

VII

LOS SISTEMAS JURÍDICOS COMO SISTEMA DE DISPOSICIONES JURÍDICAS

SUMARIO: 1. *Sobre la normatividad del derecho.* 2. *Sobre las permisiones.* 3. *Sobre las disposiciones jurídicas que instituyen derechos.* 4. *Estructura genética y operativa.*
a) *Nota sobre las sanciones coactivas.*

1. *Sobre la normatividad del derecho*

Todos los filósofos, hasta aquí considerados, están unidos en una cuestión crucial; todos ellos piensan que toda disposición jurídica es una norma. En este capítulo voy a avanzar la tesis de que, aunque en el sentido que se explicará más tarde, la normatividad es una característica importante del derecho, algunas disposiciones jurídicas no son normas o, más precisamente, que presupuestos el contenido mínimo y complejidad mínima de los sistemas jurídicos y dado un aceptable conjunto de principios de individuación, hay en cualquier sistema jurídico algunas disposiciones que no son normas. Como el contenido mínimo y complejidad mínima de los sistemas jurídicos no son analizados en este estudio, todo lo que puede realmente establecerse aquí es la posibilidad de disposiciones jurídicas que no son norma.

El caso en favor de estas disposiciones jurídicas se basa en los requerimientos generales para evitar repeticiones y no desviarse, sin razones suficientes, del discurso ordinario; asimismo, y lo más importante de todo: el caso en favor de tales disposiciones descansa en los requerimientos de simplicidad y claridad en la exposición de conexiones importantes entre varias partes del sistema jurídico. Este capítulo se ocupa únicamente del caso general de la existencia de disposiciones jurídicas que no son normas. Por tanto, ningún intento será hecho para enumerar y analizar todos los tipos de disposiciones jurídicas que no son normas. Sólo dos tipos de tales disposiciones jurídicas serán consideradas y las ventajas que se obtienen al postularlas serán exploradas en los dos próximos incisos.

Existe sin embargo, un argumento de principio que debe tratarse con anterioridad. Como se ha señalado en la *Introducción*, las tres características más importantes del derecho son que es coactivo, institucionalizado y normativo. Las diferencias entre muchos filósofos del derecho, puede considerarse, radican en sus diferentes explicaciones de estas características del derecho. En el capítulo anterior se ha ofrecido una explicación parcial de la normatividad del derecho; se sugirió que el derecho es normativo porque su función consiste en guiar la conducta humana y que guía la conducta humana de dos formas: ya sea, afectando las consecuencias de un cierto curso de conducta de manera a constituir una razón estándar para evitar tal curso de conducta, o bien, afectando las consecuencias de cierto curso de conducta de manera a constituir una razón para perseguirlo o una razón para evitarlo, dependiendo de los deseos de uno. Esta idea difiere de las teorías de Bentham, Austin y Kelsen, los cuales únicamente consideraron la primera forma de guiar el comportamiento. Esta idea se conforma con las tesis de Hart de que el derecho guía la conducta humana proporcionando también, medios para cumplir ciertos deseos humanos.

Hart, sin embargo, parece estar de acuerdo con los filósofos considerados, al pensar que la normatividad del derecho significa que toda disposición jurídica es una norma. Según Bentham, Austin, Hart, y también, en su propia forma distorsionada según Kelsen; la consideración más importante en la individuación del derecho es garantizar que toda disposición jurídica es una norma. Por ello hacen de los principios de individuación, y del concepto de disposición jurídica que estos definen, la clave única para la explicación de la normatividad del derecho.

Contra este punto de vista he sugerido en el inciso 3 del capítulo anterior que hay otras muchas consideraciones que afectan la individuación de las disposiciones jurídicas y el concepto de disposición jurídica y, consecuentemente, que hay disposiciones jurídicas que no son normas. La normatividad del derecho se explica por dos tesis.

(ix) En todo sistema jurídico hay normas.¹

(x) Todas las disposiciones de un sistema jurídico que no son normas guardan relaciones internas con las normas jurídicas,² *i.e.*, afectan la

¹ *Cfr. supra*: incisos 4 y 5, capítulo VI.

² Las relaciones internas son, al menos, algunas veces transitivas, puesto que para afectar la existencia o aplicación de una disposición jurídica, también afectan la existencia o aplicación de las disposiciones jurídicas que dependen de ella en cuanto a su existencia o aplicación.

existencia o aplicación de las normas jurídicas. Más aún, su única relevancia jurídica es en el sentido de que afectan la existencia y aplicación de las normas.

Al sustituir la explicación prevaleciente que consiste en la tesis de que toda disposición jurídica es una norma por esta explicación de la normatividad, produce dos resultados:

(1) La explicación de la normatividad del derecho, al depender de las relaciones internas entre disposiciones jurídicas, resulta que se descansa en el concepto de sistema jurídico más que en el concepto de disposición jurídica.

(2) El análisis del concepto de disposición jurídica depende del análisis del concepto de sistema jurídico. Toda vez que el entendimiento de algunos tipos de disposiciones jurídicas depende de la relación interna de éstas con algunas otras disposiciones jurídicas, estos derivan su relevancia jurídica, de sus relaciones con otras disposiciones jurídicas. El análisis de la estructura de el sistema jurídico es, por tanto, indispensable para la definición de disposición jurídica.³

2. *Sobre las permisiones*

La siguiente tesis puede ser agregada a las diez que han sido afirmadas hasta ahora:

(xi) De conformidad con todo sistema jurídico momentáneo, todo acto-situación que no está prohibido por una específica disposición jurídica del sistema está permitida.

La tesis (xi) es verdadera cualquiera que pudiera ser el contenido de los sistemas jurídicos. Si un sistema momentáneo contiene una disposición jurídica que prohíba la realización de cualquier acto que no está expresamente permitido por el derecho, la tesis es aún verdadera, aunque, con referencia a este sistema es vacuamente verdadero; puesto que, de hecho, todos los actos y situaciones son, expresamente permitidos, o bien expresamente prohibidos por el sistema. La tesis es también vacuamente verdadera cuando considera un sistema jurídico que contenga una disposición jurídica que permita todos los actos que no sean expresamente prohibidos por otras disposiciones jurídicas.

