derivada inmediata o sólo indirectamente de la norma básica. El concepto de norma básica tendrá simplemente que ser replanteado en función de un conjunto distinto de hechos sociales. Eso son rasgos de lo que Castberg llama «realidad», que forman en sí mismos la base fáctica para una afirmación jurídica en términos del postulado fundamental de actos jurídicos válidos dentro del sistema.

La idea kelseniana de norma fundamental ha sido criticada por Hart, que considera que el que el postulado de la validez tenga que ser interpretado sobre la base de orden generalmente eficaz es una «reduplicación innecesaria».²³ Si una constitución, arguye él, es una «realidad viviente», entonces es equivalente decir que la constitución es aceptada como tal que decir que existe. Para los objetivos de la explicación propia de Hart sería desde luego superfluo añadir que la base del orden real debe ser aceptada; es aceptada y ello es suficiente. Habrá sido advertido, sin embargo, que la naturaleza de la teoría de Hart es diferente de la de Kelsen; pues aunque Hart indica que los conceptos basados en la existencia de un sistema jurídico posibilitan que se hagan diferentes tipos de enunciados a partir de los que se refieren directamente a los hechos y a las relaciones causales, sin embargo él opera sin la estricta diferenciación lógica de *es* y *debe* empleada por Kelsen y analiza las normas jurídicas en términos del «aspecto interno» de las actitudes hacia la autoridad jurídica y los criterios de validez jurídica, en lugar de usar como punto de partida el carácter lógico del *debe* normativo jurídico. El hecho de la aceptación de un orden jurídico, y por tanto, de su existencia, es tomado por Kelsen como base para hacer proposiciones normativas. En su explicación, las incursiones al trasfondo fáctico que se relaciona con la norma fundamental no van más allá del establecimiento del hecho de la existencia de ese orden, y ha de ser hecha la presuposición lógica de una influencia condicionante inherente a esos hechos básicos por los cuales los actos sucesivos del orden jurídico pueden ser interpretados como actos *jurídicos*. En cierto sentido Kelsen está haciendo explí-

²³ *The Concept of Law*, p. 246, nota 3.

cito lo que está implícito en la explicación de Hart. Puede ser, en el peor de los casos, una obviedad señalar las razones de lo que se da por supuesto, pero difícilmente es obscurecedor. Contra este punto de vista puede situarse la actitud general hacia las normas de Hart, pues con el uso de su noción de aceptación de las normas está simultáneamente indicando las consecuencias jurídicas del hecho sociológico y también evitando cuestiones sobre la fuente específica de las reglas o normas. Parece que este último problema sólo puede ser resuelto en términos de una presuposición o hipótesis si se ha de evitar el *regressus* sociológico al infinito.

CAPÍTULO 8

Las predicciones y la posición central de los tribunales

I

INTRODUCCION

En los capítulos anteriores se ha observado el juego recíproco de dos enfoques diferentes del análisis jurídico llamados a veces el «normativo» y el «no normativo». El primero trata al derecho como algo de una naturaleza muy diferente de la de una serie compleja de hechos físicos y sociales. El segundo describe la naturaleza del derecho y el carácter del sistema jurídico simplemente al modo de una ciencia natural de causas y efectos.

En la teoría del derecho natural, incluida la versión de Blackstone, aparecía una confusión entre los significados prescriptivo y descriptivo de la palabra «derecho». Incluso las correcciones planteadas por Bentham y Austin ponían todavía demasiado acento en las probabilidades fácticas en el funcionamiento del derecho. La explicación de Hart del derecho como un sistema de normas representa un avance substancial sobre la teoría jurídica anterior por su desviación de la atención hacia el análisis de las normas y de las razones para la obligatoriedad jurídica. Kelsen va todavía más allá, hasta una distinción tajante entre hecho y derecho y entre relaciones de causalidad y de imputación. En este cambio de punto de vista se basa un énfasis creciente sobre el carácter normativo del derecho positivo.

Por supuesto que incluso el fundamento de un enfoque

normativo al análisis jurídico, como distinto a un enfoque puramente causal, ha de ser reconducido en último término a situaciones y acontecimientos de hecho. Sin embargo, es en el método de interpretar esos hechos y las relaciones específicamente jurídicas que engloban donde ha de hallarse la separación del análisis normativo del no normativo.

Algunas tendencias vuelven claramente a un análisis empírico que no solamente deja de prestar atención al tipo de separación en que insistió Kelsen, sino que lo rechaza expresamente como «imaginación» o «sinsentido». Tal es la opinión del jurista sueco Olivecrona, un realista escandinavo. Sus puntos de vista suponen el rechazo de todo aquello que tenga una naturaleza metafísica o conjetural, básicamente de todo lo que sea incompatible con una visión del derecho como la interacción compleja de un conjunto de hechos sociales. Rechaza expresamente el tipo de principio del análisis del derecho que Kelsen llegó a describir como la hipótesis implícita que es realmente usada por todo jurista en su descripción del derecho y las relaciones jurídicas.¹ Es posible que esta afirmación de Kelsen pueda ser considerada por los escépticos como la pretensión de que él puede ver a los otros juristas haciendo algo de lo que sólo él se da cuenta y no aquéllos. No es extraño que una reacción normal sea decir que, realmente, el que está fabulando es Kelsen.

En muchos manuales el término «realista» es aplicado a dos grupos de juristas, los realistas escandinavos y los realistas norteamericanos. De los dos es el escandinavo el que adopta un escepticismo con más base filosófica que supone en muchos casos el rechazo de los anteriores enfoques del análisis jurídico por estar basados en la metafísica o por abocar a la imaginación y al sinsentido. Sin embargo sería un tratamiento sumamente irreal de todos los juristas escandinavos meterlos a la fuerza en una categoría general. Los puntos de vista de Castberg, brevemente tratados en el capítulo anterior, están muy en desacuerdo con el pensamiento jurídico escandinavo más moderno. Incluso entre los que comparten el enfoque «antimetafísico», como ellos lo llaman, hay

¹ Ver *supra*, cap. 6, p. 162, acerca de la descripción de Kelsen del papel necesario de su idea de norma fundamental para un análisis adecuado de la relación entre hecho y derecho.

grandes diferencias de opinión. Ross, por ejemplo, admite la influencia del magisterio de Kelsen en sus propios puntos de vista aunque siga rechazando un análisis normativo construido en términos de «proposiciones de deber».²

Aparte de compartir una común denominación, los realistas escandinavos y norteamericanos tienen poco más en común, salvo que ambos movimientos se han mostrado insatisfechos con los anteriores resultados del positivismo. El movimiento realista norteamericano en ciencia del derecho no comparte el trasfondo filosófico de los modernos estudios escandinavos. La amalgama de ciertas características del sistema jurídico y constitucional de Estados Unidos ha dotado de una fuerza unitaria a los modernos estudios norteamericanos sobre el derecho que es incluso de mayor significación local que el trasfondo filosófico de los escandinavos. Estas características son, principalmente entre otras, los poderes del Tribunal Supremo a causa de la enmienda 14^a a la Constitución, la variedad de las leyes de los estados y la naturaleza del sistema federal y sus consecuencias en la administración del derecho.³

Pocos de los modernos realistas jurídicos norteamericanos, si es que lo ha hecho alguno, se han ocupado tanto como los escandinavos de cuestiones acerca de la *naturaleza* del derecho, aunque muchos de ellos tocan este problema en el curso de estudios que tienen más que ver con la aplicación práctica del proceso judicial. Aunque todo análisis del derecho debe desde luego, en su formulación, hacer alguna alusión acerca de la aplicación y administración del derecho, la mayoría de los realistas norteamericanos se ocupan sólo de esta cuestión. Se concentran en el significado del derecho para la gente sujeta a él, su significación para el hombre de la calle que busca asesoramiento jurídico, sobre la incapacidad de las normas solas para dar una predicción sobre el resultado de un litigio, sobre los hechos que hay que determinar en primer lugar a fin de que la decisión judicial y las normas jurídicas tenga algo sobre que operar.

² Debe advertirse que aunque el propio Ross usa el término «norma» en su análisis, su rechazo de un enfoque normativo o de un «conocimiento normativo» debe entenderse en el sentido indicado en el texto.

³ Para un análisis mayor, ver *infra*, pp. 225 y ss.

A pesar de las diferencias obvias tanto en el origen como en el objeto que existen entre los realistas escandinavos y los norteamericanos, y a pesar del hecho de que el movimiento norteamericano constituye en mucha menor medida que el escandinavo una escuela de pensamiento, pueden útilmente señalarse ciertas similitudes en el planteamiento entre ambos. Ambos movimientos son radicales e iconoclastas en sus objetivos, y esta actitud se refleja primariamente en sus respectivas actitudes hacia las normas jurídicas. Los escandinavos tratan la noción de norma válida como algo que existe solamente en la imaginación; los realistas norteamericanos ponen el acento en la impracticabilidad de describir el proceso judicial, o de predecir su resultado, únicamente en términos de normas jurídicas. Así los escandinavos se ocupan primariamente del carácter de las normas jurídicas mientras que los norteamericanos examinan el contenido del derecho y la interacción de normas, directrices políticas y principios en el interior de un sistema jurídico. Una tendencia común a ambos es la de minimizar el carácter normativo del derecho e investigar los problemas jurídicos a través de la metodología de las ciencias físicas o empíricas. Es de advertir sin embargo, como señala Lloyd,⁴ que «aunque los escandinavos son los más radicales de los empiristas son los norteamericanos los que primeramente han subrayado la necesidad de estudios fácticos para la obtención de soluciones adecuadas a los problemas jurídicos, y los escandinavos los que parecen basarse fundamentalmente en argumentos de tipo apriorístico para justificar las soluciones o los desarrollos jurídicos particulares». Otro rasgo común todavía es la atención a la psicología y a los estudios behavioristas, aunque ambos obtienen de tales observaciones conclusiones diferentes. Finalmente y no sin conexión con el último rasgo está la atención prestada por muchos norteamericanos, y algunos escandinavos, a la predicción de la actividad judicial futura —aunque, una vez más, los trasfondos diferentes de cada movimiento se reflejan en las varias actitudes hacia este aspecto del sistema jurídico.

⁴ *Introduction to Jurisprudence*, 3.^a ed., p. 514.

TRIBUNALES Y PREDICCIONES

Después de haber indicado algunas de las características del realismo escandinavo y del norteamericano, con sus similitudes y diferencias podemos ahora dejar de prestar atención a las generalizaciones acerca de las formas del realismo moderno y dirigirla hacia un importante rasgo que es compartido por muchos de los planteamientos realistas, pero que no es exclusivo de ellos. Se trata de la concentración sobre la posición y funciones de los tribunales en el sistema jurídico, sobre los modos en que han sido descritos por varios juristas y sobre el aspecto de la predicción de la actividad judicial que es un rasgo común a algunos, pero no a todos, de estos planteamientos.

Los puntos de vista de Ross, aunque muy similares a los de Olivecrona y otros juristas escandinavos, son considerados en el presente capítulo a causa de su notable parecido con algunas actitudes norteamericanas modernas respecto al derecho y las predicciones de la actividad jurídica. En lo que respecta a los mismos norteamericanos la atención tanto hacia la posición y funciones de los tribunales como hacia la predecibilidad de la actividad judicial futura es compartida por la mayoría de los modernos escritores como Frank y Llewellyn y su origen puede encontrarse en los escritos del padre del movimiento realista norteamericano, Oliver Wendell Holmes.

También consideramos la explicación del derecho de Gray que se puede encontrar en su libro *The Nature and Sources of the Law*. Aunque Gray no estaba realmente en la tradición de los realistas entendida como un bloque, el énfasis puesto por él en la función judicial tuvo una parte substancial en el desarrollo del pensamiento jurídico en América. El análisis de Gray representa el proceso de transición desde el viejo positivismo analítico a los métodos de nuevo estilo de la investigación jurídica que, por lo menos en parte, se han ocupado de evitar la esterilidad de algunas de las formas tempranas que adoptó el positivismo.

ROSS Y EL DERECHO VALIDO

Una exposición de los puntos de vista de Ross no nos mostrará solamente una actitud compartida por otros muchos escritores escandinavos sino también su deuda con Kelsen que él mismo reconoce. Aparte del realismo que Ross reclama para su planteamiento debe ponerse especial énfasis en su descripción de la posición de los tribunales en el sistema jurídico.

Hay dos aspectos principales en el modo en que Ross resalta la posición de los tribunales. El primero, con reminiscencias de algunas actitudes norteamericanas modernas, es su énfasis en la predicción de la actividad judicial futura. Para Ross este elemento de la predicción se impone como una consecuencia de su caracterización de la noción «derecho válido». El otro aspecto que tiene claras reminiscencias de los puntos de vista de Kelsen estriba en su concepción de las normas jurídicas como directivas dirigidas primariamente a los tribunales y sólo secundariamente a la gente que está en general sujeta al sistema de derecho.

Aún más grande que la influencia de Kelsen sobre Ross fue la de Axel Hägerström, cuyo método se hace patente a lo largo de su obra. El punto de partida adoptado por Ross puede ser apreciado en esbozo en el siguiente enunciado del prefacio a su libro *On Law and Justice*: «Rechazo la idea de que el conocimiento jurídico constituye un conocimiento específicamente normativo expresado en proposiciones de deber ser, e interpreto el pensamiento jurídico formalmente en los términos de la misma lógica en la que están basadas otras ciencias empíricas (proposiciones de ser)».⁵ Ross mantiene que el principal objetivo de Kelsen en la presentación de su *Teoría pura del Derecho*, era liberar el estudio del derecho

⁵ Ross, *On Law and Justice*, Stevens and Sons Ltd. 1958, prefacio p. X. Ross modifica algo sus puntos de vista en su más reciente obra *Directives and Norms*. (Hay trad. castellana, *Lógica de las normas*, E. Tecnos, Madrid.) Una norma es definible como una directiva que se corresponde de un modo determinado con ciertos hechos sociales, pero no es definible ni solamente como un fenómeno lingüístico (el contenido significativo que es una directiva) ni meramente como un hecho social, *op. cit.*, cap. 4.

de toda huella de sociología o «de consideraciones relativas al curso real de los acontecimientos». Así expresados los objetivos de Kelsen podrían parecer al neófito singularmente desconectadas de la realidad. Sin embargo en el análisis de Kelsen «derecho» asume un significado muy especial que sólo puede ser entendido en su contexto particular. Para nuestro propósito presente la parte más importante del libro de Ross es su examen del concepto «derecho válido». Muchas proposiciones sobre el derecho emplean este término pero su significado no puede ser plenamente elucidado sin una comprensión de la noción misma. Ross mantiene que mucho del aparente desacuerdo entre los juristas puede ser reconducido al hecho de que sus obras están basadas tácitamente en diferentes presunciones acerca del significado de este concepto. El problema, dice, es peculiar al estudio del derecho y sin paralelo en las ciencias naturales. Por ello se propone realizar un examen basado en proposiciones de *ser* del tipo usado en los métodos de observación y verificación de las ciencias empíricas. Su metodología se basa en una reinterpretación de la validez en términos de hechos sociales.⁶ En su análisis preliminar del concepto de derecho válido Ross usa la analogía con el juego de ajedrez. En el empleo de tal conjunto de normas como modelo para el concepto de derecho —conjunto de normas jurídicas— nos da un anticipo de su propia interpretación del concepto de derecho válido. «Las normas del ajedrez son el contenido de la idea abstracta (de naturaleza directiva) que hace posible, como esquema de interpretación, entender el fenómeno del ajedrez (las acciones de los movimientos y los criterios experimentados de acción) como un todo coherente de significado y motivación, una partida de ajedrez; y, junto a otros factores, predecir dentro de ciertos límites el curso de la partida».⁷ El denomina directivas a las normas primarias del ajedrez, e incluye en el término normas primarias a las que regulan la colocación de las piezas, los movimientos, los métodos permitidos de comer, y excluye de ese término cosas tales como los gambitos. Advierte en particular el modo en que tales directivas

⁶ Cfr. OLIVECRONA, *Law as Fact*, cap. IV, p. 127.