³ *Cfr. supra: Introducción.*

Tal y como está formulada, la tesis se aplica a los sistemas jurídicos momentáneos únicamente. Para aplicarse a sistemas no momentáneos la tesis debe ser modificada para dar cuenta de la posibilidad de disposiciones jurídicas retroactivas. Un acto-situación siempre puede ser prohibido después del evento mediante legislación retroactiva. Una decisión de un tribunal en el sentido de que un acto particular fue un delito, aunque no hubiera ninguna disposición jurídica anterior que la estableciera como delito, es legislación retroactiva; algunas veces ésta se aplica a casos particulares únicamente; algunas otras, esto equivale a la creación de una disposición general con efecto retroactivo (al menos parcialmente).

Dado que la verdad de la tesis (xi) es independiente del contenido de los sistemas jurídicos particulares y que debe distinguirse de las disposiciones jurídicas de los sistemas particulares que prohíben o permiten todos los actos los cuales no están de otra forma regulados por el sistema, cabe preguntar: ¿cuál es el significado de esta tesis? Ésta refleja la concepción del derecho como regulando el comportamiento humano prescribiendo conductas y expresa la decisión de considerar a los sistemas jurídicos como sistemas normativos independientes, *i. e.* como sistemas normativos que pueden ser, y son, estudiados separadamente de otras normas.

Desde el punto de vista jurídico todos estos actos son permitidos al menos que estén prohibidos por una disposición jurídica. Esto refleja el hecho de que el derecho guía el comportamiento prescribiéndolo o prohibiéndolo. Si el derecho no lo prescribe o no lo prohíbe, entonces no se encuentra guiado de esa manera. Decir que un acto es permitido es decir que no se encuentra guiado de cierta forma: no está prohibido. El principio de que los actos están permitidos a menos que estén prohibidos por una disposición jurídica expresa la decisión de considerar la forma por la cual el derecho guía el comportamiento en una cierta manera, sin referencia a la posibilidad de que pueda ser guiado por otros factores.

La tesis (xi) debe ser complementada por la siguiente tesis:

(xii) De conformidad con todo sistema jurídico momentáneo, ningún acto *futuro* puede crear disposiciones jurídicas o afectar la aplicación de disposiciones jurídicas, a menos que en este sistema momentáneo haya una disposición jurídica confiriéndole tal poder.

Algunos actos que fueron realizados antes del momento en el que un sistema momentáneo particular existe, pueden ser reconocidos como ejercicio de facultades legislativas de conformidad con tal sistema, aun cuando el sistema no contenga ninguna disposición jurídica autorizando tales

actos de legislación. Éste es el caso, por ejemplo, si el sistema contiene disposiciones jurídicas las cuales fueron creadas sin ninguna autorización jurídica.⁴ Estos actos de legislación no fueron guiados por el derecho, su carácter de ejercicio de facultades jurídicas se deriva únicamente del hecho de que un sistema momentáneo subsiguiente contiene disposiciones jurídicas producidas por el uso de ellas.

La tesis (xii) es análoga a la tesis (xi). Esta última expresa la decisión de considerar el derecho en una función aislada: guiar el comportamiento imponiendo deberes. La tesis (xii) expresa la decisión de considerar el derecho en una función aislada: guiar el comportamiento confiriendo facultades.

En virtud de la tesis (xi) podría parecer que todo acto-situación que no se encuentre prohibido por el derecho puede ser considerado como el núcleo de una disposición jurídica que lo permite. Tal doctrina general no puede ser aceptada porque entra en conflicto con la normatividad del derecho en general puesto que (a) decir que un acto es permitido no es dar una descripción de una norma —significa no que el acto es guiado sino que no es guiado— y (b) los enunciados que describen tales permisiones no son, generalmente, descripciones de disposiciones jurídicas que no son normas, puesto que tales pretendidas disposiciones jurídicas no tienen ninguna relación interna con ninguna norma jurídica.

No obstante, algunos enunciados de la forma: 'a x le es permitido (o puede) hacer A en C ' serán considerados como describiendo disposiciones jurídicas que no son normas las cuales serán llamadas disposiciones jurídicas que otorgan permisiones o disposiciones-M. Postular la existencia de disposiciones-M presupone la siguiente convención:

Convención de la interpretación de disposiciones-M: Cuando una disposición-M parcialmente contradice una disposición-D del mismo sistema momentáneo, ambas son válidas y la disposición-M representa una excepción a la disposición-D: la disposición-D, no obstante su contenido expreso, no se aplica a casos que caen bajo la disposición-M.

Cualquier principio aceptable de individuación que gobierne la individuación de disposiciones-M tiene que asegurar que toda disposición-M satisface las tres condiciones siguientes:

(1) El acto-situación permitido por una disposición-M que pertenece a un sistema jurídico momentáneo dado es una instancia de un acto-situación prohibido por una o más disposiciones D que pertenecen al mismo

⁴ Cfr. *supra*: inciso 1, capítulo II; inciso 3, capítulo VI.

sistema momentáneo. Sin embargo, el acto-situación permitido por la disposición-M no es coextensivo (equivalente) al acto-situación prohibido por cualquiera de estas disposiciones-D.

(2) Hay razones para considerar la permisión otorgada por la disposición-M como una excepción a las prohibiciones impuestas por una o más disposiciones-D.

(3) Hay razones para considerar la excepción a las prohibiciones como una disposición jurídica separada.

La convención de interpretación y la primera condición determinan las relaciones formales entre disposiciones-M y las disposiciones-D. Garantizan que toda disposición-M guardará una relación interna con una o más disposiciones-D. Toda disposición-M modifica la aplicación de, al menos, una disposición-D. La segunda y tercera condiciones proporcionan una justificación para postular disposiciones jurídicas que mantienen estas relaciones con disposiciones-D.

Supongamos, por ejemplo, que los siguientes enunciados son verdaderos:

(1) Todos pueden hacer uso de la fuerza en defensa propia. (2) Todos pueden llevar un bastón. (3) Está prohibido portar pistola. ¿Por qué consideramos al primero, pero no al segundo, como una excepción a la prohibición general? No porque no haya ningún enunciado verdadero que describa una prohibición al cual (2) contradice parcialmente. Puesto que dado (3) el siguiente enunciado es verdadero: (4) Está prohibido portar *estipones* ('estipón' se define como 'un bastón o una pistola'). (2) parcialmente contradice a (4); sin embargo, éste no debe ser considerado como describiendo una excepción de (2). No hay ninguna razón para considerar a (2) como describiendo una excepción de (4).

Las razones para considerar un enunciado normativo de esta forma como describiendo una excepción a una prohibición general se encuentran en las reacciones críticas de la población en general y, particularmente, en las de los órganos creadores y aplicadores del derecho. En otras palabras, si una permisión es o no una excepción a la prohibición depende de las razones dadas para la prohibición y para la permisión. Por ejemplo, una permisión es una excepción a una o más prohibiciones si las razones para la prohibición se aplican también a los casos permitidos (en el sentido que ellos se aplican a la clase general, incluyendo tanto los casos prohibidos como los permitidos) y, también, si estos casos son exceptuados de la prohibición en virtud de la presencia en ellos, de algunos rasgos que son razones para permitirlos y que superan las razones más generales para prohibirlo.

Sin embargo, el hecho de que un enunciado verdadero que describe una permisión describa una excepción a la prohibición es únicamente una condición necesaria y no una condición suficiente para considerarlo como describiendo una disposición jurídica separada. Puede ser considerado como una consecuencia de un enunciado que describe una prohibición más estrictamente determinada. Por ejemplo, que uno pueda conducir algún Rolls Royce es una excepción a una prohibición de conducir coches manufacturados antes de 1935. Sin embargo, no debe ser considerada como describiendo una disposición jurídica separada, sino, más bien, como una consecuencia de un enunciado en el sentido de que uno no puede conducir ningún coche manufacturado antes de 1935 que no sea un Rolls Royce. Este último enunciado, si describe una disposición completa, describe una disposición-D.

Una razón para considerar a un enunciado el cual describe una permisión como describiendo una disposición-M, *i. e.* una razón para postular una disposición-M, es que la permisión es una excepción a todas y cada una de un grupo de disposiciones-D y revela un rasgo muy relevante común a ellas, señalando, con ello una conexión importante entre disposiciones jurídicas.⁵ Esta es la razón por la cual debe haber disposiciones jurídicas que permitan la defensa propia y otras formas de autodefensa. Razones similares justifican postular en sistemas jurídicos con un contenido apropiado disposiciones jurídicas que permitan la interferencia en la propiedad de algunos, en circunstancias de emergencia, para salvarlas, etcétera.

Puede haber otras razones para postular disposiciones-M. Un tipo de disposiciones-M, ya mencionado, es el grupo llamado disposiciones-MS, disposiciones jurídicas que permiten la aplicación de sanciones. Una disposición jurídica es una disposición-S aun si sólo permite y no prescribe la realización de actos que constituyen la aplicación de sanciones, pero únicamente si esta es una excepción a una prohibición general. La razón de postular disposiciones-MS no es porque singularicen un rasgo común a muchas disposiciones jurídicas, sino porque esclarecen la relación entre disposiciones-D y disposiciones-F la cual es de importancia capital en el entendimiento del derecho.

Supóngase, por ejemplo, que una sanción por violar una disposición-D que prohíbe el adulterio es que (1) el cónyuge ofendido o su próximo pariente puede azotar al adúltero en la plaza pública, etcétera. Es mejor considerar a (1) como una descripción de una disposición-MS más que como describiendo parte del derecho sobre las lesiones: (2) Las lesiones están prohibidas a menos que éstas sean azotes a un cónyuge adúltero,

⁵ *Cfr. supra*: inciso 3, capítulo VI.

etcétera. Sería torpe considerar a (2) a la vez como una disposición jurídica que, prohíbe las lesiones y como una disposición jurídica que estipula una sanción contra el adulterio, tanto más porque resultaría que el derecho impone un deber y que otorga un permiso al mismo tiempo. Las dos funciones deben ser separadas y asignarles dos disposiciones jurídicas, una disposición-D contra las lesiones y una disposición-MS respecto a cónyuges adúlteros.

Un análisis completo de estos tipos de disposiciones-M demanda una exploración detallada que no puede ser emprendida aquí. Un mayor examen revelará, indudablemente, la necesidad de otros tipos de disposiciones-M. Los objetivos de este inciso, sin embargo, han sido satisfechos al delinear lo que gobierna la individuación de las disposiciones-M. Al hacer esto ha sido probada la necesidad de postular, en ciertas circunstancias, un tipo de disposiciones jurídicas que no son normas.

No es claro si las disposiciones-M existen en todo sistema jurídico, aunque, probablemente, existen en todos ellos. Sin embargo, se ha establecido que siempre que una disposición-M exista, guarda una relación interna con, al menos, una disposición-D; de esta forma, contribuye con su parte a la estructura interna del sistema jurídico al cual pertenece.

Al aceptar una concepción del derecho que permite la posibilidad de disposiciones jurídicas que son permisiones, sigo la postura de Bentham,⁶ pero con dos importantes diferencias;

(1) Al insistir que toda disposición-M modifica disposiciones-D existentes, se excluye la posibilidad de que una disposición-M continúe existiendo después de que la disposición-D que modificaba es derogada, por ella o por otras disposiciones jurídicas, y se garantiza la conformidad con la tesis de la normatividad explicada en el inciso anterior.⁷

(2) La existencia de cualquier disposición-M particular está determinada no en consideración a las circunstancias bajo las cuales ha sido creado el material jurídico relevante,⁸ sino juzgando si al admitir su existencia (en tanto reflejen correctamente el contenido del sistema jurídico) promueve alguno de los objetivos generales que determinan los principios de individuación.⁹

⁶ *Cfr. supra*: inciso 2, capítulo III.

⁷ Para una postura diferente de Bentham, véase *supra*: inciso 2, capítulo III.

⁸ Esta es la postura de Bentham; *Cfr. supra*: inciso 2, capítulo III; inciso 1, capítulo IV.

⁹ *Cfr. supra*: inciso 3, capítulo VI.