⁷ *On Law and Justice*, cap. 1, p. 16.

son *sentidas* por cada jugador como vinculantes. Desde su punto de vista una norma de ajedrez es válida si, dentro de cierto marco, es efectivamente aceptada, y es válida porque los jugadores se sienten a sí mismos socialmente vinculados por las directivas contenidas en ella. Dos elementos se combinan así para producir la validez de una norma: primero la efectividad que se expresa en la conclusión a partir de la observación externa y segundo el modo en que esa norma es sentida como vinculante por la gente que hace uso de ella como tal.

Un examen paralelo del ajedrez y del derecho lleva a Ross a la siguiente conclusión acerca de la validez: «... “derecho válido” significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirve como esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez quiere decir que esas normas son seguidas efectivamente porque son experimentadas y sentidas como socialmente vinculantes».⁸ En una nota a pie de página a esta proposición añade la frase: «por el juez y otras autoridades legales que aplican el derecho».

Como otros juristas positivistas antes que él, Ross se plantea el responder a la pregunta de cómo las reglas o normas del derecho han de ser distinguidas de otros tipos de reglas o normas. Es importante observar que él limita su descripción del derecho a un *sistema nacional de normas* individual. Dice expresamente que no intenta una definición del derecho que, según él, no ha sido nunca conseguida. Da como razón de los anteriores intentos fracasados de definir al derecho con vistas a distinguirlo de otro tipo de normas sociales el no considerar a un sistema nacional de normas jurídicas como un todo individual. Las distinciones que Ross procede a señalar han de ser por ello extraídas de su tratamiento de las características distintivas de un sistema nacional de derecho individual.

Divide inicialmente las normas del derecho en «normas de conducta» y «normas de competencia o procedimiento». Las primeras incluyen aquellas normas que prescriben un curso de acción, por ejemplo, la norma de que el aceptante

⁸ *Ibid.*, p. 18.

de una letra de cambio debe responsabilizarse de pagarla a tenor de su aceptación. En el segundo grupo incluye aquellas que crean una competencia, o un poder o autoridad. Estas son directivas al efecto de que las normas que son creadas de conformidad con un modo de proceder declarado tengan que ser consideradas como normas de conducta. Una distinción similar puede encontrarse en la separación de Hart, de normas que imponen deberes y normas que confieren potestades, y la descripción de Ross de sus «normas de competencia» tiene reminiscencias de las referencias de Hart a los «criterios de validez jurídica». Para Ross, una norma de competencia desemboca en una norma de conducta indirectamente expresada. Da como ejemplo las normas de una constitución que regulan el modo en que la nueva legislación ha de ser creada; esas normas prescriben un comportamiento a través de las normas de conducta que son producidas por el legislador. De un modo que es típico de su método de análisis del derecho, se dice que las normas de competencia son «reductibles» a normas de conducta.⁹

Desde el punto y hora en que las normas de conducta son caracterizadas como directivas surge naturalmente la pregunta: ¿a quién están dirigidas? En esto estriba la significación particular de la posición de los tribunales en el sistema jurídico. Ross dice: «Si de una disposición estatutaria ha de suponerse que no contiene una directiva a los tribunales sólo puede ser considerada como un pronunciamiento ideológico-moral sin relevancia jurídica. Por el contrario, si se establece que una disposición contiene una directiva a los tribunales, entonces no es necesario dar al individuo privado ninguna instrucción ulterior acerca de su conducta».¹⁰ Hasta tal punto la norma dirigida al individuo es de naturaleza secundaria que se refiere a ella como una «norma derivada y figurativa». El juicio del tribunal así afectado e incluido por tales directivas forma la base para la acción ejecutiva que constituirá potencialmente el ejercicio de la fuerza física. El supremo derecho al ejercicio de esta fuerza física

⁹ Ver RAZ, citado en la p. 130.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 32-33. Ver HART, *The Concept of Law*, p. 114, donde dice que es concebible que los súbditos de un sistema jurídico puedan meramente «ir detrás como borregos».

es monopolio de las autoridades públicas del Estado. En un párrafo resumidor, que tiene reminiscencias del planteamiento de Olivecrona, Ross dice: «Un sistema nacional de derecho es un cuerpo integrado de normas que determinan las condiciones bajo las cuales la fuerza física será ejercida contra una persona».¹¹

Habiendo descrito así las características distintivas de un sistema jurídico nacional, Ross pasa a discutir el significado que atribuye a las expresiones sobre el concepto de validez con referencia a ese sistema. Adopta una hipótesis inicial que tiene ciertas reminiscencias de la presuposición básica de Kelsen pero que difiere de ella especialmente en las consecuencias que lleva consigo. La hipótesis es que un sistema de normas es válido si es capaz de servir como esquema de interpretación de un conjunto correspondiente de acciones sociales. Una de las consecuencias principales de la comprensión que se deriva de tal interpretación es la capacidad para predecir ciertas acciones futuras. Y dado que la norma jurídica es, de acuerdo con Ross, una directiva primariamente a los tribunales, tal acción futura será la de los tribunales. La capacidad para entender el sistema jurídico nacional como un «todo coherente y significativo» se basa en el hecho de que sus normas son efectivamente acatadas, y este acatamiento es a su vez engendrado por un sentimiento de que esas normas son socialmente vinculantes. Estas proposiciones se combinan en el siguiente enunciado: «Un sistema jurídico nacional, considerado como un sistema válido de normas, puede en consecuencia ser definido como las normas que son realmente operativas en la mente del juez *porque* son sentidas por él como socialmente vinculantes y por ello obedecidas».¹² El corolario, por tanto, es que la eficacia que condiciona la validez de las normas ha de ser buscada en la aplicación judicial del derecho, como distinta de las actitudes de la masa de individuos particulares hacia el sistema jurídico nacional. Lo decisivo de los pronunciamientos judiciales es en su opinión tan grande que no importa si la gente obedece o desobedece a la norma jurídica. «El que no

¹¹ *Ibid.*, p. 34. La terminología, aunque no el sentido, de este pasaje tiene reminiscencias kelsenianas; Ver, especialmente, pp. 155-158.

¹² *Ibid.*, p. 35, subrayados míos.

importe resulta de la aparente paradoja de que cuanto más efectivamente es acatada una norma en la vida extrajudicial más difícil es averiguar si la norma posee validez porque los tribunales tienen mucha menos oportunidad entonces de manifestar su reacción».¹³

Para Ross el derecho consiste en un sistema de normas que son directivas primariamente a los tribunales o jueces. Sin embargo subraya que una interpretación puramente behaviorista de las acciones de los jueces no aporta nada al análisis del derecho.¹⁴ Desde su punto de vista el aspecto interno del derecho ha de ser representado como un sentimiento de vinculación o, en sus propias palabras, como la expresión de «cierta ideología que anima al juez y motiva sus acciones». Como en Hart, el aspecto externo del derecho es descrito como el acatamiento regular y externamente observable de un criterio de acción; pero el aspecto interno es representado como la experiencia de este criterio de acción (por los jueces, por los tribunales) como una norma socialmente vinculante.

Hart está de acuerdo¹⁵ en que la distinción entre tales regularidades y ciertas «experiencias emocionales» puede ser trazada. Sin embargo no coincide con su distinción entre elementos «internos» y «externos» que caracteriza la diferencia entre regulaciones y regularidades; ni son las mismas las consecuencias del uso de la distinción. En particular, el tipo de separación en el que Hart insiste es un tipo que se usa para dividir «dos especies radicalmente diferentes de enunciados para las que hay lugar donde quiera que un grupo social conduce sus asuntos con normas».

PREDICCIONES Y VALIDEZ JURIDICA

Observemos ahora más detenidamente el elemento de predicción en la explicación de Ross tal y como está conec-

¹³ *Ibid.*, p. 36.

¹⁴ Con esta actitud pueden compararse ciertos puntos de vista de los norteamericanos, que favorecen tanto las predicciones como los estudios de la conducta; Ver sección IV de este capítulo.

¹⁵ En su recensión, «Realismo escandinavo» de *On Law and Justice*, de Ross (1959) C.L.J. 233. En *The Concept of Law*, Hart niega explícitamente que las actitudes internas sean sentimientos; Ver *supra*, cap. 5, p. 143.

tado con las decisiones judiciales. Su concentración sobre la posición de los tribunales es un rasgo que su teoría comparte con los puntos de vista de algunos modernos escritores norteamericanos, muchos de los cuales también se ocupan de la predicción del comportamiento judicial. La mayoría de estos escritores tienen que ver con un tipo distinto de investigación del de Ross, pero en tanto en cuanto parecen ocuparse de ideas sobre la naturaleza del derecho comparten con Ross la debilidad de sus análisis «predictivos» de la validez jurídica.¹⁶

Las normas jurídicas ayudan a predecir el curso de la administración práctica del derecho. Ross parece estar forzado a emitir esta proposición por su rechazo a considerar al derecho mismo como un sistema de *proposiciones de deber*. Una mirada retrospectiva al contenido específico del derecho existente revela algo que no puede ser alterado meramente por el modo en que es descrito; tiene ciertas características, y tiene cierto contenido. Sin embargo cuando se adopta un punto de vista predictivo la posición es diferente. En la medida en que se ha dado una explicación adecuada, la noción de derecho continuará poseyendo ciertas características; lo mismo será con el término «sistema jurídico nacional». Pero una especie diferente de enunciado se presupone claramente si se dice que el contenido específico del derecho positivo *será probablemente* tal y cual —en otras palabras, si se hace una predicción sobre él.¹⁷

Con respecto a la validez del derecho y su eficacia la necesaria distinción en que se ha insistido aquí entre identidad y mera coincidencia puede ser llevada más lejos con referencia a la sección de Ross sobre la «Verificación de las proposiciones relativas a normas de conducta», en la que dice que «una norma puede ser derecho válido en mayor o menor grado de acuerdo con el grado de probabilidad con el que puede predecirse que la norma será aplicada».¹⁸ La aplicación práctica de una norma jurídica puede ciertamente

¹⁶ La base para los enunciados de Ross sobre esas predicciones es más compleja que la que se encuentra en los puntos de vista de los norteamericanos que son considerados en la sección IV de este capítulo.

¹⁷ El defecto de esa terminología fue advertido antes en conexión con el uso de Austin de la noción de sanción; Ver cap. 6, pp. 151-154. y ss.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 45.

ser referida a un enunciado acerca de la validez en relación con ella, pero no es la razón por la cual es emitido ese enunciado. Tal razón debe ser encontrada en la autorización válida que hay detrás de la aplicación de la norma. El enunciado de que una norma es válida, y el enunciado de que es aplicada siempre o normalmente, pueden indicar una coincidencia de validez y eficacia, pero ni expresarán, ni ofrecerán ninguna evidencia para la identificación de ambas.

Además, ¿cuál es la justificación de una insistencia rígida en un examen del derecho que, usando los métodos empíricos de las ciencias físicas, llega por este camino a una noción de «validez relativa»? La aplicación práctica de una norma jurídica sobre la que pueden basarse observaciones acerca de la eficacia relativa de lo que en ella se estipula, es variable por naturaleza. La única predicción que puede realmente ser hecha es que, en la medida en que el sistema jurídico permanezca generalmente eficaz, cualquier juez particular aplicará probablemente la norma jurídica válida relevante que recibe su validez de los criterios determinantes del sistema. Además, si una norma pudiera ser derecho válido en grado mayor o menor, dependiendo de la predecibilidad de su aplicación, entonces el más alto grado concebible de validez sería poseído por una norma que pudiera, dado el correcto trasfondo de información, ser predecida con certeza. El mismo Ross dice que el grado de probabilidad «depende del material de experiencias sobre el que la predicción es construida». La certeza en la predicción nos indicaría, sobre esta base, que la información de fondo o «material de experiencias» nos dice que la norma es siempre cumplida. Con este planteamiento puede ser contrastado el de Kelsen. En su discusión de la distinción entre validez y eficacia,¹⁹ Kelsen afirma que una norma cuyo funcionamiento es cierto es parte de la *ley de la naturaleza*. El análisis de ella en términos de prescripción sería completamente asignificativo.

El aspecto predictivo del planteamiento de Ross ha suscitado también la crítica de Hart²⁰ —crítica de una especie

¹⁹ Ver *supra*, cap. 6, p. 168.

²⁰ «Realismo escandinavo» (1959) C.L.J. 233. Ross responde a esta crítica en su recensión de *The Concept of Law*, de HART en (1961) Yale L.J. 1962. Señala la desafortunada traducción del danés *goeldende ret* como *derecho válido*, cuando

que es igualmente aplicable a algunos puntos de vista norteamericanos que han de ser considerados inmediatamente. Incluso si la expresión «esto es una norma válida de derecho» significa en boca de una persona de la calle una predicción de lo que el juez hará y dirá sobre la base de su especial sentimiento motivador, esto no puede ser lo que signifique para el juez mismo. El no está ocupado en predecir sus propios sentimientos o conductas, ni las de otras personas. En la terminología del propio enfoque de Hart del concepto del derecho la admisión del juez de tal y cual norma como válida del derecho representa un «acto de reconocimiento». Además, si las expresiones acerca de las normas jurídicas válidas hechas por personas que no son jueces tuvieran que ser representadas como predicciones del comportamiento judicial, la base para tales expresiones sería el conocimiento de que los jueces mismos emplean la idea de normas válidas en el sentido no predictivo antes indicado. En otras palabras, si fuera dicho que la instrucción a los individuos privados se manifiesta a través del conocimiento de las reacciones que pueden, en ciertas condiciones, esperar del juez, sería un estado de cosas extraño el que resultara necesario el recurso todavía a otro conjunto de predicciones en la investigación sobre la posición y autoridad de los órganos judiciales dentro del sistema de derecho en cuestión. Como es improbable que Ross haya pretendido formular la autoridad de los jueces de un modo que les suponga atribuyendo validez a una norma jurídica sobre la base de predicciones acerca de su propia acción futura, la caracterización del derecho válido como predicciones puede ser limitada a enunciados *sobre* el derecho hechos por la teoría jurídica, a diferencia de los enunciados *de* derecho hechos por los jueces.²¹ Sin embargo todavía se mantiene la segunda de las dos objeciones.

El énfasis prominente de Ross sobre la posición de los tribunales en el sistema jurídico suscita en sí mismo una

su significado es realmente *derecho existente* o *derecho operante*. Sin embargo, el análisis de esas nociones en términos de predicibilidad no parece llevar sino a una obviedad, a menos que, con algunos juristas norteamericanos que mencionaremos en seguida, se añada al análisis inicial una investigación behaviorista.

²¹ Cfr. la distinción de Kelsen, *supra*, p. 168.

posibilidad de crítica. La norma dirigida a los ciudadanos ordinarios es, de acuerdo con él, solamente derivada; la verdadera norma jurídica es la directiva a los tribunales. Kelsen decía que un tipo de norma jurídica válida está como si dijéramos, «dirigida» a los tribunales o jueces; pero, para él, esto era sólo uno de los pasos de la «concreción gradual» del derecho, que servía tanto para indicar el carácter constitutivo de la decisión judicial, como, al mismo tiempo, para designar el lugar particular que los órganos judiciales ocupaban en el sistema como un todo. Para Ross la norma jurídica debe explicarse en términos de predicciones y sentimientos de vinculación, con la ayuda de los métodos de una ciencia empírica, y puede quizá parecer extraño que sobre la base de tal planteamiento la regulación del comportamiento de la gente de la calle resulte el objeto de una norma meramente «figurativa». Arnholm²² pregunta hasta qué punto si una norma jurídica influye de hecho en las actividades tanto de los tribunales como de los ciudadanos y si de hecho pretende influir la conducta de ambos (en la medida en que tiene algún propósito en absoluto), tiene algún sentido el discutir cuál es la norma real y cuál la derivada. De acuerdo con esta crítica, en la medida en que una norma jurídica es el resultado de una intención que se halla tras los actos del legislador esta intención está orientada primariamente a las actividades de los ciudadanos. Con Kelsen, por el contrario, un planteamiento completamente normativo del análisis del derecho facilita una explicación adecuada de las posiciones relativas en el sistema tanto del legislador como de los tribunales, de un modo tal que a ninguno de los dos le es dada una preminencia indebida y sin embargo, en virtud de la especial naturaleza de la investigación, puede evitar el tipo de crítica dirigido por Arnholm a Ross.