3. Sobre las disposiciones jurídicas que instituyen derechos

Muchas de las disposiciones de todo sistema jurídico se ocupan de la institución, o presuponen la existencia, de derechos (subjetivos) y entre ellas hay ciertas disposiciones jurídicas que no son normas. En este inciso se harán algunas consideraciones sobre la naturaleza de las disposiciones jurídicas que instituyen derechos y sobre el papel que juegan las disposiciones-D y las disposiciones-F en la institución de derechos. No se intentará ninguna clasificación o distinción entre varios tipos de derechos; las consideraciones se limitarán a aquéllos rasgos comunes a las disposiciones que se ocupan de cualquier tipo de derecho. Debe enfatizarse que este inciso no se ocupa del análisis del concepto de derecho (subjetivo), sino del análisis de las disposiciones jurídicas que instituyen derechos. Este análisis es una precondition de una definición de 'derecho' (subjetivo); ciertos argumentos referentes a algunas pocas definiciones sugeridas de ese término serán hechas más adelante en este inciso.

Las personas tienen derecho de ciertos tipos sobre ciertos objetos o en relación hacia ciertas personas. El derecho de un propietario difiere del derecho de un deudor hipotecario y del derecho de una mujer a recibir alimentos. El derecho de propiedad sobre bienes inmuebles difiere, en ciertos aspectos de la propiedad sobre bienes muebles. Similarmente, el derecho de una esposa a recibir alimentos difiere del derecho de un niño a recibir alimentos. Uno tiene que distinguir, por tanto, no únicamente entre varios tipos de derechos (de propiedad, a recibir alimentos, etcétera), sino, también, entre varias clases de sujetos de derecho (*i. e.* derechohabientes) y objetos de los derechos.

Los derechos son relaciones entre sujetos de derecho, los cuales son siempre personas, aunque no siempre personas físicas, y objeto de los derechos, los cuales son personas, o bien, objetos físicos o, también, entidades jurídicas abstractas (*e. g.* acciones). Algunos derechos son relaciones en tres planos, etcétera; sin embargo las disposiciones jurídicas que instituyen tales derechos no difieren sustancialmente de las disposiciones jurídicas que instituyen los otros derechos.

Todo enunciado atómico de una relación de derechos, *i. e.* todo enunciado de que ciertas personas tienen un derecho sobre cierto objeto físico o contra ciertas personas, será llamado un 'enunciado clave'. Toda disposición jurídica cuya descripción apropiada incluye un enunciado clave, o es lógicamente equivalente a un enunciado que contiene un enunciado clave, es una disposición jurídica que instituye el derecho descrito por el enunciado clave.

Las disposiciones jurídicas que instituyen derechos caen en tres cate-

gorías: ellas son disposiciones jurídicas investitivas, disposiciones jurídicas privativas o disposiciones jurídicas constitutivas. Las disposiciones jurídicas investitivas especifican las maneras por las cuales los derechos pueden ser adquiridos. Las disposiciones jurídicas privativas determinan las formas por las cuales los derechos pueden ser transmitidos. Las disposiciones constitutivas especifican las consecuencias de ser derechohabiente. Una disposición jurídica investitiva es una disposición jurídica que determina que cuando ciertas condiciones se producen una cierta persona que no tiene un cierto derecho lo adquiere. Si ' P ' designa cualquier estado de cosas, ' K_{t1} ' significa que un enunciado clave es verdadero en el tiempo t_1 , entonces la forma general de las disposiciones jurídicas investitivas puede decirse que es: cuando $\sim K_{t1}$ y P , entonces K_{t2} . Una disposición jurídica privativa es una disposición jurídica que determina que, cuando ciertas condiciones se producen en una cierta persona que tiene cierto derecho, este derecho lo pierde. Su forma general puede decirse que es: cuando K_{t1} y P , entonces $\sim K_{t2}$. Una disposición constitutiva es una disposición que determina que si una cierta persona tiene cierto derecho y ciertas otras condiciones se producen, entonces tiene cierto derecho [otro], cierto deber o cierta facultad. La forma general de las disposiciones jurídicas constitutivas puede decirse que es: cuando K_{t1} y P , entonces Q , donde Q designa, ya sea, otro enunciado clave o la existencia de un deber o de una facultad.

Las condiciones especificadas por tales disposiciones jurídicas (y señaladas por ' P ' en su forma general) pueden ser divididas en tres tipos:

- (1) La existencia de cualquier derecho, deber o facultad jurídicos en manos de cierta persona.
- (2) La realización de ciertos actos por cierta persona.
- (3) La ocurrencia de otro cierto acontecimiento.

Una disposición jurídica que instituye un derecho puede estipular condiciones de cualquiera de estos tipos o de cualquier número de ellos.

Por ejemplo, una disposición jurídica puede estipular que la propiedad se adquiere por donación, *i.e.* por ciertos actos de un anterior propietario. Tal disposición jurídica es tanto privativa como investitiva de propiedad. Determina la forma por la cual puede ser adquirida mediante el acto de otra persona y el medio por el cual puede perderse por el acto de un propietario. Otra disposición jurídica puede determinar que la propiedad de bienes de cierto tipo (los cuales no pueden ser transmitidos por testamento) se adquieren por una persona a la muerte de su cónyuge, quien

era el anterior propietario. Tales disposiciones hacen que la adquisición de la propiedad dependa no de la realización de cualquier acto, sino de la ocurrencia de un acontecimiento.

Otras disposiciones jurídicas pueden determinar, por ejemplo, que toda persona que sea propietaria de tierras tiene el deber de pagar algunos impuestos. Una disposición jurídica puede determinar que los propietarios de terrenos tengan facultades para otorgar permisos a otras personas para visitar las tierras o hacer uso de ellas. Una disposición jurídica puede determinar que los propietarios de las tierras sean propietarios de cualquier grano que crezca en dichas tierras. Todas estas disposiciones jurídicas son disposiciones jurídicas constitutivas: determinan las consecuencias de tener derechos. La última disposición mencionada es, también, una disposición jurídica investitiva toda vez que determina, igualmente, una manera de adquirir derechos.

Puede decirse que todas las disposiciones jurídicas investitivas, privativas y constitutivas que se refieren a un solo derecho, todas las disposiciones que instituyen un solo derecho en un sistema jurídico, determinan el derecho en ese sistema jurídico. Tal definición, sin embargo, no es lo que puede ser llamado la definición 'teórico jurídica'^a del derecho. Una definición teórico jurídica de un derecho intenta tomar los rasgos más importantes de varios tipos de disposiciones jurídicas que instituyen tal derecho. Las consideraciones que determinan qué debe considerarse rasgo importante en la disposición que instituye un derecho no pueden ser examinados aquí. Sin embargo, debe entenderse claramente que una definición teórica jurídica de cualquier derecho presupone algún conocimiento de las disposiciones que instituyen tal derecho en algunos sistemas jurídicos.

Las definiciones teórico jurídicas de derecho presupone no únicamente el contenido de las disposiciones que instituyen los derechos determinados, sino, también, su estructura. Es esencial para un análisis adecuado del concepto de cualquier derecho tomar en cuenta que los derechos son instituidos por disposiciones jurídicas investitivas privativas y constitutivas y entender su función y estructuras. Por tanto, una teoría general de la estructura del sistema jurídico es un prerequisite para un análisis adecuado de derechos.

Me parece que los intentos hechos para investigar los conceptos de derecho han dejado a un lado las relaciones entre derecho y las disposiciones que los instituyen y esto explica en grado considerable los defectos de estos intentos por esclarecer los conceptos de derechos.

^a En el original dice: '*jurisprudential definition*'. NT.

Una de las razones para ignorar las disposiciones que instituyen derecho en el análisis de derechos ha sido la idea de que los términos de derechos no deben ser usados en una apropiada descripción de las disposiciones jurídicas. Esta postura debe distinguirse de otra, a saber: la de que los legisladores no usan términos de derechos al formular disposiciones jurídicas como parte del proceso de su promulgación. El hecho si es que es un hecho, de que los legisladores no usan frecuentemente términos de derecho al producir disposiciones jurídicas no es ninguna razón por la cual los juristas, al describir estas disposiciones jurídicas, no deban usar términos de derechos. Dos diferentes razones son dadas algunas veces para excluir los términos de derechos en la descripción apropiada de las disposiciones jurídicas. Hart, por ejemplo, piensa que "un enunciado de la forma 'X tiene un derecho' es usado para derivar una conclusión de derecho en un caso particular que cae bajo tales reglas",¹⁰ y las propias reglas no se refieren a los derechos. Lo mismo es presumiblemente verdadero en mi opinión, sobre otros términos de derechos (tales como 'es el propietario de', etcétera). Me parece que los términos de derechos son usados al hacer enunciados normativos aplicativos porque, justamente, aplican disposiciones jurídicas las cuales son propiamente descritas por el uso de términos de derechos. De hecho, las razones por las cuales es ventajoso describir disposiciones jurídicas mediante el uso de términos de derechos son también las razones que hacen ventajoso describir en ocasiones, casos particulares que caen bajo tales disposiciones jurídicas mediante el uso de términos de derechos.

Otra línea es adoptada por Alf Ross. Considera enunciados que incluyen enunciados claves primordialmente como un método conveniente para describir partes de disposiciones jurídicas. Ross admite que la representación de la disposición jurídica se simplifica mucho cuando la disposición jurídica es descrita mediante enunciados que se refieren a derecho. Ross admite que muchas 'reglas jurídicas pueden ser afirmadas más simplemente y son más manejables, mediante enunciados que incluyen enunciados claves.'¹¹ Las categorías de actos simples y acto complejo no son mutua-

¹⁰ *Definition and Theory in Jurisprudence, cit.*, p. 17. (Cfr. "Definición y teoría en la ciencia jurídica", *cit.*, p. 118. NT).

¹¹ Ross, Alf. *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press, 1974, (reimpresión de la edición de Steven & Sons Limited, Londres 1958) p. 171 (existe versión en español debida a Genaro Carrió: *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Endebe [1963] 1970 NT). Cfr. Ross, Alf. "Tû-Tû, en *Harvard Law Review*, vol. 70, Núm. 1, 819 (reproducido en *Scandinavian Studies in Law*, vol. I, 1957, pp. 137-153. Existe versión española debida a Genaro Carrió: *Tû-Tû*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, [1961] 1969 NT). Mucho de la rareza de los puntos de vista de

mente excluyentes. No obstante, Ross no considera tales enunciados como descripciones apropiadas de disposiciones jurídicas, puesto que muchas de tales disposiciones jurídicas no serían normas y todas no serían disposiciones jurídicas de la única forma reconocida por Ross. Ross heredó de Kelsen la creencia de que todas las disposiciones jurídicas son dirigidas a los jueces y piensa que todas las disposiciones jurídicas son disposiciones jurídicas prescriptivas.¹² Todas estas posturas ya han sido examinadas y rechazadas y Ross no tiene ningún argumento válido nuevo para ofrecer en su apoyo.

Ross habla de "una técnica de representación... expresada... al afirmar en una serie de reglas los hechos que 'crean la propiedad' y en una otra serie las consecuencias jurídicas que 'propiedad' implica".¹³ Asumir que estas son disposiciones jurídicas y no parte de disposiciones jurídicas, como son según la teoría de Ross, se puede, quizás, equiparar la primera serie de 'reglas' de Ross con mis disposiciones jurídicas investitivas y su segunda serie con mis disposiciones jurídicas constitutivas. Ross pasó por alto la necesidad de disposiciones jurídicas privativas.

En algunos aspectos el análisis de Hohfeld avanzó considerablemente nuestro entendimiento de los derechos; sin embargo, en otros aspectos es completamente erróneo y su influencia retardó un apropiado entendimiento de derecho.¹⁴ Cuatro errores particularmente graves de Hohfeld deben ser mencionados brevemente aquí:

(1) consideró a todos los derechos como conjuntos de cualquier número de sus cuatro derechos elementales, a saber: pretensiones de exigencia (*claim*), privilegio, facultad e inmunidad.

(2) Pensó que todo derecho es una relación entre no más de dos personas.

Ross resultan del ángulo peculiar desde donde considera los problemas ontológicos. Muchos de sus errores son expuestos por A. W. B. Simson, ("The Analysis of Legal Concepts", en *The Law Quarterly Review*, vol. LXXX, 1964, p. 535. Parece una comparación de las teorías de Kelsen y Ross, véase: Esquivel Pérez, Javier, *Kelsen y Ross, Formalismo y realismo en la teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980.

¹² Cfr. *On Law and Justice*, cit., pp. 32-33.

¹³ *On Law and Justice*, cit., p. 171.