Un análisis que se concentra en la posición de los tribunales en el sistema jurídico no es por esto ni más ni menos realista que cualquier otro. Por el contrario, puede encontrarse una falta de realismo en la combinación de esto con la atención prestada por Ross al elemento de predicción en su esquema del análisis jurídico, particularmente en el modo en

²² Vol. I, *Scandinavian Studies in Law*, pp. 43-45.

que esta combinación da como resultado la idea de «validez relativa» como una consecuencia de la predecibilidad relativa, y también en el modo en que reduce la relación entre legislatura y ciudadanos ordinarios a un elemento marcadamente secundario en la regulación jurídica.

La identificación de Ross de validez y eficacia a través del artificio de la predicción va en contra de una distinción que es de significación vital en *La teoría pura del Derecho* de Kelsen. Para Ross «un estudio doctrinal del derecho que ignora su función social debe aparecer como insatisfactorio cuando es juzgado por el criterio del interés que descansa en la predecibilidad de las decisiones jurídicas».²³ Sin embargo se ha sugerido que hay margen para la duda de si el método particular elegido por Ross para su investigación de los fenómenos jurídicos puede satisfactoriamente superar el coste entre los enfoques «doctrinal» y «sociológico» del derecho de modo realista y sin distorsión en ninguno de los dos lados.

IV

ALGUNOS ENFOQUES NORTEAMERICANOS

Las actitudes hacia el derecho y el estudio del derecho que vamos a tratar en esta sección implican una concentración de los juristas en la predicción de la acción judicial. Como Ross, los escritores que adoptan tal planteamiento mantienen la importancia de mirar lo que los tribunales hacen de hecho, aunque sus razones para mantenerlo son bastante diferentes. Una gran cantidad del trabajo hecho durante el presente siglo en Estados Unidos para el progreso del conocimiento jurídico se ha ocupado de la estimación del tratamiento judicial de las normas y principios jurídicos. El movimiento que ha hecho del objetivo de la predicción uno de sus principales focos de atención es conocido generalmente como realismo.

El nombre común «realismo» no debe dejarse que dé la impresión de que los realistas norteamericanos ofrecen su

²³ *On Law and Justice*, p. 20.

versión propia de un tema básico que comparte con sus oponentes escandinavos. El presente capítulo se ocupa, no del realismo como tal, sino de enfoques del derecho que fijan la atención en el lugar de los tribunales en el sistema jurídico. Es este énfasis compartido, más que la mera etiqueta que les es comúnmente colocada, lo que abona el tratamiento de las teorías de Ross y de los puntos de vista de algunos escritores norteamericanos punteros en la misma sección de este libro.

JOHN CHIPMAN GRAY

La visión del derecho propuesta por Gray a comienzos de siglo no lleva usualmente a que se le clasifique como realista. Su noción de los «verdaderos normadores de la sociedad» fue considerada en el capítulo anterior; sin embargo a pesar de la innovación en la teoría jurídica que su idea pudo haber supuesto, el que su explicación del derecho permanezca en términos de las acciones y determinaciones de los tribunales tiene afinidades más fuertes con la definición austiniana basada en las acciones y pronunciamientos de un soberano. El padre del movimiento realista norteamericano fue el gran juez y jurista Oliver Wendell Holmes, cuyos primeros escritos precedieron de hecho a la obra jurídica de Gray. La visión del derecho de Holmes subraya la predicción de la acción judicial que no es posible encontrar en Gray, pero que desde entonces se ha transformado en la principal preocupación de los modernos escritores norteamericanos. Sin embargo el propio Holmes no reconoció una mayor afinidad con los realistas que con cualquier otra escuela de la ciencia del derecho.

Tan grande fue, sin embargo, el énfasis dado por Gray a la importancia central de los tribunales y jueces en un sistema jurídico, y tan útil es una visión general de sus ideas sobre la naturaleza del derecho para un estudio comparativo de la teoría jurídica como el presente, que cualquier tratamiento adecuado del pensamiento jurídico norteamericano durante este siglo debe dar alguna cuenta de sus puntos de vista.

LA NATURALEZA Y FUENTES DEL DERECHO

Fue tal el énfasis dado por Gray a la naturaleza creativa de la decisión judicial que incluso insistió en reducir las disposiciones legislativas a meras *fuentes* del derecho. Gray dio la siguiente definición del derecho: «El derecho es un Estado o de cualquier cuerpo organizado de hombres está compuesto por las normas que los tribunales, esto es, los órganos judiciales de ese cuerpo, dictan para la determinación de los derechos y las obligaciones».²⁴ En su opinión la razón de la diferencia respecto a las formulaciones del derecho dadas por otros puede atribuirse a un fallo en distinguir entre el derecho y las fuentes del derecho. Debe advertirse inmediatamente, desde luego, que él se ocupa de «el derecho».²⁵ Por ello puede surgir alguna duda acerca de la justificación de su sorprendente breve afirmación sobre la razón de las diferencias de planteamiento de la naturaleza del derecho. En esta proposición introductoria Gray parece ocuparse del derecho como agregado de normas jurídicas positivas individuales. En otros momentos, sin embargo, se expresa en términos que dan una explicación menos atomista del derecho y a causa de ello surgen incoherencias en sus ideas.

Según Gray se ha considerado un absurdo decir que «el derecho de una gran nación se reduce a las opiniones de media docena de viejos, algunos de los cuales, previsiblemente, son de una inteligencia muy limitada». Sin embargo, «ninguna norma o principio que ellos rehúsen seguir es derecho en ese país».²⁶ Por otro lado los tribunales no disfrutaban de una libertad ilimitada para llegar a sus decisiones, pues están sometidos a ciertas fuentes reconocidas. De este modo más bien vago, y con la ayuda de su, en alguna medida amorfa, noción de los «verdaderos normadores» de la sociedad que subyacen a esas fuentes, Gray anda algún camino en dirección a la anticipación de las críticas hechas por Kelsen y Hart a las explicaciones del derecho que se

²⁴ *The Nature and Sources of the Law*, 2.^a ed., p. 84.

²⁵ Gray usa las mayúsculas a lo largo de la obra que estamos comentando.

²⁶ *Ibid.* Adviértase la mención de Gray de la posición del «principio» en la explicación de la naturaleza de la decisión judicial; *cfr.* la crítica de Dworkin a Hart, *supra*, cap. 5, p. 139.

concentran exclusivamente en la posición y función de los tribunales de un modo que los desconecta de su contexto normativo.

En otros dos momentos de un capítulo titulado «El Derecho» Gray muestra cierta conciencia de los defectos de los enfoques anteriores al análisis del derecho que han recibido posteriormente todavía más críticas. En una crítica nota marginal hace una distinción entre «un derecho» y «el derecho», y empieza el texto anexo diciendo que deben ser distinguidos ambos usos. Austin, continúa, define el derecho como el agregado de las normas establecidas por los superiores políticos. También cita a Bentham, que decía que «*derecho* o *el derecho* tomado ambiguamente es un término abstracto, colectivo; el cual, cuando significa algo, no puede significar ni más ni menos que la suma total del número de leyes individuales tomadas en conjunto». Este no es, dice Gray, el significado ordinario del término «el derecho». La conclusión a que llega no es sin embargo particularmente luminosa. Una ley, dice, significa ordinariamente una norma dictada por el legislador de un Estado; el derecho representa el sistema total de normas aplicadas por los tribunales y no el agregado de los mandatos de un superior.

DERECHO Y FUENTES DEL DERECHO

Gray adscribe dos funciones principales a sus «verdaderos normadores de la sociedad», llamados alternativamente los «espíritus normativos de la comunidad» o los «normadores del Estado». En primer lugar, son responsables de crear los órganos judiciales de la comunidad; en segundo lugar, ponen límites a la acción de esos órganos señalando y controlando las fuentes a partir de las cuales los tribunales u órganos judiciales eligen para crear «el derecho».

Las fuentes del derecho comprenden normas, precedentes judiciales, opiniones de expertos, costumbres y «principios de moralidad», término en el cual Gray incluye consideraciones de política pública. El contenido de esta lista se anticipa a la atención prestada por algunos modernos escritores norteamericanos al papel jugado por los factores sociales en

el contenido de la decisión judicial. Es importante advertir, sin embargo, que incluso las normas se incluyen en la lista a mero título de *fuentes* de derecho. Cualquier división del derecho en derecho legislado y derecho creado por el juez es rechazada por Gray; todo el derecho, dice, es derecho creado por el juez.

La razón principal para esta posición secundaria de las normas en la explicación de Gray está expresada en su afirmación de que «los tribunales insuflan vida en las palabras muertas de la norma».²⁷ Esto es, desde luego, cierto en una gran cantidad de los casos en los que la atención está justificadamente centrada en el carácter creador o constituyente de la decisión judicial. Los libros y artículos abundan en referencias a la «interpretación normativa» que frecuentemente connota bastante más de lo que tal expresión pudiera indicar. Existen sin embargo dos razones para limitar esta atención: primera, el derecho que regula el comportamiento del proverbial hombre de la calle incluye el texto de las normas tanto como las colecciones de sentencias; en una era de proliferación de las ordenanzas administrativas que contienen cláusulas penales, probablemente más. Quizás esta consideración estaba presente en la mente de Holmes cuando decía²⁸ que, en nuestra concentración sobre las acciones de los tribunales, debemos fijar nuestra atención en el «hombre malo». Segundo y más importante, incluso dentro del área de actividad judicial, para la que hay siempre que hacer un sitio en todo análisis adecuado de la naturaleza y estructura de un sistema jurídico, el alcance de la creatividad genuina está severamente limitado. Es bastante infrecuente que los tribunales adopten decisiones tan significativas como la de *Donoghue v. Stevenson* o *Rylands v. Fletcher*. Además una característica incluso de las decisiones judiciales más creativas con que puede tropezarse un abogado en el sistema del precedente en Inglaterra, es la renuncia de los tribunales a llegar a una decisión sobre alguna situación nueva sin hacer al menos alguna referencia a las autoridades que puedan encontrarse, a pesar de la débil conexión que existe a veces entre ambas cosas.

²⁷ GRAY, *op. cit.*, cap. V, p. 125.

²⁸ HOLMES, *The Path of the Law*, pp. 171-173; *infra*, p. 224.

DECISIONES AUTORIZADAS

Además de estas consideraciones prácticas limitativas del carácter genuinamente creador de las decisiones judiciales, otra crítica muy importante al tipo de enfoque de Gray es su fracaso relativo para dar cuenta de la naturaleza autorizada de la decisión judicial. Benjamin Hoadly, obispo de Bangor, adquirió una celebridad que no pretendía en los libros de derecho por hacer el siguiente enunciado: «Es más, cualquiera que tenga una autoridad absoluta para interpretar cualquier ley escrita o no escrita, ése es verdaderamente el legislador a todos los efectos y sentidos, y no la persona que las escribió o las pronunció en primer término».²⁹ Este pasaje es citado por Gray en su capítulo sobre los tribunales, pero el tema queda ahí sin ninguna indicación del carácter de lo que, para la teoría del derecho, es la noción central del párrafo. Esto es, la noción de autoridad.

En un capítulo posterior titulado «Estatutos»³⁰ que trata específicamente de la interpretación judicial de las normas, Gray se ocupa particularmente de la función judicial de leer en la norma la intención probable del legislador, especialmente en los casos en que el punto decisivo no pudo haber estado presente en la mente del legislador debido a que se han producido nuevas circunstancias. Tal explicación es desde luego infinitamente más «realista» que la noción de Blackstone de que los tribunales descubren únicamente normas ya existentes. Pero el método de Gray de relacionar la formación de los tribunales con el legislativo no es todavía una explicación satisfactoria para los propósitos del análisis jurídico. En particular no puede suministrar una descripción de la naturaleza de la posición de los órganos judiciales de un sistema jurídico en el marco de las relaciones basadas en la autoridad sobre las que ese sistema opera. La explicación de Gray ha de ser distinguida, por ello, a este respecto de la de Kelsen y la de Hart. Incluso su noción de los «verdaderos normadores de la sociedad» no puede salvar su teoría de esta crítica. En particular no se hace sitio a nociones de una

²⁹ Sermón ante el rey, 1717, p. 12.

³⁰ *Op. cit.*, pp. 152 y ss.

significación jurídica específica, como la norma básica en la teoría de Kelsen o la regla de reconocimiento en la de Hart. Estas nociones se hallan tras las instituciones jurídicas positivas de un sistema legal, incluidas principalmente el legislativo y los tribunales. Este elemento de base autorizante y la coherencia de un sistema jurídico es apuntado frecuentemente por Gray, pero inadecuadamente desarrollado. Para él, son los «verdaderos normadores de la sociedad» o, en su caso, los «normadores del Estado» quienes son responsables de crear los tribunales y de ejercer el poder sobre las fuentes del derecho a partir de las que esos tribunales seleccionan. En contraste con la explicación de Hart de la naturaleza del derecho, el tratamiento de estos temas por Gray no suministra una base común sobre la que relacionar entre sí la autoridad de los tribunales para alcanzar decisiones válidas y también los «criterios de validez» que explican la razón por la cual ciertas fuentes de derecho se acepta que suministran material para una opción válida y autorizada. En contraste con Kelsen, la explicación de Gray supone la omisión de uno completo de los estadios del proceso gradual de «concreción» del derecho. La crítica de Kelsen a la noción de «verdaderos normadores de la sociedad» de la explicación de Gray ya ha sido considerada. Observemos ahora la opinión de Kelsen sobre una teoría que se concentra en la posición de los tribunales en el sistema jurídico a riesgo de no acertar a señalar su relación con otros órganos jurídicos creadores de normas.

Para Kelsen el acto judicial no es sino un estadio del proceso de creación del derecho que sólo se considera completo sobre la base de la estipulación de que una sanción será aplicada. Sus dos funciones principales son la determinación de si las condiciones especificadas en la norma general y abstracta se dan en el caso particular, y, si se dan, la estipulación de que la sanción será aplicada. En ambos casos la decisión judicial tiene carácter constitutivo. Kelsen también integra los casos en que no hay norma general que prevea cierta situación, diciendo que otras normas del orden jurídico pueden autorizar la estipulación de una sanción en uno u otro sentido, en el supuesto de que el tribunal se encuentre con una ausencia de norma jurídica que pueda dar

como resultado que la situación particular sea insatisfactoria, injusta o no equitativa. Sin embargo, sólo hay una diferencia de grado entre este caso y aquel en que el tribunal aplica el derecho preexistente; pues en cierto sentido, al ordenar la sanción, el tribunal está siempre en la posición de legislador a causa del carácter constitutivo de toda decisión judicial. Por otro lado y paradójicamente, puede decirse que un tribunal siempre aplica un derecho preexistente, sea derecho «substantivo» o solamente «adjetivo», eso es así, en otras palabras, incluso si el tribunal está sólo aplicando las normas generales que regulan su propia existencia y el procedimiento. De este modo se imputa a los tribunales una función creadora y al mismo tiempo la reglamentación de los tribunales mismos se acomoda a la teoría de Kelsen.³¹

Un tratamiento similar del carácter creador pero reglado del proceso judicial se puede encontrar en la explicación de Hart. Las normas de adjudicación ayudan a proveer al sistema jurídico de una cualidad dinámica y creativa, y sirven también para mantener las operaciones de los tribunales dentro de ciertos límites basados en normas. De acuerdo con Hart, una teoría del derecho como la de Gray, que afirma que «el derecho es lo que los tribunales dicen que es», confunde la finalidad del acto judicial con una supuesta infalibilidad. Usando la analogía con un juego, es en cierto sentido verdad que para los propósitos del juego el tanteo es lo que el encargado del marcador dice que es. Sin embargo la norma de tanteo permanece invariable antes y después del pronunciamiento del encargado del marcador y la función de éste en el juego es aplicar las normas que regulan el tanteo lo mejor que pueda. Un juego de «tanteador arbitrario» sería un juego diferente, y altamente incierto a este respecto. Aunque una norma puede tener límites imprecisos, tiene también un núcleo con significado establecido.