¹⁴ Hohfeld, W. N. *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, Westport, Conn., Greenwood Press, Publishers, 1978 (reimpresión de la edición de Yale University Press, [1919] 1964. Existe versión española debida a Genaro Carrión: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1968. Sobre la teoría de Hohfeld puede verse: Oñate Laborde, Alfonso. *Los conceptos jurídicos fundamentales* de W. N. Hohfeld, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1977 (Estudios Monográficos, 5).

(3) Pensó que todos los derechos son relaciones entre personas.

(4) Consideró que sus cuatro derechos elementales eran indefinibles.

Resulta claro del anterior análisis que los derechos no son conjuntos de pretensiones o exigencias, facultades, etcétera. Su posesión (frecuentemente en combinación con la ocurrencia de un evento o la realización de algún acto) implica la posesión de otros derechos o de otros poderes o deberes. Este mismo punto es sostenido por Honoré:

... el 'derecho a 100 libras según el contrato' podría parecer idéntico a la exigencia de 100 libras dirigida al deudor. Pero aún esto es plausible únicamente como una descripción de una posición momentánea del derechohabiente. En la medida en que hay reglas de derecho por medio de las cuales los deberes surgidos por contrato son transmisibles por muerte o insolvencia a otras personas distintas del deudor, estaremos algunas veces compelidos a decir que el derecho a 100 libras surgido por contrato se mantiene, pero que la exigencia^b que lo reclama ya no es contra el deudor, sino contra el síndico del concurso en el caso de insolvencia o al albacea.¹⁵

De ahí que aun los simples derechos no son idénticos a las exigencias. Tampoco hay conjuntos de exigencias, facultades, etcétera, aunque contrariamente a lo que piensa Honoré no afirmo que no puedan ser representados como tales conjuntos. Mi afirmación es únicamente que tal representación oscurece la forma por la cual los derechos son instituidos por disposiciones jurídicas y, en particular, oscurece las interrelaciones entre disposiciones jurídicas investitivas, privativas y constitutivas.

Honoré prefiere decir que los derechos son 'protegidos por ciertas pretensiones y originan ciertas libertades'. El concepto de disposiciones constitutivas intenta hacer posible una explicación de la forma por la cual los derechos están protegidos por pretensiones o exigencias y originan libertades. El concepto de disposición constitutiva es, sin embargo, más amplio y toma en cuenta la posibilidad de que los derechos originen también deberes y facultades. La insistencia de Hohfeld en que todo derecho es una relación entre no más de dos personas es completamente infundada y hace que, como ha sido frecuentemente observado, la explicación de derechos *in rem* sea imposible. Pero, Hohfeld está también equivocado al pensar que los derechos no pueden ser relaciones entre una persona y un objeto. Aquí el argumento de Honoré es decisivo:

^b 'Claim' en el sentido de pretensión procesal, *i.e.* de hacerla valer mediante una acción judicial.

¹⁵ Honoré, A. M. "Rights of Exclusion and Immunities against Divesting" en *Tulane Law Review*, Vol. XXXIV, 1960, pp. 456-457.

Argumentar que las relaciones jurídicas únicamente pueden existir entre personas es restringir arbitrariamente la definición de 'relación jurídica' o reflejar obscuramente el truismo de que las pretensiones o exigencias jurídicas sólo pueden ser ejecutadas mediante procedimientos iniciados contra personas. Cuando una persona tiene un derecho de excluir a otros generalmente de bienes tangibles, se encuentra, jurídicamente, en una relación especial con respecto al bien. Es completamente natural e inobjetable llamar a este derecho un derecho *a* la cosa o *al uso* de una cosa o *sobre* una cosa. Sin embargo, no diríamos que una persona tiene un derecho a una cosa a menos que esté protegido por pretensiones o exigencias que generalmente excluyen a las personas de interferir con él. Un derecho a una cosa o a su uso o sobre una cosa es *protegido por* pretensiones contra personas, pero no se identifica con ellas.¹⁶

La postura de Hohfeld de que sus cuatro derechos elementales son indefinibles es una consecuencia de la errónea concepción de la naturaleza y función de las definiciones. El propio Hohfeld definió 'privilegio' en términos de 'ningún deber de no hacer' e inmunidad como la ausencia de responsabilidad.^c Hart ha mostrado además que las pretensiones pueden ser definidas como una facultad de ejecutar un deber acompañado con el poder de extinguirlo.¹⁷ El análisis de disposiciones-F (inciso 5, Cap. VI) sugiere que las facultades pueden ser definidas, en última instancia, en términos de deberes.

La posibilidad de analizar derechos y, por tanto, también las disposiciones jurídicas que los instituyen, en términos de deberes y facultades y, de ahí, en términos de disposiciones-F y disposiciones-D es de capital importancia. Esto resulta de las tesis (ix) y (x), las cuales establecen que todas las disposiciones jurídicas de un sistema jurídico son disposiciones-F o bien disposiciones-D, esto es, disposiciones jurídicas cuya sola relevancia jurídica se encuentra en sus relaciones internas con disposiciones-F y disposiciones-D.

Los conceptos de derechos sirven para dos funciones en la representación del derecho (del orden jurídico), ambas son de importancia mayúscula para simplificar la estructura de las disposiciones jurídicas y señalar las conexiones importantes entre varias partes de un sistema jurídico:¹⁸

¹⁶ "Rights of Exclusion and Immunities against Divesting", *cit.*, p. 463.

^c 'Absence of liability' en el sentido de no estar expuesto a consecuencias jurídicas.

¹⁷ *Cfr. Definition and Theory in Jurisprudence, cit.*, p. 16. (*Cfr. Definición y teoría en la ciencia jurídica, cit.*, pp. 116-117 NT). Estas ideas fueron más desarrolladas por Hart en sus lecciones sobre 'derechos subjetivos y deberes'.

¹⁸ *Cfr. supra*: inciso 1 de este capítulo.

(1) Son medios para relacionar disposiciones-FR con disposiciones-F y con las disposiciones-D que son reguladas por ellas.

(2) Proporcionan un medio para separar ciertas condiciones que son comunes a muchos deberes o facultades de las disposiciones-D o disposiciones-F que establecen los deberes y facultades aislándolas en disposiciones jurídicas que no son normas, pero que se encuentran internamente relacionadas con estas disposiciones-D o disposiciones-F.