OLIVER WENDELL HOLMES

Aunque la atención de Gray se dirige específicamente al carácter de la decisión judicial, todavía, es un jurista analí-

³¹ Ver *General Theory of Law and State*, pp. 150-152.



tico que se ocupa del análisis de la naturaleza del derecho. Holmes, por el contrario, adoptó una actitud más escéptica. Su escepticismo puede rastrearse a través de la obra de los escritores norteamericanos modernos, y consiste en la atención prestada a la incerteza del derecho cuando se le considera meramente como un conjunto de normas. Es característico de la obra de estos escritores el que muestran una tendencia a minimizar la naturaleza normativa o prescriptiva del derecho y hacen gala, más bien, de una marcada insistencia en un enfoque estrictamente pragmático del derecho.

Un componente de incertidumbre en el derecho en la medida en que se aplica a los problemas sociales no es de ningún modo algo necesariamente malo, pues la adaptabilidad del contenido del derecho positivo a las condiciones económicas y sociales cambiantes debe ser, obviamente, bien recibida. Como Holmes dice: «El derecho engloba la historia del desenvolvimiento de una nación a través de muchos siglos, y no puede ser tratado como si solamente contuviera los axiomas y corolarios de un libro de matemáticas».³² «La vida del derecho —dice— no ha sido lógica; ha sido experiencia». Esta frase célebre es aplicable a una gran cantidad de obras que se han escrito después de él, y suministra una clave para entender esas obras. La vida del derecho, como descripción del sendero del derecho a través del laberinto del desarrollo económico y social, es claramente reducible a la aplicación práctica del contenido del derecho positivo. Es más o menos a esta luz como debe ser entendida otra de las muy conocidas afirmaciones de Holmes: «Las profecías sobre lo que los tribunales harán de hecho, y no otra cosa más pretenciosa, es lo que yo designo con el término derecho».³³

En palabras de Bodenheimer,³⁴ Holmes «considera el derecho en gran medida como un cuerpo de edictos que representan la voluntad de los intereses dominantes en la sociedad, respaldados por la fuerza». Hay una notable semejanza entre este método de expresar el poder en un sistema jurídico y una de las posibles interpretaciones de la noción de Gray de «verdaderos normadores de la sociedad». Los puntos de vista

³² *The Common Law*, p. 1.

³³ *The Path of the Law*, p. 173.

³⁴ BODENHEIMER, *Jurisprudence* (1962), p. 115.

de ambos, Gray y Holmes, parecen representar el tipo de caracterización de ese poder que probablemente se deriva de un enfoque del derecho como los suyos que desvía la atención del estudio del carácter normativo del concepto derecho en dirección al estudio de como *las leyes* funcionan de hecho.

LLEWELLYN Y LAS NORMAS JURIDICAS

Una de las características principales que muchos de los recientes tratadistas norteamericanos comparten con Holmes es una preocupación por la creación del derecho, al menos de las decisiones judiciales. Esta tendencia característica tiene también reminiscencias de Gray³⁵ en que muestra atención a la fuente de los pronunciamientos autorizados en el interior de la institución del sistema jurídico positivo. Su efecto sobre un análisis de la naturaleza del derecho como el de Gray es el marginar las influencias normativas en el carácter del derecho. En escritos posteriores, como los de Llewellyn, que dan un corte más claro entre el carácter del derecho y su contenido, un efecto similar se produce: A los hechos contextuales, que se combinan para influir sobre la acción de los funcionarios se les da incluso más atención que a las normas jurídicas positivas en torno a las cuales operan esas influencias.

En cierto sentido puede considerarse «realista» poner el acento en los factores que en último término condicionan el resultado específico de la acción judicial. Sin embargo, en un análisis del *carácter* del derecho una explicación que concentre tanto la atención en el contexto fáctico de la decisión judicial, incluyendo los gustos y prejuicios de los mismos jueces, sería en amplia medida una teoría de último recurso. Con respecto al contenido de las normas jurídicas esta marcada preocupación hacia las influencias no normativas puede ser atribuida quizá, por lo menos en parte, a ciertas condiciones del sistema jurídico-político de EE.UU. que no se encuentran en los sistemas jurídicos que han servido de ejemplo para algunos de los enfoques menos radicales e icono-

³⁵ E incluso de la atención de Austin al *hacerse* de las leyes mediante un soberano, ver *supra*, cap. 4.

clastas del estudio de la ciencia del derecho.³⁶ El primero de esos rasgos distintivos del sistema jurídico norteamericano es la Constitución federal de la unión de estados que hacen que un planteamiento austriano del análisis del derecho resulte muy inadecuado (aunque quizás, el planteamiento de Bentham logre evitar algo esta crítica). Sería una tarea gratuita y errónea empeñarse en buscar el «soberano» o cuerpo soberano en el sistema de EE.UU. Los complicados caminos a través de los que la cooperación entre las autoridades del Estado y las autoridades federales se logra desafían un análisis de este tipo. En segundo lugar, no es sorprendente que a lo largo de esa multiplicidad de Estados puedan encontrarse algunas variaciones notables en las condiciones sociales, políticas y económicas. Williston decía en 1929 que «cada Estado está desarrollando una jurisprudencia propia que tiende a resultar cada vez más independiente del derecho de otros Estados».³⁷ Un ulterior rasgo de la mayor significación es la poderosa posición del Tribunal Supremo que, de acuerdo con la autoridad de la enmienda 14^a, puede actuar como censor incluso de la legislación del estado.

En *Karl Llewellyn and the Realist Movement*³⁸ Twining cita a un contemporáneo de muchos de los más importantes realistas, y también de Llewellyn. «El profesor Max Rheinstein ha sugerido que tres problemas que surgen de la exigencia jurídica norteamericana han dominado la conciencia de sus juristas: el problema de adaptar el *common Law* a las circunstancias del Nuevo Mundo; el problema de dar un contenido específico a las amplias fórmulas de la Constitución de 1787 y de adaptar esas fórmulas a las condiciones cambiantes; y, en tercer lugar, la preservación de la unidad del *common Law* en un país heterogéneo con una multiplicidad de jurisdicciones. A esta enumeración pudieran añadirse dos problemas conexos: el de la modernización del derecho en el despertar de la revolución industrial y tecnológica que impregnó a EE.UU. en el período posterior a 1870, y el problema de la simplificación de las fuentes del derecho a

³⁶ Para revisión detallada, de la que se toman los siguientes datos, ver GOODHART, «Some American Interpretations of Law», en *Modern Theories of Law*, 1.

³⁷ *Some Modern Tendencies in the Law*, 1929, p. 73.

³⁸ En la serie *Law in Context*: Weidenfeld & Nicholson, 1973.

medida que la profesión jurídica y los tribunales quedaban más y más inmovilizados por la prodigiosa fecundidad en legislación, reglamentos y colecciones jurisprudenciales. A su vez estos intentos de simplificar cooperaron a producir una reacción que se basaba en la contemplación de que las "soluciones" preferidas no tenían adecuadamente en cuenta las complejidades de la vida moderna». ³⁹ Twining añade que «las controversias entre juristas analíticos y sociologistas y entre "formalismo" y "funcionalismo" parecían, al menos en parte, reflejar las diferencias en torno a las prioridades que había que dar a las necesidades relativamente "estáticas" de unificación y sistematización y a la necesidad dinámica de la adaptación continua de las instituciones jurídicas a las condiciones y valores cambiantes. En EE.UU. la complejidad de su sistema jurídico y el ritmo del cambio a lo largo de los últimos cien años se han combinado para acentuar la tensión entre estas necesidades opuestas. Tal movimiento realista representa a una parte de la vanguardia radical que pedía una jurisprudencia "dinámica" como base para dar un mayor sentido de urgencia a los problemas de adaptar el sistema jurídico a las necesidades del siglo xx». ⁴⁰

En un sistema de autoridad jurídica así constituido las influencias unificadoras no pueden en absoluto ser encontradas tan claramente como en algunos sistemas europeos que han proporcionado la materia prima de mucho positivismo jurídico. Se concluye por prestar menos atención a las meras «normas de papel» (*paper rules*) y la atención se dirige, en escritores como Llewellyn, al comportamiento de los funcionarios jurídicos y especialmente a las acciones y pronunciamientos de los jueces. El interés por el carácter estructural del derecho es superado por la preocupación acerca de los aspectos funcionales de los tribunales y de la judicatura en el proceso de la regulación jurídica. En la primera edición de *The Bramble Bush*, una de las más conocidas obras tempranas de Llewellyn, dice de los funcionarios del sistema jurídico: «Lo que esos funcionarios hacen acerca de los litigios es, en mi opinión, el derecho mismo». Sin embargo, en el

³⁹ *Ibid.*, en pp. 1-2.

⁴⁰ *Ibid.*, en p. 8.

prefacio a la última edición de su libro,⁴¹ reconoce que estas palabras no son sino «un enunciado muy parcial de toda la verdad». Admite que una de las funciones obvias del derecho es ejercer cierto grado de control sobre los funcionarios legales, e incluso orientarles en situaciones en las que el control estuviera fuera de lugar o fuera imposible. Tal descripción de la judicatura tiene una gran reminiscencia de la expresión de Hart «Operaciones gobernadas por normas».

Llewellyn mantiene que es importante ver que existen ciertas regularidades en lo que los funcionarios hacen acerca de los litigios —regularidades que hacen posible predecir lo que ellos y otros funcionarios van a hacer probablemente en el futuro. Su versión de lo que se conoce comúnmente como «escepticismo de las normas» puede verse en su exhortación a contemplar no sólo lo que los jueces *dicen*, sino también lo que realmente *hacen*. El concepto de derecho en estado de fluidez es un concepto que ha ejercido una influencia fundamental sobre los modernos tratadistas norteamericanos agudamente conscientes de que las disposiciones jurídicas deben ser siempre adaptadas a las necesidades siempre cambiantes de la sociedad. El mismo tipo de observación puede encontrarse en libros de esta orilla del Atlántico sobre el proceso judicial. Para los realistas norteamericanos, sin embargo, lo que cuenta realmente es el *hacer*; *el decir* consiste en las normas, y el papel que las normas juegan en *el hacer* las cosas ha de encontrarse en su ayuda parcial a la predicción de la acción judicial futura. Las normas no pueden hacer más que cumplir este papel parcial, pues «si los deseos fueran caballos, los mendigos cabalgarían».

Tanto Llewellyn como Hart usan la analogía de normas de derecho y reglas de un juego pero infieren consecuencias diferentes que varían con el tipo de enfoque del derecho adoptado por cada uno. Hart indica que la finalidad del juicio del encargado del marcador —comparable con el juicio del juez— significa que para los propósitos del juego el tanteo es lo que el encargado del marcador dice que es. Sin embargo esto es así sobre la base de una norma de tanteo, y es obligación del encargado del marcador aplicar esa norma lo mejor que

⁴¹ Oceana Publications, Nueva York, 1960, p. 9.

pueda. De acuerdo con Llewellyn, por el contrario, son pocos los juegos en que las normas son siempre observadas, y por ello podemos ver a los funcionarios del sistema jurídico operar como árbitros en sus tentativas de ver si las reglas son observadas. El árbitro, como juez, no puede ver siempre una violación de las normas y puede ser partidista, terco, ignorante o de temperamento enfermizo. Además, todos estos aspectos de la importancia central del lugar de los tribunales en el sistema puede ejercer una influencia que es, en opinión de Llewellyn, de vital importancia en el proceso de la decisión judicial: pueden influir la determinación de los hechos. Y es sobre los hechos jurídicamente relevantes sobre los que opera la decisión judicial. Con este aspecto del funcionamiento del derecho en mente puede ser considerado ahora el todavía más radical e iconoclasta planteamiento de Frank.

FRANK: EL ESCEPTICO DE LOS HECHOS

El realismo fue descrito por Llewellyn como un esfuerzo hacia una terminología jurídica más eficaz. Durante una tormenta en un vaso de agua fue confundido por algunos con una filosofía del derecho, y no lo era. El movimiento hacia un enfoque realista del derecho no está, sin embargo, desconectado de la teoría del derecho. En su libro *Law and The Modern Mind*,⁴² Frank examina cierto número de rasgos de las teorías del derecho que han sido consideradas en los capítulos anteriores.

Su posición con respecto a la función creadora de la decisión judicial puede mostrarse ante todo con referencia a su tratamiento de la codificación. De acuerdo con Frank la codificación no puede crear un cuerpo de normas que excluya la innovación judicial y garantice la completa predecibilidad. Sobre el Código alemán de 1900 Frank decía: «No produjo certeza sino un estéril logicismo».⁴³ Es significativo, dice, que la gente que cree en un código omnisuficiente también com-

⁴² Primera ed. 1930; primera edición inglesa, Stevens, 1949.

⁴³ *Ibid.*, p. 188.

parta la «teoría imperativa» del derecho; y en un párrafo que es típico de la exuberante iconoclastia de Frank clasifica ambos modos de pensar como el sueño de un niño, «un análisis desesperadamente simplificador de la naturaleza del derecho».

Ni siquiera el punto de vista de Gray de los jueces como creadores de derecho logró satisfacer a Frank. Para Cardozo, otro célebre juez norteamericano, Gray era demasiado radical al decir que las normas no constituyen derecho sino solamente fuentes de derecho; si la norma es clara, no hay lugar para la legislación judicial.⁴⁴ Por el contrario, de acuerdo con Frank, las normas creadas por las acciones de los jueces no son más derecho que lo son las normas; las normas son meramente palabras y esas palabras sólo puede ponerse a funcionar a través de una decisión judicial «fresca». Incluso, Frank llega hasta el punto de decir que nuestras fuentes de derecho, a fin de representar un panorama realista, tendrían que incluir consideraciones tales como el favoritismo y el prejuicio entre los miembros de la judicatura y a los testigos olvidadizos, ignorantes o estúpidos. A estas alturas está claro, por ello, que la insistencia de un planteamiento realista de la descripción del derecho está identificando de hecho a las propias normas jurídicas con la administración de justicia en el marco suministrado por esas normas.

Las opiniones expresadas por Holmes gozaban mucho del favor de Frank cuando *Law and the Modern Mind* fue escrita. Holmes fue descrito por Frank como «el jurista plenamente adulto». Frank estaba de acuerdo con Holmes cuando decía que «las proposiciones generales no deciden los casos»; y aunque la visión del derecho de Holmes como las «profecías de los que los tribunales harán de hecho» se limitaba al punto de vista del «hombre malo» que desea conocer «el derecho y nada más», esta atención hacia la predicción y hacia el material en que se basa fue entusiásticamente aceptada por Frank. Mientras que algunos de sus predecesores habían examinado el papel jugado por las reglas en la actuación judicial, Frank subrayó que la enorme mayoría

⁴⁴ CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*.

de los casos que nunca van a juicio en segunda instancia dependen en último término de las influencias que condicionan el procedimiento de determinación de los hechos en la instancia inferior. Fue este factor el que llevó a Frank a criticar a Cardozo por concentrarse en los componentes de la administración del derecho que atañen realmente a la instancia de apelación. «Para Cardozo —decía Frank— un dos por ciento de rabos representa a un noventa y ocho por ciento de perros».