Al examinar estas dos funciones de conceptos del derecho dos niveles de complejidad de disposiciones jurídicas que instituyen derechos pueden ser distinguidos. Primero, permítasenos suponer que todas las disposiciones jurídicas constitutivas que se refieren a un solo derecho, digamos *R*, imponen deberes o confieren facultades-FL, esto es las consecuencias de tener un derecho son que (dadas algunas otras condiciones) uno tiene algunas facultades legislativas o se encuentra bajo ciertos deberes. Esto significa que todas las disposiciones jurídicas constitutivas que se refieren a *R* son, disposiciones-FL, o bien, disposiciones-D.

Tales disposiciones jurídicas constitutivas tienen relaciones internas con las disposiciones jurídicas investitivas y privativas con respecto a *R*. Las disposiciones jurídicas investitivas que se refieren a *R* son disposiciones-FR, *i.e.* disposiciones jurídicas que hacen que la adquisición de *R* dependa de un acto humano voluntario (entre otras condiciones), tales como disposiciones jurídicas que confieren poderes para transmitir la propiedad por compraventa o donación, o bien, son disposiciones jurídicas que no son normas, disposiciones jurídicas que hacen que la disposición del derecho dependa únicamente de eventos que no incluyen actos humanos voluntarios (*e.g.* transmisión de bienes por muerte del propietario, en el caso de bienes que no pueden ser transmitidos por testamento).

Las disposiciones-FR investitivas de *R* regulan las disposiciones constitutivas que se refieren a *R*. En tales disposiciones los derechos realizan su primera función, la de relacionar disposiciones-FR y disposiciones-FL con disposiciones-D reguladas por aquellas. Las disposiciones investitivas de *R* que no son normas singularizan las condiciones que son comunes a muchas normas jurídicas, *i.e.* de todas las disposiciones constitutivas de *R*; de esta manera, simplifican estas disposiciones constitutivas así como señalan las conexiones entre ellas. Por ello, en las disposiciones investitivas que no son normas los derechos realizan su segunda función mencionada anteriormente.

Las disposiciones privativas son, también, disposiciones-FR, o bien disposiciones que no son normas y afectan, también, las disposiciones constitutivas, de la misma manera que como lo hacen las disposiciones inves-

tivas. Pero, mientras las últimas determinan, si es así, condiciones positivas para la aplicación de disposiciones constitutivas, las disposiciones privativas determinan las condiciones negativas de su aplicación. Estas determinan cuándo aquellas ya no se aplican. Los derechos realizan sus dos funciones en las disposiciones jurídicas privativas tal y como lo hacen las disposiciones investitivas.

Al permitir disposiciones constitutivas en las cuales la posesión de un derecho es convertido en una condición para tener una facultad-FR o un otro derecho, incrementamos la complejidad estructural de los sistemas jurídicos; sin embargo, su funcionamiento se mantiene inalterado. Las disposiciones constitutivas que confieren facultades-FR o derechos relacionan, directa o indirectamente un derecho con el otro. Por ello, crean relaciones indirectas entre la adquisición del primer derecho y las consecuencias del segundo. En última instancia, todas ellas conectan disposiciones-FR con otras normas jurídicas o simplifican la estructura de disposiciones jurídicas y señalan las conexiones importantes entre ellas.

La estructura de los sistemas jurídicos es aún más complicada por las disposiciones jurídicas que se refieren al *status* y las personas jurídicas. Las disposiciones-FR regulan otras disposiciones jurídicas no únicamente siendo medios para la adquisición o pérdida de derechos sino, también, afectando el *status* (facultad de contraer matrimonio, etcétera) y afectando a las personas jurídicas (facultad de votar en las elecciones parlamentarias, facultad de designar presidente de consejo en una sociedad mercantil, facultad para constituir una sociedad de responsabilidad limitada, etcétera). Estos temas no pueden ser analizados aquí. Cabe señalar, empero que las disposiciones jurídicas que instituyen *status* y personas jurídicas son, también, explicadas por su relación con disposiciones-F y disposiciones-D.

Aunque el punto no será argumentado aquí, todo sistema jurídico instituye algunos derechos y contiene algunas disposiciones que instituyen derechos que no son normas. El número de relaciones internas necesarias es, consecuentemente, mayor. Sus patrones necesarios son temas de una más amplia investigación que no puede ser emprendida aquí.

4. Estructura genética y operativa

En el capítulo anterior fueron consideradas la variedad de normas jurídicas y las relaciones necesarias entre ellas. En este capítulo se argumentó en favor de la posibilidad y necesidad de disposiciones jurídicas

que no son normas y se sostuvo que estas derivan su relevancia jurídica de sus relaciones internas con las normas jurídicas. Al demostrar estos puntos algunos tipos de disposiciones jurídicas que no son normas fueron brevemente analizados. El objeto general de este capítulo fue sustituir la imagen de la estructura del sistema jurídico adoptada por Bentham, Austin y Kelsen, por una nueva imagen. Estos autores concebían los sistemas jurídicos, fundamentalmente, como conjuntos de disposiciones jurídicas independientes, conjuntos de disposiciones jurídicas que no tenían ninguna relación necesaria entre ellas. Hart sostuvo que estas nociones eran fundamentalmente erróneas, pero no fue más allá. Se ha sugerido aquí que los sistemas jurídicos deben ser considerados como intrincadas urdimbres de disposiciones jurídicas interconectadas.

Las consideraciones avanzadas en éste y en el capítulo anterior no hacen más que hechar las bases para la exploración de la estructura de los sistemas jurídicos. Me gustaría terminar este análisis sugiriendo que es mejor distinguir entre dos tipos de estructuras de sistemas jurídicos: una estructura genética y una estructura operativa.¹⁹

La relación fundamental de la estructura genética es la relación genética, a saber: la relación entre una disposición jurídica que autoriza la existencia de otra. Las relaciones genéticas deben ser subdivididas, tomando en cuenta algunos otros factores que hasta ahora han sido pasados por alto. Entre esos factores se encuentran:

- (1) La fecha de creación de una disposición jurídica (cuando tal fecha puede ser determinada).
- (2) La función y la competencia general del órgano que crea el derecho.
- (3) La naturaleza de su competencia particular para crear la disposición particular (su facultad se deriva de la constitución o de un reglamento municipal? etcétera).
- (4) En ciertos casos, las razones dadas para justificar la creación de el derecho.
- (5) Disposiciones que determinan la forma de modificación o derogación de disposiciones jurídicas.
- (6) La existencia de los hechos o cualquier cosa que derogen o modifiquen disposiciones jurídicas.