Fue Holmes el que dio origen a la llamada «teoría predictiva» del derecho y Frank se desposó felizmente con estas doctrinas en 1930. En 1949, cuando escribió *Courts on Trial*, Frank decía ya que hasta el método de profetizar de Holmes era incierto. Los factores aparentemente mundanos sobre los que Frank concentró su atención tardía son prueba del modo en que es posible orientar un estudio del funcionamiento del derecho hacia una ciencia puramente fáctica, no normativa. Pero, al mismo tiempo, está perfectamente claro a estas alturas de la argumentación que hemos abandonado ya toda intención de explicar la *naturaleza* del derecho y vamos en dirección a un reconocimiento de todas las muchas condiciones fácticas que pueden comprensiblemente tener relación con el contenido del derecho positivo y con las discusiones que se producen en torno a él.

PALABRAS FINALES

Un rasgo particularmente significativo del «escepticismo de los hechos» que impregna la obra de Frank es el modo en que descubre la importancia del elemento personal en todo proceso de selección y decisión. Tal selección, y la responsabilidad de la decisión, son rasgos sobre los cuales todos los realistas norteamericanos pusieron mucho acento. En una elección entre alternativas, la persona que toma la decisión estará casi seguro influida por lo que él cree que debe ser el resultado correcto. Es quizás aquí donde algunos de los componentes de razón y justicia a que nos referimos en los capítulos 2 y 3 mejor pueden encontrar su sitio.

CAPÍTULO 9

Teoría jurídica soviética

I

INTRODUCCION

Incluso una corta introducción a la teoría del derecho como la presente estaría incompleta sin al menos una breve referencia al pensamiento jurídico y a las instituciones jurídicas que tienen su origen en las obras de Marx y Engels. A pesar del título de este capítulo, las teorías del derecho que se van a examinar no son privativas de la URSS, sino que son comunes a los países de la Europa del Este. Este campo de la ciencia del derecho es conocido indistintamente como teoría jurídica socialista o como teoría jurídica comunista. Sin embargo, como se verá en seguida, las expresiones «socialista» y «comunista» asumen significados específicos y diferentes en la doctrina marxista y en sus ramificaciones, y por ello serán limitados en la discusión presente a los contextos adecuados.

La teoría soviética del derecho es substancialmente diferente de otras teorías y filosofías del derecho que han sido examinadas en capítulos anteriores. Aunque las teorías del derecho natural han aspirado, por varios caminos, al establecimiento en la sociedad de valores fundamentales, y algunas veces permanentes, difícilmente puede decirse que ninguna comunidad razonablemente catalogada del presente, exprese la realización de las ideas del derecho natural. Las teorías del derecho natural han tenido su mayor eficacia en

sistemas y comunidades que han buscado mejorar en su situación actual o que se han encontrado con algunos grandes problemas prácticos que el derecho natural podía ayudar a resolver. El positivismo moderno, en sus varias formas, descansa en su mayor parte, sino completamente, en las instituciones jurídicas existentes sobre las cuales y a partir de las cuales puede trazar un análisis del derecho y del sistema jurídico. Esta forma de análisis jurídico está fundada por tanto sobre el sistema jurídico. El principal rasgo distintivo de las experiencias soviéticas es que un sistema jurídico ha sido basado en una filosofía, concretamente en la filosofía política y económica de Karl Marx y sus sucesores.

Puede por ello aceptarse desde el principio de la discusión que el sistema jurídico soviético participa de un carácter diferente del de los sistemas de Europa occidental y de EE.UU., los cuales han suministrado la materia prima para algunos de los principales análisis del derecho que hemos tratado en los capítulos precedentes. Esto es, desde luego, cierto en la práctica, pues las instituciones jurídicas del sistema soviético deben conformarse substancialmente a la doctrina marxista si quieren que se les otorgue una función y un lugar en la comunidad. Tal conformidad, junto a las ambigüedades o incertidumbres que la administración de justicia soviética es propensa a experimentar vista con ojos occidentales, será mencionada con más detalle inmediatamente. También se verá que la administración de justicia puede producir una incerteza doble por el hecho de que la teoría marxista es susceptible de más de una interpretación. Además, las diferencias de interpretación de la teoría general (la cual no fue desarrollada en su totalidad en el más pleno detalle teórico y práctico) han surgido tanto *a priori* cuanto como resultado de presiones políticas para producir una teoría del derecho a la medida de los políticos que mandaban en un momento determinado. La teoría marxista del derecho ha experimentado muchas variaciones y estadios desde su concepción original y especialmente desde la revolución de 1917, hasta tal punto que tanto la teoría jurídica como las instituciones jurídicas del bloque soviético son equiparables, como campos de estudio, a sistemas y análisis jurídicos que tienen una historia mucho más larga.

MARX Y ENGELS

Uno de los primeros documentos de gran importancia en el desarrollo del comunismo en general, y de la teoría jurídica socialista y comunista en particular, fue el *Manifiesto Comunista* de Marx, del cual cerca de mil ejemplares fueron impresos en Londres en 1848¹ cuando Marx iba a cumplir los treinta años y Engels era un par de años más joven. A la sazón muy poca gente consideró el documento de cierta importancia, excepto ellos dos. En la relación entre ambos, que resultó una sólida unión, Marx suministraba la filosofía y la decisión de influir en la vida de los hombres, y Engels suministraba el dinero (al principio) y, lo que era más importante, cierta experiencia fundamental de primera mano acerca de las condiciones sociales y económicas del Lancashire industrial de los primeros años de la década de 1840.

El tema de *El Manifiesto Comunista* es simple y está caracterizado por la primera frase: «La historia de todas las sociedades existentes hasta hoy es la historia de la lucha de clases». En la busca de una dirección y un tema para una filosofía económica que ya existía en forma embrionaria, Marx se aferró en seguida a la experiencia aportada por Engels. «Cuando Engels describió las condiciones en Lancashire y llevó posteriormente a Marx a visitarlo, éste se dio cuenta que había encontrado la clave del cambio histórico. La fuerza motriz no estaba en las mentes de los hombres, sino en el sistema de producción».² En algunas de sus afirmaciones principales sobre la influencia suprema de la lucha de clases en el desarrollo social, Marx hizo muchas suposiciones. Ejemplos extremos son algunas de las generalizaciones universales que hizo acerca del estado de la sociedad mundial basándose en la industria de tejidos de Lancashire. Sin embargo, gran número de sus predicciones sobre el progreso del desarrollo de las clases y la evolución económica han probado ser absolutamente correctas. Marx es ahora un maestro reconocido de la historia del pensamiento comunista —un espaldarazo que no dudó que obtendría incluso en sus años oscuros.

¹ Para más detalles, ver *Marx-Engels: The Communist Manifesto*, ed. A. J. P. Taylor, Pelican Books, 1967.

² *Op. cit.*, p. 18.

Puesto que la lucha de clases constituye la base del conflicto social y del desarrollo social y económico, deben ser enumerados los estadios ideales del desenvolvimiento de una comunidad. En un estadio muy primitivo de la explotación del hombre por el hombre existe la esclavitud, una institución condenada completa y universalmente en nuestros días —aunque no era así hace sólo dos siglos en Inglaterra y en EE.UU. Los esclavos en algunas épocas de la historia son considerados poco más que cosas, y tal situación evidencia una completa explotación de ellos por la clase dominante, como si de sus caballos o de sus campos se tratara. El siguiente estadio típico en el desarrollo social es el sistema feudal, basado en la posesión de tierras y en la propiedad y en la dominación de los siervos. Esta comunidad tiene una gradación desde la cumbre hasta la base, más diversificada que las rígidas jerarquías de los tiempos anteriores, pero la «diversificación» es a pesar de todo muy escasa. El surgimiento de la clase media comerciante significa el comienzo de la burguesía, y es este estadio del desarrollo económico y social el que caracteriza a todas las comunidades modernas avanzadas no comunistas. En este desarrollo de la sociedad, el instrumento de la dominación económica ha cambiado, desde la posesión de las tierras en el sentido feudal al capital, estando ese capital, a pesar de todo, representado con frecuencia por la influencia de los propietarios. Aunque, para Marx, la industria textil de Lancashire representaba al capitalismo, y aunque pensaba que estaba viviendo en una época de capitalismo plenamente desarrollado, cuando de hecho en esos momentos el capitalismo se iniciaba, Marx era substancialmente exacto en su previsión acerca de las características de un sistema burgués de explotación capitalista.

El último estadio del desarrollo, según Marx, es la socialización de la sociedad que conduce al estadio del comunismo perfecto cuando todos los elementos capitalistas y burgueses han sido eliminados. Este estadio final puede sobrevenir como resultado de la evolución o bien de la revolución, necesitando esta última un catalizador positivo y probablemente violento que la primera no necesita. Siendo Marx, como era, el creador de la doctrina que ahora posee un número tan enorme de ramificaciones en la teoría y en la práctica de la admi-

nistración social, el estadio del comunismo perfecto fue obscuramente percibido por él como una utopía al final de un negro túnel repleto de luchas sociales y económicas. Incluso el estadio del socialismo, que sucede al sistema de explotación capitalista burguesa y precede a la meta final del perfecto comunismo, no fue delineado en gran detalle en los escritos del mismo Marx. Con ello quedaba abierto el camino para amplias y a veces contradictorias variaciones en el pensamiento posrevolucionario.³

MARX, ENGELS Y EL ESTADO

Para Marx el derecho representa lo que él llama una *superestructura*, que es usada en los sistemas normativos burgueses capitalistas para apoyar los fines de la clase económicamente dominante y explotadora a expensas, para decirlo en términos de trabajo y producción, de la clase oprimida —el proletariado. Marx vio el orden normativo de las sociedades capitalistas como una capa para ocultar la dominación económica de un grupo dirigente minoritario, y presumió que los conceptos de Estado y derecho eran por tanto, en su naturaleza misma, instrumentos para el mantenimiento de tal explotación mediante la coacción sistemática. De este modo, Marx se negaba a reconocer el derecho como un fenómeno normativo cuyo carácter puede ser objeto de conocimiento jurídico sin ninguna referencia necesaria al contenido material de las leyes particulares.⁴ A diferencia de la *superestructura*, proyectada así por la clase explotadora para proteger y apoyar sus intereses, llamados por Marx ideología,⁵ la realidad de la sociedad o *infraestructura* descansa en las relaciones económicas que la permean. Marx no solamente conceptualizó el nacimiento del poder del proletariado como

³ Puede advertirse que *El Manifiesto Comunista* es sólo de una extensión aproximada de 2000 palabras y por ello es difícilmente sorprendente que los puntos de vista de Marx sobre el desarrollo social y económico encuentren una expresión relativamente poco detallada en esta obra.

⁴ En esto puede trazarse un quizá sorprendente paralelo entre la teoría jurídica marxista y algunos aspectos del realismo jurídico norteamericano moderno; cfr. capítulo VIII, pp. 223-229, *supra*; también p. 258, *infra*.

⁵ Para una discusión detallada del uso por Marx de la expresión «ideología» ver KELSEN, *The Communist Theory of Law*, Stevens, 1955, cap. I.

un estadio característico del desarrollo social subsiguiente a la superación de la dominación burguesa capitalista; afirmó también que ello acontecería como una necesidad científica, verificable mediante leyes sociales objetivas.

En contraste con un uso más familiar de la expresión *ideología*, y con un uso que los observadores occidentales están acostumbrados a aplicar a lo que consideran un concepto de la naturaleza del derecho preñado de política, Marx afirma la naturaleza no ideológica del Estado socialista. Esta forma de Estado refleja, según Marx, la realidad de leyes sociales objetivas, y la transición del capitalismo burgués al dominio del proletariado no es meramente una división entre sociedades con diferencias de grado, sino un estadio en el que la comunidad cambia *cualitativamente*.

Por supuesto, se preguntará: si el marxismo concibe el derecho y el Estado como instrumentos de explotación característicos de la opresión capitalista ¿por qué se habla todavía de derecho y de Estado socialista después de que el proletariado ha asumido el poder? La respuesta a esta pregunta, dada por el propio Marx, implica distinciones sutiles, y la ambigüedad en este punto de su doctrina ha confundido y ayudado a los teóricos jurídicos soviéticos en función de sus objetivos y de su integridad. En una sociedad comunista perfecta no habrá Estado porque no habrá necesidad de él, y la existencia de derecho y Estado denotarían la continuación de las luchas de clases y de los conflictos económicos que en ese momento, por definición, habrían cesado de existir. Sin embargo en el estadio de socialismo que precede al comunismo todavía habrá leyes y un Estado de cierto tipo, frecuentemente aludido como un «semiestado». Será solamente un Semiestado desde el punto y hora en que su objetivo será cualitativamente diferente de aquel del Estado en sentido tradicional; pero, a pesar de todo participará de la naturaleza de un Estado en algunos extremos, siendo la coacción sistemática o al menos su posibilidad un componente necesario para moldear las relaciones económicas y sociales en dirección al comunismo. En el período de transición entre la superación del sistema capitalista y la consecución del comunismo completo, los conceptos tradicionales de «derecho» y «Estado» son adaptados a los fines marxistas particulares.

En terminología que significaría para el observador occidental exactamente lo opuesto de lo que significa para ellos, los teóricos del derecho en los países socialistas mantienen que el aspecto «estatal» del «Semiestado» de transición es, a diferencia del Estado ideológico capitalista, un complemento no ideológico de la dictadura del proletariado. Se declara que es no ideológico porque tal concepto de Estado es meramente un medio para un fin, un instrumento necesario en el advenimiento del comunismo, susceptible de ser usado solamente en la medida en que es necesario para proteger la autoridad del proletariado económicamente dominante contra las arremetidas de algunos elementos capitalistas residuales de la sociedad. Cuando esos elementos adversos sean eliminados, el Semiestado, junto con las leyes, desaparecerá. Adviértase que son las *leyes* lo que se dice que está en proceso de atrofia y no el *derecho*, pues es inconcebible que el carácter del derecho, o el derecho como concepto, pueda «desaparecer».

Sin embargo, la doctrina marxista identifica el contenido del derecho con su carácter y se desliza, a veces casi imperceptiblemente, de significado del término al otro. Surge así una contradicción fundamental⁶ en la teoría marxista del Estado, puesto que el Estado es concebido simultáneamente como la maquinaria coercitiva para el mantenimiento y para la abolición de la explotación.

II

TEORIA JURIDICA SOVIETICA

La literatura que desarrolla y comenta el marxismo, es, claro está, enorme. Igual que dijimos de Bentham que su análisis de la naturaleza del derecho se produjo casi como *obiter dicta* en el curso de su total aportación a otros campos mayores de estudio, podemos decir lo mismo de la teoría del derecho en relación con los escritos de Marx. Para Marx,

⁶ El concepto marxista de dialéctica, tomado de Hegel, concibe tales contradicciones como fenómenos inherentes a la naturaleza de las cosas y con ello, inherentes a lo que puede, según Marx, afirmarse como realidad social objetiva.

también la naturaleza del derecho ha de ser concebida de modo apropiado a su filosofía general. Sin embargo, mientras Bentham dio un lugar preminente a la regulación jurídica en su contribución general a la reforma social, en la filosofía de Marx sucede exactamente lo opuesto. El objetivo principal del mantenimiento del derecho en un sistema socialista es, paradójicamente, proveer a su propia desaparición. En una de sus más conocidas obras, Engels, después de afirmar que durante el período de transición de la dictadura del proletariado, la intervención del poder estatal en las relaciones sociales resulta superflua en una esfera tras otra y se convierte en dominante de sí mismo, dice: «El gobierno sobre las personas será substituido por la administración de las cosas y la dirección de los procesos de producción. El Estado no es "abolido" (como pretenden los anarquistas), sino que desaparece».⁷ La superfluidad del Estado (o Semi-estado) y del derecho se producirá en el curso normal de los acontecimientos, y, una vez que el proletariado haya asumido el control sobre los medios de producción en la comunidad, tales leyes residuales serán meramente males necesarios. Se usarán para extinguir la reacción burguesa capitalista y después se inmolarán a sí mismas en la misma pira funeraria cuando cesen de ser necesarias más tiempo.

El *Manifiesto Comunista* fue escrito considerablemente antes de que los movimientos de la revolución empezaran realmente a manifestarse en Rusia. Por ello no es sorprendente que Marx y Engels no suministraran un panorama claro y definitivo del futuro del derecho en el período de la dictadura del proletariado. En el espíritu de su noción de dialéctica, de la noción de que las contradicciones se encuentran incluso en la realidad natural que no pueden explicarse o describirse sólo mediante la pura filosofía, Marx advirtió que el período de transición anterior a la implantación del socialismo no será perfecto. Durante el período de transición de la dictadura del proletariado habrá todavía defectos, y el derecho del «Estado socialista» estará impregnado de un mal de la sociedad burguesa, la desigualdad. «Estos defectos (la desigualdad del derecho) son inevitables en la primera

⁷ ENGELS, *Anti-Dühring*, p. 302.

fase de la sociedad comunista, cuando, tras un largo trabajo, emerja inicialmente de la sociedad capitalista. El derecho no puede nunca estar en un nivel superior a la estructura económica de la sociedad y a la evolución de la civilización condicionada por esa estructura».

La época en la que el *Manifiesto Comunista* fue escrito y las condiciones sociales y económicas que formaron el trasfondo de su tema, implicaron que los orígenes del socialismo y el comunismo se manifestaran de un modo que dejaba muchas ambigüedades sin resolver y que no suministraba una dirección realmente definida para el desarrollo práctico de la doctrina. En las aproximaciones al derecho que van a ser ahora descritas, el aspecto jurídico de la doctrina marxista es completado con la dirección de que carecía en su origen.

LENIN Y EL ESTADO

La obra primaria y básica de la teoría soviética del Estado (esencialmente conectada con la teoría soviética del derecho) es *El Estado y la Revolución* de Lenin, publicada en 1917.⁸ Lenin acentúa el carácter revolucionario de la doctrina marxista. Restringe la posibilidad de desaparición del derecho y del Estado en el Estado *socialista*, e insiste en que durante el período de transición de la dictadura del proletariado habrá una necesidad definida de Estado y de derecho para eliminar los elementos reaccionarios dentro de la comunidad. Lejos de pensar en un proceso de desaparición que comience inmediatamente después de que el sistema de capitalismo burgués haya sido superado por la revolución, Lenin declara: «La dictadura del proletariado produce una serie de restricciones de la libertad dirigidas a los opresores, los explotadores, los capitalistas. Debemos aplastarles para liberar a la humanidad de la esclavitud económica, su resistencia debe ser rota por la fuerza, y está claro que donde hay supresión hay también violencia, no hay libertad ni democracia».⁹ Contra una anticipada réplica de que tal situa-

⁸ LENIN, *Collected Works*, vol. XXI-2, Nueva York 1932, pp. 149 y ss.

⁹ *Op. cit.*, p. 153.



ción producirá efectos completamente contrarios a los de una sociedad socialista libre y democrática, Lenin añade que «este período resulta inevitablemente un período de luchas de clases inusitadamente violentas en sus posibles formas más agudas, y por ello el Estado durante este período debe ser, inevitablemente, un Estado que sea democrático de un modo nuevo (para el proletariado y el pobre en general) y dictatorial de un modo nuevo contra el burgués».¹⁰ En la medida, pues, en que el período de la dictadura del proletariado evidencia un Estado socialista caracterizado por la democracia para las clases anteriormente oprimidas, el concepto de «desaparición» del Estado es aplicable en el principio mismo de la situación posrevolucionaria. A pesar de todo, la admisión de contradicciones incluso dentro de las leyes sociales objetivas, deja el camino abierto a Lenin para abogar, perfectamente dentro de los límites de la doctrina marxista ortodoxa, por el derrocamiento y la supresión violenta de un cierto sector de la comunidad a través de los métodos coactivos a disposición del Estado socialista en desarrollo. El poder coactivo del Estado proletario ha de ser ejercido, dice Lenin, sólo contra la antigua burguesía. Tan pronto como la burguesía esté completamente abolida la maquinaria coactiva del Estado desaparecerá. La diferencia entre el Estado capitalista y el Estado proletario es explicada por Lenin así: «Bajo el capitalismo tenemos un Estado en el sentido propio de la palabra, es decir, una maquinaria especial para la opresión de una clase por otra [...] durante la transición del capitalismo al comunismo la opresión es todavía necesaria, pero es la opresión de la minoría de los explotadores por la mayoría de los explotados. Un aparato especial, una maquinaria especial de opresión, "el Estado" es todavía necesario, pero ahora se trata de un Estado transitorio, no ya de un Estado en el sentido usual de la palabra».¹¹

Así Lenin, por «reinterpretación» de algunos aspectos de la teoría marxista original supera el posible corte entre las exigencias teóricas y prácticas de la situación prerrevolucionaria en Rusia. Era un político práctico más que un

¹⁰ *Op. cit.*, p. 177.

¹¹ *Op. cit.*, p. 220.

filósofo, aunque puso una confianza substancial en la filosofía comunista para resolver las exigencias de los revolucionarios. Lloyd describe el enfoque de Lenin así: «Algunos de los más fervientes profetas del nuevo orden divisaron el cumplimiento instantáneo de la desaparición del Estado y del derecho con el advenimiento triunfante de la revolución. Lenin, sin embargo, adoptó un punto de vista más reflexivo y realista al reconocer que incluso una revolución triunfante no podía desembocar en la eliminación inmediata de todo el aparato del Estado y la panoplia del derecho. Llevaría cierto tiempo el que surgiera una sociedad totalmente sin clases y, aunque con ello, Lenin no abandonó la concepción marxista de la desaparición en último término del Estado cuando tal sociedad se haya conseguido, reconoció la necesidad, durante un período intermedio en el que los conflictos de clase tenían todavía que ser eliminados y los elementos sobrevivientes de la burguesía destruidos, de que el aparato del Estado y el derecho coactivo fuera mantenido».¹²

TEORIA JURIDICA DEL ESTADO SOVIETICO

Los años que siguieron a la revolución de 1917 se caracterizaron por la desorganización y el desorden. Los llamados tribunales del pueblo y de los trabajadores funcionaron de modo asistemático y una justicia flexible fue administrada por tribunales *ad hoc*. No pudo ser instaurado un sistema de «administración de las cosas» de la noche a la mañana, y durante el período de la Nueva Política Económica, introducido por Lenin para hacer frente a las realidades económicas del período, se tuvo que reconocer que era necesaria cierta forma de regularización jurídica. De otra manera el orden no substituiría al caos. Este período fue conocido como un período de «legalidad revolucionaria» en el cual todas las formas residuales de coacción jurídica estarían subordinadas a las necesidades económicas y sociales hasta el momento en que finalmente desaparecieran.

El más eminente representante de la teoría jurídica so-

¹² LLOYD, *Introduction to Jurisprudence* (3.^a edición), Stevens 1972, pp. 634-635.

viética en su fase primera de desarrollo fue Pashukanis. Impresionado por las necesidades sociales y económicas que se reflejaban en la insistencia de Lenin por el mantenimiento temporal de una legalidad revolucionaria, Pashukanis concedió que el poder coactivo del Estado debía mantenerse para preparar las condiciones para la desaparición última del poder de gobierno. Sin embargo, tan pronto como las relaciones sociales dentro del sistema soviético comenzaron a disponerse en un cierto orden, Pashukanis desarrolló una doctrina completamente marxista que se situaba en total oposición a todo concepto burgués del derecho.¹³ «Bajo el disfraz de una igualdad superficial, Pashukanis vio todo derecho como una tapadera para los intereses burgueses de clase; para él el derecho era necesariamente una institución capitalista».¹⁴

Pashukanis llevó la visión marxista de todo derecho como instrumento de explotación económica burguesa a su conclusión lógica y tendió a describir algunas de las leyes e instituciones de las sociedades no comunistas de forma que las hacía aparecer a todas como producidas para alentar y preservar tal explotación. «Para inyectar en la teoría del derecho la dosis más fuerte posible de marxismo, Pashukanis imita la interpretación económica de Marx de los fenómenos políticos mediante la reducción en el ámbito de la ciencia del derecho, de los fenómenos jurídicos a fenómenos económicos en general, y en particular a los fenómenos económicos que sólo pueden existir en un sistema capitalista de economía basado en el principio de la propiedad privada de los medios de producción. Rechaza la definición del derecho como un sistema de normas por "ideológica"».¹⁵ Podría decirse que Pashukanis fue influido por Marx del mismo modo que Marx había sido influido por los telares de Lancashire.¹⁶

Sin embargo, a medida que el tiempo transcurría y el período de la dictadura del proletariado se suponía que estaba dando paso a un socialismo en el que el derecho y el Estado podían eventualmente desaparecer, comenzaron a expresarse dudas en los círculos políticos acerca de la conve-

¹³ Ver E. B. PASHUKANIS, *Teoría general del derecho y marxismo* (Barcelona, Labor, 1976). Ver BABB y HAZARD, *Soviet Legal Philosophy*, 1951, pp. 111 y ss.

¹⁴ LLOYD, *op. cit.*, p. 636.

¹⁵ KELSEN, *The communist Theory of Law*, pp. 89-90.

¹⁶ Para la doctrina de Marx, ver *supra*, p. 235.

niencia de dejar las riendas de la maquinaria coactiva estatal. Una vez más, bajo la inspiración de la dialéctica, de acuerdo con la cual las contradicciones se consideraban parte de la realidad natural, una doctrina nueva que orientaba el curso de la teoría jurídica soviética en una dirección substancialmente diferente de la que había tenido hasta entonces ininterrumpidamente, comenzó a proponerse.

Comenzó a temerse que una reducción en las medidas coactivas que se habían mantenido tanto tiempo pudiera poner en el mayor de los peligros al incipiente socialismo. La expresión «cerco capitalista» había sido usada ya en la doctrina marxista ortodoxa aunque de un modo frecuentemente ambiguo. El término podía interpretarse que se refería o a las influencias burguesas capitalistas residuales dentro de la comunidad socialista —«cerco» en sentido metafórico—, o para dar a entender el bloqueo geográfico (y también metafórico) de comunidades no socialistas y por tanto enemigas. Hasta su muerte, en 1924, Lenin había creído que la revolución mundial era inminente y ello influyó en su aceptación de la doctrina marxista en lo relativo a la eventual desaparición del derecho y del Estado después de que el período de «Semiestado», el período de transición hubiera cesado de existir. En una extensión aparentemente natural de esta actitud, Pashukanis pasó a discutir el período *que seguía* a aquel con el que Lenin había tenido inmediatamente que ver, y al que Lenin había hecho referencia obvia.

En 1936, año de la Constitución de Stalin y momento en el que el logro del socialismo fue declarado, la legalidad revolucionaria dio paso, no al socialismo sin derecho, sino a la «legalidad socialista». El período que condujo a esta declaración se caracterizó por el temor a dejar las riendas del poder y por el deseo de algunos elementos principales dentro de los cuadros políticos de reforzar y asegurar los métodos de coacción estatal y regulación jurídica.

LEGALIDAD SOCIALISTA

La nueva dirección dada a la noción de «cerco capitalista» produjo una transición desde la legalidad revolucio-

naria temporal de la dictadura proletaria a una concepción más permanente y estable de derecho socialista. Como lo expresa Lloyd, «... aunque el concepto marxista todavía se reputaba deseable y podía esperarse llevarlo a cabo en último término cuando el mundo entero hubiera logrado una situación sin clases,¹⁷ a la sazón, mientras el socialismo soviético existía sólo sobre una base nacional rodeado por poderes capitalistas, seguía en vigor la necesidad de la protección del Estado y del concepto de un derecho estable. En la medida en que atañía a la Unión Soviética, la sociedad socialista había sido lograda y el período de transición al socialismo podía considerarse como terminado, ya que no había ninguna lucha de clases en esa sociedad y todos los elementos hostiles habían sido eliminados. Sin embargo, esto no debía considerarse como un anuncio de la desaparición del Estado y el derecho sino, al contrario, debían establecerse instituciones jurídicas sobre bases socialistas».¹⁸

La motivación política que había tras este mero reforzamiento del control jurídico venía del mismo Stalin que dejó a su Comisario de justicia,¹⁹ Andrei Vyshinsky, que construyera una filosofía del derecho que pusiera al nuevo concepto en la línea de la doctrina marxista ortodoxa. La principal opinión de Pashukanis había sido que el «derecho» alcanzaba su mayor (y al mismo tiempo más indeseable) desarrollo bajo el capitalismo; que derecho era sinónimo de una ideología capitalista que debía ser evitada a toda costa en la sociedad socialista. Por el contrario, el concepto de legalidad socialista llevaba consigo una forma justificada de regulación normativa dirigida al reforzamiento de la comunidad socialista, especialmente contra los ataques exteriores. Vyshinsky condenó a Pashukanis por apoyar una doctrina del derecho que hubiera sido un instrumento inadecuado del proletariado en su lucha por el socialismo. Lejos de reforzar realmente la causa de la comunidad socialista la doctrina del derecho de Pashukanis, decía Vyshinsky, la perjudicaría.

¹⁷ La suposición de Lenin había sido que el socialismo mundial que conducía al comunismo se produciría en relativamente poco tiempo (ver *supra*).

¹⁸ LLOYD, *op. cit.*, pp. 638-639.

¹⁹ Para la institución de la Procuraduría, Comisariado o Ministerio de Justicia, ver p. 257, *infra*.

Además, hubo sólo un corto paso desde esta proposición a la alegación de Vyshinsky de que Pashukanis y todos aquellos que adoptaran su razonamiento debían ser condenados como traidores.

Uno de los rasgos principales del análisis de Vyshinsky²⁰ es que el derecho se presenta abierta y expresamente como el instrumento efectivo de la política del gobierno soviético, dirigida a la abolición del capitalismo y a la realización del socialismo. Un ejemplo del extremoso lenguaje que acompañó la *volte face* de la teoría jurídica soviética es la declaración siguiente de Vyshinsky, tomada de su informe al primer Congreso de las Ciencias del Estado y del Derecho soviético en Moscú en 1938:²¹ «A través de un período suficientemente (y desdichadamente) largo, la orientación de nuestra ciencia del derecho no ha ido acorde con los intereses de la causa de la construcción socialista [...] a lo largo de una serie de años han ocupado una posición casi de monopolio en la ciencia del derecho un grupo de personas que han resultado ser provocadores y traidores —gente que sabía realmente cómo tramar la obra de traicionar nuestra ciencia, nuestro Estado y nuestra patria²² bajo la máscara de defender el marxismo-leninismo y hacerse los adalides del marxismo ortodoxo y de la metodología de Marx-Lenin. Estas personas dirigieron sus energías a degradar el desarrollo de nuestro pensamiento jurídico y a pervertir la esencia de nuestra doctrina marxista-leninista relativa al derecho y al Estado. Esas personas se esforzaron en arrebatarnos de las manos del proletariado y de los trabajadores de nuestra tierra la doctrina de Marx-Lenin del derecho y del Estado que había demostrado ser un instrumento tan potente en la lucha contra los muchos enemigos bestiales del socialismo». Párrafos como éste, presentes en toda la obra de Vyshinsky, están llenos de clichés y repeticiones y en la medida en que existe tras sus afirmaciones algún razonamiento es frecuentemente tautológico y a menudo contradictorio. Fue así como un movi-

²⁰ Si así puede llamarse. Para más detalles ver *Soviet legal Theory, op. cit.*, páginas 303 y ss.

²¹ Para un ataque vigoroso a la pretendida «ciencia» del derecho de Vyshinsky, ver KELSEN, *op. cit.*, cap. VII.

²² Un término que se puso de moda en el período durante el cual más se habló del «cerco capitalista» de los países hostiles.

miento político llegó a ser formulado como una ciencia, y durante el período de influencia de Vyshinsky, bajo Stalin, fue cuando la teoría soviética del derecho alcanzó su mayor decadencia.