Una teoría completamente desarrollada de la estructura genética de un

¹⁹ La distinción entre estructuras genéticas y operativas es análoga, en ciertos aspectos a la distinción de Kelsen entre las teorías estática y dinámica del derecho (Cfr. e. g. *The Pure Theory of Law*, cit., p. 70-71 [*Reine Rechtslehre*, cit., pp. 72-73; *Teoría Pura del derecho*, cit., pp. 83-84. NT].

sistema establecerá una jerarquía de 'resistencia al cambio' entre disposiciones jurídicas, *i. e.* resistencia a la modificación cuando se entra en conflicto con otras disposiciones jurídicas, etcétera y proverá medios para representar el tiempo durante el cual una disposición jurídica ha sido válida o será válida, tanto cuando ese periodo es determinado por la propia disposición jurídica o cuando es determinado, posteriormente, por otro medio. Tal sistema de relaciones dará cuenta de las varias posibilidades de conflicto de disposiciones jurídicas y de las maneras de resolverlos, así como de los varios grados de anulabilidad de disposiciones jurídicas. También habrá que explicar las distintas maneras por las cuales las disposiciones jurídicas pueden ser retroactivas.

La estructura genética de un sistema jurídico revela cuales de sus disposiciones jurídicas son o fueron válidas en un determinado momento y de qué facultades para la creación futura de disposiciones jurídicas gozan varios órganos en algún momento. También revelan cómo sufren cambios los sistemas jurídicos durante su existencia. El desarrollo de la teoría de la estructura genética es esencial para el entendimiento de la estructura de los sistemas jurídicos no momentáneos, *i. e.* de sistemas jurídicos que existen en un periodo de tiempo. Verdaderamente es tentador decir que la estructura genética es la estructura de los sistemas jurídicos no momentáneos.

La estructura operativa es particularmente relevante para el entendimiento de sistemas jurídicos momentáneos. Debieramos considerarla como la estructura de los sistemas momentáneos. No se ocupa de la forma en que las disposiciones jurídicas fueron creadas, sino con el efecto de las disposiciones jurídicas que existen en un determinado momento. Varias partes de una disposición jurídica pueden tener diferentes grados de 'resistencia al cambio' (si así fuera, por ejemplo, creados por el ejercicio de diferentes facultades) y diferente duración (una parte puede haber sido promulgada sólo por un año, mientras otra parte por un periodo indefinido etcétera). La estructura operativa de un sistema no toma en cuenta estos hechos. Esta se ocupa únicamente de los efectos de las disposiciones jurídicas mientras estas existen.

La estructura operativa de un sistema jurídico se basa en sus relaciones punitivas y regulativas. Virtualmente toda la explicación en los dos últimos capítulos se ocupó de la estructura operativa de los sistemas jurídicos.

a) *Nota sobre las sanciones coactivas*

Se ha sostenido anteriormente²⁰ que no toda sanción jurídica es coac-

²⁰ Cfr. *supra*: inciso 2, capítulo IV.

tiva. Se ha argumentado, además, que no todo deber jurídico está respaldado por una sanción²¹ y, sin embargo, se ha concebido que la coacción tiene una importancia especial en el derecho.²² Los fundamentos de una teoría de la estructura de los sistemas jurídicos, establecida anteriormente, hace posible un análisis del papel que juega la coacción en el derecho.

Aunque las disposiciones jurídicas que imponen deberes a los órganos creadores del derecho y a los órganos aplicadores del derecho pueden existir sin disposiciones-S correspondientes, presuponen la existencia de disposiciones-D dirigidas a los particulares, las cuales son respaldadas por disposiciones-S. En este sentido, deberes que no son respaldados por sanciones son subordinados a, y presuponen la existencia de, deberes respaldados por sanciones.

Las sanciones que no son coactivas consisten en la cancelación de derechos, facultades o *status*, etcétera. Se ha establecido que las disposiciones que instituyen derechos, *status*, etcétera, presuponen, en última instancia, disposiciones-D y disposiciones-FL que, a su vez, no presuponen ningún otro derecho, *status*, etcétera. En todo sistema jurídico algunas de éstas disposiciones-D son dirigidas a los particulares, por tanto, presuponen algunas disposiciones-S. Al menos, algunas de ellas no presuponen algún otro derecho, *status*, etcétera. Algunas estipulan sanciones coactivas, posiblemente permitiendo el uso de la fuerza si se ofrece resistencia o, al menos, porque ellas mismas se encuentran respaldadas por otras disposiciones jurídicas que convierten en delito la obstrucción de ejecución de sanciones y esas disposiciones jurídicas son respaldadas por sanciones coactivas.

De esta manera, todas las disposiciones jurídicas aparte de las disposiciones-FL están conectadas en relación operativa necesaria con disposiciones jurídicas que estipulan sanciones coactivas. Las disposiciones-FL no están igualmente relacionadas con sanciones coactivas. Más aún, ellas pueden resistir aún si no se hace uso alguno de las facultades que confieren, esto es aún si ellas no tienen ninguna relación genética con ninguna disposición jurídica que establezca una sanción coactiva o que presuponga tal disposición. No obstante, es claro que en última instancia, el sentido de tener disposiciones-FL es que éstas proporcionan un medio para cambiar disposiciones jurídicas, las cuales no son, en sí mismas, disposiciones-FL. De esta manera, aún las disposiciones-FL presuponen conceptualmente, de manera muy indirecta, la existencia de algunas sanciones coactivas en algún tiempo de la vida de un sistema jurídico.

²¹ Cfr. *supra*: inciso 4, capítulo VI.

²² Cfr. *Introducción*.

El resultado de este análisis es que Bentham, Austin y Kelsen mal entendieron la función de la coacción en el derecho. Su función no es el motivo estándar de cualquier acto regulado por las disposiciones jurídicas. Es mucho más complicado e indirecto, aunque no menos esencial. La coacción es el último fundamento del derecho, en el sentido de constituir la razón estándar (o parte de ella) de la obediencia a algunas disposiciones-D que son presupuestas en una enorme variedad de formas por todas las otras normas jurídicas y, a través de ellas, por todas las otras disposiciones jurídicas del sistema.