Según Vyshinsky, «una teoría del derecho es un sistema de principios jurídicos en base al cual es construida toda la ciencia del derecho en todas sus ramas (independientemente de su contenido definitivo). Naturalmente, la formulación de estos principios no puede tener su origen en las normas del derecho positivo: al contrario, las normas del derecho positivo —igual que el derecho positivo en su conjunto— deben ser construidas de conformidad con los principios establecidos por una teoría jurídica».²³ Aunque los juristas soviéticos, bajo cuyo término genérico puede ser incluido Vyshinsky para nuestros presentes propósitos, habían negado constantemente cualquier conexión entre la identificación marxista de las leyes sociales objetivas y las doctrinas del derecho natural, cualquiera puede ser disculpado si toma la base del anterior párrafo de los escritos de Vyshinsky como un punto de vista iusnaturalista.²⁴ En las fuertes palabras de Kelsen: «Lo que resulta casi asombroso en esta teoría del bolchevique Vyshinsky es que sea exactamente del mismo tipo que esa teoría burguesa de la que los escritores soviéticos se habían mofado y que habían ridiculizado más que a ninguna otra: la doctrina del derecho natural, que, exactamente igual que Vyshinsky, rechaza una mera teoría del derecho positivo a causa de su esterilidad e impotencia y la cual, precisamente de acuerdo con la receta de Vyshinsky, obtiene, o pretende obtener, principios de derecho a partir de la "vida", esto es, a partir de la naturaleza en general y de la naturaleza de la sociedad, o lo que significa lo mismo, a partir de las relaciones sociales en particular; con la única diferencia de que esos principios son las normas ideales del derecho capitalista».²⁵

²³ *Soviet Legal Philosophy, op. cit.*, pp. 323 y ss.

²⁴ En cuanto a la naturaleza de la teoría jurídica soviética comparada con otras tendencias que han sido examinadas en capítulos anteriores de este libro, ver *infra*, pp. 254 y ss.

²⁵ Kelsen niega tajantemente que su *Teoría Pura del Derecho*, con su noción central de la norma básica, tenga ningún fundamento en el derecho natural, ver *supra*, pp. 162 y ss.

En los escritos de Vyshinsky, de claro apoyo a la dirección política, que deseaba para sus propios fines reforzar su poder sobre el pueblo, la «desaparición» del derecho en la sociedad soviética es pospuesta una vez más. El derecho soviético como orden normativo socialista desaparecerá solamente en la última fase del comunismo. La dirección soviética había ahora, por así decirlo, recorrido los dos caminos, pues estas teorías (en la medida en que las declaraciones de Vyshinsky eran aceptadas como representativas del verdadero desarrollo del marxismo) eran capaces de justificar cualquier restricción que apetecieran con una referencia a la protección del pueblo que, en efecto, ahora estaba explotado.

Aunque no podía haber duda de que la interpretación de Pashukanis del derecho soviético en el período de transición como un derecho burgués asimilado y adaptado, estaba de acuerdo completamente con la propia doctrina de Marx y que la doctrina enunciada por Marx y Engels de la desaparición del Estado después del período de transición era igualmente aplicable al derecho, a pesar de todo, este punto de vista era inaceptable para el gobierno soviético y para Vyshinsky. Según Vyshinsky «es una perversión total de la doctrina del derecho de Marx²⁶ por los Pashukanis, los Bermans y otros de su clase, afirmar que la transición al comunismo desarrollado fue concebida por Marx no como una transición hacia nuevas formas de derecho, sino como la desaparición de la forma jurídica en general —como emancipación de este legado de la época burguesa que estaba destinado a sobrevivir a la burguesía misma. Una proposición tal sería aceptable sólo si la superación del capitalismo se hiciera sin un período de transición, lo cual es inimaginable sin descender a la utopía». En su informe al mencionado congreso de 1938 Vyshinsky incluyó algunos elementos de análisis jurídico, aunque dirigidos a la justificación de la posición stalinista. «El derecho no es ni un sistema de relaciones sociales ni una forma de las relaciones de producción. El derecho es un conjunto de reglas de conducta o normas, y no sólo de normas, sino también de costumbres y reglas

²⁶ La doctrina de Marx no había sido una doctrina del derecho, sino más bien una doctrina del no-derecho; la perversión de Vyshinsky es manifiesta.



de convivencia confirmadas por la autoridad del Estado y protegidas coactivamente por esa autoridad. Nuestra definición no tiene nada en común con las definiciones normativistas; el normativismo parte de la noción completamente incorrecta del derecho como "solidaridad social" (Duguit) o como norma (Kelsen), que es una integración final del contenido del derecho (y sin ninguna referencia a las relaciones sociales que definen ese contenido). El error de los normativistas es que cuando definen el derecho como un agregado de normas se reducen a ese elemento, concibiendo las normas jurídicas mismas como algo cerrado y que se explica por sí mismo». La diferencia entre Duguit y Vyshinsky es, en realidad, simplemente de ideología, mientras que la explicación de la teoría de Kelsen es falsa.²⁷ La noción de derecho como un *agregado* de normas es la exacta antítesis de lo que Kelsen se propone lograr con su concepto de la norma básica como esquema de interpretación de la cualificación jurídica de los actos y relaciones físicas.²⁸

LA TEORIA JURIDICA SOVIETICA DESDE STALIN

Tan pronto como la era estalinista de perversión del derecho para fines dudosamente socialistas, de supresión de los elementos políticamente incómodos dentro de la sociedad socialista y de uso indiscriminado de la policía secreta para eliminar «los crímenes contra el Estado» hubo terminado, Vyshinsky cayó en desgracia. Se aceptó cada vez más que su doctrina era una distorsión del marxismo original —el Estado es esencialmente un instrumento para la dominación y explotación de una clase por otra— pues ésta fue precisamente la función del Estado durante la era estalinista. Tras la muerte de Stalin en 1953 los juristas antiestalinistas volvieron a acercar la teoría jurídica soviética al marxismo orto-

²⁷ Para un estudio del análisis kelseniano de la naturaleza del derecho, ver *supra*, cap. VI.

²⁸ La crítica de Vyshinsky es más fácilmente aplicable a la versión de la teoría imperativa del derecho de Austin pero éste también estaría acompañado de muchos juristas capitalistas.

doxo. Vyshinsky fue denunciado porque sus puntos de vista favorecían el «culto a la personalidad».

Un clima político más liberal permitió el desarrollo, bajo Jhruschov, de la noción de un «Estado de todo el pueblo», de una sociedad basada en la cooperación social y económica voluntaria más que en la fuerza, en la persuasión y el ejemplo más que en la coacción. Aunque la doctrina de Vyshinsky siguió ejerciendo alguna influencia durante el período siguiente a la muerte de Stalin, en la época de la publicación del programa del Partido Comunista de 1961 las cosas estaban maduras para un plan de «socialización» de la administración de justicia y el uso específico de los instrumentos legales para eliminar las tendencias antisocialistas en la comunidad. Las patrullas populares y los tribunales de camaradas no son sino dos de las instituciones cuyo mismo nombre evidencia la atmósfera del nuevo enfoque. El objetivo —la transición desde el socialismo que había sido declarado en los tiempos de la Constitución de Stalin de 1936 al comunismo completo— seguía pareciendo verdadero para el marxismo ortodoxo; en cambio, los medios a través de los cuales podía ser alcanzado eran ciertamente mucho menos contrarios a la doctrina de Marx que las doctrinas dictatoriales de Vyshinsky.

El pensamiento jurídico contemporáneo en la Unión Soviética²⁹ se caracteriza por el hecho de que la noción de derecho, conforme al espíritu de la doctrina marxista original, se discute como un problema secundario, mientras que tema fundamental es el de los problemas actuales que enfrenta el Estado socialista en su camino hacia el comunismo. No resultará sorprendente, con visión retrospectiva, que doctrinas tales como las de Vyshinsky se hayan producido cuando se recuerde que el objetivo fundamental de atención de la teoría del derecho era la noción de derecho, considerado como un fenómeno en cuanto tal, incluso *antes* de que se examinaran los problemas en cuya solución una fórmula de regulación normativa podía jugar un papel específico y concreto.

²⁹ Para un panorama de las actitudes contemporáneas, ver LLOYD, *op. cit.*, páginas 643-645, y 675 y ss.

El derecho en la Unión Soviética se concibe ahora como una de las muchas fuentes útiles de guía a lo largo del camino hacia el comunismo. El derecho es tratado como algo que puede suministrar una influencia educativa sobre la comunidad. Se dice que las normas del derecho soviético expresan la voluntad del pueblo soviético y las directrices políticas del partido comunista, y aunque se insiste en «una adhesión y ejecución rigurosa y directa de las leyes soviéticas» por las autoridades e igualmente por los ciudadanos,³⁰ la fuerza es considerada ahora como un instrumento de último recurso en el caso de que la influencia positiva de la educación en los caminos del socialismo fracase. La legalidad socialista se concibe como una especie de conciencia colectiva por parte de todo el pueblo de los ideales de la sociedad socialista en su marcha hacia el comunismo. En la medida en que la práctica de la justicia contrasta con lo que se dice en la teoría,³¹ el espíritu actual de la legalidad socialista pudiera decirse que representa en forma práctica la dicotomía entre las «dos moralidades» descritas por Fuller en *The Morality of Law*.³² La «moralidad de necesidad» está caracterizada por criterios que deben ser considerados como un *mínimo* para la consecución de los fines sociales en una comunidad, mientras que la «moralidad de aspiración» da a entender un esfuerzo hacia condiciones cada vez mejores en una situación en la que los hombres tienen como meta, no un mínimo, sino lo más alto de que son capaces. La preservación de un conjunto mínimo de criterios dentro de una comunidad puede conducir a la paralización si todo lo que se hace es mantener la paz de acuerdo con el *statu quo*. La «moralidad de la aspiración» es aquella que puede hacer avanzar a una sociedad de modo dinámico, un modo que de hecho la teoría del derecho soviético moderna está ansiosa de expresar.

Este clima ha posibilitado que los puntos de vista de Pashukanis sean parcialmente rehabilitados, aunque, por su-

³⁰ Ver *Soviet Law and Government*, International Arts and Sciences Press Inc, volumen IV, n.º 2, pp. 13 y ss.

³¹ Juicios y detenciones de famosos escritores y la prisión de los disidentes en instituciones para los perturbados criminales arrojan serias dudas, por decirlo de alguna manera, sobre la coincidencia de la teoría y la práctica.

³² Edición revisada, Yale University Press, 1969, cap. I.

puesto, como ahora el acento se pone primordialmente en los problemas que han de ser resueltos por el socialismo más bien que en la capacidad específica del derecho para resolverlos, tal rehabilitación incluye sólo los aspectos de la doctrina de Pashukanis aptos para el logro gradual del comunismo mediante todos los métodos justificables. En respuesta a la cuestión: ¿por qué necesitaría más del derecho el socialismo que el capitalismo? Ioffe y Shargorodsky³³ responden que mientras en el capitalismo el derecho es un estabilizador, en el socialismo el derecho es necesario para construir la sociedad y desarrollar las fuerzas productivas. Sin embargo el derecho no es suficiente en sí mismo, y la conciencia socialista general, la atención a la legalidad socialista es necesaria: «El mero hecho de promulgar la mejor de las normas jurídicas es insuficiente. Sólo la adhesión a la legalidad socialista puede asegurar una situación en la que la regulación a través de normas jurídicas se cumpla realmente en la vida». Es tal la conciencia de que el derecho puede ejercer influencia, junto a la educación, en la formación de la conciencia socialista que recientemente diversos escritores³⁴ han subrayado vigorosamente la necesidad de publicar las leyes de modo que todos y cada uno sean conocedores de su contenido y su propósito: «el objetivo perseguido por el establecimiento de toda norma debe estar claro para los más amplios sectores de la población».³⁵

El comunismo —meta de la sociedad socialista— se mantiene todavía como una visión distante, aunque muchos de los problemas del túnel a través del cual Marx miró por primera vez, han sido ya superados. Parece ahora, cuando se mira hacia atrás, que Jhruschov fue algo más aprisa por el camino del comunismo de lo que era deseable para el Estado socialista soviético, de modo similar al deseo de Pashukanis de hacer progresos rápidos hacia el comunismo una vez que los problemas inmediatos del período de transición posrevolucionario hubieran sido vencidos. Los problemas que todavía afronta la sociedad socialista parece que han de resolverse ahora con un enfoque prudente y cuidadoso de la

³³ *Soviet Law and Government*, op. cit., vol. II, n.º 2, p. 3.

³⁴ Por ejemplo, GOLUSTY, en *Soviet Law and Government*, vol. I, n.º 1, p. 13.

³⁵ *Ibid.*, p. 18.

mejora de la sociedad socialista más bien que con los ojos puestos en el logro rápido de la meta final. Esta meta, el comunismo, se persigue ahora con métodos más pragmáticos y menos doctrinales que los que fueron usados en el desarrollo del Semiestado socialista.

III

TEORIA Y SISTEMA

Las explicaciones y análisis del derecho que se han examinado en los capítulos anteriores pueden ser divididos *grosso modo*, a efectos de referencia, en tres: doctrinas del derecho natural, positivismo en sus varias formas y propósitos, y realismo. Como se ha mencionado, los elementos iusnaturalistas en la teoría jurídica soviética fueron tajantemente negados por Vyshinsky, y tal influencia es negada de hecho generalmente por los escritores soviéticos, incluso por quienes tienen puntos de vista contrarios a los de Vyshinsky. Aunque a ojos occidentales pueda parecer que existe una semejanza básica entre los elementos ideales de las filosofías del derecho natural y la concepción de una «realidad social objetiva» en la doctrina marxista; y aunque los vicios del hombre que actúa contra naturaleza pueden parecer similares a los del hombre que actúa contra las leyes sociales objetivas, toda conexión de este tipo es negada por la teoría jurídica soviética.

Se ha dicho alguna vez por escritores soviéticos que, desde el punto y hora en que ningún tipo de derecho diferente del positivo se reconoce en el Estado socialista, la teoría jurídica soviética participa del positivismo. A ello se añade siempre, sin embargo, que la definición del derecho positivo incluye una necesaria referencia al *substrato social* del derecho, ya que el trasfondo social y la función económica son adiciones esenciales de la filosofía jurídica marxista a los métodos generales de identificación de normas. Por tanto, a diferencia de las explicaciones dadas por los enfoques positivistas que se han examinado en capítulos anteriores, las fuentes del derecho socialista incluyen todos los factores con-

figuradores del derecho en la sociedad, es decir, tanto las influencias formales como las materiales sobre el derecho positivo existente (o más bien sobre las *leyes*). Uno de esos factores, al que se ha aludido antes como la «conciencia socialista» en la comunidad, es la voluntad del pueblo, y en particular de las fuerzas dominantes dentro de una sociedad que actúa como guías y organizadores en el progreso del socialismo. El derecho, incluidos su aspecto formal y sus fuentes materiales, es concebido como un problema de ingeniería social.³⁶ Puede por ello decirse con confianza que la filosofía jurídica soviética, en su atención a las *leyes*, y no al *derecho* como fenómeno, se ocupa de un problema muy diferente al de la mayoría del resto de las teorías consideradas anteriormente en este libro. Su insistencia en el *contenido* socialista de las leyes y la condena marxista del *carácter* del derecho en el sentido tradicional como instrumento de la explotación burguesa capitalista, están conectadas solamente por una suposición ideológica³⁷ por parte de Marx y sus seguidores. La naturaleza de todo derecho, sea el de una comunidad capitalista o socialista, el de un Estado o un «Semi-estado», es y será siempre normativa. El contenido de las leyes variará con el momento y el lugar —y la ideología— pero el carácter del derecho será constante. No es ninguna solución para los principales problemas de la teoría del derecho decir que el derecho está siempre dirigido hacia un fin socioeconómico indeseable y que es, por ello, indeseable en sí mismo. Hay tanta verdad en decir que el derecho debe desaparecer y desaparecerá porque ha sido usado con frecuencia para ciertos fines viciosos como en argüir que la filosofía debe desaparecer y desaparecerá porque sus resultados, en opinión de algunos hombres, han llevado a otros al error. Por supuesto, esto no quiere decir que la meta comunista de la desaparición del derecho no sea digna de ser conseguida, sino simplemente que pueden aducirse razones sociales para justificar su desaparición más valiosas que el mero dogma de que las *leyes* positivas del capitalismo son indeseables. El pen-

³⁶ Una expresión acuñada por el jurista norteamericano Roscoe Pound, y que expresa también un tema básico de discusión de los modernos juristas «realistas» norteamericanos.

³⁷ ¡También en sentido tradicional!

samiento jurídico soviético moderno es claramente consciente de que la insistencia en el aspecto funcional de las leyes, más que el recurso a deducciones dogmáticas a partir de una premisa cualquiera de la doctrina sociológica original de Marx, es el más beneficioso estudio desde un punto de vista socialista.

A la luz de la relativa falta de atención prestada ahora por los juristas soviéticos a las generalizaciones abstractas sobre la naturaleza del derecho, puede establecerse una comparación entre la teoría jurídica soviética y el realismo jurídico norteamericano. Ambos se ocupan de la ingeniería social, de la realización de tareas en la sociedad; ambos se concentran en las directrices políticas y los principios, además de sobre las «normas de papel».³⁸ En los sistemas jurídicos socialistas el derecho judicial no está reconocido como fuente formal de derecho, sino más bien como una importante fuente social y material, en la misma medida en que lo son las directivas emitidas por ciertas instancias ejecutivas.³⁹

EL PODER DEL PUEBLO

Aunque las orientaciones de la autoridad persuasiva se reconocen ciertamente como importantes fuentes materiales del derecho, no existe ningún sistema de precedente judicial, tal y como nosotros lo conocemos, en los sistemas jurídicos socialistas. Si tal cosa fuera reconocida como fuente independiente de derecho, ello significaría la vulneración de un principio de la mayor importancia en los sistemas socialistas: el principio de la plenitud e indivisibilidad del poder del pueblo. Si ha de eliminarse la explotación, la voluntad de todo el pueblo debe mantenerse, aunque sólo sea nominalmente, como valor básico.⁴⁰ Los órganos legislativos, ejecutivos y judiciales del poder del pueblo son todos ellos responsables

³⁸ Ver, p. ej., DWORKIN, *¿Es el derecho un sistema de norma?*, citado en el capítulo 5, p. 139, *supra*.

³⁹ Ver, además, DAVID & BRIERLY, *Mayor Legal Systems*, parte II, título I.

⁴⁰ El concepto de poder del pueblo es todavía, desde luego, la principal de las instituciones soviéticas, aunque la administración de la sociedad socialista se ha reconocido que está en manos de un grupo minoritario, habiéndose desechado la noción de Jruchov de «Estado de todo el pueblo» como rudimentaria.

ante sus instancias electivas entre el pueblo, y también ante sus superiores respectivos en la jerarquía de cada órgano (o rama) del poder del Estado (o del pueblo). Aunque la incidencia de este principio de responsabilidad dual varía de un órgano a otro, el concepto pone de manifiesto un sistema de controles y contrapesos dentro de la estructura constitucional del Estado soviético que refleja el ideal de la comunidad socialista.⁴¹

LA PROCURADURIA

En la ciencia del derecho de los sistemas jurídicos no socialistas la separación de poderes es considerada comúnmente como una parte integrante del principio del imperio del derecho (*Rule of Law*). La noción de separación de poderes tal y como fue empleada por Montesquieu connota la separada, aunque relacionada, existencia del legislativo, el ejecutivo y el judicial. El principio de la legalidad socialista prevé exactamente lo contrario a esa separación, al menos en la medida en que los «campos de actividad» (como son llamados) *dentro* del poder del pueblo no deben considerarse como fuentes separadas de autoridad, sino más bien como diferentes manifestaciones de la autoridad que emana toda de una fuente común. El concepto de legalidad socialista es un reflejo de la plenitud e indivisibilidad del poder del pueblo, y ambos tienen que ver con el contenido material de las normas jurídicas más que con su forma. Por el contrario, el imperio del derecho tiene que ver frecuentemente, aunque no siempre, con la *forma* del derecho, con formas de legislar y fuentes formales de control. La legalidad socialista no se satisface con la afirmación de que la justicia puede realizarse, exige que se realice realmente de acuerdo con los principios materiales del socialismo.

Además de los campos legislativo, ejecutivo y judicial de la actividad del Estado, existe también un cuarto órgano, la Procuraduría o Comisariado de Justicia. Aunque el tér-

⁴¹ También aquí, con la reserva de que sus ideologías difieren, puede hacerse una comparación entre la teoría constitucional en los sistemas socialistas y en Estados Unidos.

mino equivalente «Ministerio de Justicia» existe en algunos sistemas jurídicos no socialistas, el oficio del procurador y sus connotaciones en el campo de la legalidad socialista son peculiares a los sistemas soviéticos. Dentro de este campo de autoridad no hay sistema de responsabilidad dual, y solamente el procurador general o comisario de justicia, es elegido. La Procuraduría tiene poderes amplios y variados para iniciar y terminar procedimientos judiciales, para actuar como fiscal o defensor, y también para ejercer una supervisión general de la administración del derecho soviético. El objeto de este último campo de actividad es asegurar, en nombre del pueblo, el mantenimiento de la legalidad socialista en el contenido material de las ordenanzas y normas que afectan a los miembros de la sociedad. La influencia sobre las exigencias particulares de la legalidad socialista resulta clara del hecho de que el procurador general participa, reglamentariamente, en las reuniones del Comité Central del Partido Comunista.

La relativa independencia del procurador general y sus subordinados tiene como objetivo la supervisión amplia y neutral de la actividad del Estado con vistas a su buena marcha para el desarrollo del socialismo. Su dependencia en cuanto a opinión política se justifica en la teoría jurídica soviética sobre la base de que la llamada «política» del gobierno socialista se encarga de reflejar y apoyar las leyes sociales objetivas y es una parte necesaria del desarrollo moderno de la doctrina marxista ortodoxa.

CONCLUSION

La conclusión de este capítulo sobre teoría soviética del derecho suministra un colofón adecuado para esta breve panorámica comparativa de algunas de las principales corrientes de la teoría del derecho en general. El desarrollo de la teoría jurídica en el mundo antes de Marx necesitó 2500 años para establecer un ciclo completo desde la metafísica de las doctrinas iusnaturalistas tempranas hasta el pragmatismo del realismo moderno. La teoría del derecho marxista, tomando como punto de partida pretendidas leyes sociales ob-

jetivas, algunas más fundadas que otras, ha desarrollado un pragmatismo substancialmente análogo a la metodología «realista» norteamericana moderna, habiendo pasado por una suerte de positivismo en ese recorrido ⁴² a lo largo de un solo siglo. Sin embargo, cuando recordamos las exigencias de algunos de los análisis del derecho examinados en los capítulos anteriores, podría dudarse de si las exigencias materiales del derecho y la legalidad socialistas pueden proporcionarnos una explicación satisfactoria de la naturaleza del concepto de derecho.

Teoría del derecho y teoría del derecho	11
Algunos problemas de definición	13
Sobre la clasificación en teoría del derecho	14
Variaciones de planteamiento	16
Los usos de la analogía	23
Variaciones de crítica	24
La semiología de la teoría del derecho	25
La argumentación en teoría del derecho	26
Capítulo 2. Derecho natural y positivismo	31
I.	31
II. La naturaleza del derecho y el derecho natural	37
Breve bosquejo histórico	37
Algunas actitudes modernas respecto al derecho natural	41
La filosofía del derecho natural	50
III.	55
IV.	60
Capítulo 3. La división en la práctica	67
I.	67
II. Algunas situaciones jurídicas	68
III. Algunas situaciones prácticas	75
IV. El dilema científico	80
Positivismo y justicia	80
Actitudes alemanas	81
Autoridades: Legislación retrospectiva	82
Nota	94
Capítulo 4. Bentham y Austin	97
I.	97
Bentham, el positivista jurídico	97
La concepción conjunta	98

⁴² En una forma atenuada y pervertida en los escritos de Vyshinsky *supra*, pp. 246 y siguientes.

En algunos casos también puede haber un desarrollo de un sistema jurídico que se adapte a las necesidades de un país en un momento determinado de su historia. Este es el caso de los países que han experimentado una revolución social y han adoptado un sistema jurídico que se adapta a las necesidades de un país en un momento determinado de su historia. Este es el caso de los países que han experimentado una revolución social y han adoptado un sistema jurídico que se adapta a las necesidades de un país en un momento determinado de su historia.

La relativa independencia del procurador general y sus subordinados tiene como objetivo la supervisión amplia y directa de la actividad del Estado con vistas a su buena marcha para el desarrollo del socialismo. Su independencia en cuanto a opinión política se justifica en la teoría jurídica soviética sobre la base de que la llamada "política" del gobierno socialista se encarga de reflejar y apoyar las leyes sociales objetivas y es una parte necesaria del desarrollo moderno de la doctrina marxista ortodoxa.

CONCLUSION

La conclusión de este capítulo sobre teoría soviética del derecho suministra un concepto adecuado para esta breve panorámica comparativa de algunas de las principales corrientes de la teoría del derecho en general. El desarrollo de la teoría jurídica en el mundo antes de Marx necesitó 2500 años para establecer un ciclo completo desde la metafísica de las doctrinas naturalistas tempranas hasta el pragmatismo del realismo moderno. La teoría del derecho marxista soviético es una revolución y representa el comienzo de una nueva era en el desarrollo de la teoría jurídica.

INDICE

Prólogo	9
Capítulo primero. <i>Introducción general</i>	11
Ciencia del derecho y teoría del derecho	11
Algunos problemas de definición	13
Sobre la clasificación en teoría del derecho	14
Variaciones de planteamiento	16
Los usos de la analogía	23
Variedades de crítica	24
La terminología de la teoría del derecho	25
La argumentación en teoría del derecho	26
Capítulo 2. <i>Derecho natural y positivismo</i>	31
I.	31
II. La naturaleza del derecho y el derecho natural ..	37
Breve bosquejo histórico	39
Algunas actitudes modernas respecto al derecho na-	
tural	44
La filosofía del derecho natural	50
III.	55
IV.	60
Capítulo 3. <i>La dicotomía en la práctica</i>	67
I.	67
II. Algunas soluciones teóricas	69
III. Algunas soluciones prácticas	73
IV. El debate científico	83
Positivismo y justicia	89
Actitudes alemanas	91
<i>Postscriptum</i> : Legislación retroactiva	92
Nota	94
Capítulo 4. <i>Bentham y Austin</i>	97
I.	97
Bentham, el positivista jurídico	97
La contribución conjunta	98
Méritos y deméritos	100

II.	Derecho y soberanía	100
	Derecho y sanciones	104
	La soberanía en acción	108
III.	112
	La soberanía y el «hábito de obediencia»	112
	Definición de la soberanía	115
	Soberanía, mandato y sanción	116
	Mandato, imperativo y obligación	117
	Una visión atomista del derecho	120
Capítulo 5.	<i>El derecho como sistema de normas</i>	121
I.	Introducción	121
II.	Normas, hábitos y obligaciones	126
	El sistema jurídico	129
	Algunos defectos previos rectificados	133
	La aceptación de las normas	134
III.	Críticas al análisis de Hart	137
	El punto de vista de Fuller	137
	El punto de vista de Dworkin	139
	El planteamiento de Ross	142
IV.	Derecho y conceptos jurídicos	143
Capítulo 6.	<i>Kelsen y el gran misterio</i>	147
I.	Introducción	147
II.	Derecho y sanciones	151
	La naturaleza de la explicación kelseniana	154
	Derecho y hecho	155
III.	La norma básica	158
	No una teoría del derecho natural	162
	La norma básica y el sistema jurídico	165
	Leyes y juristas	167
	Validez y eficacia	168
IV.	Kelsen y Olivecrona	170
	El imperativo jurídico	173
Capítulo 7.	<i>Derecho, fuerza y autoridad</i>	177
	Introducción	177
I.	Derecho y fuerza	178
II.	Derecho y autoridad	184
III.	Derecho internacional	189
IV.	Derecho y realidad	195
Capítulo 8.	<i>Las predicciones y la posición central de los tri-</i>	
	<i>bunales</i>	201
I.	Introducción	201

II.	Tribunales y predicciones	205
III.	Ross y el derecho válido	206
	Predicciones y validez jurídica	211
IV.	Algunos enfoques norteamericanos	216
	John Chipman Gray	217
	La naturaleza y fuentes del derecho	218
	Derecho y fuentes del derecho	219
	Decisiones autorizadas	221
	Oliver Wendell Holmes	223
	Llewellyn y las normas jurídicas	225
	Frank: el escéptico de los hechos	229
	Palabras finales	231
Capítulo 9.	<i>Teoría jurídica soviética</i>	233
I.	Introducción	233
	Marx y Engels	235
	Marx, Engels y el Estado	237
II.	Teoría jurídica soviética	239
	Lenin y el Estado	241
	Teoría jurídica del Estado soviético	243
	Legalidad socialista	245
	La teoría jurídica soviética desde Stalin	250
III.	Teoría y sistema	254
	El poder del pueblo	256
	La procuradoría	257
Conclusión	258

302	II. Tribunales y predicciones	100
303	III. Foss y el derecho válido	104
311	Predicciones y valides jurídicas	108
316	IV. Algunos casos normativos	111
317	John Chipman (1794)	112
318	I. naturaleza y fuentes del derecho	115
319	Derecho y fuentes del derecho	116
321	Deducciones autorizadas	117
322	Oliver Wendell Holmes	121
325	Llewellyn y las normas jurídicas	121
329	Frank: el estudio de los poderes jurídicos	121
331	I. Fuentes jurídicas	122
332	II. Normas, hábitos y costumbres	123
333	III. Introducción	123
335	IV. Marx y Engels	141
337	Marx, Engels y el Estado	141
339	III. Teoría jurídica soviética	142
341	El punto de vista soviético	142
342	Estado y el Estado	143
343	Teoría jurídica del Estado soviético	143
344	El punto de vista soviético	143
345	IV. Derecho y justicia	144
346	La teoría jurídica soviética desde Stalin	144
347	III. Teoría y sistema	147
348	I. El poder del pueblo	147
349	II. Derecho y justicia	148
352	Conclusiones	154
353	Derecho y hecho	153
354	III. La norma básica	153
355	No una teoría del derecho natural	161
356	La norma básica y sistema jurídico	161
357	Leyes y juristas	167
358	Válidos y eficaces	168
359	IV. Kelsen y Olivecrona	170
360	El imperativo jurídico	173
361	Capítulo 7. Derecho, fuerza y autoridad	177
362	I. Introducción	177
363	II. Derecho y fuerza	178
364	III. Derecho y autoridad	184
365	IV. Derecho internacional	185
366	V. Derecho y realidad	185
367	Capítulo 8. Los principios y la práctica del tri-	188
368	I. Introducción	188
369	II. Introducción	188

LABOR UNIVERSITARIA

HIERRO S. PESCADOR, *La teoría de las ideas innatas en Chomsky.*

SÁNCHEZ DE ZAVALA, *Estudios de gramática generativa.*

POLANYI - PEARSON - ARENSBERG, *Comercio y mercado en los imperios antiguos.*

RODRÍGUEZ - PUÉRTOLAS, *Literatura, historia, alienación.*

HENRY, *Demografía.*

PETIT, *Historia de la Antigüedad.*

HEERS, *Historia de la Edad Media.*

PAŠUKANIS, *Teoría general del derecho y marxismo.*

FINCH, *Introducción a la teoría del derecho.*

MALINOWSKI, *El cultivo de la tierra y los ritos agrícolas en las islas Trobriand.*

HERRIOT, *Introducción a la psicología del lenguaje.*

RODRÍGUEZ MOÑINO, *Razón de Estado y dogmatismo religioso en la España del siglo XVII.*

EYSENCK, *La estructura de la personalidad.*

SINGLETON-TYNDALL, *Juegos y programas.*

BIBLIOTECA HISTORICA MUNICIPAL



1200083786

Ayuntamiento de Madrid



LABOR UNIVERSITARIA
Manuales